

Walter Nunes da Silva Júnior

**CURSO DE DIREITO
PROCESSUAL PENAL**
Teoria (constitucional) do Processo Penal

3ª Edição - revista, ampliada e atualizada



Walter Nunes da Silva Júnior

Mestre e Doutor em Direito; Ex-Promotor de Justiça; ex-Juiz de Direito; ex-Procurador da República; Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – ESMAFE e da Escola Nacional de Magistratura – ENFAM; membro do Conselho Científico da Revista Constituição e Garantia de Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis dos Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Conselho Editorial da Revistado do Centro de Estudos Jurídicos da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e do Conselho Editorial da Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte; do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Execução Penal – RBEP; membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte (1993/1995); Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, (2006/2008); Juiz Auxiliar da Presidência e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, (fev./jun. de 2009); Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no biênio julho/2009 a julho/2011; Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça – DMF, (2010/2011); Conselheiro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (2013/2015); membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte – ALEJURN; Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP; Juiz Federal e Corregedor do Presídio Federal em Mossoró/RN.

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL:

Teoria (constitucional) do Processo Penal
3ª Edição. Revista, ampliada e atualizada



Copyright © 2021 by Walter Nunes da Silva Júnior
All rights reserved.

OWL – EDITORA JURÍDICA

Rua Princesa Isabel, 888, Cidade Alta

Natal-RN

Brasil

CEP 59.025-400.

editora@owl.etc.br • www.owl.etc.br

CONSELHO EDITORIAL

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Carlos Wagner Dias Ferreira

Edilson Pereira Nobre Júnior

Francisco Barros Dias

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Hallyson Rêgo Bezerra

Marcelo Alves Dias de Souza

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Marcelo Pinto da Costa Neves

Marco Bruno Miranda Clementino

Maria dos Remédios Fontes Silva

Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade

Paulo Afonso Linhares

Walter Nunes da Silva Júnior

Silva Júnior, Walter Nunes da. 1963-

Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal - 3ª Edição. Revista, ampliada e atualizada / Walter Nunes da Silva Júnior – Natal : OWL, 2021.

730p.

ISBN: 979-8500523624

1. Processo penal; 2. Teoria constitucional.

A meu pai, não apenas em razão do exemplo de homem, pai e jurista, cuja saudade imensa tem sido recompensada pelas lições fundamentais que me deu e pelo conceito de ética e hombridade que semeou perante quantos tiveram o privilégio de conhecê-lo, mas também como forma de prestar-lhe homenagem, pelos sólidos e profundos conhecimentos humanísticos.

Aos meus alunos, especialmente os da UFRN e da ESMARN, que cooperaram, decisivamente, com os muitos debates em sala de aula, para a sedimentação das ideias expendidas neste livro.

A Aline e a Arthur pelo conforto emocional e pelas constantes lições de vida, amor e pela certeza que me transmitem de que respeitar o ser humano é o caminho para a realização da verdadeira justiça.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	13
NOTA À 3ª EDIÇÃO	15
NOTA À 2ª EDIÇÃO	17
APRESENTAÇÃO	19
PREFÁCIO	21
APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA TEORIA (CONSTITUCIONAL) DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	23
a) Dimensão humanística do processo criminal	24
b) Garantismo como corolário lógico do sistema democrático-constitucional da Constituição de 1988.	27
c) Metodologia empregada.....	29
d) Tratamento dogmático do assunto.	30
e) últimas considerações à guisa de primeiras palavras.....	35
PRIMEIRA PARTE	37
CAPÍTULO 1	37
CORRENTES FILOSÓFICAS NA FORMAÇÃO DO DIREITO CRIMINAL E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL	37
1.1 – Pensamento natural ou primitivo	41
1.1.1 – Vindita como ideia inicial do dever-poder de punir.	42
1.1.2 – Excessos da vingança privada e as preocupações quanto ao estabelecimento de limitações ao exercício do direito de punir.	44
1.2 – Concepção religiosa	47
1.3 – Concepção política	49
1.3.1 – Direito criminal como forma de dominação política.....	50
1.3.2 – Primeiros esboços da doutrina criminal.....	51
1.3.3 – Escola Clássica.	53
1.3.3.1 – Pensamento beccariano.....	56
1.3.3.2 – Predominância dos direitos essenciais do homem sob a modalidade de princípios processuais no pensamento de BECCARIA.	59
1.3.3.3 – Repercussões iniciais do pensamento liberal-democrático do direito de punir de BECCARIA.	62
1.3.3.4 – Fase jurídica da Escola Clássica.	64
1.3.4 – Escola Positiva.....	67
1.3.4.1 – Determinismo lombrosiano.....	69
1.3.4.2 – Ideia do direito criminal como estatuto repressivo, conforme a visão de FERRI.	70
1.3.4.3 – Mutação do processo criminal liberal para o processo repressivo, na ótica de GAROFALO.	73
1.3.4.4 – Crítica ao pensamento repressivo do positivismo, desfocado dos parâmetros democráticos.	76
1.3.5 – Neoclassicismo.	78
1.3.6 – Neopositivismo.....	81
1.3.7 – Escola Moderna Alemã.....	83
1.3.8 – Escola do Tecnicismo Jurídico-Penal.....	84
1.3.9 – Escola da Nova Defesa Social	86
1.3.9.1 – A doutrina da Escola da Nova Defesa Social na perspectiva de MARC ANCEL.	87
1.3.9.2 – Visão crítica da Escola da Nova Defesa Social.	90
1.3.10 – Abolicionismo penal moderno-democrático.....	92

1.3.11 – Direito Penal do Autor e Direito Penal do Inimigo.....	96
1.3.12 – Garantismo como modelo inerente ao sistema democrático-constitucional.....	100
1.4 – Reflexos das correntes de pensamento na formação do ordenamento processual penal brasileiro.	100
.....
1.4.1 – Os reflexos iniciais do pensamento beccariano, nas regras processuais aplicadas no Brasil.	103
1.4.2 – Código de processo criminal de 1832.....	106
1.4.3 – Predominância da filosofia liberal beccariana na feitura do Código de Processo Criminal de 1832.	107
.....
1.4.4 – O viés político-filosófico-repressivo do Código de Processo Penal de 1941, instrumento adequado para o Estado ditatorial forjado com o golpe de 1937.....	109
1.4.5 – Necessidade de novo Código de Processo Penal.....	114
1.4.5.1 – Movimento reformista do processo penal.....	115
1.4.5.2 – Reforma tópica (global) do Código de Processo Penal.	117
1.4.5.3 – Projeto de novo código de processo penal.....	118
1.4.5.4 – Pacote Anticrime e Lei nº 13.964, de 2019.	120
CAPÍTULO 2.....	123
FUNDAMENTOS DO DIREITO (DEVER-PODER) DE PUNIR DO ESTADO: PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	123
CAPÍTULO 3.....	129
NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM.....	129
3.1 – Primeiros fragmentos normativos dos direitos do homem, como decorrência das declarações inglesas.....	130
3.2 – Declarações americanas.	133
3.3 – Declaração dos direitos do homem e do cidadão: Revolução Francesa.....	140
3.4 – Internacionalização dos direitos fundamentais.	142
3.5 – Constitucionalização dos direitos do homem.	142
CAPÍTULO 4.....	145
HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	145
4.1 – Época imperial.....	145
4.2 – Período republicano.	149
4.2.1 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1891.	151
4.2.2 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1934.	152
4.2.3 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1937.	153
4.2.4 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1946.	156
4.2.5 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1967.	157
4.2.6 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1988.	159
CAPÍTULO 5.....	161
TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	161
5.1 – Incompatibilidade dos direitos fundamentais no paradigma do Estado democrático-constitucional com a doutrina juspositivista.....	163
5.2 – Direitos fundamentais na estrutura do Estado democrático-constitucional.....	164
5.3 – Natureza jurídica dos direitos fundamentais: regra, princípio ou norma jurídica principiológica?	165
5.4 – Atipicidade dos direitos fundamentais.	167
5.5 – Classificação dos direitos fundamentais.	169
5.6 – Universalidade como característica insita aos direitos fundamentais.....	170
5.7 – Relatividade como característica inerente aos direitos fundamentais.....	171
5.8 – Distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade.	173
SEGUNDA PARTE.....	177
CAPÍTULO 6.....	177
TEORIA DO PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL	177
6.1 – Neoconstitucionalismo estatal ou estado constitucional.....	178
6.2 – O modelo brasileiro: estado democrático constitucional.....	180
6.3 – Dimensão constitucional da teoria do processo penal.....	182

6.3.1 – Finalidade garantista dos direitos fundamentais do processo criminal.	184
6.3.2 – Distinção ontológica entre a teoria do processo criminal e a teoria do processo civil.	185
6.4 – Perspectiva democrática do processo penal.	189
6.5 – Função política do processo.	191
6.6 – Plano nacional de política criminal e penitenciária – PNPC.	193
CAPÍTULO 7.	197
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL	197
7.1 – Interpretação das normas e princípios constitucionais.	198
7.2 – Regras basilares da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais.	199
7.2.1 – Direitos fundamentais como limitações ao dever-poder de punir.	201
7.2.2 – Relatividade dos direitos fundamentais até mesmo em relação ao direito à vida.	202
7.2.3 – Garantia dos direitos fundamentais como regra a ser observada no processo penal, somente podendo ser autorizada a supressão ou suspensão temporária quando houver justificativa para a determinação.	206
7.2.3.1 – Órgãos legitimados a decidir sobre a possibilidade de quebra das garantias constitucionais.	208
7.2.3.1.1 – Comissões Parlamentares de Inquérito.	209
7.2.3.1.2 – Reserva de jurisdição quanto à flexibilização de direitos fundamentais.	210
7.2.3.1.3 – Flexibilização dos direitos fundamentais em decorrência do exercício do poder de polícia, sem a prévia autorização judicial.	212
7.2.3.1.3.1 – Casos expressos na Constituição em que, no exercício do poder de polícia, é possível a flexibilização de direitos fundamentais, sem a prévia autorização judicial.	215
7.2.3.1.3.2 – Outras hipóteses em que, no exercício do poder de polícia, é possível a flexibilização de direitos fundamentais, sem a prévia autorização judicial.	216
7.2.3.1.3.3 – Inidoneidade do Ministério Público para determinar a flexibilização de direito fundamental.	217
7.2.3.2 – Impossibilidade de supressão da exigência da decisão fundamentada pela realização da diligência investigatória pelo próprio juiz.	220
7.2.3.3 – Malferição ao princípio da imparcialidade do juiz, quando a flexibilização de direito fundamental, ao invés de determinada em decisão judicial, é materializada pelo próprio julgador, em diligência por ele comandada.	221
7.2.3.4 – Inconstitucionalidade do então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, ao impor ao juiz que ele, sempre que houvesse a possibilidade de comprometer sigilo constitucional, realizasse a diligência de coleta das provas.	222
7.2.4 – Direitos fundamentais como dever de proteção (eficiente) pelo Estado.	224
7.2.5 – Colisão e flexibilização de direitos fundamentais.	225
7.2.5.1 – Princípio da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais.	228
7.2.5.2 – Ponderação como técnica para equacionar a colisão de direitos fundamentais.	230
7.2.6 – Os direitos fundamentais, declarados em forma de princípios constitucionais do processo criminal, na qualidade de normas que ocupam a posição hegemônica no sistema jurídico.	233
7.2.7 – Incidência das declarações internacionais entre as garantias constitucionais mínimas.	234
CAPÍTULO 8.	239
PREMISSAS INTERPRETATIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	239
8.1 – Sistema Democrático-Constitucional.	240
8.2 – Fundamentos do sistema Democrático-Constitucional.	242
8.2.1 – Soberania como princípio que determina a extensão da atividade jurisdicional.	242
8.2.1.1 – Natureza jurídica da norma que estabelece os limites da soberania jurisdicional.	244
8.2.1.2 – (Ir)renunciabilidade ao exercício da jurisdição brasileira.	245
8.2.1.3 – Tribunal Penal Internacional.	247
8.2.1.3.1 – Cooperação jurídica internacional por meio dos órgãos jurisdicionais internos.	248
8.2.1.3.1.1 – Cooperação jurídica internacional por assistência direta.	251
8.2.1.3.1.2 – Competência e recursos no processo criminal de cooperação jurídica internacional.	255
8.2.2 – Cidadania como princípio do processo penal.	257
8.2.3 – Dignidade da pessoa humana.	261
8.2.3.1 – Dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado e ao condenado.	263
8.2.3.2 – Medidas alternativas como tratamento mais digno ao condenado.	266
8.2.3.3 – Linguagem jurídico-penal.	268

8.2.4 – Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.....	271
8.3 – Objetivos fundamentais do sistema Democrático-Constitucional.....	273
8.3.1 – Construção de uma sociedade livre, justa e solidária.....	273
8.3.2 – Erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais.....	275
8.3.3 – Promoção do bem de todos, sem preconceitos.....	277
CAPÍTULO 9.....	279
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	279
9.1 – Princípio do devido processo legal: origem e definição.....	281
9.1.1 – Devido processo legal como garantia da processualização da persecução acusatória e sua função de instrumentalidade constitucional, com conseqüente repercussão no sistema das nulidades no ambiente criminal.....	285
9.1.2 – Devido processo legal em casos especiais e nas tutelas de urgência.....	288
9.1.3 – Devido processo legal no Estado democrático-constitucional como forma de encontrar respostas alternativas à criminalidade: justiça negocial ou consensual sem aplicação de pena.....	290
9.1.3.1 – Juizado especial (transação penal) como medida despenalizante e instrumento de extinção da punibilidade (absolvição).....	293
9.1.3.1.1 – Natureza jurídica despenalizante das medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas e sua distinção das penas alternativas.....	296
9.1.3.1.2 – Juizado especial como devido processo legal para os crimes de menor potencial ofensivo. 300	
9.1.3.1.3 – Dever do Ministério Público de propor a transação, desde que satisfeitas as condições previstas na lei.....	302
9.1.3.1.4 – Direito subjetivo do autor do fato a ter a sua conduta despenalizada, quando satisfeitas as condições previstas na lei.....	303
9.1.3.1.5 – Possibilidade de o juiz deferir o pedido do autor do fato de despenalização da conduta por meio do processo, mesmo diante da recusa da transação criminal pelo Ministério Público... 305	
9.1.3.1.5.1 – Despenalização da conduta por meio do processo, independentemente da transação criminal.....	308
9.1.3.1.5.2 – Natureza processual da fase preliminar do juizado especial.....	309
9.1.3.2 – Suspensão condicional do processo como medida despenalizante e instrumento de extinção da punibilidade (absolvição).....	311
9.1.3.3 - Acordo de não persecução penal como medida despenalizante e instrumento de extinção da punibilidade (absolvição).....	313
9.1.3.3.1 Requisitos para o acordo de não persecução penal.....	315
9.1.3.3.2 Proposta ou recusa do ANPP como pressuposto de admissibilidade da ação penal.....	317
9.1.3.3.3 Homologação judicial do ANPP e efeitos.....	320
9.1.4 – Duração razoável do processo como elemento indispensável para a eficiência do processo criminal e como direito do acusado à ampla defesa e de ser julgado dentro de prazo razoável.....	323
9.1.5 – A publicidade dos atos processuais.....	330
9.1.5.1 – Informatização do processo e direito de acesso à informação.....	335
9.1.5.2 – Dever de motivação das decisões judiciais.....	339
9.1.6 – A nulidade das provas obtidas por meio ilícito como consequência do devido processo legal. . 340	
9.1.6.1 – Teoria da exclusionary rule.....	345
9.1.6.1.1 – A adoção da teoria da exclusionary rule no Direito Comparado.....	347
9.1.6.1.2 – A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no sistema jurídico nacional.....	350
9.1.6.2 – As exclusionary rules.....	358
9.1.6.2.1 – A fonte independente (independent source).....	360
9.1.6.2.2 – O descobrimento inevitável (inevitable discovery).....	363
9.1.6.2.3 – A boa-fé (<i>good faith</i>).....	366
9.1.6.2.4 – Falta de nexo de causalidade entre a prova originária ilícita e a derivada e a doutrina do <i>purged taint</i> ou dos vícios sanados ou da falta do nexo de causalidade.....	369
9.1.6.2.5 – A prova benéfica em prol do acusado.....	371
9.1.6.2.6 – O princípio da proporcionalidade ou balancing test.....	373
9.1.6.2.7 – A destruição da mentira do imputado.....	375
9.1.6.2.8 – A teoria do risco.....	377
9.1.6.2.9 – A <i>plain view doctrine</i> e os campos abertos.....	378
9.1.6.2.10 – A renúncia do interessado.....	379
9.1.6.2.11 – A infração constitucional alheia.....	380
9.1.6.2.12 – A infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial.....	381

9.2 – Princípio da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade.....	382
9.2.1 – Posição da doutrina e da jurisprudência quanto à nomenclatura presunção de inocência presunção ou presunção de não culpabilidade.	386
9.2.2 – Distinção entre o princípio da presunção de inocência e o da presunção de não culpabilidade..	388
9.2.3 – A presunção de inocência como garantia contra a instauração de inquérito ou de processo criminal sem justa causa.	392
9.2.4 –Aplicação do princípio da presunção de inocência nas atuações da autoridade policial e do Ministério Público.	394
9.2.5 – Exigência da ausência de dúvida razoável da culpabilidade como condição para a condenação (<i>in dubio pro reo</i> ou <i>favor rei</i>) como decorrência do princípio da não culpabilidade e seu alcance em relação à prova.	396
9.2.6 – O princípio da presunção de não culpabilidade e a sua repercussão no tratamento dado às partes na relação processual.	398
9.2.7 - O alcance do princípio da presunção de não culpabilidade: (im)possibilidade da execução antes do trânsito em julgado.	400
9.3 – Princípio acusatório.....	409
9.3.1 – Resquícios do sistema misto no Código de Processo Penal.	414
9.3.2 – Poderes investigatórios na fase preparatória à ação penal, de acordo com o sistema acusatório.	419
9.3.2.1 – Inexistência de privatividade da polícia judiciária para a investigação dos crimes (persecução criminal extraprocessual).	421
9.3.2.2 – Os poderes investigatórios do Ministério Público.	424
9.3.2.2.1 – Argumentos que confirmam os poderes investigatórios do Ministério Público.	428
9.3.2.2.2 – Poderes investigatórios do Ministério Público no Direito Comparado.....	432
9.3.2.3 – Princípio acusatório e vedação do juízo de instrução.	433
9.3.2.4 – Atuação do juiz na fase da investigação no modelo do Código de Processo Penal de 1941.	437
9.3.2.4.1 – Atuação do juiz na investigação e teoria da dissonância cognitiva.	439
9.3.2.4.2 – Juiz das garantias para assegurar a imparcialidade do juiz e o controle da legalidade da investigação.	441
9.3.3 – Legitimidade para a persecução criminal perante o Judiciário.....	445
9.3.3.1 – Sistema acusatório quanto à titularidade para o ajuizamento de ação penal.	447
9.3.3.2 – Ação penal pública como espécie de ação coletiva.	448
9.3.3.3 – Incongruência da ação penal de iniciativa privada com o sistema processual democrático.	449
9.3.3.4 – Ação penal de iniciativa pública condicionada à representação como forma adequada de conciliar os interesses da vítima com o sistema processual democrático.	452
9.3.3.5 – Participação da vítima no processo como direito de cidadania e de amplo acesso ao Poder Judiciário, ideia nuclear da <i>justiça restaurativa</i>	453
9.4 – Princípio da inviolabilidade da intimidade.	457
9.4.1 – Direito à vida privada.	464
9.4.2 – Direito à imagem.	471
9.4.3 – Garantia do sigilo bancário.	474
9.4.3.1 – Dever de perquirir a origem dos recursos e de dar informações e Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)	476
9.4.3.2 – Hipóteses de prestação de informações bancárias independentemente de autorização judicial, previstas na Lei Complementar nº 105, de 2001.	477
9.4.3.3 – Quebra do sigilo bancário por determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito.....	480
9.4.4 – Garantia do sigilo fiscal.	482
9.4.5 – Inviolabilidade do domicílio.....	483
9.4.5.1 – Garantia da inviolabilidade do domicílio na Constituição de 1988.....	484
9.4.5.2 – Conceito constitucional da expressão casa.	485
9.4.5.3 – O alcance da expressão morador.....	489
9.4.5.3.1 – Preponderância do <i>jus prohibendi</i> , no caso de discordância entre os moradores.	489
9.4.5.3.2 – Espaço do empregado e <i>jus prohibendi</i>	491
9.4.5.4 – Compreensão do significado da expressão noite, empregada no inciso XI do art. 5º da Constituição.	492
9.4.5.5 – Determinação judicial substitutiva do consentimento do morador.....	494
9.4.6 – Sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.	497
9.4.6.1 – Sigilo das correspondências, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.	499
9.4.6.2 – Sigilo das comunicações de dados, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.	501
9.4.6.3 – Sigilo das comunicações telefônicas, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição... ..	503

9.4.6.4 – O tratamento dispensado ao sigilo da correspondência e das comunicações no Direito estrangeiro.....	504
9.4.6.5 – Assertivas que infirmam o caráter absoluto do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados.....	507
9.4.6.5.1 – Interpretação sistêmica da expressão (salvo) no último caso, prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição.....	510
9.4.6.5.2 – Interpretação literal que conduz à conclusão lógica de que a ressalva contida no inciso XII do art. 5º da Constituição encerra cláusula de reserva de jurisdição quanto à comunicação telefônica.....	512
9.5 – Princípio da ampla defesa.....	514
9.5.1 – Direito fundamental que está expresso, no processo criminal, apenas em relação aos <i>acusados em geral</i>	516
9.5.1.1 – Diferença de conteúdo entre a ampla defesa no processo criminal e no processo civil.	518
9.5.1.2 – Direito à autodefesa consistente no direito de ser intimado dos atos do processo, de participar das audiências e ao <i>jus postulandi</i> , como decorrência da amplitude do direito de defesa no processo criminal.....	521
9.5.1.3 – Distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa.....	529
9.5.1.4 – As peculiaridades do direito à ampla defesa no processo criminal e sua repercussão nos efeitos da revelia.....	532
9.5.2 – Direito ao silêncio ou de permanecer calado.....	535
9.5.2.1 – Direito ao silêncio (de permanecer calado) que se traduz em direito de não produzir, à força, prova contra si.....	539
9.5.2.2 – Direito de audiência (ser interrogado) como materialização da autodefesa e decorrência lógica do direito ao silêncio.....	548
9.5.2.3.1 – Direito do acusado de ser ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento.....	554
9.5.2.3.2 – Identidade física do juiz como direito do acusado de ser julgado pelo juiz que lhe ouviu.....	556
9.5.2.3.3 – Videoconferência como instrumento para preservar o princípio da identidade física do juiz.....	558
9.5.2.3 – Exercício do direito ao silêncio que não pode servir de fundamento para a condenação do acusado.....	562
9.5.2.4 – Direito da pessoa de ser ouvida perante o responsável pela acusação, antes do oferecimento da denúncia.....	567
9.5.2.5 – Incentivos legais à confissão ou colaboração, como forma de premiação ao acusado e, por via reflexa, de exercício, ainda que indireto, do direito de defesa: colaboração premiada.....	570
9.5.2.5.1 – Delação ou colaboração premiada: colaboração com a sociedade como forma de defesa.....	571
9.5.2.5.2 – Aspectos relevantes da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850, de 2013.....	576
9.5.3 – Direito de recorrer (duplo grau de jurisdição) como expressão do princípio da ampla defesa. ..	582
9.5.3.1 – Direito ao duplo grau de jurisdição.....	584
9.5.3.2 – Ofensa ao princípio da ampla defesa com a exigência do prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo para a admissibilidade do recurso.....	587
9.5.4 – Inviolabilidade da advocacia.....	590
9.5.4.1 – Imunidade judiciária como corolário lógico da inviolabilidade do exercício da advocacia.....	593
9.5.4.2 – Inviolabilidade do escritório de advocacia, dos arquivos e dados, da correspondência e comunicações, incluídas as telefônicas ou afins.....	594
9.6 – Princípio da liberdade.....	598
9.6.1 – Prisão processual no Direito Comparado.....	599
9.6.2 – Histórico do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro.....	603
9.6.3 – Sistema prisional na redação originária do Código de Processo Penal de 1941.....	606
9.6.4 – Mudanças operadas no sistema prisional do Código de Processo Penal, antes da Constituição de 1988.....	609
9.6.5 – Tratamento dispensado pela Constituição de 1988 ao direito de liberdade e à prisão processual.....	614
9.6.5.A – Novo modelo do código de processo penal (Lei nº 12.403, de 2011, e Lei nº 13.964, de 2019).....	616
9.6.5.B – Princípios e regras aplicáveis à prisão processual ou às medidas diversas da prisão.....	618
9.6.5.C – Requisitos ou pressupostos (<i>fumus boni iuris</i> ou <i>fumus commissi delicti</i>), fundamentos (<i>periculum libertatis</i>) e critérios para a definição da medida cautelar adequada.....	622
9.6.5.C.1 – Requisitos ou pressupostos (<i>fumus boni iuris</i> ou <i>fumus commissi delicti</i>) para a decretação de medida cautelar pessoal.....	624

9.5.9.C.2 – Fundamentos (<i>periculum libertatis</i>) quanto à necessidade da decretação de medida cautelar pessoal.	626
9.6.5.C.2.1 – Necessidade para a aplicação da lei penal.	630
9.6.5.C.2.2 – Necessidade para investigação ou instrução criminal.	633
9.6.5.C.2.3 – Necessidade para evitar a prática de crimes (manutenção da ordem pública ou econômica).....	635
9.6.5.C.3 – Critérios para a definição da medida cautelar adequada.	637
9.6.5.1 – Prisão com ordem judicial.	639
9.6.5.1.1 – Prisão preventiva.	641
9.6.5.1.2 – Prisão temporária.	649
9.6.5.1.3 – Prisão (preventiva) ou medida diversa da prisão com a sentença.....	655
9.6.5.1.3.1 – Necessidade de fundamentação da prisão imposta com a sentença recorrível. ...	659
9.6.5.1.3.2 – Prisão com a sentença condenatória nos casos de crime hediondo e a ele equiparado (Lei nº 8.072, de 1990) e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613, de 1998).	659
9.6.5.1.4 – Prisão com a decisão de pronúncia.	663
9.6.5.1.5 – Alternativas à prisão processual no Direito Comparado.....	665
9.6.5.1.6 – Adoção de medidas alternativas à prisão processual no sistema brasileiro.	667
9.6.5.2 – Detenção/Prisão sem ordem judicial.....	669
9.6.5.2.1 – Natureza jurídica do flagrante delito.	671
9.6.5.2.2 – Requisitos constitucionais-formais necessários à legalidade da detenção em flagrante.	675
9.6.5.2.2.1 – Comunicação imediata da detenção ao juiz, à família ou à pessoa de confiança e ao Ministério Público.....	678
9.6.5.2.2.2 – Relaxamento da prisão como consequência da ilegalidade da prisão sem ordem judicial ou em razão da ausência de realização da audiência de apresentação (custódia).	682
9.6.5.2.2.3 – Direito à liberdade provisória.....	687
9.6.5.2.2.3.1 – Vedação à liberdade provisória.	688
9.6.5.2.2.3.2 – Fiança como cautela para assegurar o direito de liberdade.....	693
9.6.5.3 – Responsabilidade civil do Estado decorrente da prestação jurisdicional criminal.	698
9.6.5.3.1 – Ressarcimento por condenação oriunda de erro judiciário.....	700
9.6.5.3.2 – Ressarcimento por dano decorrente de prisão indevida.....	701

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 707

AGRADECIMENTOS

As minhas primeiras palavras de gratidão vão para o Desembargador Federal e Professor Francisco Queiroz de Cavalcanti que, além de constituir-se o grande incentivador e colaborador para que os juízes federais vinculados ao Tribunal Federal da Quinta Região desenvolvam a sua dimensão acadêmica, soube, com inteligência e paciência, na qualidade de professor-orientador, guiar meus passos rumo à elaboração da tese que deu origem a este livro.

Ao tempo em que manifesto o meu reconhecimento a todos os professores do Curso de Doutorado da Universidade Federal de Pernambuco, expresso a minha gratidão especial aos Professores Paulo Lobo, Ivo Dantas, Ricardo de Brito, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Margarida Cantarelli e Antenor Pereira Madruga Filho.

Quero agradecer à Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, através da Professora Maria dos Remédios Fontes Silva, Pró-Reitora Adjunta de Pós-Graduação, e do Professor José Ivonildo Rêgo, Reitor, pelo incentivo à qualificação dos Professores do Curso de Direito da UFRN.

Meu agradecimento à minha família, aos colegas juízes federais e aos servidores da Segunda Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que me acompanharam nessa empreitada e deram, cada um a seu modo e possibilidades, os estímulos imprescindíveis para que o escopo acalentado fosse alcançado.

NOTA À 3ª EDIÇÃO

Eis a 3ª edição deste livro. Os trabalhos de revisão, atualização e ampliação já tinham sido finalizados, quando veio a lume a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o chamado Pacote Anticrime, que trouxe profundas alterações para o Código de Processo Penal. Isso implicou na necessidade de nova revisão do conteúdo desta obra.

A demora em trazer a público a revisão, atualização e ampliação do presente livro decorreu também do fato de ter-me dedicado à elaboração do livro Execução penal no sistema penitenciário federal, finalmente lançado no início do segundo semestre do ano passado.

Nesta edição, foram incorporados ao conteúdo diversos novos apontamentos doutrinários e jurisprudenciais, estes notadamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Ademais, muitos temas agregados foram germinados dos projetos de pesquisa por mim coordenados no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, denominados O direito criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva e criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte. Como fruto desses dois projetos de pesquisa, em conjunto com o professor Olavo Hamilton, coordenei as edições dos livros Direito e linguagem nas decisões criminais, Natal: OWL, 2019; Crime, violência e segurança pública: apontamentos para uma política de estado, Natal: OWL, 2020; e Pacote anticrime: temas relevantes, Natal: OWL, 2021.

Mais uma vez, quero agradecer aos meus alunos de ontem e hoje, da graduação e da pós-graduação, fundamentais no incentivo para a edição da obra desde a sua primeira versão. Agradecimento especial para os integrantes dos meus dois projetos de pesquisa, diante da contribuição decisiva na sedimentação das ideias aqui desenvolvidas.

Agradeço ainda aos servidores e assessores da 2ª. Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, companheiros na tarefa diária de distribuir justiça e que possuem decisiva contribuição quanto à compreensão de diversas questões tratadas neste livro.

Dedico esta obra, uma vez mais e sempre, a Aline, Arthur e Heloísa, pelo amor incondicional que nos une. Os percalços da pandemia gerada pela Covid-19 só serviram para reafirmar a nossa união eterna.

Esta 3ª edição sai novamente pelo selo da OWL, editora criada por mim, Olavo Hamilton e Paulo Linhares. A publicação do livro não tem qualquer pretensão financeira, senão de expor as ideias aqui expostas a debate.

Natal (RN), 8 de abril de 2021.

NOTA À 2ª EDIÇÃO

Vem a lume a 2ª edição deste livro, submetido a revisão, ampliação e atualização. Complementada o que nós denominamos primeira etapa da Reforma Tópica do Processo Penal, mais precisamente com a promulgação das Leis n.ºs. 10.792, de 2003, 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, era necessária a atualização deste livro. Preferimos, no entanto, escrever uma obra específica sobre o tema, deixando para depois a tarefa de cuidar desta nova edição. Editamos o livro *Reforma Tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri*, pela editora Renovar, publicado em 2009, e voltamos a atualizar este escrito.

Quando finalizamos o trabalho, eis que surgiu a Lei n.º 12.403, de 2011, implementando o que para nós constitui a segunda etapa da Reforma Tópica do Processo Penal. Mais uma vez, adiamos a nova versão deste livro, a fim de cuidar do lançamento da 2ª edição da *Reforma Tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*, também sob os cuidados da editora Renovar.

Assim, em certa medida, este livro estava atualizado por meio de outra obra também lançada por mim. Todavia, a 2ª edição deste livro se impunha, e sem mais tardar. Demos continuidade a esta atualização. Promovemos as inserções de mister, com suporte em nosso pensamento, acompanhado de outras obras doutrinárias atualizadas e surgidas após a primeira versão deste escrito. Pesquisamos e incorporamos ao texto a evolução jurisprudencial sobre os mais variados temas aqui tratados.

Ampliamos os temas abordados no livro, com a consequente inclusão de várias obras doutrinárias, especialmente estrangeiras e precedentes jurisprudenciais, com destaque para os oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Alguns temas foram enxertados devido à atualização da obra, outros foram incluídos no escopo de proporcionar uma melhor explanação do entendimento defendido no livro.

Na primeira parte, no capítulo 1, incluiu-se a análise quanto à necessidade da edição de um novo Código de Processo Penal, alinhado ao perfil do sistema democrático que tem os direitos fundamentais como pedra de toque, com a revelação do movimento reformista quanto a essa temática, e as críticas sobre os inconvenientes de uma reforma tópica e, por fim, foram feitas observações sobre aspectos importantes do projeto de novo Código de Processo Penal, já aprovado pelo Senado (itens 1.4.5, 1.4.5.1, 1.4.5.2 e 1.4.6). No capítulo 2, na exposição sobre os fundamentos do direito de punir, de modo mais claro e de acordo com a doutrina a respeito, fez-se a abordagem dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva. No capítulo 4, assim como feito em relação às Cartas constitucionais anteriores, fez-se a síntese sobre a forma como os direitos fundamentais restaram declarados na Constituição de 1988 (item 4.2.6).

Na segunda parte do livro, sentiu-se a necessidade de esmiuçar a doutrina acerca dos direitos fundamentais como dever de proteção (eficiente) pelo Estado, a problemática a respeito da colisão e flexibilização de direitos fundamentais, a incidência do princípio da proporcionalidade nesse tema e da utilização da técnica da ponderação para equacionar essa questão, realçando, de toda sorte, que há um desequilíbrio sistêmico em prol da maior prevalência dessa classe de direitos na perspectiva subjetiva (itens 7.2.4, 7.2.5, 7.2.5.1 e 7.2.5.2). Mais adiante, reservou-se espaço próprio para discorrer sobre o direito do acusado de ser ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento e o princípio da identidade física do juiz e, ainda, ressaltar que a videoconferência constitui ferramenta tecnológica expedita para preservar a aplicação do princípio da identidade física do juiz (itens 9.5.2.3.1, 9.5.2.3.2 e 9.5.2.3.3). Por último, foram lançadas reflexões a respeito do novo modelo do sistema prisional

estabelecido pela Lei nº 12.403, de 2011, assim como dos princípios e regras aplicáveis à prisão processual ou às medidas diversas da prisão (itens 9.6.5.A e 9.6.5.B).

De outro lado, foram revistos pontos. Por exemplo, o *jus perseguendi*, anteriormente tratado como *poder-dever*, nesta nova edição, embora tenha sido mantido o mesmo conteúdo, em termos linguísticos, é exposto como um *dever-poder*, a realçar que se cuida mais de um *dever*, enxergado na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, do que propriamente de um *poder*. Ao contrário da 1ª edição, evoluímos para criticar toda e qualquer legitimidade conferida à autoridade policial para postular, perante o Judiciário, a flexibilização de direito fundamental. De outro lado, diante da classificação, com a Reforma Tópica, da extinção da punibilidade como hipótese de absolvição sumária, agregamos o entendimento de que, a par de a transação e a suspensão condicional do processo possuírem função política despenalizante, agora, são, igualmente, instrumentos para a obtenção da absolvição, pois ocasionam a extinção da punibilidade.

Aproveito o momento para agradecer a todos que, direta ou indiretamente, colaboraram na feitura desta 2ª edição do livro. Quero, todavia, fazer 3 (três) agradecimentos especiais.

A Gudson Barbalho e a Rochester Araújo, ex-Estagiários Docentes do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN, que fizeram minuciosa leitura deste texto, apresentaram valiosíssimas sugestões e chamaram a atenção para um olhar diferente quanto a determinados temas. Enriqueceram muito o livro.

Aos servidores da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que formam equipe de trabalho extraordinária, auxiliares no labor diário pela concretização de uma justiça criminal mais justa e na árdua e gratificante tarefa desempenhada no exercício da corregedoria judicial do presídio federal em Mossoró (RN).

Especialmente a Flávio de Andrade Severiano e a Raimundo Nogueira do Rêgo Medeiros, que formataram o texto e executaram a tarefa de revisar as notas de rodapé.

A 1ª edição deste livro dediquei a Aline e a Arthur, até então os bens mais preciosos de minha vida. Agora, a nossa família cresceu. Chegou, no início de dezembro do ano passado, Heloisa, linda como uma princesa. Esta obra, em sua 2ª edição, é dedicada também a ela.

Esta 2ª edição sai pelo selo da OWL, editora criada por mim, Olavo Hamilton e Paulo Linhares, que se apresenta como espaço aberto para facilitar e fomentar a publicação de livros na área jurídica.

Natal (RN), 12 de julho de 2015.

APRESENTAÇÃO

Foi com muita honra que aceitei o convite para fazer a apresentação deste livro de autoria de Walter Nunes da Silva Júnior. Trata-se de obra escrita originariamente como tese de doutoramento, apresentada com o título “*Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*” e defendida (com nota máxima e louvor) na Faculdade de Direito de Recife (UFPE).

Em razão dos inúmeros contatos pessoais que mantivemos nos últimos anos, tive o privilégio de acompanhar o desenvolvimento da tese e, agora, do livro. Sou testemunha, portanto, do quanto tudo isso custou para o autor, cuja pesquisa foi ganhando corpo a cada dia em razão de sua denodada dedicação.

O ponto de partida da obra reside na teoria do garantismo, cujo expoente máximo, no momento, é Ferrajoli. Para este autor, o sistema garantista constitucional caracteriza-se (a) pela positivação constitucional dos direitos fundamentais bem como (b) pela limitação da própria produção do Direito, que está sujeita a barreiras formais e materiais. Poder-se-ia agregar a essas duas premissas uma terceira que consiste no singular sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido no nosso país.

O atento e aprofundado estudo dos limites ao direito de punir do Estado que foi concretizado neste livro, depois das considerações que acabam de ser feitas, conta com relevância ímpar, seja porque o constituinte de 88 procurou positivar na Constituição uma série enorme de direitos e garantias do acusado, seja porque a própria produção legislativa já não pode extrapolar os limites materiais da Carta Magna, todos reconduzíveis, é certo, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A obra foi estruturada em duas partes, cuidando a primeira das bases filosóficas do direito criminal. Na segunda, a atenção do autor se voltou fundamentalmente para a discussão dos principais direitos e garantias fundamentais catalogados na Constituição de 1988. Uma das notáveis singularidades do livro, aliás, consiste no destaque que é dado ao princípio da supremacia da Constituição, que é fonte da chamada *interpretação conforme*, ou seja, todo Direito deve ser interpretado de acordo com a Constituição, não o contrário.

A constitucionalização do pensamento e das construções teóricas é, sem sombra de dúvida, a característica mais marcante do jurista do terceiro milênio. Foi sob o império dessa visão moderna que o autor fundamentou e desenvolveu este livro, que foi escrito em linguagem acessível, porém, sem perder de vista a profundidade que cada assunto requeria.

O livro espelha, destarte, um escorreito inventário do que existe de mais importante no nosso atual devido processo penal. Mas não se esqueceu da contribuição da História, muito menos da importância do pensamento político-liberal, para a construção do original Estado de Direito. Nesse tempo, os direitos valem pelo que atestavam as leis. Hoje, como se sabe, os direitos valem pelo que são retratados nas Constituições. Até mesmo a produção da lei encontra limites, ou seja, a produção do Direito, também, está sujeita ao Direito maior (constitucional).

As duras críticas que foram feitas contra as posturas antidemocráticas da Escola Positiva italiana bem revelam o quanto esse Direito do final do século XIX em praticamente nada se corresponde ao nosso modelo atual de Estado, que é o constitucional e democrático de Direito.

Por tudo quanto acaba de ser rapidamente esboçado, não há dúvida de que se trata de obra digna de encômios, que será lida e relida pelo atento leitor que, seguramente, poucos reparos fará.

Um deles, possivelmente, consistiria no uso da locução “*presunção de não culpabilidade*”, em lugar da “*presunção de inocência*”. Nossa Corte Constitucional, como sabemos, vem conferindo primazia à primeira, quando o acertado é a segunda visto que assim está escrito na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º). Os primeiros que começaram a falar em *presunção de*

não culpabilidade foram os juristas italianos do período fascista. Essa origem bastante maculada da expressão já diz tudo por si só. Melhor, assim, voltar à velha e sábia Constituição francesa do final do século XVIII, que brilhou, inclusive, por privilegiar a locução “presunção de inocência”.

De qualquer modo, sublinhe-se que a conquista de um pensamento jurídico ponderado e amadurecido, como o do autor, não acontece da noite para o dia. O livro que acaba de ser escrito por Walter Nunes da Silva Júnior apresenta um conteúdo denso, porém exposto de forma objetiva e clara.

É fruto, portanto, de uma embasada e extensa pesquisa, mas também e sobretudo de sua vivência e experiência profissional altamente elogiáveis.

Formado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN (1986), logo foi aprovado e nomeado Promotor de Justiça no mesmo Estado (1988). De 1988 a 1991, passou pela Magistratura estadual e, em seguida, pela Procuradoria da República (tendo exercido o cargo de Procurador da República por alguns meses). No final de 1991, viria a triunfar uma vez mais, galgando a carreira de Juiz Federal. Na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, exerce, até hoje, o cargo de Juiz Titular da 2ª Vara, especializada em matéria criminal. Na atualidade, é o Presidente da Ajufe (Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe).

Exerceu a função de Juiz Eleitoral como membro efetivo do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte durante o biênio 1993/1995, na vaga destinada à Justiça Federal. É professor de Processo Penal na Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN, desde o primeiro semestre de 1993, assim como na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Fundou e é o diretor da RCD – Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. É mestre em Direito Público pela UFRN/UFPE, com área de concentração em Direito Constitucional, tendo apresentado o trabalho intitulado “Poder Judiciário Democrático-Constitucional: uma apreciação política de sua estrutura”, sendo aprovado com louvor.

Agora é doutor pela UFPE em Direito Público, com área de concentração em Direito Processual Penal. É autor, ademais, de incontáveis artigos jurídicos que sempre encontraram eco no mundo jurídico.

Que o livro tenha o merecido reconhecimento de todos.

São Paulo, 1º de maio de 2006.

LUIZ FLÁVIO GOMES
Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG

PREFÁCIO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Uma das virtudes que fazem os grandes juristas — ao lado da dedicação ao estudo, da visão enciclopédica do Direito e do mundo e do compromisso com seu tempo — é a capacidade de perceber, na hora certa, a demanda por conhecimento que exista acerca de determinado objeto. Esta é uma dentre as muitas qualidades de Walter Nunes da Silva Júnior e do trabalho de fôlego que produziu: a colonização de um espaço de carência acadêmica. O processo penal, juntamente com o direito penal e outros elementos do sistema punitivo no Brasil, precisa de uma reestruturação doutrinária que redefina seu papel na sociedade democrática contemporânea, com sua complexidade, seu pluralismo e suas exigências heterogêneas por direitos fundamentais e segurança pública. O livro que aqui tenho a honra de prefaciar presta valiosa contribuição a essa causa.

Penso ser de justiça chamar a atenção do leitor para dois aspectos notáveis da obra. O primeiro: a existência da pesquisa, a profundidade da reflexão e a erudição demonstrada não comprometem, em mínima medida, a clareza solar do trabalho, que ilumina de maneira simples, precisa e desafetada as ideias, categorias e institutos com os quais trabalha. O segundo aspecto é a postura humanista do autor, que situa em dimensão própria as possibilidades e os limites da repressão penal no Brasil contemporâneo.

O humanismo se alimenta de uma visão solidária da vida, da capacidade de perceber e de compreender o outro e ter empatia com ele. Não me refiro ao outro que seja muito parecido ou igual a nós mesmos — em raça, classe, interesses —, mas aos diferentes, inclusive e notadamente os que não tiveram as mesmas oportunidades de afeto, de educação, de evolução existencial. São estes os que mais precisam e os que menos recebem. Os que verdadeiramente necessitam da Constituição, de dignidade, de direitos fundamentais, de processo legal. Por vezes, precisarão também de compaixão e de perdão. Feitas estas anotações iniciais, e não desejando me alongar além da conta, passo a situar a obra no contexto atual da confluência entre o direito constitucional e os demais ramos do Direito.

O reconhecimento efetivo de força normativa às normas constitucionais e da posição de supremacia e centralidade que ocupam no ordenamento jurídico deflagrou uma reação em cadeia, ainda em curso: o Direito está se constitucionalizando. Isso não significa subordinação ou perda da identidade própria de cada ramo do conhecimento jurídico, mas tão-somente a constatação de que as regras e princípios constitucionais reclamam realização em todas as instâncias da vida, ainda que seja para assegurar aos indivíduos um espaço de liberdade existencial livre de ingerências indevidas do Estado ou mesmo de terceiros. Com efeito, a par de estabelecer a estrutura orgânica do Estado e os procedimentos para a criação da legislação ordinária, a Constituição instituiu balizas materiais para o processo político e para a aplicação das normas jurídicas. Dessa forma, a plena realização do ideal constitucional não apenas recomenda, mas a rigor exige que todo o Direito seja interpretado à luz da Constituição.

A partir dessas premissas, a doutrina tem procedido a uma ampla releitura de todos os ramos jurídicos sob a ótica da Constituição, fenômeno a que se convencionou denominar *filtragem constitucional*. Tornaram-se correntes as referências ao direito civil constitucional, ao direito administrativo constitucional, ao direito tributário constitucional, dentre outras construções similares. Nesse particular, o direito penal e o direito processual penal ainda carecem de trabalhos sistemáticos de releitura em bases constitucionais, sem prejuízo de importantes iniciativas recentes. A referida lacuna torna-se especialmente sentida em razão das

características desses dois ramos jurídicos, que lidam com direitos fundamentais em situações não raro dramáticas, seja quando se olha pela perspectiva das vítimas, seja sob o enfoque dos acusados e condenados. A trajetória da repressão e da investigação organizada dos delitos mistura-se em diversos momentos, com a história dos direitos fundamentais e da evolução da sua garantia. Como bem destaca o autor:

Na dimensão do neoconstitucionalismo ou do Estado democrático- constitucional, tem-se que a Constituição, em especial os direitos fundamentais, estabelece a base teórica de todo o ordenamento jurídico criminal, daí por que, para todos os efeitos, ao invés de falar-se em teoria geral do processo penal, apresenta-se mais apropriado perquirir de sua teoria constitucional, pois a história desse ramo do Direito — a investigação científica demonstra — confunde-se com a própria história dos direitos fundamentais. Com efeito, no exame da história dos povos, contemplando a transformação da sociedade primitiva em Estado, observa-se que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, logo cedo, preocupou-se em estabelecer limites ao exercício do dever-poder de punir do Estado, utilizando como um dos instrumentos mais importantes os direitos inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos governantes. Os direitos fundamentais, portanto, formam o núcleo duro das regras processuais ou, em outras palavras, constituem a própria teoria constitucional do processo penal” (destacado no original).

Em tempos de sociedade acuada pela violência, muitas vezes em circunstâncias que sugerem um retorno à barbárie, não é simples a tarefa dos estudiosos do direito penal e do direito processual penal que estejam comprometidos com a tábua constitucional de valores. Sem complacência ou estímulo à impunidade, cabe-lhes enxergar e fazer enxergar a humanidade naqueles que comentem das pequenas transgressões aos atos inumanos, ou talvez demasiado humanos. Há diferentes indicadores do grau de civilização de uma comunidade política. Um dos mais expressivos talvez seja o tratamento que dispensa aos seus acusados — notadamente quando destituídos de influência política ou econômica — e, sobretudo, aos que caem em seu sistema repressivo. A Constituição deve incidir nesse domínio para garantir que a apuração das infrações penais seja ordenada e eficiente, mas também para assegurar que os direitos fundamentais sejam respeitados e não haja julgamentos injustos ou condenações degradantes.

A obra de Walter Nunes da Silva Júnior alinha-se com essa necessidade e proporciona uma visão abrangente do processo penal. Propõe-se a rediscutir os fundamentos teóricos da disciplina, suas categorias e institutos centrais, sempre à luz da Constituição, além de analisar de forma específica questões pontuais tormentosas como a investigação pelo Ministério Público, a admissibilidade de provas ilícitas e as prisões processuais acautelatórias, para citar alguns exemplos. O autor alia apuro acadêmico à sua rica experiência como juiz federal, proporcionando aos leitores uma viagem proveitosa e bem conduzida por um processo penal comprometido com a ordem constitucional.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 2007.

Luís Roberto Barroso

Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ.

APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA TEORIA (CONSTITUCIONAL) DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.

Existe uma lacuna na doutrina nacional em relação a obras direcionadas ao estudo mais denso sobre a teoria do processo penal. Os livros de Teoria Geral do Processo, comumente, não têm se aprofundado nas singularidades da teoria do processo no ambiente criminal, especialmente quanto à repercussão dos direitos fundamentais nessa área do saber jurídico. Isso porque são escritos por processualistas civis ou devido ao fato de tratar, a um só tempo, dos aspectos cíveis e criminais.

A razão de ser deste livro é exatamente buscar preencher o mencionado vácuo doutrinário e satisfazer o compromisso assumido com os alunos, especialmente os da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, que sempre me cobraram uma obra sistemática a respeito dos fundamentos do processo penal.

O projeto de escrever sobre a teoria do processo penal é antigo. Achei prematuro fazê-lo no Mestrado, ciente de que o assunto ainda não estava suficientemente amadurecido. Por volta do ano de 1997, passei a lecionar, na ESMARN, o que denominei, em um primeiro instante, “Processo penal: limitações do direito de punir” e, posteriormente, “Teoria constitucional do processo penal”.

Sedimentadas as ideias, pouco mais de cinco anos depois, iniciei o curso de Doutorado na Universidade Federal de Pernambuco, com a ideia de apresentar, como tese, uma *Teoria constitucional do direito processual penal*¹. Eis a origem deste livro que, agora, após as adaptações necessárias, com o acréscimo de algumas considerações e feitas as atualizações legislativas e jurisprudenciais, submeto à crítica.

Este livro busca contribuir para uma efetiva introdução a esse ramo do Direito, a partir da constatação de que os direitos fundamentais, plasmados em forma de princípios na Constituição, constituem a espinha dorsal da teoria do processo penal, com alcance distinto ao de sua aplicação no processo civil. Isso porque há uma distinção ontológica entre um e outro, na medida em que, sendo o escopo do processo civil a composição da lide envolvendo interesses de particulares e, eventualmente, do poder público, o do processo penal é o regramento do exercício do dever-poder de punir do Estado.

Os cursos de processo penal, via de regra, fazem superficial incursão sobre a teoria desse ramo do Direito, no pressuposto de que a matéria já foi devidamente tratada na teoria geral do processo, o que, infelizmente, não ocorre. Justamente por isso, este curso de processo penal pretende elaborar uma teoria do processo como estudo introdutório necessário para que se passe à análise dos institutos processuais.

A ideia central deste livro parte do pressuposto de que o processo penal surgiu como instrumento hábil para limitar o exercício do dever-poder de punir do Estado, o que coincidiu, não por acaso, com o movimento iluminista, cuja preocupação macro era impor limites ao poder do Estado. Por isso mesmo, observa-se que as declarações de direitos do homem, tal como foram constitucionalizadas pelo primeiro movimento constitucionalista, apresentam-se, ainda hoje, como

¹ A tese, denominada Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro, foi apresentada, em fevereiro de 2006, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – Centro de Ciências/UFPE, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Penal, sendo aprovada com louvor e recomendada a sua publicação. A Banca Examinadora foi formada pelo Professor Livre Docente FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI, da Universidade Federal de Pernambuco, Professor-Doutor ANTENOR PEREIRA MADRUGA FILHO, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Professor-Doutor MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, da Professora-Doutora MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI, da Universidade Federal de Pernambuco e do Professor-Doutor RICARDO DE BRITO ALBUQUERQUE PONTES FREITAS, da Universidade Federal de Pernambuco.

garantias que têm incidência maior no ambiente criminal, em razão das regras que sinalizam para o respeito a direitos pertinentes à dignidade da pessoa humana.

Evidencia-se, assim, que o processo penal não surgiu tendo como escopo armar o Estado para enfrentar a criminalidade, mas, sim, como instrumento hábil e necessário para que fosse humanizada a sua função de punir. Conquanto essa razão de ser do processo penal tenha sido substancialmente desvirtuada, após a Segunda Guerra Mundial, ao sabor do *neoconstitucionalismo ou do estado constitucional*² houve a recuperação do perfil democrático do processo penal.

No Brasil, o resgate dessa concepção do processo penal somente se fez sentir na segunda metade dos anos 80, notadamente após a promulgação da Constituição de 1988, na medida em que os direitos fundamentais ganharam *força normativa e hierarquia superior às regras jurídicas*, passando a desempenhar função hegemônica em nosso sistema, e não apenas integrativa das lacunas do Direito, como era antes, circunstâncias que levam à assertiva de que seja mais apropriado falar em *teoria constitucional do processo penal* do que propriamente em teoria do processo penal.

a) Dimensão humanística do processo criminal.

As discussões as mais acirradas a respeito da forma como o Estado deve enfrentar a criminalidade não são recentes, sendo possível, em abordagem sintética, identificar, nessa questão, a despeito de suas mais diversas variantes, duas doutrinas ontologicamente diferenciadas:

(1) A que propõe um sistema criminal que tem como arcabouço uma visão garantista, fundada na obediência aos direitos fundamentais declarados na Constituição, concebidos como normas jurídicas que têm em mira *limitar/restringir* o dever-poder de punir (pretensão punitiva) do Estado³ e (2) outra que sugere um *olhar* do sistema mais focado na *segurança pública/defesa social*, de cunho autoritário, diante da concepção de que os direitos fundamentais são ditados para as *pessoas de bem*, daí por que, no conflito entre os direitos defendidos com a pretensão acusatória e os do acusado, deve prevalecer o primeiro, especialmente quando o delito em apuração estiver inserido no contexto da *macrocriminalidade*⁴.

Em nosso meio, quem é adepto da primeira corrente recebe o nome de garantista, o que dá a entender que os demais, filiados à linha de pensamento mais rígida e que põem em destaque o interesse na persecução criminal, formam o grupo dos não garantistas⁵. Nas palavras de FERRAJOLI⁶, a quem é atribuída a concepção doutrinária do garantismo, em contraposição a esse sistema está o modelo penal autoritário, *... fruto irreflexivo y consolidado de las prácticas legislativas, jurisdiccionales o policiales*” afinado com doutrinas e modelos teóricos e políticos *“... de los esquemas premodernos de la inquisición a las modernas teorías de la prevención especial, de la*

² No livro se dá preferência para a denominação Estado democrático-constitucional.

³ *Sobre o garantismo*, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Editorial Trotta, 1995. O modelo garantista no pensamento de FERRAJOLI é o reflexo de três questões fundamentais, que representam a legitimação do sistema criminal: *“... por qué, cuándo y cómo castigar (o no castigar); por qué, cuándo y cómo prohibir (o no prohibir); por qué, cuándo y cómo juzgar (o no juzgar)”* (ibid., p. 232).

⁴ RICARDO DE BRITO identifica duas tendências opostas ao garantismo: *“A primeira delas corresponde à ideologia penal autoritária e implica um direito concebido como expressão de um Estado, cujo poder excede os limites estabelecidos no Estado liberal de direito, assumindo a roupagem de um direito penal máximo correspondente ao absolutismo penal de todos os matizes (As razões do positivismo penal no Brasil”* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002. p. XXIII). De acordo com essa corrente, o lema é: *“estamos interessados nos ‘direitos humanos’ dos homens de bem e não nos ‘direitos humanos’ dos delinquentes”* (Ibid., p. XXIV). Nas palavras do referido autor, *“... a segunda grande tendência que rejeita o garantismo penal é o abolicionismo”* (Ibid., p. XXIV), pois, para este, *“... direito penal bom é direito penal inexistente”* (Ibid., p. XXIV). Note-se, porém, que a corrente criminal denominada abolicionismo penal possui duas variantes, uma mais radical, que propõe mesmo a eliminação do sistema penal, e outra, mais moderada, que sugere uma nova visão da justiça criminal, centrada no ideário democrático. Nessa segunda linha, os abolicionistas não se atiram com os fundamentos do garantismo.

⁵ FERRAJOLI usa a expressão sistemas garantistas o antigantistas (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 852). Por outro lado, essa discussão no nosso meio, em torno do garantismo, apresenta-se como questão bizantina, porquanto essa dimensão do processo criminal, que faz parte da sua história e da razão de seu surgimento, trata-se de um corolário lógico do sistema democrático-constitucional plasmado na Constituição de 1988, cujo suporte principiológico repousa na declaração e consagração dos direitos fundamentais. Isso implica, de toda sorte, na necessidade de enxergar os direitos fundamentais nas dimensões subjetiva e objetiva. Cf. capítulo 2 e itens 7.2.1 e 7.2.4.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 41.

defensa social o del tipo normativo de autor, em sus múltiples variantes moralistas, antropológicas, decisionistas y eficientistas.”⁷

A discussão a respeito desse tema ainda é recorrente, embora tenha sido enfrentada e dissipada pela maioria dos países em prol da primeira corrente de pensamento. É verdade que o incremento da criminalidade, não apenas em relação às ações ilícitas transnacionais sustentadas em ampla base organizativa, representadas pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de mulheres, crianças, órgãos e armas, lavagem de dinheiro, corrupção e, mais especialmente, pelos crimes de terrorismo, tem levantado divergências quanto ao modelo a ser adotado para apoiar a persecução criminal⁸. No entanto, a comunidade internacional tem, reiteradamente, asseverado o compromisso com o Estado Constitucional, que tem os direitos fundamentais como normas *hegemônicas, estruturantes e orientadoras* de todo o sistema jurídico.

Nessa linha de orientação, no projeto de declaração do 11º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, realizado em Bangkok, Tailândia, no período de 18 a 25 de abril de 2005, os Estados Membros da ONU, dentre outros compromissos, a despeito das posições defendidas pelos Estados Unidos e Espanha, reafirmaram, com ênfase, que as medidas a serem adotadas no combate à criminalidade, até mesmo em relação ao terrorismo, devem ser compatíveis com o Direito Internacional e de conformidade com a Carta das Nações Unidas, em particular com as declarações relativas aos *direitos fundamentais*⁹.

O Brasil, assim como os demais países da América Latina, onde o regime ditatorial perdeu a década de 60 até a segunda metade dos anos 80, começa a apartar-se do *positivismo normativo*. Na década de 1990, iniciou-se a chamada virada *copérnica*, rumo à construção de um novo paradigma jurídico, no qual os direitos fundamentais, enunciados em forma de princípios, a par de possuírem força normativa, são considerados normas de hierarquia superior às regras jurídicas estampadas na legislação infraconstitucional, de modo que, além de deixarem de desempenhar mera função integrativa das eventuais lacunas do Direito, passaram a ocupar *posição hegemônica, estruturante e interpretativa do sistema jurídico*¹⁰.

Essa concepção jurídica embasada nos direitos fundamentais descortina que o Direito Processual Penal, mais do que qualquer outro ramo do Direito, é o que tem o maior número de normas que são direta ou indiretamente ditadas para o seu campo de atuação. Com efeito, quem examina detalhadamente os direitos fundamentais estampados na Constituição de 1988, certamente, fica surpreso com a quantidade de preceitos que são afetos à seara do processo penal¹¹.

Não se trata de característica ínsita ao perfil dos direitos fundamentais tal como eles se encontram anunciados em nossa Carta Constitucional – aliás, todas as Constituições anteriores – da Carta Imperial de 1824 à de 1967 –, sempre contiveram maior número de direitos fundamentais relacionados ao processo penal – senão do fenômeno, operado pela primeira versão do

⁷ Ibid.

⁸ A discussão a respeito desse tema ainda é recorrente, embora tenha sido enfrentada e dissipada pela maioria dos países em prol da primeira corrente de pensamento. É verdade que o incremento da criminalidade, não apenas em relação às ações ilícitas transnacionais sustentadas em ampla base organizativa, representadas pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de mulheres, crianças, órgãos e armas, lavagem de dinheiro, corrupção e, mais especialmente, pelos crimes de terrorismo, tem levantado divergências quanto ao modelo a ser adotado para apoiar a persecução criminal

⁹ O Brasil esteve presente, em comissão formada pelo Ministro WALDIR PIRES, Ministro de Estado do Controle e da Transparência, MARCO ANTÔNIO DINIZ BRANDÃO, Embaixador do Brasil na Tailândia, CLÁUDIA CHAGAS, Secretária Nacional de Justiça, MARIA FELICIANA ORTIGÃO, Primeira Secretária da Embaixada do Brasil em Viena, ANTONOR PEREIRA MADRUGA FILHO, Diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça, CARLOS EDUARDO VASCONCELOS, Subprocurador Geral da República, WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, Juiz Federal, CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL, Membro do Conselho Nacional Criminal e Penitenciário, ROBSON ROBIN DA SILVA, Diretor do Departamento de Segurança Nacional do Ministério da Justiça, e PATRÍCIA MARIA OLIVEIRA LIMA, Primeira Secretária e Conselheira Internacional do Ministério de Estado de Controle e da Transparência.

¹⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹¹ Dos 78 (setenta e oito) incisos nos quais consta a declaração dos direitos fundamentais, 40 (quarenta) são referentes ao Direito Criminal, sendo que, destes, 24 (vinte e quatro) são exclusivamente de Direito Processual Penal (art. 5º, incisos III, XI, XII, XXXVIII, XLIV, XLVII, XLIX, L, LI, LII, LIV, LVII, LVIII, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII, LXVIII e LXXV). Estritamente de Direito Penal são apenas cinco (art. 5º, incisos XXXIX, XL, XLII, XLVI e XLVII). Exclusivamente de Direito Processual Civil são apenas sete (Art. 5º, incisos XXIV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII e LXXIV).

constitucionalismo, de normatização das declarações dos direitos do homem, como revela a leitura das dez primeiras emendas constitucionais aditadas à Constituição dos Estados Unidos, das quais oito eram referentes ao processo penal. A esse respeito, a análise das Constituições de países, como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, que serviram de guia para o constituinte nacional de 1988 e foram editadas após a Segunda Guerra Mundial, deixa patente essa vertente dos direitos fundamentais.

Escorço histórico das origens da ciência criminal revela que o seu surgimento somente se deu a partir da segunda metade do Século XVIII, cujo *take off* adveio com a edição da obra *Dos delitos e das penas*, de autoria de CESARE BECCARIA. Sem desconhecer a sua importância para o Direito Penal, notadamente devido à dedução e exposição dos princípios da *reserva legal* e da *proporcionalidade entre o crime e a pena*, o estudo acurado do excepcional livro do milanês revela que a sua maior e mais fundamental contribuição foi para o processo penal.

De fato, àquela época, o Estado era absoluto, e a persecução penal mero ritual – era deduzida sem o conhecimento de *regras ou limites*, circunstância que dava guarida à prática de toda sorte de arbitrariedades, como julgamentos secretos, negativa do direito de defesa, aplicação da tortura e outras práticas inconcebíveis. *O pensamento beccariano*, elaborado em compasso com o ideário *iluminista* que se lançava naqueles tempos, tinha como norte exigir do Estado a obediência aos direitos insitos à pessoa humana, ainda quando aquele estivesse no exercício do lúdico e necessário direito de punir.

A doutrina confere especial destaque à contribuição de BECCARIA para o Direito Penal, esquecendo-se, todavia, de sublinhar a substância da obra de alto teor inovador e pioneiro na área processual e que levou à *processualização* do direito de punir como instrumento indispensável para limitar a persecução criminal que, até então, não conhecia limites. Não se tem conhecimento de estudo sistemático que resgate a memória de que a sua real contribuição para o Direito se deu efetivamente no campo do processo penal e demonstre como as ideias por ele adotadas em forma de ensaio filosófico foram preponderantes na declaração de direitos fundamentais plasmada na Constituição americana, enxertados mediante as primeiras emendas que lhe foram incorporadas.

No mesmo passo, o exame dos direitos fundamentais da forma como estão inseridos nas Constituições americana, alemã, italiana, espanhola e portuguesa mostra a influência da doutrina *beccariana*, assertiva que se aplica, igualmente, ao constitucionalismo brasileiro, como se percebe do estudo das Cartas Políticas promulgadas ao longo do tempo, notadamente da de 1988.

O aspecto aqui assinalado da identidade das ideias de BECCARIA com o conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos nos textos constitucionais é tão instigante que basta observar que princípios nunca antes consignados expressamente em nossas constituições, como o da *presunção de não culpabilidade ou de inocência*, do *direito ao silêncio*, da *publicidade* e, até mesmo, mais recentes, como o da *celeridade*, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, haviam sido pensados e justificados, com régua e compasso, pelo renomado marquês.

Esse enfoque revela que o Direito criminal – em especial o processo penal – foi concebido como instrumento adequado para preservar os direitos essenciais da pessoa humana frente ao legítimo direito de punir do Estado, mediante o estabelecimento de regras que têm o condão de limitar esse agir estatal e, assim, coibir excessos e abusos nessa área de sua atuação.

A origem, por conseguinte, do Direito Processual Penal, a par de confundir-se com o surgimento das declarações de direitos do homem mais tarde, devido *ao processo de constitucionalização*, transmutadas em direitos fundamentais –, teve como *ratio essendi* limitar o direito de punir, justamente a ideia central do movimento iluminista, que tinha a declaração dos direitos do homem, ao lado da tripartição dos poderes¹², como o meio eficaz para impedir o *Absolutismo do Estado*.

Não é por outra razão que, aqui e alhures, os temas dominantes na esfera criminal – seja nos trabalhos acadêmicos, nos julgamentos pelos tribunais, nas discussões políticas travadas nos Parlamentos e mesmo em fóruns nos quais se permite a participação popular – giram ao redor das garantias impostas pelos direitos fundamentais na qualidade de regras que restringem o direito de punir do Estado, tais como o devido processo legal, o direito à ampla defesa, ao silêncio, à imagem,

¹² BECCARIA, na sua obra, também faz referência à necessidade da separação dos poderes, como forma de evitar que o soberano detenha o interesse na punição do autor do crime e o poder de julgar.

à vida privada, à liberdade provisória com, ou sem, fiança, aos sigilos bancário e fiscal, à inviolabilidade da correspondência, dos dados, da comunicação telefônica, do domicílio, do escritório e do exercício da advocacia (*fair trial*). Ou então assuntos a elas diretamente relacionados, como a colisão de direitos fundamentais e a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito e as que delas são derivadas (*fruits of the poisoned tree*) e, até mesmo, os poderes investigatórios do Ministério Público. MIREILLE DELMAS-MARTY, em análise do movimento reformista dos sistemas criminais europeus, conquanto esse fenômeno revele que nenhum deles é perfeito, também denota que, “... em princípio por causa das mudanças políticas do Sul e no Leste, em razão também de um controle supranacional exercido atualmente pela Corte de Estrasburgo, e a seu modo, pela Corte de Justiça de Luxemburgo, um movimento sem precedentes de reforma do procedimento penal apoderou-se de vários países europeus, incluindo a Europa do Leste, onde se percebe melhor a que ponto o procedimento penal está ligado – mais ainda que o direito penal material que define os delitos e as penas – ao processo de democratização”¹³.

Cada vez mais se intensifica e se pratica a cooperação jurídica entre os países no combate à criminalidade, o que exige a formalização de acordos multilaterais e bilaterais no sentido de preceituar normas processuais adequadas para o tratamento dessa questão e realça a dimensão internacional desse ramo do Direito e a sua íntima relação com as declarações de direitos positivadas nos textos constitucionais dos países e com as que estão catalogadas em diplomas internacionais e regionais.

Faz parte das preocupações científicas atuais perquirir as bases principiológicas do processo penal que estão fincadas na Constituição, diante da necessidade de reorientar a visão sedimentada sobre o Direito Processual e realçar a sua dimensão política, democrática e internacional, o que deve ser feito mediante o exame amíúde das cláusulas constitucionais *orientadoras e vinculadoras* do Estado no desempenho do dever-poder de perquirir a responsabilidade penal dos agentes que praticam ilícito. A influência dos direitos fundamentais nos projetos de reforma dos Códigos de Processo Penal na Europa, assim como a sua dimensão internacional, é destacada por FRANÇOISE TULKENS, ao afirmar que “No conjunto dessas reformas se apresentam as exigências da Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Ela questiona a soberania nacional no direito de julgar e introduz um controle supranacional sobre todos os aspectos do processo penal”¹⁴.

A análise dos cenários nacional e internacional demonstra a pertinência e a importância da exploração do tema no presente estudo, até porque não se enxerga, em nossa doutrina, desenvolvimento da matéria tal como aqui se propõe.

b) Garantismo como corolário lógico do sistema democrático-constitucional da Constituição de 1988.

Influenciado pelas ideias liberais de BECCARIA, que deram suporte à construção dos sistemas criminais em todo o mundo, o Código de Processo Criminal brasileiro foi editado em 1832. Paulatinamente, foram-se introduzindo modificações substanciais, agora sob a influência de outra corrente de pensamento, mais precisamente a *Escola Positiva*, capitaneada por CESARE LOMBROSO, a qual propunha a adoção de regras mais rígidas no tratamento da questão criminal. Essa nova vertente do processo criminal, depurada pela *Escola do Tecnicismo Jurídico*, fomentou a construção de outro arcabouço jurídico criminal, cujas bases, alinhavadas na Carta ditatorial de 1937, foram fincadas com especial destaque no Código de Processo Penal de 1941, ainda hoje em vigor. Sob a batuta da ordem constitucional então vigorante em nosso meio, o ordenamento processual penal trazido a lume refletiu a mentalidade antidemocrática e eminentemente *policialesca* de então.

Aquele paradigma de Direito, no qual foi forjado e edificado o monumento legislativo processual penal infraconstitucional, mercê da edição da Constituição de 1988, não existe mais, o que recomenda a releitura do Código de Processo Penal. O novo Direito, promovido com a Constituição

¹³ Mireille Delmas-Marty (org.). *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, p. XVII.)

¹⁴ *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, p. 14).

de 1988, instaurou entre nós aquilo que já era realidade nos países da Europa Continental desde o final do segundo grande conflito mundial, ou seja, o *Estado democrático-constitucional*, aquele em que o ordenamento jurídico é compreendido em consonância com as lentes oferecidas pela compreensão e alcance dos direitos fundamentais.

Na dimensão do *neoconstitucionalismo* ou do *Estado democrático-constitucional*, a Constituição, em especial quando trata dos direitos fundamentais, estabelece a *base teórica* de todo o ordenamento jurídico criminal, daí por que, para todos os efeitos, ao invés de falar-se em *teoria geral do processo penal*, apresenta-se mais apropriado perquirir de sua teoria constitucional, pois a história desse ramo do Direito – a investigação científica demonstra – confunde-se com a própria história dos direitos fundamentais.

Na transformação da sociedade primitiva em Estado, observa-se que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, já no Século XIII, preocupou-se em estabelecer limites ao exercício do dever-poder de punir do Estado, utilizando como um dos instrumentos mais importantes os direitos inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos governantes. Esses são os chamados direitos de primeira geração, que eclodiram com a Revolução Francesa. Dentre as classificações dos direitos humanos, há uma que leva em consideração a elevação, com o passar do tempo, do conteúdo das declarações. Em consonância com essa ótica, os direitos humanos são de: a) primeira geração, que são os direitos civis e políticos, enunciados por meio de proposições negativas (o Estado não pode prender, não pode processar, não pode matar etc.); b) segunda geração, representados pelos direitos econômicos, sociais e culturais que, em consequência da Revolução Industrial, apareceram no Século XIX; c) terceira geração, os chamados direitos de solidariedade internacional, nos quais os beneficiários não são apenas os indivíduos, mas igualmente os povos, tendência que se manifestou após a Segunda Guerra Mundial, merecendo especial destaque a Carta das Nações Unidas, editada em 1945; d) quarta geração, ligados à questão do biodireito, na proteção da pessoa contra o avanço tecnológico, como formação de humanização do progresso científico, regulando, mediante a incorporação de conceitos bioéticos, a relação entre os cientistas e os cidadãos comuns, quanto a pesquisas e procedimentos referentes questões como transplante de órgãos, fecundação in vitro, aborto, descriminalização do suicídio, barriga de aluguel, transformação de sexo; e) quinta geração, cuidam das questões pertinentes à cibernética e à informática, com foco na preservação da privacidade e, enfim, no direito à paz; f) sexta geração, referentes à globalização ou mundialização das relações interpessoais, como o direito à democracia, à informação plena e ao pluralismo¹⁵.

Os direitos fundamentais, portanto, formam o *núcleo duro* das regras processuais penais ou, em outras palavras, constituem a própria *teoria constitucional do processo penal*.

Constituindo-se os direitos fundamentais na estrutura central do processo penal, a busca científica da teoria geral desse ramo do Direito implica, em rigor, revelar a compreensão daquela categoria de direitos. Daí por que, como já se disse, o mais correto, na perspectiva do Estado democrático-constitucional, é falar-se em *teoria constitucional do processo penal*. Por conseguinte, neste livro, tem-se como norte laborar na contribuição à construção de uma efetiva teoria constitucional do Processo Penal.

No esgarçamento dogmático da matéria, parte-se da premissa de que a Constituição de 1988 é uma carta de princípios, cuja essência enuncia os direitos fundamentais, que se traduzem em limitações ao exercício do direito de punir do Estado, valores *legitimadores e legalizadores* da atuação estatal na seara criminal. Isso porque o dever de punir do Estado desenvolve-se por meio de política implementada pelos três níveis de poder político. Por isso mesmo, as garantias constitucionais estabelecidas servem de limitação não só da atuação do Poder Executivo – em Juízo e fora dele –, como igualmente do Legislativo, que detém a avaliação política quanto à conveniência da feitura das leis pré-traçadas pelos parâmetros constitucionais, e do Judiciário, que, no exercício da atividade jurisdicional, deve se comportar, a um só tempo, como guardião último desses direitos fundamentais, emprestando a última palavra interpretativa sobre o alcance dessas normas, e como órgão obediente a esses mandamentos. Realçando esse campo de vinculação dos direitos fundamentais, a Constituição da Alemanha, no art. 1º, 3, deixa consignado que “Os direitos fundamentais aqui enunciados

¹⁵ Cf. ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

constituem preceitos jurídicos directamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”.

Quando se cuida de estabelecer um sistema processual penal garantista, cuja teoria tem raiz na própria teoria dos direitos fundamentais, não se pretende propor a construção de uma ordem impotente para enfrentar a macrocriminalidade ou as ações ilícitas que exigem maior rigidez na resposta do Estado. Até porque, não se há de negar que os direitos fundamentais, em sua visão moderna, também compreendem a perspectiva objetiva, o que quer dizer que, em razão dos valores deles dimanadas, o Estado tem o dever de protegê-los, sendo a persecução criminal eficiente um dos instrumentos a ser utilizado. Com desenganado acerto, arremata LUCIANO FELDENS¹⁶ que “Estado Constitucional de Direito e garantismo são realidades autorreferentes, apontando, em conjunto, para a formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais”, isso nas dimensões subjetiva e objetiva, de modo que a “... ideia de Estado (Constitucional) de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios *preventivos e repressivos* que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”¹⁷ (Os grifos constam do original). O que se quer deixar claro é que tratamento adequado e eficaz de ilícitos que reclamam atuação mais contundente do Estado no trato da criminalidade não se confunde com maltrato aos direitos fundamentais. A premissa é a de que, por mais *hediondo, grave ou organizado* que seja o crime, na persecução criminal, o Estado tem de pautar o seu agir de acordo com o perfil democrático desenhado na Constituição de 1988, cuja espinha dorsal está consubstanciada nos direitos fundamentais e que o ambiente do processo penal é pautado pela tensão ou colisão entre os direitos fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva, devendo o sistema criminal ser concebido e manuseado tendo em mira buscar o justo equilíbrio entre esses interesses. Em trabalho com tema central refletindo sobre essa problemática, FÁBIO ATAÍDE, após ponderar “... que a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa não deve ser resolvida pela preponderância de nenhum dos elementos”, pois “Tanto interessa ao Estado punir os culpados como absolver os inocentes”, indaga se existiria mesmo uma saída para a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa ou se seria possível alcançar um equilíbrio sustentável, a ponto de se atingir um alto grau de eficácia punitiva e, ao mesmo tempo, assegurar a absolvição dos inocentes¹⁸. O autor em destaque salienta que que, “Numa primeira vista, a resposta a qualquer dessas questões se torna mais difícil, porque nem mesmo o Estado consegue cumprir satisfatoriamente a promessa de punir os culpados e absolver os inocentes”¹⁹.

c) Metodologia empregada.

Tendo em consideração que a teoria (constitucional) do processo penal se confunde com a dos direitos fundamentais, resta patente a dimensão internacional desse ramo do Direito. Os princípios informadores do processo penal, conquanto preceituados como normas mínimas em respeito à dignidade da pessoa humana, devem ser cumpridos em todo e qualquer lugar, independentemente da nacionalidade do agente, fazendo parte da luta e do patrimônio da humanidade. Os Estados Membros da Organização das Nações Unidas, em diversos fóruns, têm assumido e *ratificado* esses princípios que precisam ser contextualizados na perspectiva das declarações de direitos internacionais e regionais, bem assim do Direito Comparado.

Dessa forma, no estudo aqui planejado e desenvolvido, procura-se esquadrihar os direitos humanos da forma como estão catalogados em tratados ratificados pelo Brasil e a forma como foram agasalhados, sob a modalidade de direitos fundamentais²⁰, nas Constituições dos países que legaram maior influência na feitura da Constituição de 1988, como foram os casos das Cartas da Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, além da dos Estados Unidos.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ ATAÍDE, Fábio. Colisão entre poder punitivo do estado e a garantia constitucional da defesa. Curitiba: Juruá, 2010. p. 32)

¹⁹ Ibid.

²⁰ A nomenclatura direitos fundamentais corresponde aos direitos humanos inscritos na Constituição, como resultado do processo de constitucionalização que acompanhou a Revolução Francesa.

Sem embargo da exposição e debate das posições doutrinárias, ressalta-se que a *função hegemônica e a natureza normativa* dos direitos fundamentais no contexto do Estado democrático-constitucional colocam a *jurisdição constitucional*, exercida pela adoção das técnicas concentrada e difusa, como inesgotável fonte orientadora do alcance dos preceitos dessa categoria de direitos, razão pela qual aqui se propõe fazer amplo exame crítico da jurisprudência firmada sobre o tema, especialmente aquela proveniente do Supremo Tribunal Federal.

Na estrutura organizacional do Poder Judiciário brasileiro, o STF tem como missão maior manter a *integridade positiva, autoridade e uniformidade de interpretação* das normas constitucionais. Parte-se da premissa – de todo verdadeira – de que, caso se queira analisar, com a profundidade necessária, os direitos fundamentais que informam a teoria constitucional do processo penal, mostra-se imprescindível a investigação do entendimento da excelsa Corte de Justiça acerca dos direitos fundamentais, porquanto os seus enunciados, além de polissêmicos, às mais das vezes, especialmente nos chamados *hard cases* de *DWORKIN* (colisão de direitos), somente podem ser descortinados quando do exame do caso concreto.

d) Tratamento dogmático do assunto.

A base científica deste livro se escora na consideração dos princípios constitucionais processuais sob a categoria de limitações ao exercício do direito de punir, mediante o estudo das normas constitucionais referentes ao processo penal, contextualizando-o como um estatuto das liberdades públicas, inserido na ótica do Estado democrático-constitucional normatizado pela Constituição de 1988, com paradigma dissonante daquele perquirido por um diploma *repressivo*, próprio dos regimes de força. Por conseguinte, conquanto os direitos fundamentais devam ser observados nas suas duas dimensões, subjetiva e objetiva, o sistema criminal moderno, de perfil democrático, é mais garantista, no sentido de que os direitos fundamentais que limitam o *dever-poder* de punir do Estado possuem posição de destaque²¹, nada obstante dessa classe de direitos seja extraída a assertiva de que o ente estatal tem de organizar-se para ser eficiente no *dever de proteção* aos bens jurídicos mais caros da sociedade.

A teoria (constitucional) do processo penal, pinçada neste livro introdutório ao estudo do Direito Processual Penal, está dividida em *duas partes* bem delimitadas, de modo que o leitor familiarizado com o tema, desde que tenha uma base sólida do processo histórico das escolas penais e de normatização dos direitos fundamentais quanto à repercussão que eles tiveram no ambiente do processo penal, pode dedicar-se à leitura apenas da segunda, procedendo, caso queira, à conferência das remissões feitas nas notas de rodapé sobre o que já havia sido tratado anteriormente ao longo do trabalho.

A primeira parte trata do surgimento do processo penal e (ao mesmo tempo) das escolas penais e das primeiras declarações dos direitos dos homens, até o processo de normatização dessa categoria de direitos, mostrando como esses acontecimentos se entrelaçam, até o esboço da teoria geral dos direitos fundamentais. No desenvolvimento lógico dessa argumentação, no primeiro capítulo, discorre-se sobre a luta dos povos, desde o pensamento natural do Direito Criminal até a *concepção política*, para estabelecer freios ao exercício do poder político. Esse movimento fez com que, em resposta ao *Direito Penal do terror*, que se firmava sob a plataforma da dominação política do indivíduo mediante a sua subjugação física à força do Estado, depois da metade do Século XVIII, sob a orientação das ideias de BECCARIA, surgisse a *Escola Clássica*, corrente de pensamento que deu origem propriamente à ciência criminal, concebida como conjunto de regras básicas que veiculam direitos indispensáveis à condição humana que devem ser respeitados pelo Estado, quando este se encontra no exercício do dever-poder de punir.

Evidencia-se, nesse momento do estudo, que o Direito Criminal – aí entendidos o Direito Penal e, especialmente, o Direito Processual Penal²² –, ao contrário do que, à primeira vista, se pode supor, não surgiu tendo como escopo armar o Estado na *repressão* à criminalidade. A intenção, na

²¹ Esse desequilíbrio em prol dos direitos fundamentais na perspectiva subjetiva decorre, essencialmente, do princípio da presunção de não culpabilidade ou do *in dubio pro reo*. Cf. item 9.2 e segs., infra, especialmente o 9.2.3.

²² No livro, a expressão Direito Criminal será utilizada, via de regra, como gênero dos Direitos Penal e Processual Penal.

verdade, era impor limites ao *jus perseguendi*, por meio da edificação de regras indispensáveis à legitimação desse agir estatal, o que, posteriormente, foi desvirtuado pela *Escola Positiva*. O positivismo surgiu com a pretensão de mudar o foco da questão para privilegiar, na relação processual penal, a posição do Estado. Este foi desconstruído com a radicalização do discurso jurídico operada por Escolas neopositivistas, principalmente a do *Tecnicismo Jurídico Penal*, que tanto influenciou o legislador nacional na edição do Código de Processo Penal de 1941, ainda hoje em vigor, circunstância que o identifica com o Estado ditatorial desenhado na Constituição de 1937. Por isso mesmo, em seguida, é esmiuçada a necessidade da edição de um novo Código de Processo Penal, compassado com o sistema democrático, feitas considerações sobre o movimento reformista no Brasil e os acertos e desacertos da reforma processual criminal experimentada por meio de leis tópicas, e, por fim, são lançadas impressões sobre o projeto de novo Código de Processo Penal.

O capítulo segundo, inserido na primeira parte do trabalho, faz incursões doutrinárias sobre o *direito de punir*, mediante o exame da origem do Estado para, então, concluir que se trata mais de um dever do que um poder *direito* ou *poder* exercido em nome do povo e é mais político do que jurídico e que a política criminal há de encontrar a sua fundamentação nos cânones constitucionais, que se radicam na preservação da dignidade da pessoa humana. Eles estabelecem o compromisso ético do Estado no trato da criminalidade e, ademais, na perspectiva objetiva, atribuem ao Estado o *dever de proteção eficiente*.

Em passo adiante, procede-se à exposição do processo de normatização dos direitos humanos, com registro para os primeiros fragmentos normativos dessa categoria de direitos nas declarações inglesas, que adquiriu, já com as dez primeiras emendas aprovadas à Constituição americana, em 1789, a configuração que hoje lhe é emprestada por todos os países organizados sob orientação das cláusulas democráticas. Ressalta-se, ainda, a sua dimensão internacional, em razão das declarações encartadas em tratados e convenções e a sua constitucionalização.

Para situar como se deu o processo de constitucionalização dos direitos ínsitos à condição humana em nosso meio, procede-se, no capítulo quatro, ao histórico constitucional dos direitos fundamentais no Brasil, a partir da época imperial até a Constituição de 1967. Chama-se a atenção para a circunstância de a Constituição Imperial de 1824 ser considerada, por alguns doutrinadores, como o primeiro texto a contemplar, em sua redação originária, uma declaração de direitos²³. Na nossa tradição constitucional, a enunciação desses direitos sempre se processou em escala crescente, com exceção da Carta Constitucional de 1937, exatamente aquela que serviu de paradigma para a elaboração do Código de Processo Penal vigente.

Por fim, no capítulo quinto e que integra, ainda, a primeira parte do livro, traz-se à baila esboço sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, para, no primeiro instante, desenvolver raciocínio que leva à conclusão quanto ao descompasso entre os direitos fundamentais, declarados sob a forma de princípios, e a doutrina *juspositivista*. Arremata-se com o debate sobre o papel dessa espécie de direitos no Estado democrático-constitucional, com especial destaque para a sua natureza, na seara criminal, de norma de proteção contra o direito de punir, conquanto se presta para limitá-lo.

Com o capítulo sexto, dá-se início à segunda parte do livro, com o qual se faz esboço do *Estado Constitucional* ou *neoconstitucional*, organizado de acordo com a orientação dimanada dos direitos fundamentais, o que tem o condão de justificar a teoria constitucional do processo penal e a natureza garantista desse ramo do Direito. Aproveita-se para pinçar o papel diferente desempenhado pelos direitos fundamentais nos processos criminal e civil, o que resulta na demonstração da diferença ontológica entre um e outro. Para finalizar essa parte do estudo, reafirma-se o caráter democrático do processo penal como decorrência lógica do sistema que permeia o Estado Constitucional contemporâneo para, em seguida, patentear a sua função política.

Tendo em conta que a exegese constitucional exige a compreensão de uma hermenêutica que é peculiar ao equilíbrio dessas normas quanto aos seus conteúdos político e jurídico, o capítulo sétimo se ocupa em delinear critérios indispensáveis para a interpretação das regras e princípios de ordem constitucional, tendo em consideração três assertivas indispensáveis para

²³ Afirmativa, porém, que não se apresenta muito verossímil, como se verá no item 4.1, infra.

a delimitação e compreensão dos direitos fundamentais enunciados na Constituição: (1) categoria de direitos que se apresentam como limitações ao direito de punir; (2) relatividade desses direitos, por mais fundamentais que eles sejam; (3) garantias que devem ser asseguradas como regra, somente sendo admissível a supressão temporária quando houver plena justificativa para tanto, ainda assim, salvo caso de flagrante delito, mediante decisão prévia e fundamentada de autoridade judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito; (4) garantias que, na dimensão objetiva, contemplam o *dever de proteção eficiente pelo Estado*.

Para concluir o raciocínio, faz-se, nessa parte, discussão sobre a *colisão de direitos fundamentais* e a utilização do critério da ponderação no equacionamento da *vexata quaestio*, a função hegemônica hoje ocupada por eles no sistema jurídico e, ainda, a repercussão, no Direito interno, das declarações de direitos insertas em diplomas internacionais.

No penúltimo capítulo, para fins de orientação quanto à busca do alcance dos direitos fundamentais, deduz-se ideia de que os princípios declarativos dessa categoria de normas devem ser compreendidos de acordo com o contexto do sistema democrático, tal como ele está concebido na Constituição, ou seja, em consonância com os seus *fundamentos e objetivos*.

Nessa perspectiva, no exame dos direitos fundamentais tal como eles estão catalogados em nosso ordenamento jurídico, além de não se perder de vista que o nosso sistema é o *democrático-constitucional*, a sua compreensão impõe a observação dos postulados da (1) *soberania, cidadania*, (3) *dignidade humana* e (4) *dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*, e suas repercussões no ambiente criminal. Há necessidade de considerar, ainda, os objetivos fundamentais desse sistema, que tem em mira (1) *construir uma sociedade livre, justa e solidária*; (2) *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais*; além de (3) *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

O nono e último capítulo foi reservado, agora sim, para o estudo das espécies de direitos fundamentais contemplados para o processo penal, exceto em relação ao habeas corpus e ao tribunal do júri, os quais não foram considerados de maior relevância para o escopo aqui pretendido, até porque o primeiro se trata de um tipo de ação penal e o segundo, de um modelo de organização do Judiciário e de julgamento, ambos comportando tratamento que não deve ser aqui dispensado. Quanto à análise de cada um desses direitos fundamentais enunciados em forma de princípios, teve-se a preocupação de conferir abordagem sistemática, mediante a divisão em grupos tendo em consideração a função e os bens jurídicos por eles tutelados.

Em razão da classificação esboçada no livro, cuja preocupação é a exposição dogmática e lógica da teoria constitucional do processo penal, o capítulo nono está *dividido* em princípios relativos: (1) ao devido processo legal; (2) à presunção de não culpabilidade; (3) ao sistema acusatório; (4) à preservação da intimidade; (5) à ampla defesa; e (6) à liberdade.

Com essa divisão dos direitos fundamentais, são abordados os principais direitos fundamentais estampados na Constituição que têm pertinência e formam a teoria constitucional do Direito Processual Penal, com ampla análise da jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para demonstrar quão vasta e rica é a nossa produção nessa área, apesar de a nossa Constituição atual ter pouco tempo de vigência – principalmente se comparada com a dos Estados Unidos e a de países como Alemanha, França, Itália e mesmo Espanha e Portugal.

Se é certo que, em sentido lato, o devido processo legal na seara criminal compreende a observância, na persecução penal, de todos os direitos fundamentais catalogados explícita e implicitamente na Constituição, pode-se, no sentido estrito, alinhar como direitos fundamentais pertinentes ao devido processo legal somente aqueles que são diretamente a ele relacionados, fazendo-se a distinção de que o *due process of law* varia conforme seja a natureza do processo – *principal ou cautelar* –, a ponto de, em alguns casos de tutela de urgência, a exemplo do que ocorre nos pedidos de interceptação de contato telefônico, o contraditório apenas ocorrer em momento posterior à decisão e quando a diligência já tiver sido encerrada.

Destaca-se, na análise do devido processo legal, que alguns institutos processuais, como a transação e a suspensão condicional do processo e, agora, o acordo de não persecução penal, são concebidos na qualidade de instrumentos para lograr obter a despenalização da conduta no caso concreto e mesmo a absolvição do agente, caso cumpridas as medidas alternativas imposta,

em razão do que dispõe o art. 397, IV, do CPP. Após esmiuçar os princípios da publicidade e da celeridade processual como categorias ínsitas ao devido processo legal e a razão de ser de suas inclusões nesse rol, procede-se a amplo exame sobre o direito fundamental à inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, certamente inserido na Constituição 1988 sob a inspiração da Constituição portuguesa, cuja finalidade é sancionar, com a nota de ineficácia, as diligências probatórias tisanadas de ilegalidade.

Complementa-se essa parte do capítulo com a discussão sobre a aplicação, em nosso meio, da teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisoned tree*), assim como das regras de exclusão (*exclusionary rules*): (1) a fonte independente; (2) o descobrimento inevitável; (3) a boa-fé (*good faith*); (4) a doutrina do *purged taint* ou dos vícios sanados; (5) a prova benéfica em prol do acusado; (6) o princípio da proporcionalidade ou *balancing test*; (7) a destruição da mentira do imputado; (8) a teoria do risco; (9) a *plain view doctrine* e os campos abertos; (10) a renúncia do interessado; (11) a infração constitucional alheia e (12) a infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial.

No item 9.2, passa-se ao exame do princípio da *presunção de inocência e de não culpabilidade*, expondo os argumentos que justificam a distinção entre os dois preceitos, a par de estabelecer o debate sobre a possibilidade do início do cumprimento da pena após decisão de colegiado e as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito, até a modificação do art. 283, caput, do CPP, pelo denominado *Pacote Anticrime*. Depois de realçar que os princípios da verdade indene de dúvida razoável, do *in dubio pro reo* ou do *favor rei* germinam do preceito da *presunção de não culpabilidade*, que, em rigor, se faz sentir no contexto da valoração da prova somente se e quando se faz juízo de *culpabilidade*, conclui-se que não se há de observá-lo para fins de orientação em relação às atuações da autoridade policial e do Ministério Público, os quais atuam sob o império da *presunção de inocência*.

Nessa parte, ainda se sustenta que o princípio da *presunção de não culpabilidade*, diante da sua repercussão favorável ao acusado quanto à valoração da prova, implica tratamento necessário para estabelecer a paridade de armas em relação ao Ministério Público. Defende-se que a *presunção de inocência*, a bem da verdade, é uma garantia contra a instauração de inquérito ou de processo criminal sem justa causa. Por consequência, para que uma pessoa seja indiciada ou denunciada pela prática de um crime se exige que, antes, tenha sido apurada a sua *culpa sumária*, consubstanciada no binômio *prova da existência do crime e indícios de autoria*.

Em passo seguinte, enfrenta-se discussão a respeito dos contornos do *princípio acusatório*, no desiderato de desenvolver a ideia de que a Constituição de 1988, ao romper com o *sistema misto* então vigente em nosso sistema jurídico, conquanto mantenha o poder geral de cautela do juiz, veda algumas iniciativas do julgador, especialmente aquelas referentes a investigações pré-processuais, na medida em que se permite a sua participação nessa fase apenas para o fim de decidir sobre a realização de diligências para as quais há necessidade de tergiversar-se com algum dos direitos fundamentais catalogados na Constituição, argumento que, mais adiante, serve para rechaçar a possibilidade de instauração do juízo de instrução e se faz considerações sobre o *juiz das garantias*, instituto regulamentado pela Lei nº 13.964, de 2019. Diante da pertinência da matéria, aprofunda-se o debate sobre os poderes investigatórios do Ministério Público, partindo-se da premissa de que não existe privatividade da chamada polícia judiciária (polícia civil ou federal) quanto à investigação dos delitos.

Quanto à repercussão desse princípio em relação ao processo criminal propriamente dito, acentua-se que a titularidade da ação penal nas mãos do Ministério Público representa para o acusado uma garantia fundamental de que o responsável pela persecução criminal tratará o caso guiado pela imparcialidade, no sentido de que não age movido pelo ódio ou sentimento de vingança, senão pelo interesse em estabelecer a verdade e laborar quanto à realização da justiça.

Evidencia-se que o manejo da ação penal pelo *parquet* revela, antes de mais, que se trata de espécie de ação coletiva, mediante a qual aquele defende o *interesse difuso e coletivo* do grupo social malferido com o crime perpetrado, o que demonstra a incongruência da existência da ação penal de *iniciativa privada*, até porque ela não se coaduna com o postulado do Direito Penal mínimo, presente em todo e qualquer ordenamento jurídico criminal arquitetado em compasso com o sistema democrático-constitucional. Por fim, nesse item, ainda há espaço para se ocupar da problemática referente à participação ativa da vítima no processo criminal, estreme de dúvidas, a grande esquecida do *drama* exibido perante o Judiciário, que está a merecer novo enfoque, tendo como *norte* as ideias da denominada *justiça restaurativa*.

O item 9.4 foi destinado a cuidar das cláusulas constitucionais que têm como escopo tutelar o direito à intimidade, com considerações a respeito do direito à vida privada, à imagem, à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Nota-se que o constituinte de 1988, não sem razão, foi extremamente pródigo quanto à intenção de conferir a devida proteção à intimidade, a partir mesmo da declaração expendida no art. 5º, X, da Constituição de 1988 – seguramente a mais polissêmica dentre as cláusulas constitucionais –, na medida em que incorpora à nossa cultura jurídica os direitos fundamentais consistentes no direito à vida *privada* e à *imagem*, que vão muito além da garantia dos sigilos bancário e fiscal.

Quanto à inviolabilidade do domicílio, faz-se ampla análise dos *conceitos constitucionais* de expressões como *casa*, *morador*, *noite* e *determinação judicial*, as quais se prestam para denunciar o verdadeiro alcance da norma em foco. Em seguida, são destacadas as questões referentes aos sigilos das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, para, daí, arrematar a insustentabilidade da tese do caráter absoluto de qualquer um desses meios de comunicação, tendo como premissa nuclear a assertiva de que nenhum direito fundamental, por mais essencial que seja, detém natureza absoluta.

Tendo em consideração que a ampla defesa configura parte essencial da teoria constitucional do processo penal, dá-se especial atenção à forma como deve ser compreendida essa garantia expendida em forma de direito fundamental, esclarecendo, desde logo, que ela, até então, possuía *status* constitucional apenas quanto ao processo criminal e, ainda hoje, nesse ambiente, contempla somente a figura do acusado, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que o preceito diz respeito tanto ao autor quanto ao réu.

A par dessa distinção, destaca-se a diferença de conteúdo entre a ampla defesa no processo criminal e no processo civil, porquanto naquele o seu comando não exige apenas que seja dada a oportunidade para que a defesa seja desenvolvida, mas que ela seja *efetiva* e *eficiente*. Sem embargo dessa consideração, ao lado da defesa técnica, que se processa mediante defensor constituído ou nomeado, ainda se faz referência à *autodefesa*, que se traduz no direito de ser cientificado dos atos processuais, participar das audiências e de exercício do *jus postulandi*, agregando-se, outrossim, a repercussão do princípio da ampla defesa nos efeitos da revelia.

No estudo aqui feito, inclui-se o direito ao silêncio no contexto do princípio da ampla defesa, pois se tem que se trata da garantia de que o acusado não pode ser obrigado a produzir, à força, prova contra si, não podendo isso servir de fundamento para a sua condenação, o que tem o condão de transformar o *interrogatório* em direito à autodefesa. Além de a cláusula do direito ao silêncio importar na oportunidade de o agente ser ouvido antes do oferecimento da denúncia pelo responsável pela sua acusação, concebe-se a *colaboração premiada* como reflexo do direito à ampla defesa.

Adotando a mesma orientação, sustenta-se que o *direito de recorrer* ou *duplo grau de jurisdição* sobressai do alcance a ser emprestado ao preceito da ampla defesa, razão pela qual se identifica maltrato a esse *princípio na regra* que elege o prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo de admissibilidade da manifestação recursal. Encerra-se o item 9.5 com a troca de ideias sobre a inviolabilidade da advocacia, considerada na compreensão do princípio da ampla defesa, diante da assertiva de que ela foi imaginada e estabelecida mais em prol do acusado do que do profissional do Direito. O destaque maior a respeito desse assunto fica por conta da abordagem sobre as nuances que devem ser consideradas quanto à eventual determinação da expedição de busca e apreensão em escritório de advocacia.

No item 9.6, que é o último, procede-se ao estudo pertinente ao direito de liberdade e ao sistema prisional contemplado como medida processual. Principia-se o exame do assunto por meio da exposição histórica do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro. Daí é feita a análise de como o Código de Processo Penal de 1941, com sua redação originária, cuidou da matéria no ambiente subconstitucional, om as posteriores modificações ocorridas ao longo do tempo, que, ao invés de servirem para aprimorá-lo, serviram para desconstruí-lo, até a concepção do novo modelo do sistema prisional no Código de Processo Penal, em decorrência das alterações trazidas com a Lei nº 12.403, de 2011 e pela Lei nº 13.964, de 2019. São apresentados, ainda, os princípios e regras aplicáveis à prisão processual ou às medidas diversas da prisão.

No desencadeamento lógico do tema, expõe-se a forma como a prisão processual foi tratada na Constituição de 1988, Passo adiante, são abordadas as duas modalidades de encarceramento, uma sem ordem judicial, que corresponde à *prisão* em flagrante (embora tecnicamente o mais correto seja detenção em flagrante), outra mediante decisão *escrita* e *fundamentada* da autoridade judicial, denominada

processual, classificada como preventiva ou temporária. Ressalta-se, na sequência, a natureza acautelatória da prisão processual, até mesmo quando decretada com a sentença condenatória.

Destaca-se a inovação trazida com a Lei 12.403, de 2011, quanto à adoção das medidas alternativas à prisão processual no nosso sistema jurídico, para, de outro lado, em seguida, imiscuir-se na discussão sobre a natureza jurídica da *detenção* em flagrante e os requisitos *constitucionais-formais* estampados como direitos fundamentais para a sua legalidade, consubstanciados na comunicação imediata ao juiz, à família ou pessoa de confiança e ao Ministério Público e na realização da audiência de apresentação (custódia).

Aprofundando esse tema, demonstra-se que o instituto do *relaxamento da prisão* pressupõe uma prisão pautada em ilegalidade de ordem formal, o que o diferencia do direito à liberdade provisória com ou sem fiança, que deve ser concedida quando, a despeito da liceidade da prisão, não houver *necessidade* para que seja mantido, como medida acautelatória, o encarceramento do agente.

Em seguida, apresenta-se crítica e posição no sentido de que lei ordinária não pode vedar a concessão de liberdade provisória nos crimes nela especificados, pois, nesse caso, isso significa, por linhas transversas, a restauração da famigerada *prisão preventiva obrigatória*. Na mesma linha de pensamento, rechaça-se a possibilidade de as normas jurídicas tomarem defesa, em relação a crimes mais graves, a concessão da fiança, na medida em que esse comportamento normativo termina fazendo com que se dê tratamento mais rigoroso aos crimes menos graves, ao tempo em que se são defendidas alternativas para revigorar esse instituto.

Enfim, cuida-se da responsabilidade civil do Estado quando identificado erro judiciário na sentença condenatória ou quando a pessoa fica presa por mais tempo do que o previsto na sentença, deduzindo-se tese de que se deve dar interpretação elástica do texto constitucional que alberga essa garantia (art. 5º, LXXV, da Constituição).

e) últimas considerações à guisa de primeiras palavras.

Evidentemente, não se pretende, com este trabalho, apresentar a verdade real, pronta e acabada, sobre a teoria (*constitucional*) do *processo penal*, nem muito menos se quer, com ela, dar a impressão de que as assertivas lançadas traduzem ideias propriamente inovadoras ou revolucionárias.

Todavia, não seria despropositado dizer que o livro pode ser considerado como uma contribuição interessante para o debate pertinente ao tema, na medida em que alberga visão e exposição singular a respeito da matéria, chegando, em alguns pontos importantes, a tratar, com originalidade, assuntos que ainda não despertaram a atenção ou que não foram suficientemente analisados na doutrina e, mesmo, na jurisprudência.

Por conseguinte, se não por outro motivo, as assertivas aqui lançadas – que não são nem pretendem ser *as ideias das ideias* –, amadurecidas ao longo de mais de dezessete anos de magistratura federal e de mais de quinze anos de magistério lecionando a disciplina Direito Processual Penal, prestam-se mais para dar contribuição ao desenvolvimento do que deve ser compreendido como *teoria constitucional do processo penal*, tema que, malgrado ainda não venha sendo tratado sob essa nomenclatura, de certa forma, tem sido objeto de reflexão e assanhado a mente de quantos têm se debruçado na tarefa de perquirir o alcance dos direitos fundamentais no ambiente criminal.

PRIMEIRA PARTE

CAPÍTULO 1

CORRENTES FILOSÓFICAS NA FORMAÇÃO DO DIREITO CRIMINAL E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL

Conquanto nem sempre tenha existido o Estado, a vida em sociedade é própria da condição humana, tendo ela surgido desde os primeiros momentos do aparecimento do ser racional, com todas as consequências daí emergentes, merecendo menção especial as diferenças e os conflitos gerados em virtude da própria convivência em grupo. Por meio da criação de uma fábula, DANIEL QUINN, com assertivas instigantes, confere uma visão provocativa da história da humanidade, com a qual testemunha o egocentrismo do ser humano, a começar mesmo da falsa concepção de que o mundo gira em torno dele e de que ele representa a espécie mais evoluída dos seres, revelando, de permeio, a degradação moral e a irracionalidade de nosso cotidiano, fomentada por essa mitologia da superioridade humana, que se assemelha, em tudo, à crença de HITLER de que a supremacia da raça ariana justificava que fosse feito o necessário para que essa concepção restasse estabelecida como a verdade das verdades²⁴.

ARISTÓTELES²⁵, em *A política*, ao defender que a natureza (vida) era o fim das primeiras sociedades formadas a partir da reunião do homem com a mulher, acrescenta que “nascida (a sociedade) principalmente da necessidade de viver, ela subsiste para uma vida feliz. Eis por que toda cidade se integra na natureza, pois foi a própria natureza que formou as primeiras sociedades”. A vida em sociedade é considerada, assim, um acontecimento natural e necessário²⁶, não foi imposta ao homem, mas por ele necessitada e querida, pois se apresenta como o instrumento indispensável para a sua própria subsistência e realização dos mais primários dos seus anelos. Nesse sentido, ARISTÓTELES, em outra passagem de seu pensamento, reafirmando que o homem é um *animal político*, destinado por natureza a viver em sociedade, defende que, mesmo quando ele não necessita do auxílio de seus semelhantes, ainda assim, “... o interesse geral reúne os homens, pelo menos enquanto dessa união possa resultar a cada um uma parte da felicidade”²⁷.

FUSTEL DE COLANGES²⁸ em interessante estudo escrito em 1864, com base nas antigas regras de direito privado, conclui que, muito embora não se possa precisar ou estimar datas, o certo é que, durante muitos séculos, a *família* aparece como a única forma de sociedade existente, a despeito da consideração de que ela congregava *vários milhares de seres humanos*. Em razão da religião particular cultuada pelas várias famílias, cada uma tinha os seus próprios deuses e somente

²⁴ Cf. *Ismael: um romance da condição humana*. Tradução Thelma Médice Nóbrega. São Paulo: Petrópolis, 1998.

²⁵ *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, 1995. p. 14.

²⁶ *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 68-112.

²⁷ *A política*, p. 97.

²⁸ *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 68-112.

com o passar do tempo, para atender às suas necessidades – que não se continham no mundo estreito dos laços de parentesco –, sem prejuízo da religião específica professada, estas se uniram a fim de celebrar outro culto que lhes fosse comum, formando o que se chamou de *fratia* (pelos gregos) e de *cúria* (pelos romanos). A partir daí, advieram as *tribos*, também com um culto especial e, por fim, da reunião destas formaram-se as cidades.

Em certo sentido na mesma linha, ARISTÓTELES explica que a família foi a primeira sociedade naturalmente constituída, cuja finalidade era atender às necessidades cotidianas do grupo. Depois – acrescenta o grande filósofo grego –, em busca da utilidade comum, as famílias passaram a reunir pequenos burgos, formando uma espécie de família e, finalmente, os pequenos burgos foram reunidos, dando origem a uma “... cidade completa, com todos os meios de se abastecer por si, e tendo atingido, por assim dizer, o fim que se propôs”. Na mesma direção, Segundo doutrina de ANNA HARENDT, o trabalho e a ação, duas das três atividades humanas fundamentais que formam o que ela denomina *vita activa*, correspondem à característica associativa do homem, e por isso mesmo é que os “... homens, e não o homem, vivem na terra e habitam o mundo”²⁹.

Assim, a sociedade, que é da *condição humana*³⁰, reflete o homem no meio coletivo, com todos os seus conflitos e suas singularidades, daí por que ela, ao tempo em que é boa, também é má, exterioriza sentimentos nobres e mesquinhos e, por mais paradoxal que pareça, confere segurança e insegurança, previne e produz a criminalidade³¹. Sem embargo de a sociedade manifestar-se como uma necessidade natural para o desenvolvimento da condição humana, há aqueles que dela se utilizam para a consecução de seus fins legítimos e aqueles que se valem desse ambiente não só para efetivar as suas aspirações permitidas, como igualmente para lograr êxito em outros propósitos escusos. Por isso mesmo, o crime é, antes de tudo, um acontecimento social, como produto da vida em sociedade. Em verdade, trata-se de fato social que recebe a pecha de crime, não possuindo uma diferença ontológica em relação a outras ações sociais tidas como proibidas.

Roxin³², após mencionar que a Alemanha, desde a época do pós-guerra, tem alcançado nível de bem-estar cada vez maior, acompanhado de uma população sempre decrescente, mas, mesmo assim, apontou que a *criminalidade aumentou* consideravelmente nesse intervalo de tempo, circunstância que confirma ser a criminalidade – comportamento desviante, na visão dos sociólogos – forma típica de ação humana, que vai existir sempre, independentemente das reformas sociais, de modo que as circunstâncias sociais determinam mais o *como* do que o *se* da criminalidade. Dessa forma, “... quando camadas inteiras da sociedade passam fome, surge uma grande criminalidade de pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar, relacionada ao desejo de sempre aumentar as posses e, através disso, destacar-se na sociedade”³³.

O crime, em sua gênese, ademais de ser um fenômeno social, é ínsito ao ser humano. Assim, se é certo dizer que *ubi societas, ibi jus*, também é lícito afirmar que *ubi societas, ibi crimen*. Logo, *ubi crimen, ibi societas*. E assim é desde que o mundo é mundo, malgrado não se saiba precisar o momento em que o crime surgiu e como conseqüência a necessidade da punição. Mas se tem ciência de que a repressão ao delito é uma herança cultural dos povos, dado que o desenvolvimento da cultura humana *per se* é impotente para eliminar o crime³⁴.

Até porque, do mesmo modo como existem pessoas para o bem, há aquelas voltadas para o mal ou que, a despeito de serem portadoras de elevados padrões ético-morais, em alguns momentos cometem, pelos mais diversos fatores³⁵, deslizes que afrontam os bens jurídicos mais caros da

²⁹ *A política*, p. 13-15.

³⁰ *A condição humana*. 7. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 15.

³¹ Cf. item 1.3.10 infra.

³² *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

³³ *Ibid.*, p. 4.

³⁴ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e direito*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

³⁵ FERRI, expressando a visão da escola positiva sobre o crime, aponta cinco categorias antropológicas de delinquência: a) delinquente nato; b) delinquente louco; c) delinquente habitual; d) delinquente ocasional; e e) delinquente passional (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Tradução Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998. p. 245 e segs.) Em outra obra fundamental – *El homicida: em la psicología e y en la psicopatología criminal*. Trad. J Masaveu y R. Rivero de Aguilar. Madrid: Editorial Reus S.A –, FERRI faz profundo estudo sobre as duas primeiras categorias de delinquência e discorda que exista uma sexta espécie – delinquente político –, pois, em verdade, “la observación de los hechos, prescindiendo

sociedade³⁶. Aqui não se adota a teoria do determinismo de LOMBROSO, muito embora não se descarte que, em relação a determinadas pessoas, há componentes genéticos que as impelem à prática de crimes, como é o caso do psicopata. Entretanto, conforme as considerações assacadas acima, pode-se asseverar que o *crime* não existe senão em sociedade, até porque não há o crime contra si próprio³⁷, e que ele é o resultado mais negativo da associação de pessoas em um grupo social.

Nas linhas a seguir, será *esboçada e demonstrada* a ideia de que a forma de encarar o fenômeno criminoso flutua ao sabor das correntes *filosófico-políticas* de pensamento da humanidade, sofrendo, ao longo do tempo, sensíveis e fundamentais mutações, conforme as circunstâncias históricas, sociais, culturais e políticas dos povos, sem perder de vista que o pensamento criminal, sendo o resultado mais evidente dos movimentos filosóficos e políticos, sempre possuiu conotação universal, de modo que os modelos de política criminal, com pequenas variações, estenderam-se, se não a todos, pelos menos aos principais países, o que denota o seu *caráter supranacional*. Por isso mesmo, assim como as correntes filosóficas não encontram fronteiras e influenciam a humanidade em seu todo, o pensamento penal, fomentado por elas, também se faz sentir em todos os espaços, com uma ou outra variação, diante das realidades locais. Observe-se que os direitos fundamentais, desde a sua origem, possuem dimensão internacional. Isso explica os movimentos no sentido da criação de Tribunais Penais Internacionais e da elaboração de códigos penais-tipo para algumas regiões, como é o caso do Projeto de Código Processual Penal-Tipo Para Ibero-América e, sobretudo, os tratados e convenções internacionais. Essa dimensão internacional dos direitos fundamentais resta evidenciada na análise do processo de normatização dos direitos do homem, o que se permite observar que desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, a ideia era de que esse rol de garantias fosse assegurado a todos, independentemente da nacionalidade ou do local no qual o homem se encontre³⁸.

A despeito dessa circunstância, neste livro procura-se mostrar que, no instante em que o ordenamento jurídico-penal se ocupa dos fundamentos do direito de punir e dos limites da atuação do Estado na persecução criminal, os Direitos Penal e Processual Penal apresentam-se revestidos pelo manto filosófico³⁹ e, mesmo que não se concorde, em sua inteireza, com essa assertiva, não se pode deixar de reconhecer, forte no pensamento de CARRARA, a *origem filosófica do juízo penal*⁴⁰, lição corroborada por BETTIOL, ao assegurar que o Direito Penal e Processual Penal *nasceram como filosofia*⁴¹.

de las abstracciones, fantásticas o interesadas, demuestra incontestablemente que los homicidas políticos pueden pertenecer, y pertenecen en los diversos casos, a una u otra de las cinco categorías de delincuentes" (Ibid., p. 344).

³⁶ Em interessante estudo sobre as altas taxas de crime violento, suicídio, abuso de drogas e outros crimes, DANIEL GOLEMAN aponta o mal-estar emocional como uma das causas mais determinantes para esse estado de coisas. Com suporte em argumentação sólida, ele desenvolve uma teoria que identifica a inteligência humana no equilíbrio emocional e mostra os diversos fatores que fazem com que a paixão domine a razão e impulsionem ações violentas e inexplicáveis, mesmo em pessoas da melhor índole e que não possuem características delinquentes ou mesmo impetuosas. (Cf. *Inteligência emocional*. 29. ed. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995).

³⁷ JEREMY BENTHAM, conhecido por desenvolver o utilitarismo, acentuava que o legislador deve ingressar o mínimo possível em questões autolesivas, deixando que os atos de prudência consistente na promoção da própria felicidade sejam regulados pela ética privada. (*Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção Os pensadores) p. 63-67). Note-se que, no nosso sistema jurídico, quem se prostitui não pratica crime, sendo tipificada, apenas, a conduta de quem explora, induz ou favorece a prostituição (arts. 228 a 230 do Código Penal), o mesmo ocorrendo em relação ao suicídio (art. 122 do Código Penal).

³⁸ Cf. os itens 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 5.6 e 7.2.7, *infra*.

³⁹ TOBIAS BARRETO, muito embora não negue a carga filosófica do Direito Penal, não vê nisso fundamento para se defender que a filosofia, nessa seara, desempenhe papel maior do que o de uma ciência auxiliar indispensável, assim como ocorre no âmbito civilista, que também lida com categorias metafísicas, como a capacidade de querer e obrar, a declaração da vontade, o dolo e a culpa (*Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 191).

⁴⁰ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. v. 2. p. 289.

⁴¹ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Tradução Fernando de Miranda. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. p. 15. Como se verá mais adiante, o surgimento do Direito Penal, ocorrido com a obra *Dos delitos e das penas*, de autoria de BECCARIA, foi, em sua essência, um discurso filosófico, preocupado na preservação dos direitos essenciais da pessoa contra o Absolutismo do Estado (Cf. itens 1.3.3.1, 1.3.3.2 e 1.4.3, *infra*).

Por fim, resta esclarecer que a ideia criminal sempre levou em conta o *procedimento/instrumento* pertinente para a aplicação da sanção, circunstância que não escapou da argúcia de CARRARA⁴², a ponto de o insigne mestre italiano arrematar:

A ideia de uma ciência do processo penal é muito mais antiga do que a de uma ciência do direito penal, a qual, no início deste século, podia considerar-se ainda no nascedouro, depois se elevando a tamanha altura aos olhos da presente geração. As cátedras penais das universidades, até a metade do século passado, se ocuparam apenas da explicação de algumas leis positivas sobre os delitos mais graves, mas já tinham começado a tratar, de um modo racional, do procedimento.

Parece mais do que evidente a observação do preclaro criminalista italiano. A própria dogmática jurídica moderna ensina que a norma penal não é uma criação do intelecto do legislador, até porque não é razoável supor que ele tenha a *premonição* de quais crimes poderão ser praticados pelos integrantes de um determinado grupo social e, com base apenas na abstração teórica, defina a conduta a ser punida. Se mesmo no estágio atual de organização e aparato tecnológico alcançado pelo mundo moderno, as normas não são criadas tendo como suporte apenas a percepção intelectual, uma vez que provêm dos fatos sociais que, pela frequência de suas ocorrências e consequências daí resultantes, denotam a necessidade de seu disciplinamento, o que não dizer nos primórdios das civilizações, nos quais as normas definindo os crimes somente foram surgir depois de muito tempo. Naturalmente que a falta de normas criminais não era sinal de que não havia os atos violentos que atingiam, nas mais diversas formas, a vida, o patrimônio e a honra das pessoas, pois, conforme foi ressaltado no início, o comportamento antagônico e os valores do grupo social surgiram junto com a convivência em sociedade, por menor que ela fosse, como é exemplo a história bíblica do assassinato de Abel. De todo modo, a punição sempre existiu e, juntamente com ela, as regras sempre foram expostas. Como o princípio da reserva legal é uma conquista que se pode chamar de recente – somente passou a ser prevista nos ordenamentos jurídicos depois da ampla reforma criminal implementada com esteio nas ideias verberadas por BECCARIA, ou seja, é postulado que começou a ser cultuado a partir da segunda metade do Século XIX –, a preocupação primeira foi em estabelecer as regras pertinentes à punição.

Essa constatação é interessante, e a análise a seu respeito será aprofundada mais adiante, com especial destaque para o momento do exame da obra de BECCARIA, quando se observará que o legado maior desse extraordinário pensador não foi na seara do Direito Penal material, mas, sim, no ambiente próprio das normas processuais, com a preconização dos mais diversos princípios que, ainda hoje, fazem parte do *patrimônio humanístico*, com consolidação na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas mais diversas Constituições, destacando-se, dentre elas, a brasileira. Como se verá mais adiante, no livro *Dos delitos e das penas*, que demarcou o surgimento da Escola Clássica e, mesmo, do Direito Penal como ciência, o Marquês de BECCARIA, ao esmiuçar o seu pensamento no sentido de humanizar o sistema penal, findou elencando mais princípios de ordem processual penal do que propriamente de Direito Penal, até porque o centro de suas preocupações era exatamente o excesso de poderes conferidos ao juiz, que não conhecia limites na condução do processo e aplicação das sanções. Sobre esse assunto⁴³.

Do mesmo modo, observar-se-á que, consoante as próprias palavras de FERRI – juntamente com LOMBROSO e GAROFALO formou o tripé doutrinário da Escola Positiva –, a maior reforma a ser empreendida com as novas ideias sustentadas em resposta ao que pregavam os adeptos da Escola Clássica era justamente no campo do processo penal. Por conseguinte, ao contrário do que se supõe, as duas maiores Escolas Penais – *Clássica* e *Positiva* –, fontes nas quais se radica a base de todo o pensamento criminal contemporâneo, malgrado chamem maior atenção para as grandes discussões em torno do conceito do crime e quanto a se o seu elemento constitutivo deve ser a *culpa* ou a *periculosidade*, essas não era propriamente o foco principal de ambas. A preocupação efetiva era em relação às regras que deveriam ser adotadas pelo Estado na persecução criminal, isto é, em relação às questões processuais.

⁴² *Programa do curso de direito criminal*, p. 289. Essa obra fundamental de CARRARA foi escrita em 1859.

⁴³ Sobre essa abordagem, vale conferir MICHEL FOUCAULT (*Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis (RJ): Vozes, 1977).

Partindo da Escola Clássica, sob a pena de BECCARIA, CARRARA, ROMAGNOSI e outros, da constatação de que o Estado não conhecia barreiras na sua função de punir e, por isso mesmo, praticava toda sorte de abusos, a corrente de pensamento instaurada, em obséquio aos direitos inerentes à condição humana, sentia a necessidade de que fossem preceituados *limites* para o Estado, daí por que a necessidade da edição de normas criminais que, acima de qualquer outra coisa, deveriam ter como norte o estabelecimento dos parâmetros dentro dos quais a persecução criminal deveria ser levada adiante. Sob outra ótica diametralmente oposta, a *Escola Positiva* tinha como premissa que o pensamento *classicista* havia privilegiado demais os direitos dos *delinquentes*, em detrimento da *legítima e necessária* atuação do Estado no sentido de puni-los, razão pela qual o processo penal deveria revestir, antes de tudo, o perfil de um instrumento *eficaz* de proteção da sociedade, diante mesmo de seu caráter punitivo. Ou seja, se para a Escola Clássica o processo penal era visto como um estatuto de proteção das liberdades, diante da concepção de que era previsto para estabelecer limites ao direito de punir, na visão da Escola Positiva, o processo penal deveria servir para dar ao Estado a ferramenta ou arma necessária para conseguir defendê-lo em relação ao comportamento dos infratores. Na primeira corrente, a ideia central do processo penal era a *defesa dos direitos essenciais da pessoa*, enquanto, na segunda, a *defesa social* – leia-se, *defesa do Estado*, em visão autoritária. Isso porque na doutrina da Escola Positiva, *defesa social* se confundia com *defesa do Estado*, razão pela qual ela se amoldou com perfeição aos Estados ditatoriais. Em estágio posterior, especificamente após a Segunda Guerra Mundial, com a reumanização do Direito Penal, surgiu a Escola da Nova Defesa Social, que empregou essa expressão em seu sentido democrático, identificando-a com a *defesa da sociedade*. Na análise dos fundamentos da Escola da Nova Defesa Social, estudo objeto de tópico específico, a matéria será melhor explicitada⁴⁴.

Os últimos esclarecimentos se impõem. Evidentemente que não há como delimitar concretamente o surgimento de cada corrente de pensamento, até porque ideias *surtem* e se *desenvolvem*, continuamente, muito antes de serem consolidadas e reconhecidas. Ademais, como será observado, já naquela que é tida como a primeira concepção penal – a *primitiva* – são notados traços da ideia de função política da justiça criminal e mesmo a forte influência dos dogmas religiosos. Por fim, diga-se, ainda à guisa de explicação, que o enfoque maior da abordagem se concentra, naturalmente, nos aspectos processuais das principais correntes criminais, com especial destaque para as Escolas Clássica e Positiva, ante a consideração verdadeira de que, após o surgimento dessas, todas as demais escolas delas derivaram, algumas dando ênfase à atuação repressiva do Estado, outras conferindo maior relevância para a proteção do cidadão contra os abusos que podem ser praticados no exercício do dever-poder de punir.

Para uma melhor compreensão do assunto, será feita a análise dos pensamentos primitivo e religioso do crime, para, daí, falar-se propriamente de uma ciência criminal, que tem início com o surgimento da *Escola Clássica*, aprimora-se com a *Escola Positiva* e expande-se com os pensamentos neoclássicos e neopositivistas, com marchas e contramarchas guiadas pelas turbulências dos períodos que envolveram as duas grandes Guerras Mundiais, até a concepção de um pensamento *criminal democrático*, cujo valor supremo do direito se ancora nos direitos fundamentais do homem, bem difundida em boa parte da doutrina da *Escola da Nova Defesa Social*, complementada por algumas das ideias da corrente *abolicionista* contemporânea e outros estudos que têm como base um sistema criminal arquitetado sob o regime democrático-constitucional, que tem como pedra de toque os direitos fundamentais, servindo o processo para a proteção dessa classe de direitos, nas perspectivas objetiva e subjetiva.

1.1 – Pensamento natural ou primitivo.

Conforme examinado acima, desde as primeiras civilizações, sempre existiu o crime, destacando-se este como um dos efeitos mais negativos da vida em grupo. O *crime*⁴⁵ é um fato social presente entre os homens desde os primeiros instantes da sociedade⁴⁶ e, enquanto esta houver, aquele,

⁴⁴ Cf. itens 1.3.9, 1.3.9.1, 1.3.9.2, *infra*.

⁴⁵ Cf. o item 1.3.7, *infra*.

⁴⁶ O crime é ofensa a bem jurídico alheio, cuja proteção é do interesse da coletividade, razão pela qual a sua própria *ratio essendi* é a vida societária. Não fosse a vida societária e a consequente necessidade de proteção dos direitos das diferentes

em maior ou menor grau, haverá⁴⁷. É preciso esclarecer que o crime não é um fato ontologicamente distinto de outro fato social desconforme com os valores do grupo social. Certamente que a expressão crime é uma valoração do fato social formada pela sociedade e, muito provavelmente, no início, os atos violentos e/ou contrários à sociedade, apesar de reprovados, não eram qualificados por meio dessa expressão. A palavra aqui está sendo empregada no sentido de fato social reprovado. Sobre a indiferença ontológica entre o crime e os demais fatos sociais que, embora violentos ou agressivos à ordem jurídica, não são considerados pelo Direito Penal. O comportamento criminoso é assim caracterizado em decorrência da proteção aos interesses/direitos da outra pessoa agredida e da coletividade em geral. A sociedade, portanto, criação natural do homem, na medida em que é o seu habitat, produz como efeito negativo os conflitos, a violência, a corrupção, enfim, o ilícito cível e penal⁴⁸.

Quando se diz *ubi societas, ibi jus*⁴⁹, não há dúvidas de que a manifestação mais clara dessa parêmia é vista com os mecanismos de punição dos crimes, até porque as primeiras preocupações nas sociedades primitivas foram no sentido de coibir os atos violentos no desiderato de colocar o mínimo de ordem na vida societária⁵⁰. Assim é válido, a afirmação feita linhas acima de que *Ubi societas, ibi crimen* e de que *ubi crimen, ibi societas*. Isso nos permite acentuar que, no estágio rudimentar de vida social, o esboço de ordem jurídica tinha como pensamento central a proteção contra as agressões, com a consequente punição do agente.

Por conseguinte, não é possível olvidar-se do acerto de que, desde os primeiros instantes, embora não houvesse a concepção do processo como instrumento a legitimar a imposição das sanções, sempre houve a definição de um ritual para a punição dos infratores. E é interessante observar que os primeiros artigos do Código de Hamurabi tratavam, justamente, das normas penais de ordem processual e material. Só nos dispositivos seguintes, é que passou a cuidar das questões cíveis, o que reflete a maior preocupação em legislar sobre os atos de violência

1.1.1 – Vindita como ideia inicial do dever-poder de punir.

As normas criminais, ainda que sem estrutura científica, sempre se fizeram sentir nas organizações sociais, servindo de instrumento para a manutenção da ordem. De qualquer modo, ainda que a ideia *jurispenal* tenha sempre existido nas mais elementares civilizações, não se duvida que somente em estágio mais maduro do grupo social, com a efetiva criação do Estado, é que as regras jurídicas *adquiriram estrutura e valor próprios*, afastados das concepções costumeiras ou religiosas⁵¹.

peças que compõem o grupo social, não haveria razão para a tipificação das condutas em lícitas e ilícitas. A ação do homem relacionada a si mesmo, sem nenhuma repercussão na esfera alheia, não suscita a tutela do Direito.

⁴⁷ Essa ideia se aproxima do pensamento neopositivista do determinismo social, com a consideração de que não é o modelo econômico – o capitalismo – como acreditava MARX, que conduz à criminalidade nem muito menos ela é resultante apenas das distorções sociais e da miséria, ou mesmo da falta de maior padrão cultural de um determinado grupo social. Por mais culto que seja o grupo social, por mais desenvolvida que seja a sociedade, ainda assim o crime estará presente. Ao lado daquilo que se convencionou chamar de delinquência de inadaptação, que compreende a pequena e média criminalidade, convivem a delinquência de adaptação, que tem como móvel a integração e a ascensão sociais e, por fim, a delinquência de sobreadaptação, que agrega os tradicionais crimes do colarinho branco (*white color*), na qual se observa que aos seus agentes não faltam poder nem riqueza – políticos, servidores públicos, diretores de empresa etc. –, mas a facilidade de possuir mais poder ou/e riqueza. Cf. MAILARD, Jean. *Crimes e leis*. Tradutor Olímpio Ferreira. Lisboa: Gráfica Manuel Barbosa & Filhos Ltda., 1994.

⁴⁸ Insurgindo-se contra a tese do determinismo biológico pregado por LOMBROSO, alguns doutrinadores, com base em estudos sociológicos, passaram a defender que o crime é um fenômeno coletivo, dirigido por um certo determinismo sociológico. DURKHEIM, em lições que até hoje são acolhidas, com inteligência, demonstrou que o crime é um acontecimento normal na sociedade e que, em certa medida, ele é um elemento funcional – teoria da anomia. Cf. *O suicídio*. 2. ed. Tradução Luiz Cary, Margarida Garrido e J. Vasconcelos Esteves. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 162- 210 (Coleção Os pensadores).

⁴⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 2.

⁵⁰ Assim como ainda nos dias de hoje, o direito não surge pela pena do legislador, “O antigo direito não é obra de um legislador; o direito, pelo contrário, impõe-se ao legislador. Na família, teve a sua origem. Nasceu ali espontaneamente e inteiramente elaborado nos antigos princípios que a constituíram. Derivou das crenças religiosas universalmente admitidas na idade primitiva desses povos e exercendo domínio sobre as inteligências, sobre as vontades” (COLANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. p. 68)

⁵¹ MIGUEL REALE acentua que, somente muito tempo depois, é que a humanidade passou a estudar o Direito como uma categoria autônoma, configurando-se essa percepção, “... no momento crucial e decisivo na história da espécie humana, podendo-se dizer que a conscientização do Direito é a semente da Ciência do Direito” (ibid., p. 3).

Ao lado do crime, como consequência própria do sentimento humano, é impossível olvidar-se da existência da reprovação moral contra o agente que pratica a conduta dissonante com os valores sociais e, ainda, da comiserção pela vítima. Essa sensibilidade humana sem o viés jurídico-científico, cuja inquietação consistia no esforço da autoproteção por meio da punição exemplar, deu lugar ao *sentimento atávico de vingança*⁵², que corresponde ao que aqui se convencionou chamar de pensamento primitivo e outros de período primitivo ou consuetudinário⁵³. VON LISZT⁵⁴ chama a atenção que o sentimento de vingança, oriundo do instinto de conservação, é encontrado em todas as formas sociais e fases da civilização, comandado por ideias e sentimentos fundamentalmente semelhantes. A *vingança privada*, lembra ADOLPH PRINS⁵⁵, é “... a mais antiga e a mais rudimentar manifestação de uma reação social contra os actos que perturbam as relações sociais”.

Na ótica desse *pensamento humano natural* – sentimento atávico de vingança –⁵⁶, a reação instintiva e primitiva traduz-se em uma vingança defensiva, que não é apenas um direito, mas também um dever, pois necessária/útil para a conservação da espécie. Impõe-se considerar, como nota VON LISZT⁵⁷, que nenhuma sociedade humana, ainda que quisesse, teria como se subtrair à *necessidade imperiosa de reagir contra o culpado*. Por outro lado, parece correta a posição defendida por LISZT de que, ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores, a origem da pena não é encontrada no instinto de conservação individual, pois a *vindita* não é a “... simples reação do indivíduo, mas *reação do agregado social* como ordem da paz e do direito”. (Grifo do original). O autor alemão, sufragando a ideia de que a evolução da vida em sociedade compreende período equivalente à infância e à juventude da pessoa, demonstra que, em um primeiro estágio, o que havia, em rigor, era uma *vingança do sangue*, posto que era a família ou a parentela, e não o agredido, quem pensava e queria a reação punitiva⁵⁸. Por isso mesmo, nesse estágio de desenvolvimento da civilização, a reação era do grupo – família ou a parentela do agredido – vingança que não se continha na pessoa do agressor, porquanto se estendia contra o grupo do qual este fazia parte⁵⁹. O indivíduo que, nesse período da infância da sociedade, nada representava fora do contexto do grupo, tinha o dever de reagir por meio de sua família, de modo que⁶⁰.

Levada pelo sentimento de sua solidariedade, a família do ofendido levanta a bandeira da vendetta contra a do ofensor. ‘Acende-se entre as duas uma guerra, em que cada membro de uma família se apresenta como inimigo dos membros da outra, assim como na guerra entre dois Estados cada soldado de uma das partes beligerantes é inimigo dos soldados da outra parte’.

Essa visão primitiva e tosca teria sido, estreme de dúvidas, a primeira manifestação de consciência do Direito, difundindo a concepção vulgar da justiça do *mal pelo mal*. Não se pode, é verdade, dizer que essa *vindicta primitiva* se confunde com o Direito Penal e Processual Penal, até porque o Direito, ainda que preexistente em toda sociedade humana, com a sua característica de coercitividade heterônoma, somente é admissível com a evolução da civilização para a categoria de Estado. Ainda assim, sem embargo de somente se poder falar em Direito como ciência com o nascimento do Estado⁶¹, ou seja, a partir da existência de um ente que passou a ter a missão de impor

⁵² FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Tradução Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, p. 28.

⁵³ Conquanto a maioria prefira chamar de período da vingança privada, ADOLPH PRINS prefere qualificar de período primitivo ou consuetudinário (*Ciência penal e direito positivo*. Tradução Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1915, p. 14 e seguintes).

⁵⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003. v. 1, p. 44.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁵⁶ Consoante expõe FERRI, “O homem, como todo ser vivo, tem três instintos fundamentais e imperiosos: – a conservação individual – a reprodução da espécie – a defesa-ofensa” (*Ibid.*, p. 33).

⁵⁷ *Op. Cit.* P. 16.

⁵⁸ PRINS sustenta que o direito de vingança privada encontra fundamento na ideia da fraternidade do sangue, da solidariedade familiar e no restabelecimento do equilíbrio quebrado pelo ataque (*Ciência penal e direito positivo*, p. 17).

⁵⁹ VON LISZT. *Op. cit.* p. 45. Infelizmente, ainda hoje, mesmo com a evolução da vida em sociedade, em alguns lugares, em especial nas cidades do interior, ainda existem casos de matança entre grupos familiares que gozam de inimizade histórica.

⁶⁰ *Ibid.* p. 45.

⁶¹ Embora não seja possível precisar a data em que surgiu o Estado – aliás, na história, tudo que diz respeito a acontecimento que se desenvolve por meio de um lento processo político, não há uma data que determine quando começou ou terminou –, o certo é que ele, na sua concepção moderna, começou a aparecer a partir do Século XV. De todo modo, o Direito Penal, como

o cumprimento das normas jurídicas, em compasso com o que aqui já foi expandido, não se há de negar que, mesmo na mais primitiva forma de organização humana, já existia um sistema penal. BETTIOL, embora chame a atenção para o fato de que o Direito Penal, tomando-se como parâmetro o Direito Civil, é uma ciência relativamente nova, acrescenta que existia, porém, uma filosofia do Direito Penal, até porque os problemas do fundamento do direito de punir, da natureza da pena, dos fins desta, da licitude ou não licitude da pena de morte, sempre foram temas objeto da meditação dos filósofos⁶². Por conseguinte, embora não houvesse uma ciência do Direito Penal e Processual Penal, havia uma filosofia do Direito Penal e Processual Penal.

Nesse passo, FERRI⁶³, rebatendo a crítica dos clássicos à concepção da existência de um sistema penal na época da vingança privada, ressalta ser evidente a presença de um Direito Criminal, conquanto primitivo e embrionário, mesmo antes da constituição do Estado, formado a partir das necessidades naturais (vingança defensiva), nele reunidos os costumes, as práticas religiosas e também jurídicas, domésticas (patriarcais) e interfamiliar (tribais). O próprio CARRARA⁶⁴, que foi um dos expoentes da Escola Clássica, adverte que o *juízo penal, quanto a sua ratio essendi*, pode ser explicado objetivamente – *pronunciamento do homem sobre o estado de culpabilidade ou de inocência do outro homem* – ou considerado subjetivamente – *formas que circunscrevem a autoridade judicial*, concordando, assim, que, mesmo antes da existência de um poder social com o domínio do poder/dever de punir, sob uma das perspectivas expostas, pode-se defender a existência pelo menos de um *pensamento penal*. CARRARA, na qualidade daquele ao qual se atribui a primazia de dar início à fase propriamente jurídica da Escola Clássica, como não poderia ser diferente, acostase a essa opinião comum entre os doutrinadores de que o Direito Penal como ciência somente teve início com o aparecimento da corrente de pensamento da qual ele foi o precursor da fase jurídica.

Certamente que não se mostra inadequado estabelecer, com base nas palavras de PRINS⁶⁵, que “O direito de vingança privada é o direito penal dos povos que se encontram ainda no início da sua organização e que não têm um poder central bastante forte para refrear os impulsos dos indivíduos entregues a si mesmo”. Até porque, ainda que o Direito Criminal, como objeto de ciência autônoma, somente venha a aparecer com o movimento iluminista, mais precisamente a partir da obra *Dos delitos e das penas*, de autoria de BECCARIA⁶⁶ e, como elemento histórico, tenha vindo a lume com as primeiras legislações, como categoria jurídica, ele se confunde com o nascimento do próprio *pensamento humano*⁶⁷.

1.1.2 – Excessos da vingança privada e as preocupações quanto ao estabelecimento de limitações ao exercício do direito de punir.

O cunho emocional e *reativo-defensivista* da vingança privada inevitavelmente conduzia a reação a excessos cometidos contra pessoas da mesma tribo, importando, muitas vezes, na dizimação de grupos inteiros, circunstância que, senão por razões morais ou por motivos *políticos* – necessidade de preservar a vida de homens fortes para utilizá-los nas guerras contra os grupos sociais inimigos —, levou a própria coletividade a impor limites à vindita. Essa necessidade de conter a violência da *vingança* e promover a *paz interna*, a par do crescimento de uma autoridade central, deu margem ao surgimento da Lei de Talião – *olho por olho, dente por dente* – e à paulatina interferência no exercício da vingança, primeiramente com o auxílio à reconciliação entre as partes envolvidas, por meio da composição (*compositio*), e o estabelecimento da duração da reação, para, em passo seguinte, impor ao agente agressor a busca da reconciliação e à vítima a obrigação de aceitar a reparação pecuniária⁶⁸.

ciência autônoma, como adverte BETTIOL, é conquista recente, pois somente exurgiu com a Escola Clássica, quando se inicia a sua fase propriamente jurídica, o que ocorreu no início do Século XIX. (BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1973. p. 16-18).

⁶² Ibid., p. 18-19.

⁶³ *Princípios de direito criminal*, p. 33.

⁶⁴ *Programa do curso de direito criminal*, p. 289.

⁶⁵ Op. cit., p. 16.

⁶⁶ Cf. *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

⁶⁷ NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito Penal*. Tradução Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. 1. p. 1.

⁶⁸ PRINS. Op. cit. p. 17-18.

A progressiva ingerência de uma autoridade central, no afã de limitar o exercício da vingança privada, corresponde à substituição da concepção da vingança e da reparação privadas pela noção de *crime e pena*⁶⁹. De qualquer maneira, o mais importante a observar-se aqui é que a primeira normatização criminal de que se tem notícia, originada com o advento do talião, e a imiscuição em si, ainda que embrionária, do poder social na reação à ação criminosa, com consequente diminuição dos poderes de vingança da vítima e de sua família, tiveram em mente pretraçar parâmetros limitadores ao direito de punir. Ou seja, já nos primeiros fragmentos da concepção jurídica da criminalidade, nota-se que o desiderato da norma penal, ao invés do que à primeira vista se supõe, era o de podar os excessos praticados no exercício do direito de punir.

Conferindo a essa circunstância o seu devido prestígio, FERRI⁷⁰ ressalta que “O talião, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque *impôs um limite, uma medida à reação pela vindicta defensiva (olho por olho, dente por dente)*”⁷¹. Entretanto, FERRI⁷² lembra que as limitações à punição primeiramente foram introduzidas pelo talião e, em seguida, pela composição, mas somente tinham aplicação em relação a indivíduos pertencentes a uma mesma tribo. Acrescenta ele que “Para os indivíduos de tribo diferente – ao contrário – e contra eles, nenhum limite é imposto à reação de vingança, pois, para a utilidade do grupo, todo o excesso de reação violenta contra indivíduos de outra tribo é razão de glória e de maior consideração pessoal”.

Seja como for, nessa fase primitiva, os fragmentos normativos dos quais se tem registro denotam a preocupação com o modo como eram feitos os julgamentos, principalmente no que diz respeito às provas⁷³. Com efeito, no Código de Hamurabi, que é o referencial normativo mais antigo que se tem como parâmetro⁷⁴ – em verdade antes uma coletânea de normas sobre diversos assuntos do que propriamente um código –, os primeiros artigos foram dedicados justamente ao regramento da prova, no sentido de punir o acusador que não lograva comprovar as suas afirmações, o falso testemunho e a prevaricação dos juízes. De acordo com o art. 1º do Código de Hamurabi, aquele que acusasse outrem de crime cuja pena era a morte, não conseguindo provar, seria condenado à morte. Já no art. 2º, caso a acusação fosse de feitiçaria, não tendo ocorrido a comprovação, ainda assim o acusado seria lançado ao rio e, caso conseguisse se salvar, seria purificado, ficando, assim, demonstrada a sua inocência, o que levaria à morte o seu agressor. Esses dois dispositivos, como se vê, a fim de evitar acusações injustas, movidas por sentimentos escusos, impunham estreitos limites para o início do processo. A vítima, ao fazer a acusação contra o seu agressor, tinha de se cercar de provas robustas, sob pena de sofrer as consequências pelo fato de não conseguir confirmar as suas acusações. Essa disciplina rígida arrefecia, naturalmente, o ímpeto acusatório. Merece realce, ainda, a regra referente à acusação de bruxaria. Nesse caso, mesmo não sendo provada a acusação, o medo do homem do antigo oriente em relação à magia negra apresenta-se como justificativa para a previsão de um procedimento mais cauteloso na apuração da verdade, de modo a submeter o acusado a um ordálio (Juízo de Deus). Ou seja, tendo em conta a gravidade do crime, cujos efeitos atingiam não apenas a vítima como os demais integrantes do grupo social, era estabelecido um rito mais severo na sua apuração⁷⁵. Nos arts. 3º e 4º, estava prevista a pena para o falso testemunho, que poderia ser, até mesmo, de morte⁷⁶. A prevaricação do juiz era tipificada com a alteração por ele realizada na sentença

⁶⁹Ibid., p.18

⁷⁰ *Princípios de direito criminal*, p. 34.

⁷¹ Conforme será examinado no decorrer deste livro, o surgimento propriamente dito do Direito Criminal, que se deu com a Escola Clássica, contém impregnada essa ideia de limitação do direito de punir. Ainda que aqui e ali essa perspectiva seja esquecida, como decorrência do Estado democrático-constitucional a norma penal, acima de tudo, é vista sob o prisma garantista, cujo suporte principiológico encontra guarida nos direitos fundamentais e demais normas plasmadas na Constituição e nas declarações internacionais dos direitos humanos.

⁷² *Princípios de direito criminal*, p. 34.

⁷³ CF. ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989. MEIRA, Silvio A. B. A lei das XII tábuas. 5. ed. Belém: CEJUP-, 1989.

⁷⁴ O Código de Hamurabi é a legislação antiga mais conhecida, muito embora se saiba que antes dele tenham existido outras leis escritas. Continha 282 artigos e data do segundo milênio a.C. (ALTAVILA, Jaime de. Op. cit., p. 37-38). De todo modo, o Código de Hamurabi é o corpo de lei mais antigo do qual se tem registro histórico de seu texto com inscrições em pedra (BOUZON, Emanuel. Código de Hamurabi. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 24). Parte do texto, esculpido em estela de direito negro, encontra-se em exposição no museu do Louvre, em Paris.

⁷⁵ BOUZON, Emanuel. *Código de Hamurabi*, p. 46-48.

⁷⁶ Ibid., p. 48-49.

após o julgamento (art. 5º). A punição era pecuniária e de perda definitiva da função judicante. EMANUEL BOUZON faz considerações sobre essa questão, com as quais revela a dificuldade de interpretação da norma, em virtude da utilização de diversos termos técnicos e também porque os julgamentos babilônicos eram realizados por mais de um juiz⁷⁷.

Observa-se, por conseguinte, que os primeiros artigos do Código de Hamurabi se ocuparam das normas processuais penais, o que mostra a relevância demonstrada pelo homem antigo em relação ao tema. A tipificação das condutas consideradas criminosas só aparecia, no Código de Hamurabi, após as normas processuais penais.

O Código de Manu, promulgado aproximadamente entre os anos 1300 e 800 a.C.⁷⁸, pelo menos 1.500 anos após o de Hamurabi, redigido em linguagem poética e organizado em forma de livros – ao todo continha doze livros –, manteve a ideia de dar destaque às normas processuais. Considerado tecnicamente o primeiro código da história, no livro oitavo há, de início, uma parte geral, que dispõe sobre regras processuais, aí compreendidas normas referentes à administração da justiça e aos meios de prova, enquanto a parte especial, que aparece depois, trata das normas cíveis e penais. Mais uma vez o texto normativo revela a preocupação dos povos antigos com o descobrimento da verdade e a punição do falso testemunho, circunstância que justifica a existência de uma rubrica específica no Código de Manu – *Dos meios de prova* – para abrigar as diversas normas que disciplinavam as espécies de prova permitidas e a forma como o juiz deveria valorá-las.

Por fim, resta considerar que os grandes filósofos gregos da Antiguidade, SÓCRATES (470-399 a.C.)⁷⁹, PLATÃO (428-348 a.C.)⁸⁰, ARISTÓTELES (384-322 a.C.)⁸¹, em seus estudos, debateram a autoridade do Estado em punir, a razão e a finalidade da pena, sem, contudo, representar marco do pensamento humano contra as barbáries praticadas em nome da justiça criminal. O próprio SÓCRATES, em diversos diálogos narrados por PLATÃO, sustenta a obediência irrestrita às leis, admitindo, até mesmo, a pena de morte. Aliás, SÓCRATES aceitou, resignadamente, para dar bom exemplo quanto ao cumprimento das leis, a sua sentença de morte, muito embora lhe tenha sido oferecida a oportunidade de fugir. PLATÃO, no Livro IX, no diálogo *As leis*, embora ensine que a pena deve ter a finalidade de tornar o agente que pratica o ilícito melhor, assevera que “se se demonstrar que o delinquente é incurável, a morte será para ele o menor dos males”⁸².

Importa considerar que a concepção *aristotélica* da formação orgânica do Estado, embasada na premissa de que o *todo* está acima *das partes*, que vigorou como dogma incontestável na Antiguidade e na Idade Média, serviu de suporte à sustentação dos argumentos em prol da aplicação de penas

⁷⁷ Ibid., p. 50.

⁷⁸ *Código de Hamurabi: Código de Manu: Lei das XII Tábuas*. Supervisão Jair Lot Vieira. Bauru: EDIPRO, 1994. p. 45).

⁷⁹ Apesar de não existir o registro de nada escrito por SÓCRATES, ele é considerado um dos maiores filósofos da história. Vivia a vagar, perambulando nas ruas e mercados, literalmente filosofando. O que se sabe de SÓCRATES deve-se, sobretudo, aos seus diálogos descritos por PLATÃO. Ele acreditava que uma força divina lhe dava a consciência para dizer o certo. Expressava o seu pensamento filosófico por meio de questionamentos, o que fazia com que ele desse a impressão de que, ao invés de ensinando, estivesse querendo aprender. No pensamento socrático, o homem sabe que não sabe, mas deve, sempre, procurar saber.

⁸⁰ Fundou, em Atenas, a famosa Academia, sua escola de investigação científica e filosófica, representando um acontecimento de fundamental importância para o pensamento ocidental. Foi discípulo de SÓCRATES e ficou decepcionado com a democracia, em razão da execução de seu grande mentor. A sua investigação científico-filosófica se interessava pelo que era eterno e imutável na natureza e procurou identificar o que também era eterno e imutável no campo da moral e da sociedade.

⁸¹ Considerado o maior filósofo e cientista do mundo antigo. Estudou na academia de PLATÃO e, ao retornar para a Macedônia, foi preceptor de ALEXANDRE, o Grande. Era um sábio, com uma produção científica impressionante, com escritos sobre Astronomia, Zoologia, Embriologia, Geografia, Geologia, Física, Anatomia, Fisiologia. A sua contribuição na filosofia é vasta, com escritos sobre Ética, Metafísica, Psicologia, Economia, Teologia, Política, Retórica e Estética. Na pretensão de estabelecer a certeza científica, desenvolveu a teoria da lógica, concebida com base nos silogismos, ao argumento de que, para se construir o conhecimento seguro, era preciso estabelecer normas de pensamento. Foi idolatrado na Antiguidade e durante toda a Idade Média, tornando-se o pensamento aristotélico verdade absoluta, universal e permanente. Algumas de suas ideias eram reacionárias, como as que justificavam a escravidão, a pena de morte e a inferioridade da mulher. (Cf. ARISTÓTELES. *Tópicos: dos argumentos sofisticos*. 2. ed. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril cultural, 1983.)

⁸² Apud BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 161.) Acrescenta BOBBIO que Platão, no diálogo *As Leis*, menciona a pena de morte para diversos delitos, desde estes contra as divindades e os cultos, até aqueles contra os genitores e, em regra, para os homicídios, ressaltando que, para PLATÃO, a pena de morte era a pena natural para esses crimes (Op. cit., p. 161-162). Não se pode deixar de registrar, contudo, que PLATÃO, no diálogo *As leis*, difunde ideias a respeito da punição do agente em virtude da prática de ilícito, que serviram de fundamento para o desenvolvimento da Escola da Nova Defesa Social (Cf. item 1.3.9, infra).

severas aos errantes, até mesmo a de morte, nas suas mais diversas modalidades. A lógica era de que o homem é um *animal político*, não podendo viver fora do corpo social, e que o *homem individual* se constituía apenas uma parte da vida do corpo social, daí por que a vida de um deve ser sacrificada em benefício da vida do todo, a fim de expungir o risco de contaminação que o ser infectado apresenta.

1.2 – Conceção religiosa⁸³.

A vingança privada, ditada comumente pelo ódio, não raro, representava uma nova violação do direito e, cada vez mais, sentia-se a necessidade de retirar das mãos da vítima e de sua família o direito de punir, passando-o para o Estado, uma vez que não se mostravam suficientes as limitações previstas nas normas. Em outro passo, nesse mesmo intervalo de tempo, a doutrina cristã, surgida na Palestina, difundiu-se no mundo civilizado, modificando as concepções sobre o Direito e o Estado, muito embora inicialmente não tivesse significado jurídico ou político, porém apenas moral, possuindo como princípio a *caridade*, o *amor* e a *fraternidade*⁸⁴. Partia da concepção de que o mundo é governado por um Deus pessoal, de modo que o Estado, em verdade, era uma instituição divina, e o direito criado seria emanado da vontade sobrenatural. Na antiguidade clássica, o indivíduo tinha o dever de comportar-se de conformidade com as regras impostas, reconhecendo a supremacia do Estado, sob pena de penalizado por afronta aos deuses.

Nesse período, despontam os dois maiores filósofos religiosos, SANTO AGOSTINHO e SÃO TOMÁS DE AQUINO e, como efeito do Cristianismo, formula-se nova concepção de Estado, assim como se define a sua relação com a Igreja, sobrepondo-se esta àquele, pois trata das coisas *eternas*, e não apenas *temporárias*, como é a vida terrena. O Direito Canônico, diante da crescente expansão da autoridade da Igreja, estende os crimes nele previstos a pessoas não sujeitas à disciplina religiosa, desde que se tratasse de fatos de natureza espiritual, prevendo penas excessivas e cruéis para os hereges, infligindo as penas privativas de liberdade em detrimento das penas patrimoniais, como forma de buscar, com a segregação do indivíduo, a expiação da culpa.

Como os povos estavam acostumados a respeitar apenas a força, eles não tinham base para aceitar a superioridade do Estado, na figura de um ser humano. Diante da falta de *legitimidade/força do Estado* para impor a sua autoridade, buscou-se na *legitimidade/força da religião* o fundamento para entregar ao poder estatal a missão de impor as sanções, de modo que a “... primeira palavra de justiça foi ditada aos homens em nome de Deus. Nesse sentido, CARRARA⁸⁵, ao justificar a razão pela qual a justiça foi passada ao homem em nome de Deus, explica que, àquela época, não “... podia ser de modo diverso, uma vez que os povos, acostumados apenas a respeitar a força, não teriam concebido nem respeitado um princípio de razão que atribuísse superioridade a seres que eles sobrepujavam na força”. No mesmo passo, ROUSSEAU⁸⁶, explicando a razão pela qual, em um primeiro momento, o poder se explicou por meio da palavra de Deus, atesta que, em *um povo nascente*, “... não podendo o legislador usar a força nem o raciocínio, é mister que recorra a uma autoridade de uma outra ordem, que possa conduzir sem violência e persuadir sem convencer”.

Foi isso que obrigou, em todos os tempos, os pais das nações a recorrer à intervenção do Céu e honrar os deuses por sua própria sabedoria, a fim de que os povos, sujeitos tanto às leis do Estado

⁸³ O sentimento de justiça, desde as suas primeiras manifestações, sempre foi uma resultante dos valores culturais, neles inseridos os morais, políticos, jurídicos e, naturalmente, religiosos. Como vimos, no pensamento primitivo, a reação social, conquanto arraigada na ideia da vingança, detinha colorido religioso, como se observa não apenas nos juízos de Deus, estabelecidos como forma de prova, mas principalmente da leitura do prólogo do Código de Hamurabi (Cf. *Código de Hamurabi: Código de Manu: Lei das XII Tábuas*, p. 11). De todo modo, a tônica distinta entre as concepções primitiva e religiosa é que nesta, diferentemente daquela, o crime era tido como uma agressão aos deuses e deveria ser punido pelos homens, a fim de defender aqueles.

⁸⁴ O sentimento de justiça, desde as suas primeiras manifestações, sempre foi uma resultante dos valores culturais, neles inseridos os morais, políticos, jurídicos e, naturalmente, religiosos. Como vimos, no pensamento primitivo, a reação social, conquanto arraigada na ideia da vingança, detinha colorido religioso, como se observa não apenas nos juízos de Deus, estabelecidos como forma de prova, mas principalmente da leitura do prólogo do Código de Hamurabi (Cf. *Código de Hamurabi: Código de Manu: Lei das XII Tábuas*, p. 11). De todo modo, a tônica distinta entre as concepções primitiva e religiosa é que nesta, diferentemente daquela, o crime era tido como uma agressão aos deuses e deveria ser punido pelos homens, a fim de defender aqueles.

⁸⁵ Op. cit., p. 284.

⁸⁶ *O contrato social*. Tradução Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 118-119.

como às da natureza e reconhecendo o mesmo poder na formação do homem e na da cidade, obedecessem com liberdade e suportassem docilmente o jugo da felicidade pública.

Eis aí a segunda concepção da justiça criminal, de criação religiosa⁸⁷, tendo como suporte a expiação do criminoso culpado por haver atentado contra a Divindade, que se mostra, segundo a precedente advertência de CARRARA, como a primeira força civilizadora da justiça criminal, cuja intervenção na vindicta privada teve em mira eliminar “... as lutas brutais que, perpetuando as guerras privadas, ensanguentavam a Terra.”⁸⁸. Como se vê, a transposição da concepção da vindicta privada para a religiosa representou uma maior humanização das punições⁸⁹ e teve como pano de fundo a imposição de *limites ao direito de punir*, que não conhecia fronteiras em razão do sentimento de ira da vítima e de seus familiares.

No período medieval, o Direito Eclesiástico constitui-se a base jurídica da concepção penal, que se estende até a secularização. Opõe-se à vindicta privada até porque, na visão religiosa, o crime suscitava a cólera dos deuses, que só seria escoimada com o castigo correspondente. Assim, pune-se com rigor o agente, a fim de satisfazer o Deus atingido, obtendo o seu perdão. Tal concepção de justiça criminal coincide com o estágio de organização alcançado pela sociedade, superando o pensamento da repressão à criminalidade com a pura vingança privada⁹⁰. A sanção penal não está a serviço do homem que sofreu com o crime, mas, sim, de Deus, tendo o Direito Penal índole teocrática e sacerdotal, havendo uma mesclagem do crime (pecado) e a ofensa com pressupostos religiosos.⁹¹ Na doutrina eclesial, o príncipe e o magistrado exercem o poder por inspiração deífica e estes, por *delegação divina*, são quem possui poder punitivo, e não o ofendido ou a sua família⁹².

A pena, no Código Canônico, tinha duas finalidades: castigo divino e purificação da alma do agente⁹³, sendo a confissão o escopo fundamental, elevada à categoria de *a rainha das provas*, não apenas como forma de obter o arrependimento do réu, mas de *tranquilizar a consciência do juiz acerca da culpabilidade do imputado*⁹⁴. BOBBIO⁹⁵ lembra que SÃO TOMÁS, arraigado à ideia aristotélica da formação orgânica do Estado, defendeu, em seus escritos, que “Cada parte está ordenada ao todo como o imperfeito ao perfeito (...). Por causa disso, vemos que, se a extirpação de um membro é benéfica à saúde do corpo humano em seu todo, (...) é louvável e até salutar suprimi-lo”, concluindo, assim, que seria louvável e salutar “matá-lo para salvar o bem comum”.

O processo judicial com a influência canônica era marcadamente inquisitório e, calcado na confissão, adotava a tortura como meio de prova⁹⁶. Porém, VOLTAIRE, em reflexões sobre a tortura, suscita que o seu surgimento, tudo indica, deveu-se ao interrogatório de ladrões de estrada, os quais tinham, quando se negavam a revelar o local no qual estava guardado o dinheiro, os polegares serrados e os pés queimados. A tortura, por conseguinte, embora tenha sido difundida no Direito Canônico, não teve aí a sua origem.

Ainda que não tenha criado a tortura como meio de produção de prova, a concepção religiosa introduziu profundas modificações nos rituais dos julgamentos, sendo as mais importantes a adoção do sistema inquisitivo e a busca da chamada verdade real por meio da tortura, aplicada largamente como forma de obter a confissão, que servia não apenas como prova irrefutável da culpabilidade, mas

⁸⁷ Não se pode, evidentemente, confundir a religião das civilizações mais antigas com aquela das sociedades primitivas, na qual cada família possuía um deus específico, que não podia ser adorado por outro grupo familiar, com característica preponderantemente doméstica (COLANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, p. 28).

⁸⁸ CARRARA. Op. cit., p. 284.

⁸⁹ Embora represente uma suavização da forma de punir, o Direito Canônico previa punição severa para alguns crimes, como era o caso da feitiçaria.

⁹⁰ CARRARA faz ver que “O conceito de justiça não podia ser aceito nessa sua primeira promulgação, se não se associasse à ideia de uma força divina misteriosa, invisível, mas pairando acima de todas as criaturas” (Ibid.).

⁹¹ Note-se que os doutrinadores ressaltam que uma das características fundamentais do Direito Penal dos romanos, a despeito de alguma influência da concepção religiosa penal, era a “firmeza com que o crime é considerado como atentado contra a ordem jurídica estabelecida e guardada pelo Estado, e apenas como reação do Estado contra o crime”. (LISZT. Op. cit., p. 78)

⁹² FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. p. 40. FERRI elucida que o Direito Penal eclesiástico, estrategicamente, confiava “... ao ‘braço secular’ a execução das penas mais atrozes, que muitas vezes se estendiam aos descendentes, aos parentes, aos concidadãos do réu” (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*, p. 40)

⁹³ Ibid. p. 40.

⁹⁴ Ibid. p. 40.

⁹⁵ A era dos direitos, p. 181.

⁹⁶ VOLTAIRE, François Marie Aouet de. *Dicionário filosófico*. 3. ed. Tradução de Bruno da Ponte e João Lopes Alves. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 293 (Coleção Os pensadores).

também como demonstração de expiação da culpa. Certamente em razão da disseminação da tortura nessa época, a maioria da doutrina tributa à inquisição a institucionalização dessa prática.

1.3 – Conceção política.

O novo pensamento da justiça criminal, que acompanha o movimento da separação dos fins do Estado dos da Religião, deixa o campo religioso propriamente dito, para adentrar mais especificamente a órbita política. Aparece com o Renascimento, iniciado no Século XIV, que deu suporte ao processo de libertação da filosofia e da ciência da teologia cristã. O Renascimento – etimologicamente significa nascer de novo e, na qualidade de movimento, representa a releitura da arte e da cultura da Antiguidade – foi um período de efervescência cultural que surgiu nos fins do Século XIV, no Norte da Itália⁹⁷. O homem, com o Renascimento, volta a ser o centro de tudo, libertando-se o seu espírito crítico, sufocado com a ideologia cristã. Se, na Idade Média, a raiz de tudo era Deus, no Renascimento, o ponto de partida era o próprio homem. Os grandes pensadores da Renascença, a exemplo de ERASMO DE ROTERDÃ e MAQUIAVEL, diante das guerras religiosas, da descoberta de novos continentes, dos inevitáveis efeitos econômicos daí decorrentes e dos avanços científicos da Física e da Astronomia, percebendo o abalo da mentalidade medieval e a insegurança crítica, passaram a desenvolver ideias interrogando os dogmas, doutrinas e opiniões então aceitas, além de apresentar respostas mais adequadas a essas inquietações, fornecendo os alicerces para que os cidadãos se libertassem dos senhores feudais. A proposta do Renascimento era *voltar às fontes do saber*, sendo a principal delas o *humanismo da Antiguidade*. Em rigor, o humanismo renascentista “... opera a reconquista do patrimônio filosófico, literário e artístico da Antiguidade e o coloca a serviço do homem, visto agora como ser racional e não mais como entidade que se explicasse através da teologia medieval”⁹⁸.

É importante consignar que o pensamento renascentista ganhou fôlego com a invenção da imprensa, pois isso contribuiu para a difusão de suas ideias por meio dos escritos e retirou da Igreja o seu monopólio na transmissão do conhecimento. Mostra-se relevante, ainda, ter em consideração que a invenção da bússola, com conseqüente facilitação da navegação, também agilizou a difusão da cultura humanista do Renascimento.

De todo modo, para fins metodológicos, pode-se dizer que a justiça criminal, com supedâneo nas ideias implantadas com o Renascimento, não teria mais como fim aplacar a ira dos deuses, mas sim o de proteger a *ordem e a paz pública* perquirida pelo *Soberano*. LISZT, em exame histórico do Direito Penal alemão, sustenta que, desde as leis bárbaras – leis de iniciativa ou com o assentimento do povo alemão –, a concepção política da reação ao crime já era notada. Lembra, ainda, que a pena pública não foi desconhecida do Direito alemão antigo, principalmente como resposta aos crimes de natureza político-militar⁹⁹. Em certo sentido conferindo destaque a esse aspecto pinçado por LISZT, FERRI, discorrendo sobre a contribuição mais importante dada pelo Direito germânico na formação da justiça penal na Itália, ressalta que ela consistiu “na progressiva prevalência da autoridade do Estado contra os direitos e os excessos privados da vindicta”¹⁰⁰.

Ao tempo em que o desenvolvimento das relações comerciais fortalece os Estados e elimina paulatinamente as fronteiras, as *cruzadas* dão origem à passagem de desocupados e de bandos errantes, ao surgimento de desempregados e aventureiros, enfim, de novas condições de vida, de novas classes e, por via de consequência, de novo tipo de delinquência, para a qual a pena pecuniária não se mostrava com o condão de estabelecer a resposta satisfatória, senão por outro motivo, pelo fato de as desigualdades sociais torná-la inócua para os pobres, que não tinham como pagar pelos seus crimes¹⁰¹.

⁹⁷ Cf. CARVALHO, Mário A. Santiago. In: LOGOS Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia: Renascimento. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo. v. 4. p. 698-703. LEITE, José Roberto Teixeira. In: *Enciclopédia Barsa: Renascimento*. Rio de Janeiro – São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1989. v. 13. p. 264-279.

⁹⁸ LEITE. José Roberto Teixeira, Op. cit., p. 266.

⁹⁹ Op. cit., p. 88.

¹⁰⁰ *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*, p. 39.

¹⁰¹ PRINS. Op. cit., p. 19.

Afirma PRINS¹⁰² que “O poder aproveita esta situação para transformar o direito penal, eliminar do sistema repressivo a antiga noção de reparação e da multa e fazer triunfar a noção da pena pública e corporal, e o princípio da intimidação”. Com isso, a repressão ao comportamento antagônico à ordem e à paz estabelecida passa a representar a forma de se impor a autoridade do Estado. Quanto a esse aspecto, JOSTEIN GAARDER informa que no período do Renascimento teve lugar para aquilo que pode ser denominado de *anti-humanismo*, cabendo registrar que também houver “... processos contra bruxos e bruxas, execuções em fogueiras, magia, superstição, sangrentas guerras religiosas e ainda brutal conquista da América”¹⁰³.

1.3.1 – Direito criminal como forma de dominação política.

Essa fase em que o Direito Criminal aparece como forma de dominação política corresponde à época do *Direito Penal do terror*, no qual a intimidação é o seu princípio reitor. Parece, à primeira vista, um certo antagonismo o aparecimento de um Direito Penal rígido e cruel como rescaldo do movimento renascentista, especialmente quando se sabe que a base deste era justamente o humanismo. Acontece que o Renascimento, ao tempo em que contestava a autoridade da Igreja, propugnava um humanismo escorado em um *individualismo* mais consistente do que a própria filosofia da Antiguidade, o que suscitou o *contra-renascimento* e o conseqüente *anti-humanismo* patrocinados pela Igreja e pelo Estado, que se tornaram mais autoritários ainda. Para manter a sua autoridade no campo penal, o soberano adotou os mecanismos mais bárbaros não apenas no propósito de punir, mas também, o que é pior, no escopo de descobrir a verdade. Aliás, constata-se, no exame da evolução da justiça criminal, que o período da *vingança pública*, em termos de barbárie, representa o período mais sombrio do Direito Penal, sendo comum a morte pela força, pelo fogo (o condenado era amarrado a um poste, em praça pública, para ser consumido pelas labaredas de fogo, ou imerso em chumbo fundido), por afogamento, pela roda (o condenado era amarrado em uma imensa roda, a fim de que os seus membros fossem esmagados, pelo esartejamento, decapitação, estrangulamento, enterro em vida etc.) O corpo do homem, que era o objeto da pena, além de se manifestar como o responsável pelos atos criminosos, transformou-se, de igual forma, no objeto do processo e passou a merecer provações para esclarecer o crime.

FOUCAULT esclarece que, na base dessa concepção política da justiça criminal, encontrava-se a ideia de que o crime era uma forma de contestar e comprometer a autoridade do soberano, daí por que a pena deveria ser aplicada por este de modo severo e forte, a fim de mostrar a sua superioridade. A forma mais eloquente para a demonstração dessa autoridade do soberano era com a demonstração pública de submissão do agente, o que explica a publicidade que era dada às execuções das sentenças e as mais diversas punições corporais aplicadas, que iam do açoite à morte, realizada de forma ultrajante¹⁰⁴.

Era a época dos suplícios. O corpo do agente do crime, diante da necessidade de afirmar-se, pela força, a autoridade do soberano, passa a ser penalizado duas vezes: primeiramente, durante o processo, em que o suplício do corpo com a tortura era a técnica empregada para descortinar a verdade do crime¹⁰⁵; depois, com a aplicação da pena, que era corporal, em cerimônia realizada diante da sociedade, para servir de exemplo e atuar como medida de prevenção geral. A prisão era prevista, de regra, apenas como a forma de deter-se o homem para a aplicação da pena corporal correspondente.

Nada obstante os suplícios ao corpo, todo o processo, até sua execução, quando então se fazia importante levar a conhecimento do grupo social o suplício final, permanecia secreto, dele não tendo participação o acusado¹⁰⁶. O processo não era do conhecimento do acusado, tornando-se o saber do

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ *O Mundo de Sofia: romance da história da filosofia*. Tradução João Azenha Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 220.

¹⁰⁴ *Vigiar e punir*. p. 11-32. Cf. ainda *Microfísica do poder*. 17. ed. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

¹⁰⁵ Na época da concepção política da justiça criminal, segundo MICHEL FOUCAULT, “O corpo supliciado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer a lume a verdade do crime” (*Vigiar e punir*. p. 35).

¹⁰⁶ MICHEL FOUCAULT realça que, na maior parte dos países europeus, incluindo aí a França, apresentando-se como exceção apenas a Inglaterra, o processo, até a sentença, era secreto (Ibid. p. 35).

drama judiciário privilégio único e exclusivo da acusação¹⁰⁷. O acusado não sabia qual era a imputação que lhe era feita, não tinha conhecimento dos depoimentos tomados nem muito menos das demais provas apuradas. Imperava o entendimento de que, sendo inocente, de defesa o acusado não precisava, enquanto se fosse culpado, a ela não tinha direito. Era a influência, ainda, de alguns dogmas da concepção religiosa. Informa FOUCAULT¹⁰⁸ que, na Ordenação francesa de 1670, que vigorou até a Revolução, o processo era *opaco não só para o público* como para o próprio acusado, de modo que

... era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa.

A forma secreta e escrita do processo era de mister ao estabelecimento da verdade, tendo o Soberano e os seus juízes direito absoluto e poder exclusivo para encontrá-la. O acusado não tinha o direito, sequer, de defesa.

1.3.2 – Primeiros esboços da doutrina criminal.

Nesse período, não havia ainda uma doutrina criminal, até porque, como sustenta FERRI¹⁰⁹, somente após a fase dos glosadores é que são encontradas *as primeiras afirmações da doutrina criminal*, isso nos albores do Século XIII. Conforme FERRI¹¹⁰, o desenvolvimento autônomo da doutrina criminal coube aos administradores da justiça, mediante a prática judiciária e a interpretação das várias leis, tendo como suporte o Direito romano e os costumes locais. Na época dos pós-glosadores, começam a surgir os criminalistas práticos italianos e, já na segunda metade do século XV, sente-se uma maior consistência teórica da orientação empírica, com a criação de critérios gerais e a adoção de exposição mais sistemática¹¹¹. Porém, essa doutrina emergente experimentou um declínio nos séculos XVI e XVII, uma vez que as publicações, nesse intervalo de tempo, resumiram-se a compilações e dicionários.¹¹²

A doutrina desses criminalistas práticos italianos não se conteve nos Alpes, ultrapassou fronteiras e teve grande influência nos outros países, principalmente na Alemanha, França, Holanda e Espanha, para os quais as obras foram traduzidas¹¹³. LISZT¹¹⁴ reconhece a penetração e influência dos estudos jurídicos dos juriconsultos práticos italianos na Alemanha, cujos trabalhos, conhecidos por meio de manuscritos e de impressos, foram inseridos na literatura jurídica e popular alemã, circunstância corroborada por HANS WELZEL¹¹⁵, ao ressaltar que “*Durante los siglos XV y XVI se originaron nuevos y poderosos impulsos por la fuerte influencia de la ciencia jurídica italiana (glosadores e postglosadores), cuyos méritos científicos residen sobre todo en la elaboración de las teorías generales del Derecho Penal*”. A legislação alemã que, mesmo entre a segunda metade do Século XV e primeira do Século XVI, era pequena, conquanto também hospedasse normas de Direito Penal material, essencialmente tinha como objeto regular o processo penal¹¹⁶ Evidencia LISZT¹¹⁷ que

¹⁰⁷ Ibid. p. 35.

¹⁰⁸ Ibid. p. 35.

¹⁰⁹ Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. p. 46.

¹¹⁰ Na Itália, assim como ocorria em outros países europeus, o julgamento era confiado a um magistrado, a um prefeito ou a um cônsul auxiliado por juízes assessores, recrutados dentre pessoas com conhecimentos jurídicos (Ibid., p. 46).

¹¹¹ Ibid., p. 46. FERRI diz que os dois maiores escritores italianos desta época foram JULIO CLARO DE ALEXANDRIA, que era senador em Milão, e o romano PRÓSPERO FARINACI.

¹¹² Ibid. p. 46.

¹¹³ Ibid., p. 46.

¹¹⁴ Op. cit., p. 95. LISZT mostra a sua insatisfação diante da constatação de que, nada obstante o Renascimento doutrinário do Direito Penal – expressão cunhada por FERRI –, a literatura jurídica alemã do Século XVI estava “... entregue às mãos de copistas destituídos de espírito e de crítica, a quem é tão alheio o Direito romano quanto o germânico” (Ibid., p. 105).

¹¹⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte geral*. 11. ed. Traducción Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial jurídico de Chile, 1976. p. 23.

¹¹⁶ HANS WELZEL registra que a legislação alemã dos Séculos XV e XVI foi fortemente influenciada pela doutrina italiana. (Ibid. p. 23.)

¹¹⁷ Op. cit., p. 99.

a Constituição Criminal Carolina, assim “... como as Constituições sobre a justiça criminal que a precederam e cuja influência se evidencia ao primeiro exame, toma o processo penal para objeto principal da sua regulamentação”, destinando-se ao Direito Penal material lugar secundário¹¹⁸.

A legislação Carolina exerceu considerável influência na ciência jurídica alemã, em especial entre os juristas saxônicos do Século XVII, com destacada relevância para o tratamento a respeito da administração da justiça. A par de estabelecer a prudência como princípio reitor da atividade judicante para que, desse modo, “... *los juicios penales sean ordenados en la mejor forma y a nadie se cause injusticia, puesto que a estas grandes cosas, que conciernen ao honor, vida y bienes humanos, les es enherente diligencia sumamente atenta y permanente*(Art. 1.)”¹¹⁹, a Carolina impunha ao juiz, a fim de conter a sua arbitrariedade, a obediência aos ditames da lei, de modo que “... *El juez, por principio, está ligado a la ley*”¹²⁰, somente lhe sendo dado utilizar-se da analogia nos casos de lacunas legais¹²¹. De qualquer modo, conquanto a Carolina seja uma obra de conciliação e de moderação¹²² e contenha uma acentuada atenuação das penas corporais com a aplicação das penas privativas em seu lugar¹²³, até a Revolução Francesa, o Direito repressivo, mesmo na Alemanha, possuía penas muito rigorosas.

PRINS¹²⁴ narra que a passagem para a concepção política da justiça penal fez com que, durante uma parte da Idade Média, coexistisse, em luta renhida, o Direito romano escrito contra o Direito nacional consuetudinário, o Direito feudal ou de vingança privada contra o direito do Estado ou da pena pública, de modo que, nas localidades em que a autoridade pública desde logo se estabeleceu, a concepção política se implantou mais rapidamente, como foi o caso da França, ao passo que em outros países, como a Alemanha, isso demorou mais um pouco. Todavia, no final da Idade Média, o uso da repressão como forma de ostentação do poder do soberano¹²⁵ se faz sentir de maneira generalizada, em que prepondera a pena corporal, cruel e humilhante, com a plena admissibilidade de “... uma terrível variedade de mutilações, de suplícios, de torturas, que durante séculos se sucedem”¹²⁶.

Esse Direito Penal cruel tinha duas características básicas: desigualdade na aplicação do Direito, que oscilava de acordo com a condição social do réu, e o amplo arbítrio na aplicação da pena, que dependia essencialmente da vontade do juiz. Era próprio do Absolutismo reinante na época, em que a atividade jurisdicional, quando não exercida pelo próprio rei ou príncipe, por delegação do soberano era desempenhada por outrem em seu nome¹²⁷. CARRARA expende que a paulatina intervenção na vingança privada, a fim de limitar a reação da vítima, foi transferindo para o Estado o poder punitivo e, muito embora, em um primeiro momento, diante da ideia da vingança divina, o direito de punir se tenha concentrado nas mãos eclesiásticas, pouco a pouco as autoridades seculares *arrancaram* do sacerdócio a autoridade judiciária. Por isso mesmo esse terceiro estágio da história do Direito Penal corresponde ao surgimento da magistratura, na medida em que a multiplicidade das tarefas governamentais e a repugnância *de que fosse o ofensor julgado por quem representava o ofendido*¹²⁸, fez com que a atividade jurisdicional seja delegada. Contudo, o juiz era apenas o *longa manus* do Rei, de modo que ele devia autoridade àquele e em seu nome a exercia, cabendo-lhe o desempenho do papel desgastante de aplicar as penas cruéis e comandar os suplícios públicos. Ademais, o poder do juiz, como representante subserviente do soberano, em um Estado Absolutista que não admitia a possibilidade de os indivíduos possuírem direitos inerentes à condição humana, não conhecia limites, era arbitrário e suscitava uma insegurança muito acentuada. O soberano, sabiamente, transferia para um cumpridor de ordens o desgaste de aplicar as penas cruéis e de sujar

¹¹⁸ Isso reforça, uma vez mais, a maior preocupação que se teve, desde o início, com as normas processuais, diante da necessidade de se estabelecerem as regras referentes à forma de realização dos julgamentos.

¹¹⁹ WELZEL. Op. cit., p. 24.

¹²⁰ Ibid. p. 24.

¹²¹ Ibid. p. 24.

¹²² PRINS. Op. cit., p. 21.

¹²³ WELZEL. Op. cit., p. 24. Isso fomentou a criação da penitenciária de Amsterdã de 1595 (Ibid. p. 24).

¹²⁴ Op. cit., p. 20.

¹²⁵ LISZT assevera, com inteiro acerto, que “O desenvolvimento do Direito Penal está em íntima conexão com o declínio ou o progresso do Poder Público” (Op. cit., p. 91). Ou seja, a concepção política ou pública do Direito Penal tem relação direta com o desenvolvimento do Estado, sendo a este reconhecida a missão de aplicar as sanções penais.

¹²⁶ Ibid., p. 20-21.

¹²⁷ Op. cit., p. 286.

¹²⁸ Ibid. p. 287.

as mãos com sangue, a ponto de PRINS¹²⁹, com enfoque na afirmação de VOLTAIRE, que chamou os magistrados de seu tempo de bárbaros togados, destilar incontestada crítica à magistratura, ao arrematar: “... podemos perguntar-nos até que ponto o poder judiciário – habituando o povo aos suplícios e ao desprezo pelo sofrimento e pela vida humana, e convertendo-se em uma escola de crueldade – não teve a sua parte de influência nas orgias sangrentas ...”

1.3.3 – Escola Clássica.

Também foi denominada idealista, filosófica, humanitária e jurídica. A denominação mais corrente, no entanto, é mesmo Escola Clássica, que foi assim chamada, tempos depois, pelos adeptos da corrente seguinte – a Escola Positiva –, que assim se referiam aos seguidores daquela linha de pensamento, no desiderato de qualificá-los como antigos. Surge como uma reposta aos excessos estatais cometidos a pretexto de punir.

Os excessos do direito de punir, agora praticados pelo Estado como forma de firmar/reafirmar a sua autoridade, legaram insatisfações de toda ordem, com o surgimento de profundos protestos contra a falta de limites do poder estatal, fato que comprimia o direito de liberdade dos indivíduos. As atrocidades das execuções públicas, precedidas de suplício com a utilização da roda, mutilações, chicotadas, arrastão por meio de cavalos, conta FOUCAULT, deixaram de ser toleradas pelo povo, que se sentia cada vez mais ameaçado e passou a enxergar na ostentação do poder estatal um comportamento tirânico¹³⁰. As descobertas de COPÉRNICO (1473-1543)¹³¹, KEPLER (1571-1610)¹³² e GALILEU (1564-1642)¹³³, ao tempo em que desmistificaram a ilusão geocêntrica e antropocêntrica, conferiram as bases para um pensamento reformista das leis e das organizações políticas¹³⁴. O valor absoluto e único da civilização foi colocado em dúvida pelas descobertas geográficas e arqueológicas¹³⁵. O Absolutismo do *Ancien Régime* que supunha o homem a serviço do Estado, e não o contrário, nem reconhecia a existência de direitos senão aqueles dados e reconhecidos pelo próprio Estado, serviu de lastro para a propagação de um movimento *humanístico-individualista*, preocupado em estabelecer limites concretos ao poder social. O abalo da mentalidade medieval – calcada no mundo estático dos dogmas cristãos e do pensamento aristotélico –, proveniente das guerras religiosas, da descoberta de novos continentes e as consequências econômicas daí decorrentes, além das conquistas científicas da Física e da Astronomia, foi o campo fértil para a propagação de um movimento não apenas filosófico, mas religioso, científico e político e, por fim, jurídico, que teve início na segunda metade do Século XVII e envolveu a Europa no Século XVIII.

¹²⁹ Op. cit., p. 21. Como se verá logo adiante, VOLTAIRE tinha razões mais do que justas para a sua ira em relação aos juízes.

¹³⁰ Cf. *Vigiar e punir*.

¹³¹ O grande astrônomo polonês, durante o tempo em que viveu na Itália, acreditando na ideia do filósofo grego ARISTARCO DE SAMOS (Século III a.C.) de que a terra, assim como os outros planetas, girava em torno do sol, duvidou da teoria geocêntrica defendida pela Igreja, publicou um livro sobre a rotação das esferas celestiais, no qual defendeu a hipótese heliocêntrica e formulou a matemática aplicável a ela, o que revolucionou o conceito sobre o universo e provocou grandes mudanças na perspectiva filosófica (cf. HART, Michael H. Nicolau Copérnico. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavaro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p.147-150).

¹³² A maioria dos cientistas da época não concordava com a teoria heliocêntrica de COPÉRNICO, mantendo, assim, a teoria de que os planetas giravam em torno da terra (teoria geocêntrica de PTOLOMEU), e não do sol. KEPLER, porém, astrônomo alemão, fez minucioso estudo e publicou o livro *Astronomia nova*, com o qual divulgou duas leis sobre o movimento planetário, que explicaram de forma completa e correta os movimentos dos planetas em torno do sol. (cf. HART, Michael H. Johannes Kepler. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavaro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 423-426).

¹³³ Cientista italiano foi um dos maiores responsáveis pelo desenvolvimento do método científico. Viveu no mesmo período de KEPLER, mas ignorou as leis criadas por ele e, por meio das observações feitas com o telescópio, dentre outras, verificou que o planeta Vênus tinha fases semelhantes às da lua e, com a sua autoridade, defendeu a hipótese de COPÉRNICO, posição que lhe acarretou, embora ele fosse religioso e não tivesse a menor pretensão de afrontar a sua autoridade, a perseguição da Igreja. Proibido de divulgar o seu pensamento, foi julgado diante da Inquisição, em Roma, sendo-lhe aplicada, por influência de alguns eclesiásticos e mesmo do papa Urbano VIII, uma pena branda de prisão domiciliar, porém com o dever de retratação pública do conceito de rotação da terra em torno do sol, sentença que ele cumpriu resignado. (Cf. HART, Michael H. Galileu Galilei. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavaro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 110-115).

¹³⁴ FERRI. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*, p. 49.

¹³⁵ Cf. In: *Enciclopédia Mirador Internacional*. São Paulo/Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1980. v. 11. p. 5980-5981

Vinha a lume o movimento iluminista, que começou a despertar no Renascimento, por obra dos filósofos não escolásticos, que tiveram de entrar em conflito com o Estado e a Igreja, a fim de assentar a liberdade quanto ao estudo das ciências da natureza. Malgrado imprecisa a situação histórica espaço-temporal do Iluminismo, o certo é que esse movimento cultural se propagou universalmente, principalmente na Europa Ocidental. Em verdade, o movimento iluminista teve várias correntes, sendo as principais delas a inglesa, a francesa, a alemã, a italiana e a espanhola. Estreme de dúvidas, o iluminismo francês é o mais conhecido e difundido no mundo. O *Iluminismo*, tencionando instaurar o livre-pensamento, hostiliza, sem ser antirreligioso, a fé nos milagres, põe em dúvida o *historicismo bíblico*, não só por suas raízes positivas germinadas da fé nas leis invioláveis da natureza, mas também em razão da desconfiança contra as pessoas que asseveraram a autenticidade da narrativa propugnada pela Igreja. Os iluministas defendiam a autonomia da razão (liberdade do pensamento) em contraposição ao pensamento então estabelecido, que tinha a razão como uma inteligência divina inata, condicionada por leis eternas e imutáveis, quer no âmbito da moral, quer no ético, religioso e mesmo jurídico. Enfim, as características fundamentais do iluminismo foram assim sumariadas por SOARES GOMES¹³⁶:

autonomia da razão, instituída como instrumento capaz de libertar o ser humano da ignorância, do obscurantismo e da superstição; aversão profunda ao princípio de autoridade tradicional, por esta se apoiar, muitas vezes, em pretensas tradições históricas não comprovadas; tendência a considerar, como norma última da conduta humana, as paixões em toda a sua pureza original; crença na possibilidade de uma ciência universal, que se tornava imperioso estabelecer com o máximo rigor.

O *antiautoritarismo* iluminista propunha um exame crítico da história por meio da leitura dos textos do passado, não admitindo que ela fosse aceita sem discussão. Por outro lado, com a nova fé nas leis invioláveis da natureza e a desconfiança na historicidade bíblica e difundida pela Igreja, o movimento hostilizou a fé nos milagres, sem, contudo, daí se poder dizer que os adeptos do movimento fossem antirreligiosos. Até porque o que ele provocou foi uma renovação também na religião, fazendo surgir vários tipos de movimentos religiosos. Todavia, o ceticismo racionalista despertou, em alguns, como MAUPERTUIS, BOUFFON, BONNET e ROBINET, o panteísmo e, em outros, como LA METTRIE, HELVETIUS, D'HOLBACH, incluindo-se, entre esses, DIDEROT, o ateísmo e o materialismo¹³⁷.

Desapartando-se do pensamento da Igreja e de ARISTÓTELES¹³⁸, os iluministas se escoram em nova filosofia, difundida por LOCKE (1632-1704)¹³⁹ e NEWTON (1642-1727)¹⁴⁰. LOCKE,

¹³⁶ Iluminismo. In: *Logos Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa/São Paulo: Verbo. v. 2. p. 1302.

¹³⁷ GOMES. Op. cit., p. 1306.

¹³⁸ Desde a Antiguidade até a Idade Média, ARISTÓTELES foi a grande autoridade em matéria filosófica e científica. Na concepção metafísica aristotélica, o universo físico era constituído por uma hierarquia inalterável, regido por um Deus que atraí o movimento do mundo para si como causa final, em que “cada ser ocupa, definitivamente, um lugar que lhe seria destinado pela Natureza e do qual ele só se afasta provisoriamente através de movimentos violentos”. (ARISTÓTELES. *Tópicos: dos argumentos sofisticos*. 2. ed. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril cultural, 1983. v. 1. (Coleção Os pensadores) p. 21). Com suporte nessa premissa, em seu pensamento lógico-formal, ARISTÓTELES sustenta que, por força da natureza, assim como ocorre entre os animais, o macho é mais perfeito e, por isso mesmo, é predisposto a governar, enquanto a fêmea, sendo inferior, é feita para obedecer (*A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, 1995. p. 18). Do mesmo modo, para ARISTÓTELES, há homens, também devido à natureza, inferiores a outros e que devem ser dominados pela força física, até porque não possuem “... razão além do necessário para dela experimentar um sentimento vago; não possui(em) a plenitude da razão” (Ibid., p. 19).

¹³⁹ As ideias políticas de LOCKE influenciaram o pensamento ocidental e constituíram a base teórica das democracias liberais constitucionais. Elas deram suporte à Revolução Gloriosa na Inglaterra, no fim do Século XVII, à Revolução Americana e foram utilizadas, no Século XVIII, pelos iluministas franceses para fomentar as ideias fundamentais para a Revolução Francesa. O seu pensamento era revolucionário, na medida em que, partindo da premissa de que o poder era outorgado pelos homens, por estes poderia ser revogado, quando verificado abuso em seu exercício, defendendo, em última razão, o direito à revolução (Cf. LOCKE, John. Vida e obra. In: *Os pensadores*. Tradução Anoar Aiex. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural. 1984. p. VII-XVII).

¹⁴⁰ Este cientista inglês, considerado o maior de todos os astrônomos, com as suas descobertas científicas, revolucionou não apenas a tecnologia e a economia, mas também de forma substancial a política, o pensamento religioso, a arte e a filosofia. Apesar de COPÉRNICO, KEPLER e GALILEU terem mostrado a verdade da afirmativa quanto à rotação da terra em torno da lua, coube a NEWTON descobrir e formular os princípios por meio de leis (a Segunda Lei, a Terceira Lei do Movimento e a Lei da Gravitação Universal), além de demonstrar, com o uso delas, como os planetas se movimentam em torno do sol. Ele equacionou, definitivamente, a dúvida sobre o assunto. (HART, Michael H. Isaac Newton. In: *As 100 maiores personalidades*

filósofo inglês fundamental para o desenvolvimento do Iluminismo, na sua magistral obra o *Ensaio sobre o entendimento humano*¹⁴¹, após demonstrar, com habilidade, que não existem ideias inatas no espírito humano¹⁴², deduz o pensamento político de que não existe poder inato e divino e que os homens, depois de um primeiro estágio de vida em estado natural, processado em perfeita liberdade e igualdade, diante da necessidade de uma força coletiva para a execução das leis naturais, por meio de um pacto social¹⁴³, criaram a sociedade política, cuja missão seria preservar a vida, a liberdade e a propriedade e, ao mesmo tempo, coibir e punir as violações a esses direitos naturais.

Na ideia de LOCKE, o poder dos governantes não era absoluto, tinha limites, expressos nos direitos naturais, até porque os homens, ao outorgarem o poder, não renunciavam os seus direitos naturais. A filosofia dos iluministas parte das leis da natureza, competindo a VOLTAIRE (1694-1778)¹⁴⁴ difundir a ideia de que há uma lei – a lei da gravidade de Newton – que rege a natureza e o universo inteiro¹⁴⁵, sendo inviolável, regular e racional, daí por que renega qualquer intervenção sobrenatural no desenvolvimento do mundo. VOLTAIRE, partindo do pressuposto de que Deus existe¹⁴⁶ e é livre¹⁴⁷, nega que Ele aja e determine o agir do homem. De acordo com VOLTAIRE, o homem, a despeito da criação divina, é dotado de *razão* e isso, diferentemente do que ocorre com a pura matéria, fornece-lhe o *poder de agir*, que é nada mais nada menos do que o *livre-arbítrio* e, em última palavra, a *liberdade*.

Transpondo esse pensamento para a seara jurídica, HUGO GRÓCIO negou a origem divina do direito natural, ao estabelecer que, a despeito das leis adotadas e reconhecidas pelo governo dos homens, existem outras que, conquanto não escritas, mesmo assim devem ser observadas, uma vez que elas decorrem da própria condição humana. ROUSSEAU (1712-1778), em O contrato social, indo mais além da tese de GRÓCIO, criticou-o por admitir a escravidão e acrescentou que, como nenhum homem tem autoridade natural sobre o seu semelhante, a razão da autoridade legítima está nas convenções pactuadas pelos homens, de modo que não é crível que eles, na formulação dessa

da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história. 7.ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 55-60).

¹⁴¹ Cf. LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. 3. ed. Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores). p. 133-344.

¹⁴² VOLTAIRE, um admirador de LOCKE, desenvolve essa tese de que as ideias são adquiridas e até mesmo a noção da existência de Deus não é inata ao homem, porquanto há povos sem nenhum conhecimento de um Deus criador, assim como “não há criança alguma, entre os povos policiados, que tenha em sua cabeça a menor ideia de um Deus” e ressalta, por fim, que “É com dificuldade que lhe (à criança) inculcamos tal ideia e, frequentemente, pronuncia durante toda sua vida a palavra Deus sem atribuir-lhe qualquer noção precisa.” (*Tratado de metafísica*. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores). p. 63)

¹⁴³ Essa ideia do pacto social tinha sido desenvolvida por outro filósofo inglês, THOMAS HOBBS. A diferença é que HOBBS empregava a expressão para justificar o Absolutismo (HART, Michael H. John Locke. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 279)

¹⁴⁴ Teve uma vida tumultuada, marcada por muitas querelas, o que lhe rendeu passagens pela prisão na Bastilha e, em 1726, o exílio na Inglaterra, somente regressando à França em 1729. A estada na Inglaterra fez muito bem à formação intelectual de VOLTAIRE. Em suas famosas Cartas Inglesas, mostrava-se impressionado com a relativa igualdade política entre burgueses e nobres. Esse seu encantamento certamente era impulsionado pela injustiça que tinha sido praticada contra ele que, depois de ser surrado por um duque na França, teve o seu desafio para um duelo recusado, porque um nobre não cruzava armas com qualquer um – VOLTAIRE era um simples burguês. Além de não aceitar o desafio, o nobre teve o poder político de colocar VOLTAIRE na prisão e, ainda, de exilá-lo para a Inglaterra. Nas mencionadas Cartas Inglesas, ao tempo em que revelava a sua admiração pelas obras de NEWTON, BACON e, principalmente, de LOCKE, o grande filósofo cuidou de difundir essas ideias de igualdade das classes sociais entre os franceses. (Cf. *Obra e vida*. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores). p. VII-XIII)

¹⁴⁵ Coube a VOLTAIRE expor as conclusões filosóficas de NEWTON formuladas com base na lei da gravidade.

¹⁴⁶ Quanto à existência de Deus, VOLTAIRE, para quem a ignorância e a presunção impedem o homem de reconhecer que não sabe sobre os atributos de Deus (presciência e onisciência), pois não foi feito para saber de sua própria essência, arremata que a resposta às objeções à existência de Deus resume-se na impossibilidade de provar a sua existência, o que importa em estabelecer a impossibilidade de sua não-existência (*Tratado de metafísica*. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores). p. 65).

¹⁴⁷ De conformidade com VOLTAIRE, “Se Deus é livre, então a liberdade é possível e o homem pode tê-la. E assim, não têm razão alguma para dizer que o homem não a tem. Em vão podem dizer: o homem é determinado pelo prazer. Ao dizê-lo, admitem, sem pensar, a liberdade, pois fazer o que dá prazer é ser livre” (*Ibid.*, p. 77). Aqui VOLTAIRE revela a sua influência ao pensamento sensualista de LOCKE, externado com profundidade na sua obra *Ensaio acerca do entendimento humano*.

¹⁵⁶ O contrato social, p. 80.

avença, alienem a sua liberdade, pois seria o “... mesmo que renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos da humanidade, até mesmo, a seus deveres”¹⁴⁸.

Assim, na medida em que o movimento iluminista contesta o autoritarismo da Igreja, do rei e da aristocracia, preocupou-se em estabelecer, de forma prática, o seu ideário humanístico¹⁴⁹. Essa característica é o ponto de destaque do iluminismo francês que deu especial atenção para a necessidade de realçar as bases teóricas sobre a posição do homem frente ao Estado, mas, antes de tudo, de estabelecer uma afirmação dos direitos naturais do homem, que lhe pertencem em razão da própria condição humana e representam a *inviolabilidade do indivíduo*. Na concepção francesa do movimento iluminista, era imprescindível proclamar os direitos de que todas as pessoas são titulares, decorrentes do simples fato de tratarem-se de seres humanos, não sendo lícito ao Estado deixar de respeitá-los. Ademais, as afirmações normativas dos direitos do homem, plasmadas pelos ingleses na Carta Magna de 1215 e no *Bill of Rights*, estavam a exigir uma mudança de paradigma na relação da autoridade do poder para com os seus súditos.

1.3.3.1 – Pensamento beccariano.

Seguindo as ideias do movimento iluminista, CESARE BECCARIA (1738-1794), na segunda metade do Século XVIII, mais precisamente em 1764 – antes, portanto, da Constituição americana (1787)¹⁵⁰ e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) –, com a obra “*Dos delitos e das penas*”, criticando as atrocidades dos sistemas penais existentes, principalmente em virtude da presença da tortura e da pena de morte, inicia a etapa da *concepção jurídica* da justiça criminal, fundando a *Escola Clássica*, assim denominada mais tarde pelos adeptos da Escola Positiva. BECCARIA não era um jurista nem muito menos era reconhecido como filósofo, mas a sua obra é um ensaio jurídico-filosófico que impressiona pelo fato de expressar um pensamento que estava muito à frente de seu tempo. Muitos dos princípios pinçados em sua monumental obra ainda hoje têm plena aplicação.

A despeito das ideias revolucionárias, uma das críticas feitas ao livro *Dos delitos e das penas* é quanto à falta de sistematização, censura que procede e é perceptível da mera leitura da obra. Os doutrinadores que se ocuparam em analisar o livro ressaltam que BECCARIA não se preocupou em organizar dogmaticamente as suas ideias. Redigiu a sua obra deixando fluir as ideias refletidas desde algum tempo. O livro, na primeira versão, publicado com um pseudônimo, foi escrito em dez meses, de março de 1763 a janeiro de 1764, quando BECCARIA tinha apenas 26 anos de idade. PIETRO VERRI, grande amigo e incentivador de BECCARIA, em uma carta reproduzida na biografia feita sobre o marquês de Bonissana, em 1884, disse que a maior parte do pensamento exposto era o resultado das conversações diárias entre ele (VERRI), BECCARIA, ALEXANDRO e LAMBERTENGI. VERRI revelou que foi ele quem deu o tema para BECCARIA e, durante a tarde, quando o grupo de trabalho se reunia para as conversas, “... falava-se dos erros da jurisprudência criminal, debatia-se, questionava-se e, à noite, BECCARIA escrevia”¹⁵¹.

Na carta em referência VERRI relatou que BECCARIA escrevia com esforço e, “... depois de uma hora para e não pode continuar”¹⁵² e que ele “... começou a escrever algumas ideias em dois pedaços de papel soltos, mas foi ajudado, com entusiasmo, e estimulado pelo grupo, daí sendo escritas grande quantidade de ideias”¹⁵³. Mais adiante, VERRI diz, ainda, que, após “... acumulado o material, eu o escrevi, deu-se-lhe uma ordem e formou-se um livro”¹⁵⁴. Como se observa, para além de criticar

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Falando sobre o movimento iluminista, FERRI leciona que “No campo jurídico- social, as doutrinas sobre direito natural – Grócio (f. 1645), Puffendorf (f. 1694), Thomaz (fl. 1728), Vico (fl. 1744), Wolf (fl. 1754) –, sobre contrato social – Hobbes (fl. 1679), Locke (fl. 1704), Rousseau (fl. 1778) – e as doutrinas dos enciclopedistas sobre a vontade popular em contraposição à delegação divina da soberania política – Voltaire (f. 1778), D’Alembert (f. 1783), Condorcet (fl. 1794) –, afirmaram os direitos da pessoa humana contra a tirânica “razão de Estado” (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*, p. 49).

¹⁵⁰ Aqui cabe destacar que, na sua primeira versão, a Constituição americana não trouxe uma declaração de direitos. Ela somente veio com as dez emendas aprovadas em 1789. Até a Constituição do Estado da Virgínia (1776), como se verá mais adiante, contemplou as ideias verberadas por BECCARIA. Cf. item 3.2, infra.

¹⁵¹ *Dos delitos e das penas*, p. 20.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

certa preguiça de BECCARIA em escrever e a sua falta de organização, em razão da exposição de ideias soltas, VERRI diz que foi ele o responsável pela sistematização da obra e tenta passar a impressão que as ideias contidas no livro não seria propriamente de BECCARIA, mas do *grupo de trabalho* que se reunia diariamente para discutir sobre os assuntos que eram, posteriormente, colocados no papel.

Sem embargo dessa curiosidade, o exame do livro evidencia que BECCARIA procurou, fundamentado no utilitarismo, difundir a ideia da concepção de um sistema penal embasado na legalidade pura (sem margem a interpretações de ordem subjetiva). BECCARIA adotou o utilitarismo hobbesiano para explicar o direito de punir, cuja doutrina tem a utilidade como princípio da atividade do ponto de vista moral. Malgrado a primazia de HOBBS, JEREMY BENTHAM (1748-1832), filósofo e jurista inglês, é que é considerado o fundador da Escola Utilitarista, cuja doutrina detalhou com densidade na obra *An introduction to the principles of morals and legislation*, editada em 1789. Para BENTHAM, conforme os desígnios da natureza, o gênero humano foi colocado sob o domínio de dois senhores soberanos – a dor e o prazer –, apresentando-se a razão e a lei os instrumentos com os quais deve ser estabelecida a maior felicidade possível para o maior número possível de pessoas¹⁵⁵. De forma categórica, o filósofo em foco resumiu o utilitarismo como “... aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, como o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo”¹⁵⁶.

Sustentou a necessidade de lei para definir os crimes e reger os julgamentos, expungindo, assim, o arbítrio do juiz. No ponto, influenciado por MONTESQUIEU, ele desenvolveu a ideia de que o direito de punir do Estado deve ser limitado pela lei, só podendo ser exercido dentro dos parâmetros concebidos pela sociedade, que são conhecidos com a feita da norma jurídica¹⁵⁷. Liberdade e legalidade, eis a base da doutrina. O preceito da legitimidade das leis e o seu papel de preservação da liberdade, sustentados por MONTESQUIEU no *Espírito das leis*, e o do pacto social, defendido por ROUSSEAU em *O contrato social*, servem de supedâneo para o desenvolvimento da tese de BECCARIA. Cabe lembrar que, consoante a doutrina de MONTESQUIEU¹⁵⁸, conquanto indispensável a separação das funções dos poderes, a fim de que um limite o outro – todo poder tende ao abuso, por isso mesmo, precisa ser limitado –, o direito de liberdade do cidadão somente deve encontrar esteio na lei. Isso porque, assevera o filósofo francês: “Se o Poder Legislativo deixa ao Executivo o direito de prender cidadãos que podem prestar caução por usar conduta, não há mais liberdade. A menos que sejam detidos para responder, sem demora, a uma acusação considerada capital por lei, em cuja hipótese eles serão livres na realidade, porquanto não estarão sujeitos senão ao império da lei”¹⁵⁹.

Em razão da tese da legalidade defendida por BECCARIA, BOBBIO, com muita propriedade, aponta o marquês como um dos precursores do positivismo jurídico que foi, anos mais tarde, rascunhado por HANS KELSEN¹⁶⁰.

BECCARIA parte do princípio de que o indivíduo se compromete, perante a sociedade, com o pacto social, aceitando viver de conformidade com as leis que vão representar a vontade de todos, e confere ao Estado o dever-poder de puni-lo, afligindo-lhe o castigo merecido, quando vier a transgredir as normas de conduta, a fim de que, assim, seja restabelecida a ordem jurídica e a punição sirva de prevenção aos demais¹⁶¹. O direito de liberdade, com o pacto social, é entregue, como espécie de depósito, ao Estado, que haverá de restringi-lo quando isso for necessário para o restabelecimento

¹⁵⁵ *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Editora Abril S.A., 1974. (Coleção Os pensadores). p. 9.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵⁷ VOLTAIRE dizia que o Estado ideal seria aquele em que não se obedece senão às leis (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit.).

¹⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 168.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Cf. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

¹⁶¹ *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 38.

da ordem social. Aqui BECCARIA explica, igualmente, o direito de punir do Estado. Ele ressalta que foi a necessidade de estabelecer a segurança na vida em sociedade que levou o homem a abdicar de parte da própria liberdade, colocando-a no depósito público, que se trata da mínima porção possível, ou seja, somente aquela suficiente a induzir os outros a defendê-lo, constituindo-se, o conjunto dessas porções mínimas, o direito de punir, de modo que, para ele, “As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza”¹⁶². Na visão de BECCARIA, a despeito do seu caráter humanitário, a pena é encarada como a retribuição pelo mal praticado: é o mal infligido ao agente em razão do mal provocado à sociedade. Resoluto na ideia de limitar o arbítrio dos juizes, para BECCARIA¹⁶³ “... somente as leis podem decretar as penas relativas aos delitos”, pois somente o legislador, que representa toda a sociedade formada sob o pacto social, possui autoridade para defini-los, não sendo dado àqueles, na concepção *beccariana*, *sequer a autoridade de interpretar as leis*. Para BECCARIA, o papel do juiz deveria resumir-se em verificar se o agente praticou, ou não, o delito, de modo que ele “...deve fazer um silogismo perfeito: a lei geral deve ser a maior; a menor a ação conforme ou não à lei; a consequência a liberdade ou a pena. Quando o juiz for forçado a construir mais de um silogismo, ou queira fazê-lo, abre-se a porta à incerteza”¹⁶⁴.

Na época, o juiz era uma espécie de *longa manus* do soberano e, com a ausência de limitação dos seus poderes pela lei, findava aplicando penas capitais a fatos menos relevantes e abrandava a punição quando era de seu interesse. Dentro dessa realidade, BECCARIA¹⁶⁵ advertiu que “Erro não só comum, quanto contrário ao fim social – que é a convicção da própria segurança pessoal – é o de dar ao magistrado, executor das leis, o arbítrio de prender um cidadão, de tirar a liberdade a um inimigo por pretextos frívolos, de deixar impune um amigo, a despeito dos mais fortes indícios de culpabilidade.” Nessas passagens, denota-se a grande influência exercida pelas lições de MONTESQUIEU a respeito do papel reservado à magistratura e a necessidade da literal subserviência do juiz à autoridade da lei, até porque ele é “... apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”¹⁶⁶. MONTESQUIEU, em O espírito das leis, a despeito de defender que os julgamentos fossem feitos por pessoas recrutadas do meio do povo, formando um corpo renovável para cada julgamento, à semelhança do que se observa ainda hoje em relação ao tribunal do júri, dizia que os julgamentos deveriam ser “fixos”, “A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos Juizes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos” (Ibid., p. 168).

Alargando as ideias da legalidade de MONTESQUIEU e de ROUSSEAU, BECCARIA¹⁶⁷ acrescentou que não basta a lei declarar quais são os delitos, pois se mostra necessário que as provas – *o conhecimento público, a fuga, a confissão extrajudicial, o depoimento de um companheiro de delito, as ameaças e a constante inimizade em relação ao ofendido, o corpo do delito, e semelhantes indícios*¹⁶⁸ – suficientes para a incriminação do agente sejam “... estabelecidas pela lei, e não pelos juizes, cujos decretos são sempre opostos à liberdade política, quando não forem proposições particulares de uma regra geral existente no código público”. Como se observa, o princípio da legalidade, previsto por BECCARIA, não se resumia ao campo do Direito Penal material, ia muito além, no sentido de abranger o Direito Processual Penal, até mesmo porque a preocupação maior que ele tinha era com relação à falta de limitações aos poderes do juiz. O pior, porém, era que como havia a tradição de que o condenado seria perdoado caso a execução fracassasse, os juizes, nas sentenças, cuidavam de descrever, de forma minuciosa, como deveria ser o ritual a ser seguido pelo carrasco. FOUCAULT, no livro *Vigiar e punir*, com base na análise de textos antigos, faz o relato de como, nas sentenças, os juizes esmiuçavam a força bárbara de execução pública dos condenados.

¹⁶² Op. cit., p. 39.

¹⁶³ Nessa passagem, BECCARIA cunhou o princípio da legalidade (Op. cit., p. 39) e, na crítica à obscuridade das leis, plantou as raízes do princípio da reserva legal (Ibid., 43).

¹⁶⁴ Ibid. 40-41.

¹⁶⁵ Op. cit., p. 44.

¹⁶⁶ Op. cit., p. 176.

¹⁶⁷ Ibid. p. 168.

¹⁶⁸ Esses foram os tipos de prova mencionados por BECCARIA.

1.3.3.2 – Predominância dos direitos essenciais do homem sob a modalidade de princípios processuais no pensamento de BECCARIA.

Tendo despertado o seu pensamento filosófico para a matéria penal em razão da análise dos processos criminais, nos quais chamaram a sua atenção a circunstância de o acusado não ter o direito de defesa, de ser-lhe negado o conhecimento das provas produzidas no processo, de ser possível a decretação da prisão sem uma culpa formada, de ser utilizada a tortura como meio de coleta da prova e de o juiz não ter limites em sua atuação, cuja vontade ficava subjugada apenas à vontade do soberano, BECCARIA deslocou o foco do raciocínio político de LOCKE para o âmbito criminal, desenvolvendo a ideia da limitação do poder para a seara do exercício do direito de punir. Por isso mesmo, o seu pensamento se concentrou mais em estabelecer regras para os *juulgamentos*, instrumento do qual se serve o Estado para levar a efeito a condenação do agente que pratica o delito. A concepção do Estado liberal-democrático, pensado e difundido pelos iluministas, foi transposta para a seara do processo criminal, de modo que este seria menos um instrumento a serviço do Estado do que do cidadão. Na ótica liberal-democrática *beccariana*, o processo penal compreenderia um conjunto de normas protetivas dos direitos do homem contra os excessos que o Estado poderia praticar ou querer praticar em nome da manutenção da ordem.

Naturalmente, as ideias processuais esboçadas na doutrina de BECCARIA foram sobremaneira avançadas para a época. Ele lançou as bases para o estabelecimento do princípio da presunção de inocência, pois “A certeza que se requer para considerar um homem réu é, pois, a mesma que determina cada homem nas ações mais importantes das provas”¹⁶⁹. Por via de consequência, previu a exigência da prova indene de dúvida razoável para a condenação, pois, para ele, perfeitas eram as provas que excluem a probabilidade de culpa do acusado, enquanto imperfeitas aquelas que não a excluem. A quem não era assegurado, sequer, o direito de defesa, BECCARIA queria que o Estado somente estivesse autorizado a condená-lo, caso escorado em provas seguras, o que, se hoje é verdade sabida e defendida, em um passado, que não é tão distante assim, apresentava-se como um absurdo.

Ele rechaçou as acusações e julgamentos secretos, na certeza de que, sendo públicos os julgamentos, “a opinião pública, que é talvez a única fortaleza da sociedade, imponha (impõe) freio à força e às paixões”¹⁷⁰. Com essas palavras, estabeleceu o que mais tarde se denominou *princípio da publicidade*. É verdade que o princípio da publicidade do processo e dos julgamentos demorou muito para cair na consciência das sociedades, mas não tardou muito para ser relacionado nas primeiras declarações dos direitos do homem, a começar pelas declarações americanas. Não há quem, nos dias de hoje, não defenda esse postulado como um dos esteios do Estado democrático. Mas, em nosso meio, esse princípio só veio a ficar expresso dentre os direitos fundamentais com a Constituição de 1988¹⁷¹. BECCARIA mostrou a contradição existente entre os que não aceitavam os interrogatórios sugestivos, mas, de outro lado, defendiam a tortura como instrumento para o *descobrimto da verdade*, e indagava: “... qual interrogatório será mais sugestivo do que a dor?”¹⁷² Com inteligência, argumentava que era mais razoável o culpado resistir à força da dor do que o inocente, pelo simples fato de aquele ter a resistência ao sofrimento como a pena a ser paga pelo mal que praticou, enquanto para este um *non sense*, pois, muitas vezes, o meio cruel empregado para o descobrimto da *verdade* era tão ou mais desumano do que a própria pena prevista para o ilícito. Embora a vedação expressa à tortura tenha vigorado apenas nas Constituições de 1824 e de 1988, e não se possa esconder que ela foi praticada, às escâncaras, durante os regimes ditatoriais de VARGAS e dos militares e até hoje, infelizmente, ainda seja recorrente, ninguém nos meios científicos, há bastante tempo, tem a ousadia de contestar a prevalência dessa ideia¹⁷³. Mas não é raro pessoas leigas, e mesmo aquelas a quem é confiada a missão investigatória, defenderem a ideia de que a tortura é necessária para obter informações importantes para o combater à criminalidade, como se o sistema criminal fosse o instrumento a ser usado em uma guerra ou luta contra um inimigo. Isso sem falar

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 46.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 47.

¹⁷¹ Cf. item 9.1.5, *infra*.

¹⁷² *Ibid.*, p. 53.

¹⁷³ Disponível em: noticias.uol.com.br. Acesso em: 17 jan. 2013.

que a imprensa nacional e internacional divulgou que, para a captura e morte de BIN LADEN, responsabilizado por ter dirigido os ataques terroristas às torres gêmeas em Nova York e ao Pentágono, em 11 de setembro de 2001, a CIA utilizou, nas investigações, técnicas de interrogatório intensificadas, o que significa, dentre outras medidas torturantes, a simulação de afogamento (waterboarding). Na sua defesa, o governo americano, com evidente eufemismo, salientou que as *técnicas intensificadas* não representam tortura e são admissíveis, por se tratar de um ato de defesa. A tortura, portanto, mesmo em nações que se posicionam, formalmente, contra a sua prática, em determinadas circunstâncias, adotam medidas *torturantes*.

Na mesma linha de raciocínio, BECCARIA criticou os juramentos *de dizer a verdade* que os réus eram obrigados a fazer nos interrogatórios, até porque, nesse caso, avultava uma contradição entre as leis e os *sentimentos naturais dos homens*, uma vez que se exige do acusado que ele "... seja sincero, quando tem o maior interesse em ser mentiroso; como se o homem pudesse jurar sinceramente que irá contribuir para a própria destruição"¹⁷⁴. BECCARIA, com suporte no racionalismo, alerta que "... tem-no provado também a razão, que declara inúteis e, por consequência, prejudiciais, todas as leis que se opõem aos sentimentos naturais do homem"¹⁷⁵. Com isso, forneceu os alicerces da cláusula do *direito ao silêncio*. Esse foi outro princípio que, sem demora, foi incorporado aos ordenamentos jurídicos, tratando a Constituição americana de erigi-lo à categoria de direito fundamental naquele país, expondo que, em respeito à dignidade da pessoa humana, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si. Essa declaração de direito, que somente encontrou guarida constitucional no nosso meio com a Constituição de 1988, desde a edição do Código de Processo Penal de 1941, encontra-se, de certa forma, encartada no nosso ordenamento infraconstitucional¹⁷⁶.

Em outra passagem, BECCARIA volta a falar da tortura, agora para rebater a crueldade desse método, "... abuso que não deveria ser tolerado no século XVIII"¹⁷⁷. Embasado na sua concepção humanística, BECCARIA expôs diversos fundamentos para afastar a prática da tortura e demonstrou como ela se assemelha aos juízos de Deus, da antiga e selvagem legislação, porquanto "A única diferença que existe entre a tortura e as provas do fogo e da água fervente é que o resultado da primeira parece depender da vontade do réu, e o da segunda, de um fato puramente físico e extrínseco"¹⁷⁸. Indo mais além, cunhou o pressuposto de que "Não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, senão quando tenha decidido que ele violou os pactos segundo os quais aquela proteção lhe foi outorgada"¹⁷⁹, criando as raízes do princípio da *inocência ou da não culpabilidade*¹⁸⁰. Em verdade, esse princípio havia sido esboçado na doutrina beccariana a partir do momento em que ele defendeu a necessidade de que o decreto condenatório fosse amparado em prova robusta. Essa cláusula, sem hesitação maior, foi adotada pelos sistemas jurídicos e, a despeito da ferrenha e contundente crítica que lhe endereçou a Escola Positiva, hoje se mantém inabalável como princípio reitor dos códigos de processo penal democráticos.

Mudando o foco de suas preocupações, BECCARIA defendeu que os processos tinham de ser céleres, já que, para ele, a rapidez da pena era um dos principais freios para combater os delitos¹⁸¹. Fixou o princípio da celeridade processual/duração razoável do processo, aqui com o argumento de que a demora da aplicação da pena, e consequente impunidade, fomenta a criminalidade. De toda sorte, ele defendia a celeridade do processo a fim de poupar "... ao réu os inúteis e cruéis tormentos da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza"¹⁸². Reconheceu a necessidade de a lei (processual) preceituar o tempo e os meios oportunos de defesa do acusado no processo criminal, mas sem que isso prejudique a rapidez da pena. Esse preceito, conquanto não tenha merecido agasalho em dispositivo expresso nas constituições de alguns países,

¹⁷⁴ Ibid., p. 54.

¹⁷⁵ Cf. item 9.5.2, *infra*.

¹⁷⁶ Cf. item 9.5.2 e 9.5.2.1, *infra*.

¹⁷⁷ Ibid., p. 59.

¹⁷⁸ Ibid., p. 56.

¹⁷⁹ Ibid., p. 55.

¹⁸⁰ Cf. item 9.2.2, *infra*.

¹⁸¹ Ibid., p. 60. Cf. item 9.1.4, *infra*.

¹⁸² Op. cit., p. 76.

restou sufragado em declarações internacionais. Somente agora, por obra da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, esse princípio está consagrado dentre os direitos fundamentais (art. 5º, inciso LXXVIII). Ademais, a Reforma Tópica de 2008 teve como orientação a duração razoável do processo, inclusive, estabelecendo prazo para o encerramento, a depender do tipo de procedimento: ordinário, 60 dias; sumário, 30 dias; 90 dias, tribunal do júri¹⁸³.

Ao meditar sobre a presteza da pena, BECCARIA, de soslaio, fez menção à prisão preventiva¹⁸⁴ e, ao argumento de que a própria privação da liberdade, em rigor, se trata de uma pena, arrematou que ela “... não pode preceder à sentença senão quando a necessidade o requer”, daí por que, para ele, essa modalidade de prisão somente deve ser aplicada quando “... necessária ou para impedir a fuga, ou para não ocultar as provas dos delitos. Deu-lhe, assim, a feição de medida acautelatória. Esse princípio, muito embora tenha demorado a ser compreendido ou adotado pelos Estados, hoje é um dos fundamentos do processo penal moderno e, da leitura da Constituição de 1988, tem-se que a prisão processual é uma medida acautelatória, de modo que, para a sua decretação, a despeito das provas referentes à materialidade e à autoria, deve ser observada a necessidade de privar-se o agente do direito de liberdade, que somente deve ser decretada quando não for suficiente e adequada a aplicação de medida diversa da prisão¹⁸⁵.”

Naturalmente que o livro *Dos delitos* e das penas possui igualmente vários fundamentos de Direito Penal material, como o disciplinamento da proporcionalidade das penas tendo como parâmetro a gravidade do delito; a concepção do crime como um fato jurídico; a moderação das penas como forma de humanizá-lo¹⁸⁶; a certeza da aplicação da pena, e não a sua crueldade, como verdadeiro freio à prática dos crimes; o tratamento da pena como forma de defesa da sociedade, afastando a sua ideia de vingança; a eliminação de alguns crimes como o adultério e, acima de tudo, a defesa da abolição da pena de morte e, enfim, a defesa daquilo que atualmente pode ser denominado Direito Penal mínimo. Ao tratar da proporcionalidade, BECCARIA¹⁸⁷ não pretendia que houvesse uma exatidão matemática na estipulação da pena, mas um cálculo das probabilidades na aritmética política, pois “Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendam desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte que os impeça de cometer o delito maior, se a este encontrem unida uma vantagem maior”. Por assim pensar, entendia que a verdadeira medida dos delitos era o seu dano causado à sociedade¹⁸⁸. Segundo BECCARIA¹⁸⁹, “Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a infalibilidade destas”, até porque “A certeza de um castigo, ainda que moderado, causará sempre impressão maior do que o temor de um outro mais terrível, mas associado à esperança de impunidade”. A despeito da fundamentação humanística aplicada à crítica feita para a tortura, reiterada por BECCARIA em relação à pena de morte, com base na teoria do pacto social, ele argumentava, ainda, que o homem, em medida extrema, podia dispor de sua liberdade, mas não de alienar o seu direito à vida.

Por outro lado, agora com esteio no utilitarismo, acreditava que a pena de morte somente se justificaria caso “... a morte dele (do agente) fosse o único e verdadeiro freio para dissuadir outros de cometer delitos”, o que não correspondia à realidade, pois a pena capital jamais fora eficaz na prevenção da criminalidade¹⁹⁰. Com uma lucidez impressionante para a época, em lição ainda hoje não assimilada, dizia que “Proibir grande quantidade de ações indiferentes não é prevenir os delitos que daí possam nascer, mas é criar novos”¹⁹¹.

Esses argumentos de direito penal foram inovadores e ainda hoje são válidos em sua maioria. Ainda assim, não restam dúvidas de que a contribuição de BECCARIA no âmbito do Direito

¹⁸³ Cf. item 9.1.4, *infra*.

¹⁸⁴ Ele não utiliza a expressão prisão preventiva ou provisória, mas trata, claramente, da prisão processual, da qual a preventiva é a sua principal espécie.

¹⁸⁵ Cf. item 9.6.5.1.1, *infra*.

¹⁸⁶ FOUCAULT acredita que a mitigação das penas decorreu mais em razão da mudança do tipo de criminalidade que, cada vez menos era de sangue, pelo que se mostrava inadequado punir com a pena capital delitos de menor gravidade. Acrescenta, ainda, que a previsão da prisão como a pena mais eficaz teve, igualmente, uma fundamentação econômica, pois os presos serviriam de mão-de-obra para a realização de serviços. (Cf. *Vigiar e punir*.)

¹⁸⁷ *Dos delitos e das penas*, p. 83.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 84.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 78.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 68.

¹⁹¹ *Ibid. cit.*, p. 110.

Processual Penal foi de dimensão incomensurável e não é despropositado dizer que foi mais incisiva até mesmo do que a que foi dada ao Direito Penal. A esse respeito, ANTHONY BOTTOMS assevera que o *classicismo* ao definir o crime como uma *normative category*, não estabeleceu apenas que “... devem ser, e precisam ser, em uma determinada sociedade, desenvolvidos nesses debates sobre que tipos de conduta devem ser definidos como crime (*the content of the criminal law*); mas também sobre o processo pelo qual os crimes devem ser investigados, provados (*criminal procedure*) e, se provados, punidos (*penology*)”¹⁹².

Muitos doutrinadores dizem, e estão certos na afirmativa, que a obra *Dos delitos e das penas* não era propriamente jurídica, apresentando-se mais como espécie de ensaio filosófico e político da ciência criminal, embasado no pensamento humanístico defendido pelos iluministas. É verdade. BECCARIA estabeleceu princípios *filosóficos e políticos* da ciência criminal. O exame acurado da obra do grande marquês demonstra que a maior parte do pequeno grande livro é destinada à teoria humanística do processo penal. Por isso mesmo, as ideias insculpidas por ele ainda hoje são contempladas como *verdades* para o ordenamento jurídico democrático contemporâneo e, consolidadas na Constituição dos Estados Unidos e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Revolução Francesa, estão plasmadas nas constituições vigentes dos mais diversos países, na categoria de direitos fundamentais¹⁹³.

1.3.3.3 – Repercussões iniciais do pensamento liberal-democrático do direito de punir de BECCARIA.

É pertinente ressaltar que BECCARIA, embora formado em Direito, não era jurista, muito menos nunca nem chegou a ser considerado um grande filósofo. Aliás, os grandes filósofos, até então, em suas manifestações humanísticas, eram favoráveis à pena capital e, ademais, não contestavam a crueldade dos procedimentos criminais. Na introdução do livro *Delitos e das penas*, BECCARIA¹⁹⁴ ressalta que, nada obstante a extraordinária contribuição dos grandes filósofos do Século XVIII quanto ao conhecimento das razões que dirigem as relações entre o soberano e os súditos, entre as diversas nações e a forte influência no trato dos atos comerciais, “... pouquíssimos examinaram e combateram a crueldade das penas e a irregularidade dos procedimentos criminais, parte tão importante da legislação, e tão descuidada em quase toda a Europa”.

Essa assertiva de BECCARIA era verdadeira. Os dois maiores filósofos do Século XVIII, KANT e HEGEL, em que pese o primeiro tenha se insurgido contra o abuso do Direito Penal em detrimento da liberdade moral¹⁹⁵, defenderam arduamente a pena de morte. KANT, embora influenciado por LOCKE e ROUSSEAU, apresentou uma fundamentação diferente para o pacto social, uma vez que para ele, ao contrário de ocorrer a renúncia de uma parte da liberdade própria do estado de natureza – lembre-se que BECCARIA partiu desse fundamento *rousseauuniano* –, com a convenção firmada pelo homem, este, na concepção kantiana “... deixou inteiramente sua liberdade selvagem e sem freio para encontrar toda a sua liberdade na dependência legal, isto é, no estado jurídico; porque esta dependência é o fato de sua vontade legislativa própria”¹⁹⁶, daí por que ele era um adepto incondicional do *estado de direito* e defendia, contrariando a ideia revolucionária *lockeana*, que ninguém podia se opor à aplicação da lei. KANT dizia que o povo tem de ser submisso à vontade universal legislativa e agregava que “A razão do dever, em que se acha o povo ao suportar até o abuso do poder soberano declarado insuportável, consiste no fato de que a sublevação contra o poder legislativo soberano deve sempre ser considerada como contrária à lei ...”¹⁹⁷. Em obra

¹⁹² BOTTOMS, Anthony. *The relationship between theory and empirical observations in criminology*. In: KING, Roy D.; WINCUP, Emma (Orgs.) *Doing research on crime and justice*. Cambridge: Oxford University Press., 2. ed., 2008, p. 85. (“... significant debates can be, and need to be, generated in any given society not only about what kinds of conduct ought to be defined as ‘criminal’ (the content of the criminal law); but also about the process by which alleged crimes ought to be investigated and proved (criminal procedure) and, if proved, punished (penology)”).

¹⁹³ Mais adiante esse tema merecerá aprofundamento.

¹⁹⁴ Op. cit., p. 36.

¹⁹⁵ PRINS. Op. cit., p. 22.

¹⁹⁶ KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 155). Esse livro de KANT foi editado em 1797, como sendo a primeira parte da *Metafísica dos costumes*. Veio a lume, por conseguinte, depois da obra *Dos delitos e das penas* (1764), da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão (1789).

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 162.

fundamental sobre o pensamento político kantiano, ANNA HARENDT, ao advertir que KANT nunca escreveu uma filosofia política, de modo que o seu pensamento a esse respeito somente pode ser pinçado da leitura de passagens da sua vasta produção literária, revela que o filósofo alemão, a despeito de ter admirado a Revolução Francesa e ter influenciado SIEYÉS, um dos mais importantes membros da Assembleia Constituinte encarregado de elaborar a Constituição Francesa após a revolução, em vários momentos, reafirmou a sua doutrina da legalidade, assim como fizera BECCARIA.

Todavia, claramente refutando o pensamento de BECCARIA a respeito da proporcionalidade da pena, KANT, ao argumento de que “Há somente o direito de talião (*jus talionis*) que possa proporcionar determinadamente a qualidade e a quantidade da pena ...”¹⁹⁸, no desenvolvimento lógico de seu raciocínio jurídico, sustenta que, no caso de crime de morte, não há nenhuma comutação capaz de satisfazer a justiça, a não ser pela eliminação do culpado, ressaltando, porém, que não seria necessário, para a aplicação desse tipo de pena, impor maus tratos ao homem¹⁹⁹. Observa-se que KANT exteriorizou irrisignação, apenas, com a crueldade das execuções da pena capital, concordando que fossem eliminados os suplícios, mas, de todo modo, entendia que ela era a medida adequada a ser utilizada nos casos em que a ação ilícita consistia na morte da vítima.

Como se não bastasse a resistência de KANT, o pensamento de BECCARIA, a respeito do Direito Penal e Processual Penal, recebeu azedas críticas, principalmente por parte da Igreja. Um frei dominicano, incomodado com o pensamento *beccariano* expendido no livro *Dos delitos e das penas* acusou-o de “inimigo do cristianismo, um mau homem e um mau filósofo”²⁰⁰, arrematando que “O autor do livro *Dos Delitos e das Penas* é um desses escritores ímpios, para os quais os eclesiásticos não passam de charlatães, os monarcas de tiranos, os santos de fanáticos, a religião de impostura, e que nem mesmo respeitam a majestade do Criador, contra o qual vomitam blasfêmias hediondas”.

Todavia, muitos filósofos e juristas aplaudiram as ideias de BECCARIA, que se constituíram as primeiras vozes que se levantaram contra os arbítrios dos juízes, as injustiças dos processos criminais da época e os complexos problemas referentes ao direito de punir, de modo que, já em 1766, por obra do abade ANDREA MORELLET, o livro foi traduzido para o francês, caiu na simpatia dos *enciclopedistas* e mereceu efusivos elogios destes, com especial destaque para os encômios feitos por DIDEROT, HELVETIUS, BUFFON, HUME e D’ALEMBERT. Esses grandes filósofos do Iluminismo ficaram conhecidos como enciclopedistas porque, tendo à frente DIDEROT e D’ALEMBERT, escreveram uma monumental obra, contendo 20 (vinte) volumes, no qual restou compreendido o ideal do movimento francês. Ademais, Abade MORELLET, que cuidou da tradução para o francês do livro *Dos delitos e das penas* para o francês, tinha alto conceito entre os iluministas, contando com artigos publicados na enciclopédia. Foi ele quem se encarregou de apresentar a obra de BECCARIA a DIDEROT, D’ALEMBERT e HUME, dentre outros renomados filósofos franceses.

A boa receptividade das ideias beccarianas entre os enciclopedistas não seria diferente, porquanto BECCARIA foi o precursor da defesa dos direitos humanos na seara criminal, campo no qual mais se evidenciavam as atrocidades praticadas, institucionalmente, contra as pessoas. No seu livro, ele proclamava e defendia os direitos do homem, antecipando o que viria a ser chancelado, 25 anos depois, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, anunciada como substrato do movimento revolucionário francês.

Anota FERRI²⁰¹ que o *frêmito entusiasmo* com a série de reformas propostas por BECCARIA tomou conta de toda a Europa, não só entre os filósofos e criminalistas,

mas também entre os reinantes legisladores: Catarina da Rússia, nas suas Instruções (1767) à Comissão para a reforma das leis penais, transcreve quase as páginas de Beccaria; Leopoldo da Toscana promulga a reforma de 1786, que dele acolhe as propostas mais radicais, a principiar pela pena capital; Nas duas Sicílias, a pragmática de Fernando IV (ministro Tanucci) que impõe a motivação das sentenças conservava a tortura; mas esta depressa foi abolida pela ordenança militar de 1789; Giuseppe II de Áustria (1787) abole a pena de morte (exceto para os crimes militares); Frederico, o Grande, com as *Allegemeines Landrecht* extingue a tortura (1794) e a Revolução Francesa, pela generosa reação contra os abusos medievais, estabelece, na Declaração dos Direitos do Homem,

¹⁹⁸ Ibid., p. 177. Fazia a ressalva, apenas, de que o julgamento deveria ser levado a efeito por um tribunal, e não pelo juízo privado.

¹⁹⁹ Ibid. p. 177.

²⁰⁰ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/beccaria.html#46>. Acesso em: 21 mar. 2021.

²⁰¹ Princípios de direito criminal. p. 50.

que ‘a lei não tem o direito de proibir senão as ações nocivas às sociedades’ (art. 5) e ‘não deve estabelecer senão as penas estritamente necessárias (art. 8) pelo que ninguém pode ser punido senão por força de uma lei promulgada anteriormente ao crime e legalmente aplicada (art. 8) e ‘ninguém pode ser acusado, preso, metido em cárcere senão nos casos determinados pela lei e conforme a forma por ela prescrita’ (art. 7). E porque ‘os homens nascem e ficam livres e iguais em direitos’ (art. 1), assim ‘a lei deve ser a mesma para todos, sejam quais forem os protegidos, ou os punidos por ela’ (art. 6).

O trabalho de BECCARIA, menciona LISZT, suscitou um *movimento reformista* da legislação penal, com forte base humanitária²⁰², a ponto de alguns doutrinadores chamarem essa corrente de pensamento de *Escola Humanitária* e outros, de *Período Filosófico*²⁰³. Isso porque essa corrente tinha como ideias capitais “... a proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário, supressão da tortura, abolição ou pelo menos limitação da pena de morte, acentuação da tese de a pena só ter fins políticos, desprezadas todas as exigências religiosas ou puramente morais”, as quais foram logo acolhidas na *legislação penal dos mais importantes países*²⁰⁴. Realçando o caráter revolucionário da obra de BECCARIA, JIMÉNEZ DE ASSÚA destaca a influência de GRÓCIO, para proclamar que esse pensamento sedimentou o entendimento de “que la justicia penal no tiene nada que ver con la de Dios. La justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número”²⁰⁵.

PRINS²⁰⁶ realça que o movimento reformista se propagou na Alemanha, na Inglaterra, na França, na Rússia e “Nunca se louvará bastantemente o espírito de caridade e de fraternidade de que ele deu provas. O sentimento de piedade social, que sucedeu à dureza e ao rigor do antigo regime, é a honra da nossa época”.

No âmbito doutrinário, a profundidade e a genialidade dos fundamentos das ideias de BECCARIA fizeram com que, depois dele, viesse a ser pensado o Direito Penal e Processual Penal como uma ciência autônoma. Com efeito, consoante já foi dito, BETTIOL²⁰⁷ lembra que, até os fins do Século XVIII, antes das ideias de BECCARIA, não havia propriamente uma ciência penal, que era apenas um apêndice do Direito Civil. Mas, a partir de então, adveio uma extensa bibliografia sobre Direito e Processo Penal e ninguém, *dos mais antigos aos mais modernos*, informa EVANDRO LINS E SILVA,²⁰⁸ “... pôde ignorá-lo porque ele é o marco criador, é o ponto de partida da ciência do direito e do processo penal”.

1.3.3.4 – Fase jurídica da Escola Clássica.

A primeira fase da Escola Clássica foi essencialmente filosófica e política, não tendo a classe jurídica tomado participação de destaque. Todavia, plantadas as raízes filosóficas da Escola, necessário que viesse a fundamentação jurídica. Começa, então, a segunda fase, na qual entram em cena os juristas, distinguindo-se como os mais notáveis, criminalistas do escol de ROMAGNOSI (1761-1835), FILANGIERI (1752-1788), MÁRIO PAGANO (1749-1800), PELLEGRINO ROSSI (1787-1829), CAMIGNANI (1768-1847), FRANCESCO CARRARA (1805-1888), ELLERO (1833) e PESSINA (1828- 1917). A fundamentação jurídica da Escola Clássica teve como maior expoente FRANCESCO CARRARA²⁰⁹, que foi identificado como o príncipe dessa corrente de pensamento. Aliás, CARRARA, ainda hoje, é considerado se não o mais eloquente, um dos maiores juristas italiano. Liberal com forte formação religiosa – representava o liberalismo católico –, advogado ovacionado, com profunda visão humanística, diante da cultura e da dedicação incansável aos estudos, era chamado não apenas por seus alunos, como também pelo povo, de *il professore*. O venerado juspenalista italiano tratou de elaborar dogmaticamente o estudo do Direito Penal de acordo

²⁰² Alguns doutrinadores chegam a chamar essa corrente de pensamento de Escola humanitária (PRINS. Op. cit., p. 23) e outros, de Período Filosófico (Ibid. p. 111).

²⁰³ PRINS. Op. cit., p. 23.

²⁰⁴ LISZT, Op. cit., p. 114.

²⁰⁵ *La ley y el delito: principios de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1959. p. 34.

²⁰⁶ Op. cit., p. 23.

²⁰⁷ *O problema penal*, p. 15-16.

²⁰⁸ ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de (Org.). De Beccaria a Filippo Gramática. In: *Sistema penal para o terceiro milênio: atos colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 21

²⁰⁹ CARRARA, Francesco. *O programa do curso de direito criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. v. 1, p. 8.

com as ideias fundantes que guiaram o movimento reformista criminal iniciado com base na obra *Dos delitos e das penas*, expondo as suas lições por meio do exercício da cátedra na Universidade de Pisa e, especialmente, com a publicação do seu *Programa do curso de direito criminal*. Sobre o título da obra, no prefácio à quinta edição de sua magnífica obra, o próprio CARRARA menciona que muitos acharam, pela substância do escrito, a expressão programa um tanto quanto modesta, objeção à qual ele se contrapunha, ao argumento de que a referida palavra transmite a ideia de que se pretende, com a doutrina expandida, “resumir na fórmula mais simples a verdade reguladora de toda a ciência”²¹⁰.

A esse respeito, RICARDO DE BRITO²¹¹ afirma que “... Carrara dedicou-se bem mais que os seus antecessores à tarefa da construção técnica do direito penal ...” Acrescenta que “ele foi substancialmente um homem do século XIX com todas as implicações que tal afirmação acarreta, inclusive no que tange à sua anacrônica adesão a vários aspectos da tradição iluminista, como o jusnaturalismo, por exemplo, o que, em boa parte, pode ser explicado pela realidade política da Itália onde nasceu e viveu e ainda pela ideologia que abraçou, totalmente compatível com a sua posição enquanto teórico do direito penal”²¹².

Nessa sua monumental obra, seguindo as pegadas filosóficas expandidas por BECCARIA, o mestre CARRARA²¹³ adverte, logo no primeiro instante, que a efetiva função do Direito Penal é moderar os abusos da autoridade social quanto à ação de proibir, reprimir e julgar os atos praticados pelos agentes, até porque, se o *direito é a liberdade*, “... a ciência penal é, pois, o código supremo da liberdade, que tem por escopo subtrair o homem à tirania dos demais, e ajudá-lo a subtrair-se à sua própria, bem como à de suas paixões.” A ideia central de sua lição era de que ao invés de o Direito Penal ser considerado um instrumento de repressão, ele “... é, ao contrário, protetor da liberdade humana”²¹⁴, razão pela qual “O ordenamento penal se destina à proteção da liberdade individual”²¹⁵. Com a sua lógica jurídica, CARRARA²¹⁶, ao afirmar que não é verdade a assertiva de que o Direito Penal possua o caráter restritivo da liberdade humana, ensina que não exprime uma limitação do direito de liberdade o impedimento que se interpõe entre o assassino e a vítima, porque a liberdade humana não é mais que a faculdade de exercitar a própria atividade sem lesão aos direitos alheios. A liberdade de um deve coexistir com igual liberdade de todos. A restrição nasce da lei natural²¹⁷.

Na exposição das bases de seu raciocínio jurídico, CARRARA alerta que o efetivo exame da ciência criminal se atém às deduções lógicas da razão, com a investigação da *verdade* estampada no *Código imutável da razão*, daí por que não se pode pensar que a sua *raiz* e a sua *norma* estejam comprimidas na palavra do legislador, pois, se assim fosse, “... o estudo dessa ciência seria restrito ao árido comentário do Código da cidade; os seus preceitos variariam com o variar dos tempos, dos lugares, das necessidades e das opiniões”²¹⁸. Nessa parte, como se vê, vai uma crítica a BECCARIA, quando ele defendeu, no seu livro *Dos delitos e das penas*, que o juiz deveria se ater a reproduzir o que a lei estabelecia, sem nenhuma margem à interpretação. Aliás, na nota de rodapé, CARRARA, expressamente, reprovou MONTESQUIEU e BENTHAM pelo fato de os dois filósofos erigirem a palavra do legislador a uma posição suprema

Até porque para CARRARA o que importa para o estudo são os *princípios cardiais* da ciência criminal, que são leis absolutas “... e não se podem tornar relativas senão na forma da sua aplicação”. Por isso mesmo, CARRARA²¹⁹ afirma que

... o ensinamento filosófico, ocupando-se das supremas razões de ser do processo penal, desenvolve uma série de princípios absolutos e uma doutrina que é idêntica para todas as nações, servindo – 1º, ao jurista, para meditar sobre as melhores formas do juízo penal e sugerir os seus progressos; 2º, ao legislador, para conhecer as regras que pode ou não pode, que deve ou não ditar em matéria de

²¹⁰ Ibid., p. 23.

²¹¹ Op. cit., p. 43-44.

²¹² Ibid., p. 44.

²¹³ Ibid., p. 24.

²¹⁴ Ibid., p. 36.

²¹⁵ Ibid., p. 41.

²¹⁶ Op. cit., p. 36.

²¹⁷ Essa é a tese das limitações imanentes dos direitos fundamentais. Cf. item 5.7 e 7.2.2, infra.

²¹⁸ Op. cit., p. 42.

²¹⁹ Ibid., p. 278-279.

procedimento penal; 3º, ao crítico, para julgar comparativamente as qualidades e os defeitos das instituições judiciárias adotadas pelas diversas nações; 4º, ao prático, para interpretar e aplicar, de acordo com a razão, as instituições impostas ao seu país em matéria de conhecimento dos delitos e do rito destinado a alcançá-lo.

Note-se que o insigne mestre de Pisa, ao fazer a exposição jurídica do Direito Processual Penal, mantendo a coerência de suas deduções, pensa nos princípios com função hegemônica não apenas para o jurista e para o julgador, mas mesmo para o legislador, que lhes deve obediência quando da feitura das leis. Um outro aspecto que chama a atenção é o caráter universal dos princípios, pensamento próprio dos iluministas, cuja doutrina tinha como verdade os direitos inerentes à condição humana oponíveis em qualquer situação e contra qualquer governo.

Tendo como ponto de partida que, na ordem natural das coisas, ocorre a infração da lei (delito), advindo daí o *desejo normativo de impor a devida punição*, mediante a *verificação de tal violação pelo magistrado*, para fins de aplicação da pena²²⁰, CARRARA esclarece que as normas processuais visam atender não apenas os homens inculpadados, que têm o direito de ser absolvidos, como também os culpados que, embora devam ser condenados, não devem sofrer *mal maior que o exigido pela tutela jurídica*²²¹, de modo que “... serve aos honestos, não apenas enquanto os ajuda na descoberta dos delinquentes, mas como preservá-los de serem vítimas de erros judiciários; e, ainda, favorece devidamente os próprios culpados, enquanto impede que se lhes irroque castigo que, ultrapassando a justa medida, viesse a constituir um fato delituoso”²²².

Forte nessa concepção, na ótica da Escola Clássica deduzida por CARRARA²²³, “... todos os preceitos relativos ao processo penal, à competência, às formas, ao direito de defesa, à liberdade e amplitude de discussão, e, numa palavra, à regularidade das provas e dos pronunciamentos pertencem à ordem pública, porque interessam a todos os cidadãos e são instrumentos de proteção do direito.” Nota-se que, além de considerar o processo penal como um *instrumento de proteção do direito*, para a Escola Clássica – na voz de seu principal doutrinador – o respeito às normas processuais não interessa apenas ao réu, mas a *todos os cidadãos*, até porque a adequação do direito de punir aos preceitos normativos é “... a razão de ser da autoridade social e a legitimidade do governo que uns poucos exercem sobre muitos”²²⁴.

Em apertada síntese, pode-se dizer, servindo-se da autoridade de FERRI, que a Escola Clássica “... teve uma orientação político-social em pleno acordo com as reivindicações dos *direitos do homem*”, razão pela qual, inspirada na doutrina do direito natural e valendo-se do *método dedutivo*²²⁵, como reação aos excessos da justiça penal, sedimentou as suas ideias tendo como premissas essenciais a exposição e o estabelecimento da razão e dos limites do direito de punir do Estado, a oposição à crueldade das penas, criticando e conseguindo a *abolição das penas capitais, corporais e infamantes, com a mitigação geral* das penas carcerárias, detentivas, pecuniárias e interditórias e, por fim, a reivindicação das *garantias do agente, quer durante o processo, quer na aplicação da lei punitiva*²²⁶.

E aqui há uma curiosidade interessante. Consta que FERRI²²⁷ fez pós-graduação na Universidade de Pisa e conheceu, de perto, FRANCESCO CARRARA, tendo sido, portanto, aluno de CARRARA. Na biografia de CARRARA que consta no primeiro volume do Programa do Curso de Direito, está dito que tem sido erro comum, praticado, até mesmo, por autores italianos, afirmar que FERRI foi aluno de CARRARA. Entretanto, na biografia de FERRI, feita por JAIME MASAVEU²²⁸ em 1930, o jurista espanhol informa que ele foi aluno de CARRARA, tendo este chegado a exclamar: “Enrico Ferri, em vez de venir a perfeccionarse, ha venido a perfeccionarnos”.

²²⁰ Ibid., p. 43.

²²¹ Ibid., p. 27.

²²² Ibid., p. 27-28.

²²³ Ibid., p. 28.

²²⁴ Ibid., p. 28.

²²⁵ Os iluministas, no estabelecimento das verdades que sobressaíam da razão, valiam-se do método dedutivo para expor o pensamento, que era o modelo de investigação, na época, das ciências morais e sociais.

²²⁶ *Princípios de direito criminal*, p. 58-59.

²²⁷ Op. cit., p. 10.

²²⁸ FERRI, Enrique. *El homicida*. Tradução Jaime Masaveu. Madrid: Editorial Reus, 1930. p. 8.

A despeito dessas questões periféricas, cabe reafirmar que as preocupações de BECCARIA se concentraram, sobretudo, em relação ao processo penal, daí por que as suas ideias foram mais densas em relação às garantias processuais, a ponto de MARC ANCEL reconhecer como “... sendo sua (de BECCARIA) concepção do processo penal aquela que servirá de base ao sistema clássico”. Por conseguinte, não é exagerado agregar que o arcabouço político-filosófico do processo penal, idealizado por BECCARIA, moldou a Escola Clássica em si, de modo que ela foi desenvolvida sob o prisma da *teoria humanística do processo*. Ao destacar que o movimento de reforma pensado por BECCARIA ataca, de início, o *processo penal*, MARC ANCEL ainda faz as seguintes considerações:

Na proporção em que esse movimento é humanitário, ele se revolta contra a tortura e os suplícios; na medida em que se preocupa com os direitos humanos, se esmera em garantir os direitos da defesa; e nas inovações fundamentais de 1789 a 1791, o reconhecimento da presunção de inocência conduz a substituir o velho sistema inquisitório do Antigo direito pelo processo acusatório. A Declaração dos Direitos Humanos, neste ponto, cristaliza e afirma uma aspiração difusa, porém a preocupação essencial é evitar a condenação de inocentes.

Não sem razão, anota MARC ANCEL, a partir das leis de 1790 e do Código de 1791 ao código dos delitos e das penas de Brumaire e ao código de 1808, essa preocupação com o processo penal, mais do que com o penal material, evidencia-se como a tônica.

1.3.4 – Escola Positiva.

Essa corrente também foi chamada *italiana, nova, moderna e antropológica*²²⁹. Porém ficou mais conhecida como *Escola Positiva*, tendo surgido como um contraponto à Escola Clássica. Cabe lembrar que a tônica das reformas penais implementadas sob o influxo da Escola Clássica, foi a diminuição da severidade penal, tendo como vetor a concepção do Direito Penal e Processual Penal como limitação ao direito de punir e a transferência da punição do corpo para a alma do agente. Nessa visão, não seria o corpo que deveria ser castigado, mas o crime em si, de modo que o *fato delituoso* é que ia a julgamento, não o corpo do agente. A verdade é que, muito embora os espetáculos da punição física – os suplícios – tenham desaparecido logo nos primeiros momentos do Século XIX, as transformações alvitadas pelos reformistas não se fizeram sentir com igual avanço em todos os países, certamente até mesmo diante das realidades culturais, sociais, políticas e jurídicas. Se as reformas foram rápidas na Áustria, Rússia, Estados Unidos e na França, a pena de morte não foi de todo eliminada e alguns países, por um bom tempo, ainda mantiveram os suplícios. Conforme notícia ADOLPH PRINS, os rigores das penas corporais (chicotadas e varadas) sobreviveram na Inglaterra, Irlanda, Dinamarca e Suécia, sendo usadas como medida disciplinar em prisões nos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e Rússia. Outros, como a Inglaterra, registraram, ainda no ano de 1819, 223 execuções capitais, número superior ao do ano de 1760 – anterior, portanto, ao movimento reformista – que tinha sido de apenas 160²³⁰. Mas, ainda assim, a pena de morte foi abolida na Romênia (1864), em Portugal (1867), na Holanda (1870), na Itália (1890) e em alguns cantões suíços e em certos Estados dos EUA. Países como a Inglaterra, França, Alemanha, Suécia, Finlândia, Rússia, Áustria, Espanha, Bélgica e Noruega, embora tenham mantido a pena de morte, diminuíram os crimes que admitiam esse tipo de sanção²³¹. De todo modo, segundo PRINS, a Noruega e a Bélgica, mesmo mantendo a pena de morte na legislação, não a aplicavam, sendo que, nesta, a última sanção dessa espécie tinha sido infligida em 1863²³².

Por isso mesmo, ainda que a redução do suplício tenha sido uma tendência marcante a partir do surgimento da Escola Clássica, a tortura e a pena capital se mantiveram em prática e foram utilizadas, largamente, por mais paradoxal que pareça, pelos próprios atores da Revolução Francesa²³³, nada obstante o aspecto humanístico no qual se fundamentaram os iluministas.

²²⁹ LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. p. 6.

²³⁰ FOUCAULT. *Vigiar e punir*, p. 19.

²³¹ PRINS. Op. cit., p. 399.

²³² Ibid., p. 395.

²³³ FOUCAULT era juiz na França, mas era conhecido como grande filósofo, autor de várias obras reverenciadas, com especial destaque, na literatura jurídica, para o livro *Vigiar e punir*, escrito no ano de 1975. Embora escrito na década de setenta, em

De uma forma ou de outra, sem embargo de algumas resistências, o núcleo do pensamento da Escola Clássica reinou absoluto como paradigma orientador da ciência criminal, experimentando as modificações por ela propostas no âmbito da legislação penal e do sistema penitenciário o mesmo entusiasmo que envolveu o movimento iluminista em si. Contudo, cerca de um século após o aparecimento do livro de BECCARIA, as expectativas otimistas estimuladas com ênfase pelos seguidores da Escola Clássica não se confirmaram, porquanto a criminalidade, ao invés de diminuir, como se pensava, aumentou e diversificou-se de forma alarmante, revelando altas taxas de *reincidência*²³⁴. Esse estado de coisas suscitou a mudança do foco das discussões, de modo a aprofundar debates sobre a natureza e as causas do crime. A tese classicista de que o crime advém da vontade de delinquir, uma vez que o agente possui o livre-arbítrio de escolher, segundo a sua razão, entre viver de acordo com a legislação ou praticar crimes, não mais contentava as inquietações que giravam sobre o tema.

A insatisfação com o modelo penal sugerido pelo *classicismo* residia fundamentalmente na *frouxidão* com que o agente era tratado, ao qual eram reconhecidos direitos em relação ao poder de punir do Estado, limitando sobremaneira a atuação deste no combate à criminalidade. Para aplacá-la, acreditava-se que era preciso *armar* o Estado de instrumentos mais *eficazes/contundentes* no exercício de sua atividade punitiva. Ao invés de a lei penal estabelecer limites ao Estado, ela deveria ser mais rigorosa no tratamento dispensado ao agente, que não deveria mais ser visto como vítima da tirania do Estado do *ancien régime*²³⁵.

A decepção com as fórmulas mágicas para o combate à criminalidade, exteriorizadas pela Escola Clássica, que se apoiava no *racionalismo metafísico*, fomentou o surgimento de uma nova corrente filosófica criminal, isso já na primeira metade do Século XIX. Ela logo foi denominada de Escola Positiva, alinhada que estava, pelo menos quanto ao método de investigação científica, ao positivismo de AUGUSTO COMTE²³⁶, doutrina assim denominada em virtude de o referido filósofo ter, em 1830, batizado o seu sistema de pensamento de *philosophie positive* – que tinha como admissíveis somente as verdades científicas extraídas dos estudos experimentais, rejeitando o conhecimento *a priori*, centrado na essência das coisas (metafísica), como era o pensamento *classicista*. A nova linha de pensamento chamou-se Escola Positiva mais pelo método indutivo, científico, experimental do que pela filiação à filosofia de COMTE²³⁷.

Em extensa obra sobre *As razões do positivismo penal no Brasil*, RICARDO DE BRITO sumaria as gêneses da referida escola criminal na visão da maioria doutrinária: “O advento de novas ideologias, entre as quais o socialismo; o surgimento da concepção positivista da ciência com o conseqüente declínio do jusnaturalismo; a influência das ideias de Darwin, Spencer, Haeckel etc., as transformações operadas no âmbito do Estado que então se direcionava para o intervencionismo e, ligado diretamente ao problema penal, a crise do padrão clássico de combate à criminalidade”²³⁸. O mencionado professor da Faculdade de Direito de Recife apenas não concorda com o exagero quanto à influência do marxismo sobre essa corrente de pensamento, pois, dentre os seus arautos, LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, apenas o segundo se declarou marxista, agregando, ainda, que GAROFALO era um aristocrata profundamente conservador no plano político²³⁹.

É inteiramente procedente a afirmação de que os dois grandes marcos da ciência penal são representados por BECCARIA e LOMBROSO. Daí em diante, tudo o que se escreveu sobre a ciência criminal não só teve de fazer referência aos dois, como as demais correntes de pensamento são variantes das escolas penais por eles criadas ou mesmo uma simbiose das duas teorias.

Vigiar e punir, ele chega a dizer “... que a prática da tortura se fixou por muito tempo – e ainda continua – no sistema penal francês” (Ibid., p. 19).

²³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 11.

²³⁵ Uma das críticas mais contundentes que se fazia à Escola Clássica era o fato de esta tratar o agente como vítima. (FERRI. *Princípios de direito criminal*, p. 132).

²³⁶ Cf. DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. Positivismo. In: *Dicionário de filosofia*. 2. ed. Tradução Marina Appenzeller. Campinas: Papirus, 1996. p. 374-375. Positivismo. In: *Enciclopédia Mirador Internacional*. São Paulo – Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1980. v. 17. p. 9238-9243.

²³⁷ LYRA. op. cit., p. 7.

²³⁸ Op. cit., p. 49.

²³⁹ Ibid., p. 50.

1.3.4.1 – Determinismo lombrosiano.

Enquanto a Escola Clássica se escorava no fundamento metafísico do livre-arbítrio e elaborava o seu discurso de acordo com o método dedutivo, a nova forma de pensar adotou o método indutivo ou positivo, de observação e de experiência. CESARE LOMBROSO (1835-1909), que não era jurista, mas, sim, médico, no afã de buscar as razões que levam à criminalidade, empreendeu uma criteriosa série de estudos da vida e dos traços anatômicos dos condenados, com base nos critérios e utilizando-se dos instrumentos da Antropologia geral, para daí formular uma teoria penal, deduzida na obra fundamental *O homem delinquente*²⁴⁰, publicada em 1876. Em sua tese, ao contrário do propagado pela Escola Clássica, o homem não comete o crime pelo fato de fazer essa opção – livre-arbítrio –, mas sim porque ele é levado ao crime por um fenômeno biológico – *determinismo biológico*. Para ele, há homens que já nascem potencialmente delinquentes, predispostos ao crime, enquanto outros, por um processo de degeneração orgânica, seriam levados à criminalidade.

Em seu metucioso estudo científico, LOMBROSO, dando realce aos caracteres físicos, morais e intelectuais do homem, conclui que há um tipo humano destinado ao crime por sua própria organização e, por isso mesmo, classifica-o de *criminoso nato*. Antes de expor os resultados dos estudos antropológicos e anatômicos dos autores de crimes, na primeira parte de seu livro, sob o título Embriologia do crime, LOMBROSO demonstra como o delito, à semelhança do que se dá entre os homens, ocorre com as mesmas características entre os animais e as plantas. Mediante criteriosa descrição do comportamento dos animais irracionais, LOMBROSO revela que, mesmo domesticados, eles possuem, por instinto, uma *ferocidade provocada*, assim como se verifica a *maldade brutal de alguns delinquentes*, o que revela um determinismo dirigido por tendências atávicas, decorrentes fundamentalmente das *condições orgânicas do cérebro*²⁴¹. Ancorado nessas observações, LOMBROSO revela que, assim como as punições infligidas aos animais domésticos têm pouca utilidade e que é possível *obter resultados melhores por meios menos brutais*, o mesmo se aplica aos homens, pois resta “... demonstrado que certos indivíduos são delinquentes desde a primeira infância, qualquer que seja o peso das causas hereditárias ...”²⁴², em muitos deles nada influiu a educação. Indo mais além, LOMBROSO²⁴³, com fulcro nos seus estudos científicos, alega que, “No que se refere à eficácia das penas, a observação exata demonstrou que entre os animais domesticáveis, obtém-se frequentemente muito mais com um bom tratamento ou medidas indiretas que lisonjeiam a vaidade ou a gulodice do que com torturas, tanto menos eficazes quanto mais cruéis”.

Aqui, como se vê, há uma divergência substancial entre o pensamento *lombrosiano* e o da Escola Clássica. Na concepção de BECCARIA²⁴⁴, consciente de que era melhor prevenir os delitos do que puni-los, no pressuposto de que o homem detém o livre-arbítrio para a prática do crime – exceção naturalmente para os loucos, as crianças e quem não possa, no momento da ação, entender o caráter ilícito da ação –, colocava a educação como a principal forma para inibir a prática dos crimes. Em sentido diametralmente oposto, de acordo com LOMBROSO, se mesmo entre as pessoas mais cultas o crime não deixou de se produzir, isso é uma prova incontestada de que a causa reside no atavismo²⁴⁵.

Sem embargo do momento favorável, não apenas no campo jurídico como no médico – até por representar a mudança de um paradigma advindo de um movimento como o iluminista –, o pensamento de LOMBROSO sofreu severas críticas. O próprio LOMBROSO, socorrendo-se das críticas construtivas feitas por criminalistas como FERRI (Itália, 1856-1929), GAROFALO (Itália, 1851-1934) e mesmo de adversários como GABRIEL TARDE, cuidou de aprimorar o seu pensamento²⁴⁶. Redimindo-se das limitações experimentais emprestadas pela exegese extraída pelo processo do *diagnóstico-clínico*, que o conduziu a exagerar na semiótica *morfológica e fisiológica*,

²⁴⁰ Na tradução brasileira feita por Maria Carlota Carvalho Gomes, o título do livro ficou *O homem criminoso*.

²⁴¹ *O homem criminoso*. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983, p. 23. Tradução da 5. ed.

²⁴² Op. cit., p. 103.

²⁴³ Ibid., p. 27.

²⁴⁴ Op. cit., p. 109-113.

²⁴⁵ Op. cit., p. 74.

²⁴⁶ Na primeira edição, *O homem delinquente* continha apenas 252 páginas, mas, na quinta, que foi a última, ele já alcançava cerca de 2.000 mil páginas (DIAS; ANDRADE. Op. cit. p. 16).

LOMBROSO, depois, agregou a influência psicológica e sociológica para a compreensão do *criminoso*²⁴⁷ e admitiu que a sua doutrina, explicitada em sua obra fundamental, tinha aplicação apenas ao delinquente nato, pois as outras formas de delinquência, "... que têm como origem a loucura, a ocasião, o alcoolismo, a paixão, estão estritamente ligadas às suas causas eventuais"²⁴⁸.

1.3.4.2 – Ideia do direito criminal como estatuto repressivo, conforme a visão de FERRI.

A produção doutrinária de ENRICO FERRI foi fecunda. Nos seus primeiros trabalhos, a sua análise foi essencialmente sociológica, o que lhe valeu o título de pai da Sociologia Criminal. Escreveu *Socialismo e criminalità* em 1888 e *L'omicidio* em 1884. No livro *Sociologia criminal*, ele desenvolveu, com rara felicidade, as cinco categorias de delinquentes: o instintivo, o louco, o habitual, o ocasional e o passional. Ele completou o pensamento de LOMBROSO, que se tinha ocupado apenas do *delinquente nato*. No ponto, FERRI preferia a expressão *instintivo*. Depois, LOMBROSO reconheceu que a sua tese, exposta em *O homem delinquente* somente se aplicava ao criminoso nato. A obra capital de FERRI, porém, foi *Principii di diritto criminale*, com a qual ele fez a construção jurídica de seu pensamento criminal-positivo, como ele mesmo afirma no prefácio do livro, cuja primeira edição foi publicada em 1928. Infelizmente, o pensamento jurídico da Escola Positiva somente foi esboçado de forma sistemática por FERRI no final de sua vida científica. Na obra em referência, ele disse que a sociologia criminal – para ele a ciência que trata a defesa social contra a criminalidade – "... vem esclarecida neste livro e sê-lo-á mas extensivamente num volume a seguir acerca da pena, do processo e da execução, completando assim as minhas anteriores publicações de antropologia, psicologia, estatística e sociologia criminal e apresentando uma ordem de princípios, de que já fiz parciais, mas contínuas e felizes aplicações nas minhas defesas penais e estudos de jurisprudência"²⁴⁹. Todavia, no ano seguinte, em 1929, ele faleceu, deixando, assim, de editar o segundo volume, justamente aquele no qual ia falar especificamente do processo penal. De qualquer modo, mesmo no primeiro volume, ele expôs as suas ideias básicas sobre o processo penal

FERRI, juntamente com GAROFALO, se ocupou de revestir o pensamento antropológico lombrosiano com o verniz jurídico-criminal, na obra fundamental na qual condensa todo o seu pensamento positivista, admoesta que a escola criminal positiva não "... perfilha nem modela nenhum sistema filosófico ou social, a começar pela 'filosofia positiva' (COMTE, SPENCER, ARDIGÓ, etc.), nem nenhuma doutrina biológica (DARWIN, LAMARCK, MOLLESCOTT, etc.)"²⁵⁰. Admitia apenas que, como ela "... apareceu quando as doutrinas desses grandes pensadores estavam em pleno apogeu e por isso – como todas as ciências biológicas e sociais – não deixou de lhes servir o reflexo"²⁵¹.

Na compreensão de FERRI, o *fato decisivo* que afasta a linha de pensamento da Escola Positiva da ideia tradicional – Escola Clássica – é o *método científico*²⁵², até porque, em relação às conclusões particulares, ele julga possível se estabelecer um acordo entre os adeptos do positivismo e do classicismo. Essa assertiva de FERRI, todavia, só é válida em termos. Não há dúvidas sobre a possibilidade da convivência, até certo ponto harmônica, em um mesmo ambiente normativo, das ideias clássicas e positivas, e a legislação criminal que se sucedeu nos mais diversos Países, inclusive no Brasil²⁵³, é a mais viva prova dessa verdade.

Malgrado essas considerações, não se apresenta correto dizer que a distinção basilar de uma escola e outra se concentra no método de investigação – dedutivo, de lógica abstrata, na Escola Clássica e – indutivo, de observação dos fatos, na Escola Positiva. O modo de investigação, estreme de dúvidas, acarretou conclusões jurídico-criminais diametralmente dissonantes daquelas sufragadas pelo *classicismo*, pois o manuseio do método indutivo teve em mente abandonar o formalismo jurídico da Escola Clássica, que se preocupava mais com o fato criminoso em si do que com o homem que o pratica. Pelo método indutivo, para a aplicação da pena, não basta ao juiz verificar, apenas, o

²⁴⁷ LYRA. Op. cit., p. 31-32.

²⁴⁸ Op. cit., p. 502.

²⁴⁹ Op. cit. p. 19.

²⁵⁰ Op. cit. p. 63.

²⁵¹ Ibid. p. 63.

²⁵² *Principios de direito criminal*. p. 64.

²⁵³ Os Códigos Penal e de Processo Penal em vigor são uma confluência das ideias clássicas e positivas.

fato delituoso, todavia perquirir do comportamento do agente, a fim de identificar a sua *periculosidade ou temibilidade*²⁵⁴ e, assim, aplicar a pena mais adequada quanto à defesa da sociedade. O homem que pratica o crime deve ser objeto de estudo científico, com o auxílio das ciências afins, no sentido de se perscrutar a sua personalidade. Em compasso com essa ótica criminal, o criminoso, sendo o *protagonista da justiça penal prática*²⁵⁵, deve sê-lo, outrossim, da ciência penal. De acordo com ANTHONY BOTTOMS o contraste entre uma e outra escola fomentou a criação de famoso aforismo, segundo o qual “a escola clássica mandou os homens estudar a justiça, mas os positivistas mandaram a justiça estudar os homens”²⁵⁶. Isso denota que a aplicação da lei pelo juiz, ainda que na seara criminal, não pode ser, como defendia BECCARIA, uma mera operação mecanicista. Tem-se de entender que BECCARIA pensava em leis claras e a colocação do princípio da legalidade como dogma penal, com o firme propósito de pôr fim a condenações sem lastro normativo, como era bem próprio na época em que escreveu o livro *Dos delitos e das penas*. Em outra perspectiva, não se pode deixar de conferir razão a RECASÉNS SICHES quando, com acuidade, expõe que, em matéria penal, nada obstante o juiz esteja jungido ao princípio da interpretação estrita, pode e deve, consoante os fatos, aplicar a lei de forma mais suave ou severa²⁵⁷.

Adotando essa forma de ver as coisas, no discurso *positivista* pune-se o *delinquente* não em razão de vindita pública, mas porque é preciso defender a sociedade da periculosidade observada diante do estudo feito, afastando-se, assim, a ideia *retributiva* da *pena*, tão ao gosto dos *classicistas*. A pena deixa de ter o caráter meramente retributivo, para servir de esteio à defesa social, sob a figura de medida de segurança, permitindo, assim, que se construa o pensamento da possibilidade de sua aplicação aos menores e às pessoas portadoras de deficiência mental e, como forma de prevenção real, chega ao extremo de alvitrar que a punição ocorra, até mesmo, antes da prática delituosa.

Repita-se, porém: ainda assim, não se concentra no método indutivo a maior distinção entre as Escolas Positiva e Clássica. A diferença é muito mais profunda: é filosófica e política. Diz respeito à ideologia subjacente na Escola Positiva quanto à função da legislação penal. Note-se que a Escola Positiva apareceu acusando a Escola Clássica de conferir um tratamento sobremaneira benevolente ao autor do crime, que o trata como *vítima do Estado*, e estabelece como *princípio dos princípios* a máxima de que a ciência penal deve se preocupar em estabelecer as verdades que anunciam as limitações do direito de punir do Estado.

Na percepção da nova corrente de pensamento, antes e acima de tudo, o Direito Penal e Processual devem ser instrumentos a serviço do Estado eficazes à repressão penal. À ideia de limitação do direito de punir da Escola Clássica, os defensores da nova ótica criminal davam ênfase à função repressiva da ciência criminal. Evidencia-se, a exame ainda que perfunctório, a proposta contundente, *repressiva* mesmo da Escola Positiva, como uma forma de dar resposta mais satisfatória no combate à criminalidade, missão da qual, no conceito do novo paradigma de justiça criminal, a Escola Clássica fracassou devido à complacência com que tratou o autor do crime. Até mesmo a linguagem dos *positivistas* se apresenta mais forte, ante a escolha de expressões como *delinquente*²⁵⁸, para referir-se ao agente que pratica o delito, e direito repressivo, como sinônimo de Direito Penal. Verifique-se que, na oratória clássica, pelo menos na escrita de BECCARIA e de CARRARA, há um compromisso com a deontologia da linguagem, de modo que o autor do crime é tratado com cortesia, não se dispensando a ele tratamento tão forte quanto o empregado pela Escola Positiva.

Denunciando essa postura da Escola Positiva, FERRI acredita que o Estado, ao contrário do que propugnavam os clássicos, na sua atuação criminal, não se deve dar ao trabalho de nenhuma *missão filosófica, religiosa ou ética*, porquanto a sua atenção deve estar voltada apenas a *organizar a defesa social repressiva contra a delinquência*²⁵⁹. De forma contundente, ele nega que o direito de

²⁵⁴ Periculosidade era a expressão utilizada por FERRI e temibilidade, por GAROFALO. A doutrina e o legislador brasileiro, como se verá depois, preferiram a nomenclatura de FERRI.

²⁵⁵ Op. cit. p. 66.

²⁵⁶ “... the classical school bade men study justice, but the positivists bade justice study men”. BOTTOMS, Anthony. The relationship between theory and empirical observations in criminology. In: KING, Roy D.; WINCUP, Emma (Orgs.) *Doing research on crime and justice*. Cambridge: Oxford University Press., 2. ed., 2008, p. 85.

²⁵⁷ *Nueva Filosofía de La Interpretación Del Derecho*. México: Editor Porrúa, 1973, p. 231-232.

²⁵⁸ A expressão foi utilizada por LOMBROSO no título de seu livro fundamental – *O homem delinquente* – e foi acolhida, sem a menor restrição, por FERRI e GAROFALO.

²⁵⁹ Op. cit. p. 67.

punir seja um mero direito subjetivo do Estado, visto que, no seu ponto de vista, este, ao executar a justiça penal, exerce uma autoridade soberana e proeminente²⁶⁰ e não aceita que o processo penal contenha uma relação jurídica na qual o acusado seja sujeito de direitos, sendo-lhe assegurada igualdade de tratamento na arena judiciária. No pertinente a essa última questão, FERRI²⁶¹, de modo incisivo e avivando a voz, revela a ideologia positiva, ao exclamar:

... eles (os clássicos) concebem a justiça penal, por um lado, como direito do Estado à ‘obediência política penal’ e, por outro, como direito do criminoso perante o Estado, como se fossem dois sujeitos de direito com relativa “pretensão” de débito e crédito, com igualdade de nível moral e jurídico! Do mesmo modo, colocados neste plano inclinado, alguns dentre esses chegam a considerar o processo penal como uma série de ‘relações jurídicas processuais’ na mesma medida do processo civil, como se o Ministério Público fosse um autor que cita judicialmente um réu (o acusado) para fazer liquidar pelo juiz a pena a infligir ao vencido na demanda.

Indo mais além, com suporte em discurso que não se contém ao perfil de um Estado democrático, FERRI²⁶², confirmando a sua rejeição à ideia da igualdade entre Estado e réu no espaço processual, brada que, competindo à ciência penal apenas sistematizar “... nas suas formas repressivas, a defesa social contra a criminalidade – é necessário rejeitar essa igualdade, também por motivos jurídicos e por razões de ordem moral.” Para não deixar dúvidas sobre o assunto, avisa o renomado criminalista que a Escola Positiva, desde o início, tem o compromisso de restabelecer o equilíbrio entre os direitos do delinquente e os direitos da sociedade, uma vez que, no seu pensar, BECCARIA e os seus seguidores, além de sobrepujarem as razões da defesa social, ainda se esqueceram da superioridade jurídica e moral do Estado e dos cidadãos honestos em face dos criminosos. Nesse tortuoso caminho teórico, não é surpresa que FERRI tenha feito reservas à presunção de inocência²⁶³, até porque, para o mestre italiano, se é patente que o juiz não deve condenar os inocentes, não é menos procedente pôr em evidência que não se pode deixar a sociedade indefesa para com os culpados²⁶⁴.

No livro *Criminologia criminal*, FERRI²⁶⁵, com mais vagar, aceita que a cláusula da presunção de inocência e, com ela, a regra do *in dubio pro reo*, possui um fundo de verdade e é mesmo obrigatória. No entanto, acredita que não deve ser aplicada nos casos em que ocorre a prisão em flagrante ou a confissão do próprio acusado e, igualmente, quando não se trate de um criminoso ocasional, porquanto, ao se tratar de criminoso nato, ou louco “... *y para ser más preciso, el autor de una forma de criminalidade atávica*”, deve militar contra o agente a *realidade mesma das coisas*. Assim, para FERRI²⁶⁶, a presunção de inocência não pode ser absoluta, pois, na medida em que concebida como uma verdade relativa, será possível eliminar, “...*esta presunción ilógica, en todos los casos y en todos los períodos del juicio en que esté en contradicción con la realidad misma de las cosas, se suprimirá todo fundamento a las demás disposiciones procesales que en ellas se inspiran y que son verdaderamente contrarias a las razones más claras de justicia y de utilidad social*”.

Forte nesse conceito, FERRI²⁶⁷ discorda que, em nome do princípio da presunção de inocência, ao acusado seja assegurado o direito de recorrer em liberdade, mesmo quando a sentença de primeira instância o tenha condenado por uma *forma atávica de delinquência*²⁶⁸. De certa maneira, o nosso

²⁶⁰ Ibid., p. 130.

²⁶¹ Ibid., p. 131.

²⁶² Ibid.

²⁶³ Ibid., p. 54.

²⁶⁴ Op. cit. p. 191. Como meio termo, ele sugere que, quando se trate dos delinquentes menos perigosos, a interpretação deve ser mais favorável ao acusado, na hipótese de delinquentes mais perigosos, mais favorável à defesa social (Ibid., p. 191-192).

²⁶⁵ Sociologia criminal. Tradução Antonio Soto Y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora. [?]. p. 194-195.

²⁶⁶ Ibid. p. 194-195.

²⁶⁷ Ibid. p. 194-195.

²⁶⁸ A Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe encaminhou, no dia 10 de outubro de 2006, em reunião conjunta com os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, respectivamente, RENAN CALHEIROS e ALDO REBELO, propostas de modificação do Código de Processo Penal. Dentre as propostas, como medida para que a sentença condenatória não seja um nada, sugere-se a modificação do art. 393 – esse dispositivo foi revogado com a Lei nº 12.403, de 2011 –, de modo que, sendo condenatória a sentença a pena em regime fechado, caso não existam elementos nos autos que infirmem a falta de risco com a sua permanência em liberdade, o juiz poderá decretar, desde logo, a prisão. A comissão a quem foi confiada a missão de coordenar os trabalhos foi formada pelos juizes ABEL FERNANDES GOMES (RJ), ADENIR PEREIRA DA SILVA (SP), AMÉRICO BADÊ FREIRE JÚNIOR (ES), ANTÔNIO BRUNO DE AZEVEDO MOREIRA (PE), DANIELLE

sistema processual adotava essa ideia, pois, em consonância as redações anteriores dos arts. 408, § 2º, e 594, ambos do Código de Processo Penal, quando o juiz, na sentença, reconhecia que o acusado não tinha bons antecedentes ou que ele era reincidente, poderia, desde logo, decretar-lhe a prisão, salvo na hipótese de crime afiançável, em que deveria ser arbitrado o valor. Ambos os dispositivos foram revogados, respectivamente, pelas Leis nºs 11.689 e 11.719, ambas de 2008. Por outro lado, o mestre italiano não concordava que fosse considerado absolvido o acusado quando no julgamento colegiado houvesse empate ou não existisse prova suficiente para a condenação, pois o mais correto, no seu pensar, era que a absolvição, nesses casos, não deveria ser embasada na inculpabilidade. No ponto, FERRI²⁶⁹ dava como exemplo o que ocorria desde a época do Direito Romano, ao lado da absolvição e da condenação, havia o *non liquet*, para os casos em que a prova não era segura para a formação de um juízo de reprovação.

Alargando o seu pensamento, FERRI²⁷⁰, tendo em conta o (re)equilíbrio entre os direitos individuais e os sociais na seara processual, acredita que, em grau de apelação, nada obsta que a pena aplicada na sentença, mesmo não tendo havido recurso por parte do Ministério Público, seja aumentada pelo tribunal, pois a finalidade da instância recursal é justamente escoimar os erros verificados na primeira instância. Por isso, sob o mesmo prisma, chegar a alegar que, assim como é possível em prol da defesa, a revisão criminal precisa ser admitida para sanar vícios nos processos em que o acusado é absolvido²⁷¹.

Ainda embasado na necessidade de reavivar o princípio da igualdade entre as garantias do indivíduo que comete um crime e os da sociedade, crê FERRI²⁷² na necessidade de o processo criminal dar mais atenção para a vítima, servindo de instrumento para a resolução não só da questão penal, mas também para estabelecer *obrigação mais rigorosa e execução mais segura* da reparação do dano.

1.3.4.3 – Mutação do processo criminal liberal para o processo repressivo, na ótica de GAROFALO.

GAROFALO foi um dos arautos da Escola Positiva e produziu uma extensa bibliografia. O seu escrito mais completo, no qual expôs o seu pensamento jurídico da Escola Positiva, foi *Criminologia*, editado em 1885. Outros escritos que merecem destaque foram *Ripparazione alle vittime del delitto* (1887) e *La superstition socialiste* (1895)²⁷³. Atribui-se-lhe o início da elaboração jurídica da Escola Positiva, trazendo como elemento novo aos aspectos antropológicos de LOMBROSO e sociológicos de FERRI as questões de ordem psicológica

Percorrendo o mesmo caminho, GAROFALO, em linguagem também significativamente forte, tendo como pressuposto o determinismo positivista, embasado no *biologismo* de LOMBROSO e no *fatalismo psicossocial* de FERRI, no livro *Criminologia*, irrisignado com o excessivo formalismo e a demora dos processos, após sólidas considerações sobre o crime em si, fez várias sugestões para modificar, radicalmente, o código de processo. Alega GAROFALO²⁷⁴ a necessidade de a prisão preventiva ser estabelecida pela lei, tendo como parâmetro a quantidade de pena prevista para o tipo de crime praticado, diante da *presunção* de que o acusado, nesse caso, tem a pretensão de fugir. Defende ainda que a medida seja prevista:

SOUZA DE ANDRADE E SILVA (PE), FERNANDO CESAR BAPTISTA DE MATTOS (ES), FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS (RJ), JANAINA RODRIGUES VALLE (SP), JORGE GUSTAVO SERRA DE MARCÊDO COSTA (MG), MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (DF), PAULO VIEIRA AVELINE (RS), WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (RN) e SÉRGIO FERNANDO MORO (PR). Cf. itens 9.6.5.1.3 e 9.6.5.14, *infra*.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 196-197.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 197-198.

²⁷¹ A Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe também sugeriu ao Congresso Nacional, como medida para possibilitar a correção de sentenças absolutórias prolatadas em razão de corrupção, a possibilidade de interposição de revisão criminal. É que, no nosso sistema, a revisão criminal só é admissível para impugnar sentença condenatória, ou seja, só pode ser manjeira em prol do condenado, não, da sociedade.

²⁷² *Sociologia criminal*, p. 199.

²⁷³ Cf. DIAS; ANDRADE. *Op. cit.*, p. 17.

²⁷⁴ *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. 3 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916, p. 413-415. A primeira edição portuguesa do principal livro de GAROFALO, data de 1893.

... em todas as ofensas a pessoas, enquanto dure a doença; em todas as ofensas. Seja qual for o seu gênero, capazes de provocarem uma provável vingança de sangue; em todas as reincidências e, em geral, em todos os delitos habituais; em fim, em todos os casos em que a natureza do crime, a índole do réu e as condições ambientes possam fazer-nos recear a ameaça, a intimidação e o suborno de testemunhas, o desaparecimento de vestígios criminaes ou qualquer meio de iludir e perturbar a acção do magistrado.²⁷⁵

O que GAROFALO pretendia, como ele mesmo revela mais adiante, era que fossem preceituadas *fórmulas práticas* para as hipóteses de decretação da prisão preventiva, estreitando, o quanto possível, a casuística sobre a matéria, a fim de diminuir o arbítrio do juiz²⁷⁶ e, por outro lado, não permitir, senão mediante o pagamento de fiança, a possibilidade de o réu responder ao crime em liberdade. Justifica a necessidade do pagamento de fiança para o gozo do direito de responder ao processo em liberdade, com o argumento de que até países como a Inglaterra, berço do habeas corpus, assim dispõe, e porque, “... além de ser uma garantia do cumprimento da pena, é ainda, segundo a intenção do legislador, uma garantia do pagamento das despesas de enfermidade e de indemnização de danos ...”²⁷⁷. Em outro ponto, defende que o legislador torne a prisão obrigatória para determinadas espécies de crime²⁷⁸. Como se vê, aqui ele defende o que se denominou, mais tarde, prisão preventiva obrigatória, instituto que foi adotado na versão original do Código de Processo Penal em vigor, mas que, com a reforma de 1977, foi extinto²⁷⁹.

Insistindo em sua posição, alega que, autorizada a prisão preventiva apenas quando e enquanto ela for *necessária*, isso tolera a “... liberdade provisória de autores de estupros, de ferimentos graves, de homicídio frustrado e ainda, nas províncias meridionaes, de homicídio consumado”²⁸⁰. Recorde-se que BECCARIA entendia que a prisão preventiva, somente deveria ocorrer quando houvesse necessidade. Ademais, para GAROFALO, uma disciplina mais rigorosa para a prisão preventiva serviria, igualmente, para amainar o sentimento de impunidade que acomete o povo em geral, quando o autor do crime, após a sua prática e, mesmo, muitas vezes, depois de uma prisão, é logo colocado em liberdade, voltando a ser visto nos mais diversos lugares²⁸¹. Ele ainda tinha em consideração que, em liberdade, o réu tudo fazia para que o processo tramitasse em marcha lenta, o que fomentava a interposição dos recursos admissíveis.

Irresignava-se GAROFALO, por outro lado, contra a falta de eficácia da sentença condenatória, porquanto a mera interposição do recurso já era suficiente para impedir a sua execução, mesmo a estatística demonstrando que, em 1886, dos 23.122 recursos interpostos, foram modificadas decisões de primeira instância em 7.329 dos casos (22%) e, mesmo assim, em 5.322 (9%) das hipóteses, houve apenas a diminuição da pena, sendo que a anulação do processo ou a absolvição do réu somente em 2.067 dos casos²⁸².

Qualificando os seguidores de BECCARIA de *myopes progressistas*, GAROFALO contrapõe-se à transposição para o processo penal dos institutos do processo civil, pois, ao se procurar identificar a existência de duas partes na seara criminal – acusação e defesa –, como se fossem *credor e devedor* do processo civil, quiseram retomar *em toda a sua pureza o sistema acusatório*, circunstância que, no seu pensar, fez com que se regredisse aos tempos bárbaros, em que o processo se transformava em uma *verdadeira luta*, cuja índole, nas suas palavras, não é a *verificação e a homenagem a uma certeza absoluta*, mas o estabelecimento de uma *verdade relativa*, porquanto *não se procura saber se há um inocente ou um culpado*, mas quem é o vencedor²⁸³. Por isso mesmo, para GAROFALO, se se quiser a *verdadeira essência do processo penal*, o sistema mais pertinente é o inquisitorial, introduzido, na Idade Média, pela justiça eclesiástica, e adotado pela França, por meio de Luís XII.

²⁷⁵ Ibid., p. 413/414.

²⁷⁶ Ibid., p. 413.

²⁷⁷ Op. cit., p. 415 e 417. Essa posição é defendida neste trabalho, como se verá da leitura do item 9.6.5.2.2.3.2, infra.

²⁷⁸ Op. cit., p. 413.

²⁷⁹ Cf. item 9.6.3 e 9.6.4, infra.

²⁸⁰ Op. cit., p. 416.

²⁸¹ Ibid., p. 419.

²⁸² Ibid.

²⁸³ Op. cit., p. 425.

Na concepção de um processo penal mais célere e menos formal, para GAROFALO, não havia nenhuma necessidade de se instaurar fase para discussão sobre o fato, nas hipóteses em que o réu fosse pego em flagrante delito, assim como quando ele houvesse confessado a perpetração do ilícito, sem que existisse motivo para não acreditar em sua palavra. Para ele, assim como ocorria à época na Inglaterra, a discussão sobre o delito somente deveria caber quando o acusado declarasse a sua nulidade e estivesse a fim de produzir prova a esse respeito²⁸⁴ Por outro lado, o insigne mestre italiano não concordava com a exigência, sob pena de nulidade, da presença de um advogado, posto que “... o bom senso não pode admitir senão a defesa facultativa”²⁸⁵ assegurando-se ao réu pobre um defensor de ofício, sem, contudo, obrigá-lo a defender-se. GAROFALO pretendia que o princípio do direito de defesa no processo penal se contivesse no aspecto formal, assim como, ainda hoje, ocorre no processo civil. Argumentava, em prol desse entendimento, que os criminosos habituais, insensíveis ao processo e sem receio da condenação, muitas vezes, riem do desempenho do advogado que lhe foi imposto sem que o quisesse, agregando, ainda, que, muitas vezes, em certos períodos, havia delinquente que praticava o crime justamente na pretensão de ir para a prisão, local no qual teria abrigo e alimentação garantidos, condições mínimas de vida que, muitas vezes, lhe eram mais favoráveis do que as conseguidas no regime de liberdade.

Adepto do sistema inquisitório, GAROFALO não nutria simpatia maior pela publicidade e oralidade dos debates e sugeria que, quando o juiz, tendo como suporte alguns caracteres – como, por exemplo, os antecedentes criminais do réu e a sua origem genética (pais delinquentes) – hábeis à elaboração do tipo antropológico e psíquico do acusado, fazia a declaração sobre o fato delituoso em apuração, a partir daí, a discussão deveria terminar, porque somente restaria fazer a *designação da classe, da espécie e da variedade de delinquentes a que o réu pertence*²⁸⁶.

Considerando que os recursos têm efeito suspensivo e, por isso mesmo, os réus, a despeito da sentença condenatória do juiz²⁸⁷, permanecem em liberdade e sem indenizar a vítima, observa GAROFALO que, com a interposição do recurso, eles nada têm a perder, muito pelo contrário, só a ganhar com a demora e a possibilidade de ocorrer a prescrição, razão pela qual esse estado de coisas estimula o uso contínuo do recurso. Tendo em conta ainda que, de conformidade com a estatística analisada, a maior parte das apelações apenas consegue diminuir a pena aplicada, sem modificação do preceito condenatório, para GAROFALO, se não era o caso de proscrever a possibilidade de interposição do recurso, era necessário conservá-lo dentro de determinados limites, além de impedir o curso da prescrição durante o seu trâmite e as anulações por mera falta de observância de formalidades processuais que não tinham influência no conteúdo da decisão. GAROFALO cita vários casos de anulação do processo em virtude de irregularidade de somenos importância, como a ausência da certidão de idade quando isso não tinha nenhuma relevância para a causa; falta da fórmula sacramental “Em nome de S. Magestade”; ausência de erro no juramento de uma testemunha, uma vez que, na consignação da fórmula “Juro dizer toda a verdade e só a verdade”, a última palavra foi esquecida²⁸⁸.

De acordo com o que fosse justo conferir ao *cidadão* a garantia ao recurso, no sentido de expungir um eventual erro cometido na sentença, contra-argumenta GAROFALO que não se mostra justo, por outro lado, que o condenado permaneça em liberdade, até porque se revela incongruente a admissibilidade da prisão preventiva por uma simples suspeita e a sua inadmissibilidade quando o acusado já declarado culpado pela decisão judicial. Ele queria que não apenas o condenado fosse preso imediatamente à prolação da sentença, como defendia, ainda, que fosse possível o acréscimo da pena aplicada, mesmo sem o recurso do Ministério Público, medidas que, acreditava, poriam “... termo ao costume, geral no meio-dia da Itália, de *appellar* de todas as sentenças no único intuito de ganhar tempo e poder esperar pela prescrição ...”²⁸⁹. No caso de o réu ser absolvido em segunda instância, o que era hipótese remota como ele mostrou com o exame da estatística, a solução, segundo

²⁸⁴ Op. cit., p. 427.

²⁸⁵ Op. cit.

²⁸⁶ Op. cit., p. 428.

²⁸⁷ Esse é um aspecto interessante e que hoje tem suscitado muita discussão entre processualistas civis e penais. Cf. item 9.6.5.1 e 9.6.5.1.3, infra.

²⁸⁸ Op. cit., p. 432-433.

²⁸⁹ Op. cit., p. 431.

GAROFALO era indenizá-lo, direito a indenização que deveria ser reconhecido, até mesmo, no caso de detenção preventiva indevida²⁹⁰.

Um resumo do princípio reitor do processo penal, na visão de GAROFALO, pode ser pinçado do próprio arremate feito por ele: “A sociedade pede segurança e o ofendido pede reparação: eis o que importa prover”²⁹¹. Isso era o que ele tinha em mente quando apresentou as sugestões de como deveria ser o processo penal, sob a ótica da Escola Positiva. Mas há de se advertir que, sem embargo de propor um processo penal mais rígido e aqui e ali usar a expressão criminoso e delinquente, quando ele falava da pessoa acusada da prática do crime, usualmente utilizava a expressão réu ou culpado e, em alguns momentos, fez uso da palavra cidadão, o que mostra a sua preocupação ética com o tratamento dispensado ao réu.

1.3.4.4 – Crítica ao pensamento repressivo do positivismo, desfocado dos parâmetros democráticos.

Como se vê, o processo penal, na ideia da Escola Positiva, deveria ser bem mais rigoroso, deveria ser um instrumento de defesa social com realce para a sociedade e a vítima, daí por que a sua concepção não era de limite ao direito de punir do Estado, porém de garantia do cidadão em geral quanto à atuação repressiva eficiente do Estado. Se, no pensamento da Escola Clássica, *garantia* era a palavra de ordem para o processo penal, *repressão* era a da Escola Positiva. Em contranota ao Estado Liberal, a Escola Positiva se alinhava à ideia de um Estado Social, o Estado providência forte, interventor, dirigente, que deveria assumir as rédeas do jogo, deixadas nas mãos dos particulares. O pensamento da Escola Positiva, como se nota, coaduna-se com um Estado forte e repressivo, sendo muito pertinente para um Estado ditatorial. Não é à toa que o núcleo de suas ideias foi adotado com entusiasmo pelos regimes antidemocráticos, e FERRI, um dos arautos da Escola Positiva, ainda que não possa ser chamado de fascista, foi amigo e, no mínimo, adepto do Estado forte instaurado por MUSSOLINI, na Itália²⁹².

A base do pensamento da Escola Positiva deu azo para que se pensasse na pena de morte como uma medida necessária de eliminação para os portadores de anomalia psíquica *permanente*²⁹³, que torna o agente incapaz de sociabilidade, na esterilização para os criminosos sexuais e, até mesmo, na utilização da medida de segurança preventiva, a ser aplicada àquelas pessoas que, diante do exame criminológico, mostram-se situadas na zona fronteira da criminalidade, de modo que a elas deve ser dispensado um tratamento curativo, mesmo antes da prática do crime. Apesar do que se disse acima, alerte-se que se no discurso positivista era feita a crítica à Escola Clássica pelo fato de esta lutar contra a pena de morte, não se pode daí dizer que todos os positivistas eram a favor da pena de morte.

De todo modo, o certo é que o *positivismo* se manifestou, como muito bem pondera MARC ANCEL²⁹⁴, sob a forma de *revolta* contra o Direito Penal Clássico, “... assimilável, em muitos aspectos, no que diz respeito à sua significação histórica, ao movimento de revolta que exprimia em 1764 o famoso pequeno tratado *Dos Delitos e das Penas* de Beccaria”. Muito embora tenha como diferença a circunstância de as suas ideias não terem sido desde logo *popularizadas e aceitas por todos*, ele revolucionou o Direito Penal, fazendo com que tudo fosse repensado, surgindo, a reboque do determinismo contra o livre-arbítrio, a *Antropologia Criminal*, a *Criminologia* e a *Sociologia Criminal* como ciências que, embora não possam suplantam o Direito Criminal nem suprimir a importância deste – como alguns, em evidente exagero, passaram a defender –, manifestam-se como ferramentas necessárias para a correta compreensão do fenômeno criminoso, não só no sentido de orientar o legislador e o julgador, como para colaborar na definição da estratégia política no trato do fenômeno da criminalidade. Ademais, MARC ANCEL credita a rápida aceitação das ideias da Escola Clássica ao sucesso da Revolução Francesa. Não há dúvidas de que assim foi, mas não se pode negar que a busca da imposição de limites à sanha autoritária do Estado, que lastreou o humanismo

²⁹⁰ Cf. Item 9.6.5.3.2, *infra*.

²⁹¹ Op. cit., p. 428.

²⁹² Em verdade, FERRI era socialista.

²⁹³ GAROFALO, op. cit., p. 273 e 269.

²⁹⁴ MARC ANCEL. Op. cit., p. XX.

beccariano, foi o móvel maior do entusiasmo dos intelectuais e da população com a proposta contida no pensamento beccariano. A forte resistência ao pensamento da Escola Positiva, porém, certamente tem raiz, sobretudo, na luta no sentido de que não fossem esquecidas as bases humanitárias do Direito Penal e Processual Penal.

Todavia, em rigor, nenhum criminalista ou ordenamento jurídico ficou indiferente ao pensamento positivista. A Escola Positiva, assim como a Clássica, exerce influência sobre toda a ciência criminal contemporânea e é, a partir delas, que derivam as outras correntes de pensamento²⁹⁵. Além de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, renomados juristas da estirpe de FLORIAN²⁹⁶, GRISPIGNI²⁹⁷, ALTAVILLA²⁹⁸, PUGLIA e outros trataram de preservar e difundir o genuíno pensamento da Escola Positiva. De outro passo, algumas das propostas da Escola Positiva foram adotadas na Bélgica (1919), na Holanda e Inglaterra (1917), nos Estados Unidos, na Noruega (1902), na Argentina (1922), na Rússia (1922), no Peru (1924), sem falar nos projetos de reforma dos Códigos Penais da Alemanha, Áustria, Suíça, Suécia, Dinamarca, Polônia, Tchecoslováquia, Romênia, Sérvia, Grécia etc., que, em suma, foram elaborados sob uma visão eclética das ideias da Escola Positiva²⁹⁹.

Um último aspecto da doutrina da Escola Positiva há de ser posto em evidência, muito embora poucos doutrinadores tenham dado a devida atenção para o fato. As preocupações processuais expendidas por FERRI e GAROFALO não foram ao acaso nem muito menos são aspectos secundários da doutrina positivista por eles verberada. Do conjunto da leitura da obra de FERRI, observa-se que, muito embora a sua ideia central fosse no sentido de que a imputação criminal deveria preocupar-se mais com a *periculosidade* do que com a *culpa* e que o Direito Penal era um instrumento de defesa social, negando, assim, a teoria clássica do livre-arbítrio que defende a imputação com base na culpa, ele não escreveu uma obra intitulada *Direito Penal*.

Consciente de que o Direito Penal em si, como importância prática para a defesa social, é sobremaneira relativo, porquanto a pena não tem o condão de evitar os crimes, dado que boa parte dos delitos é cometida por determinação atávica ou por circunstâncias ocasionais que destroem os caracteres inibitórios do crime, FERRI alertava que era necessário “... *projetar uma luz mais viva sobre as leis processuais y las medidas penales, por ser las que tienen precisamente por objeto transportar la pena desde las regiones etéreas de las amenazas legislativas al terreno práctico de la clínica social de defensa contra la enfermedad del crimen*”³⁰⁰, pelo que, de conformidade com o enfoque dado pela Escola Positiva, impõe-se “... *la necesidad de reformar los sistemas de procedimiento y represión, para poner-los en armonía con la novedad de los datos de la sociología criminal*”³⁰¹.

Por isso mesmo, na concepção de FERRI³⁰² os legisladores precisam compreender “... *de la necesidad de ocuparse menos de las reformas penales y mucho más de las reformas de los tribunales y de las prisiones*” (Grifei). Por conseguinte, assim como a Escola Clássica, a preocupação fundamental da Escola Positiva residiu, justamente, na introdução de modificações principiológicas

²⁹⁵ FERRI. *Princípios de direito criminal*, p. 70. No tópico seguinte, será feita a análise das muitas correntes de pensamento jurídico-criminal que, adotando as ideias básicas ora da Escola Clássica, ora da Escola positiva e, até mesmo, das duas, procuraram dar uma contribuição própria para o Estudo do Direito Penal e Processual Penal.

²⁹⁶ Dirigiu a Rivista de diritto e procedura penale (sucessora da revista *Scuola positiva in la dottrina e giurisprudenza penale*, fundada por FERRI). Segundo HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, a sua obra de maior destaque foi *Tratado sobre a parte geral do código italiano (Lições de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 51.). No Processo Penal, a sua maior contribuição foi a obra *Elementos de direito processual penal* (cf. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Bosch, 1934). No prólogo da edição espanhola, FLORIAN advertia que toda a obra estava animada pela Escola Positiva, de Lombroso, Ferri e Garofalo (Op. cit., p. 6).

²⁹⁷ *L'odierna scienza criminal in Italia*.

²⁹⁸ Teve como obra fundamental *Psicologia judiciária* (Cf. ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. 4. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1957. 5v.)

²⁹⁹ FERRI. *Princípios de direito criminal*, p. 73. Os Códigos Penal e Processual Penal do Brasil em vigor, como já foi salientado, se não foram edificados sob as bases da Escola Positiva, contêm vários dispositivos que se confortam com a doutrina daquela corrente de pensamento (Cf. item 1.4, infra).

³⁰⁰ *Sociologia criminal*, p. 191.

³⁰¹ *Ibid.* p. 191.

³⁰² *Ibid.* p. 191. Ao contrário da Escola Clássica, FERRI defendia que a execução fazia parte do processo penal e que deveria ser comandada pelo juiz. Nesse passo, a doutrina de BENTHAM se aproxima da proposição positiva. Talvez aí resida um dos fatores pelo qual FERRI inclui BENTHAM como adepto da Escola Positiva.

no Direito Processual Penal, mais até do que em relação ao Direito Penal, conforme muito bem salientou o mais ilustre dos positivistas.

1.3.5 – Neoclassicismo.

Antes da *reforma criminal* experimentada com o movimento encetado pelos clássicos, a doutrina penal resumia-se a comentários sobre a prática judiciária e à interpretação das diversas leis, tendo como pano de fundo o Direito Romano e os costumes locais. Após os glosadores, vieram a lume os praxistas, exurgindo, no Século XVIII, algumas obras criminais de relevo por meio da escrita dos *criminalistas práticos*, também chamados *pós-glosadores*. Apesar de os doutrinadores afirmarem que as obras jurídicas tenham tido início com os criminalistas práticos, FERRI³⁰³ ressalta que a Escola de Pávia, nos Séculos X e XI, fez uma exposição específica do Direito Penal, e alguns glosadores, como ACURCIO (f. 1260), ODOFREDO (f. 1265), BARTOLO (1313-1357) e BALDO (1319-1389), trataram de fazer algumas afirmações de doutrina criminal. De todo modo, FERRI³⁰⁴ registra que coube a ALBERTO DE GANDINO (f. 1300), glosador, com o tratado *Libellus de maleficiis* e com as *Quaestiones statutorum*, afirmar “... a autonomia do direito criminal e lançar o germen que frutificou com as sucessivas obras dos pós-glosadores ou criminalistas práticos no Século XVIII”.

Até o Século XV, os práticos seguiam a orientação empírica, mas, já na sua segunda metade e, especialmente no século seguinte, a doutrina criminal “... eleva-se a critérios gerais (*consilia*) e inicia uma ordem um tanto mais sistemática de exposição”³⁰⁵. Dentre os práticos, o mais importante deles foi JÚLIO CLARO DE ALEXANDRIA (f. 1582), com o livro *Receptae sententiae*, seguido de PRÓSPERO FARINACI (f. 1618), com o escrito *Praxis et theoriae criminalis libri*. Os últimos representantes dessa corrente na Itália, antes da reforma, foram RENAZI e ARETINO CREMANI. Essa corrente se espalhou pela Europa, com a tradução de várias obras para outras línguas. Assim, nesse período anterior ao surgimento da Escola Clássica, como práticos, sobressaíram, na Holanda, DAMHOUDER (f. 1581) e ANTON MATHEUS (f. 1654); na Alemanha, BERLICH (f. 1638) e CARPZOW (f. 1666); na França, CUJAS (f. 1590), TIRAQUEAU ou TIRAQUELLUS (f. 1568), AYRAULT (f. 1589) e JOSSUE; na Espanha, DE CASTROS (f. 1558) e COVARRUVIAS (f. 1577)³⁰⁶.

Quando a Escola Clássica surgiu, muito embora rapidamente a sua base teórica tenha sido aceita pelos filósofos e *juristas*, dando início, assim, propriamente à ciência penal, em reação a essa nova forma de ver as coisas formou-se o que se chamou *corrente crítico-forense*, segundo a qual a missão do criminalista seria a de ilustrar e interpretar, *com maior ou menor amplitude sistemática de critérios*, os textos normativos de alguns países³⁰⁷. Essa corrente neoclássica chamada *crítico-forense*, em verdade, era uma manifestação mais moderna dos antigos práticos, compreendendo, assim, o que se pode chamar de *neopraticismo*. FERRI³⁰⁸ elenca, dentre os juristas que perfilharam essa corrente, RENAZZI, REMANI, PAOLETTI, NANI, ALBERICI, LIBERATORI, POGGI, NICOLINI, ARMELINI, ROBERTI, ALBERTINI, GIULIANI, MORI, PUCCIONI, além de outros. A despeito disso, de acordo com alguns doutrinadores, a segunda fase da Escola Clássica, que procurou estabelecer o pensamento jurídico-científico da corrente liberal com ela instaurada, malgrado tenha como ponto de identidade a concepção metafísica do livre-arbítrio, desapartou-se, em um ou outro aspecto fundamental, da doutrina de BECCARIA, daí por que chegam a afirmar que BENTHAM, ROMAGNOSI, CAMIGNANI e FEUERBACH devem figurar, em verdade, na lista dos neoclássicos³⁰⁹. O próprio CARRARA, que é considerado o jurista fundamental da Escola Clássica, o responsável pela dedução jurídica das ideias plantadas por BECCARIA – a quem se reputa a responsabilidade pelo esboço da dogmática dessa corrente –, senão com algum exagero, chegou a ser considerado, por alguns, como neoclássico.

³⁰³ Ibid., p. 47.

³⁰⁴ Ibid., p. 46.

³⁰⁵ Ibid., p. 46-47.

³⁰⁶ FERRI. *Princípios de direito criminal*, p. 47-48.

³⁰⁷ Ibid., p. 60.

³⁰⁸ Op. cit.

³⁰⁹ ANCEL. *A Nova defesa social*. p. 53.

A assertiva nesse sentido de MARC ANCEL encontra eco na análise mais detalhada do pensamento jurídico desses luminares do classicismo. Com efeito, FEUERBACH, por exemplo, embora figure entre os adeptos da Escola Clássica – mais discípulo de KANT do que de BECCARIA –, conquanto tenha como premissa o livre-arbítrio, defendia a lei de talião, que foi não apenas repudiada por BECCARIA como pelos reformadores em geral do Século XVIII³¹⁰. A contribuição de ROMAGNOSI à ciência criminal se apresenta tão singular que ele é arrolado por alguns doutrinadores como um dos seguidores da Escola Clássica e, por outros, da Escola Positiva. No ponto, MARC ANCEL³¹¹ anota que o jurista italiano, em sua obra principal – *Genesi del diritto penale* (1791) —, pode ser visto como “... um precursor tanto da escola positivista como da escola clássica positiva, porquanto, se ele partia da ideia do livre-arbítrio, fez considerações sobre os problemas criminológicos e as medidas de segurança.” Isso explica porque FERRI³¹² arrola ROMAGNOSI dentre os criminalistas clássicos, mas ROBERTO LYRA³¹³, que era positivista – admitiu que era um positivista em trânsito ao socialismo penal, um desdobramento da Escola Positiva –, enquadra ROMAGNOSI como um dos precursores do positivismo. Para completar, ROMAGNOSI³¹⁴, que complementou a sua obra em 1823, admite que parte da visão humanitária de BECCARIA, no entanto, retifica as “ideias menos verdadeiras” do marquês.

Contudo, parece certo exagero enquadrar todos os doutrinadores da segunda fase da Escola Clássica como *neoclássicos* – fase jurídica, que teve como um de seus maiores expoentes CARRARA. Eventuais divergências, naturalmente, não são suficientes para se dizer que a posição defendida pelos juristas tenha sido, em verdade, uma nova visão clássica. Até porque, de fato, como a Escola Clássica não foi obra dos criminalistas, mas de filósofos, nada mais natural que, quando da dedução jurídica das ideias *beccarianas*, fosse apresentado um viés, em alguns aspectos periféricos, diferente à temática. Por outro lado, como na primeira fase não havia uma doutrina jurídica da Escola Clássica, não parece correto dizer que os precursores jurídicos do *classicismo* tinham uma concepção nova, diferente, pois, a bem da verdade, a concepção científico-jurídica não existia antes de os clássicos a deduzirem com a argumentação *lógico-jurídica* que lhes caracterizava.

De toda forma, dentro do movimento clássico surgiram ideias que, apesar de ter como suporte teórico a doutrina da Escola Clássica e com ela, em verdade, não conflitar, difundiram pensamento com alguns aspectos originais e de certo modo além da abstração metafísica dos criminalistas clássicos, o que justifica alinhar os seus propagadores como *neoclássicos*.

Merece registro, como corrente *neoclássica propriamente dita*, a linha de pensamento que se formou em torno da exegese do Código Penal Francês de 1810, que, mesmo editado sob o influxo das teses da Escola Clássica, rompeu com a noção de pena fixa, flexibilizando o legalismo estrito da fase jurídica liberal³¹⁵. Lembre-se que a pena fixa era um dos pontos centrais da fase inicial da Escola Clássica. Do mesmo modo, o Código Penal da Baviera de 1813, se bem que adstrito a um legalismo intransigente, estipulava penas indeterminadas e, com a revisão de 1832, admitiu que fossem consideradas, na dosagem da pena, circunstâncias atenuantes. O principal doutrinador que despontou sobre essa flexibilidade legal da pena prevista pelo legislador foi JEREMY BENTHAM (1748-1832)³¹⁶. A esse respeito, BENTHAM³¹⁷, ao estabelecer a sua sexta e última regra fundamental para a fixação da medida das penas, escorado na assertiva de que “Não se deve impor a mesma pena a todos os réus pelo mesmo delito”, dizia que era “... necessário reparar nas circunstâncias que influem na sensibilidade”³¹⁸, além de ser preciso o legislador criar a lei prevendo a possibilidade de a pena ser graduada em *razão da idade, do sexo, da qualidade da pessoa etc*, de modo a “... sempre deixar alguma coisa à prudência dos juizes”³¹⁹.

³¹⁰ Op. cit., p. 52-53.

³¹¹ Op. cit., p. 70.

³¹² *Princípios de direito criminal*, p. 57.

³¹³ *Novíssimas escolas penais*, p. 6.

³¹⁴ *Gênese del directo penal*, p. 738.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 56.

³¹⁶ Como já foi salientado, BENTHAM, filósofo e jurista inglês, é considerado o fundador da Escola Utilitarista, cuja doutrina influenciou BECCARIA ao escrever a obra *Dos delitos e das penas*.

³¹⁷ Op. cit., p. 17

³¹⁸ *Ibid.*, p. 32

³¹⁹ *Ibid.*, p. 32

Essa posição era um meio terno entre as ideias clássicas e positivas. Com efeito, na apreciação de CARRARA, “... a medida das penas deve ser classificada apenas segundo o sistema aritmético, aquele que toma por critério de proporção a mera quantidade do delito”, em detrimento da proporção geométrica, que deseja levar em conta a condição pessoal do réu³²⁰. Para os positivistas, como o que se deve punir é o agente tendo em conta a sua *periculosità* (FERRI) ou *temebilità* (GAROFALO), a pena não deveria ser estabelecida por um lapso temporal específico na lei, uma vez que ela deve ser aplicada enquanto persistir o perigo de o condenado voltar a delinquir. Defendiam, assim, até mesmo as penas indeterminadas. As atenuantes também eram teses mais afinadas com a Escola Positiva, muito embora, posteriormente, fossem incorporadas à corrente técnico-jurídica que, no seu ecletismo, estreme de dúvidas, era mais classicista do que positivista.

Outra corrente que merece referência, também, como neoclássica foi denominada Escola *Penitenciária*, iniciada por JOHN HOWARD, na Inglaterra, ao defender a aplicação das ideias liberais de defesa dos direitos do homem na execução da pena, pensamento que não foi recebido, com entusiasmo, pelos criminalistas clássicos, uma vez que estes entendiam que a execução das penas era matéria exclusivamente administrativa, e não judicial. CARRARA não exprimia oposição pelo fato de a execução da sentença ser confiada ao Ministério Público e, muito embora ele retrucasse a circunstância de ser confiada ao colégio de administração carcerária a função de coordenar a execução das penas, inclusive de liberar o preso antes mesmo do cumprimento total da pena aplicada pelo juiz, no seu Programa do curso de direito criminal ele não defendeu que essa atribuição fosse prerrogativa da magistratura.

Diga-se de passagem que, muito embora a questão da execução da pena não tenha animado os juristas clássicos em pinçar a intervenção judicial como forma de perquirir a proteção dos direitos do preso, BECCARIA³²¹ no livro *Dos delitos e das penas*, clamava a atenção para que a miséria e a fome fossem retiradas do cárcere e queria que a compaixão e a humanidade penetrassem através das grades. Ele reclamou, outrossim, da necessidade da separação, no cárcere, entre acusados e condenados, porque misturados, aqueles, quando libertados em razão do reconhecimento da inocência, carregavam a *marca da desonra*. Ainda que tenha pecado pela falta de clareza, BECCARIA, após elencar os motivos que contribuía para que o preso provisório, mesmo depois de considerado inocente, ainda assim ficasse estigmatizado na sociedade, ao contrário do que ocorria na Roma antiga, em que os absolvidos eram reverenciados pelo povo e recebiam honrarias. Para BECCARIA³²², os porquês desse estado de coisas eram os seguintes: “É porque parece que, no presente sistema criminal, segundo a opinião dos homens, prevalece a ideia da força e da prepotência sobre a da justiça; porque se atiram, misturados no mesmo cárcere secreto, os acusados e os condenados; porque a prisão é antes um suplício do que uma custódia do réu, e porque a força interna, defensora das leis, está separada da externa, defensora do trono e das nações, quando deveriam estar unidas”.

De todo modo, os seus seguidores diretos não se ocuparam de pensar a respeito da construção científica e, mesmo, física dos estabelecimentos prisionais, questão que encontrou em HOWARD o seu ponto de partida. Além de HOWARD, mais uma vez sobressai-se BENTHAM que, com base na sua filosofia *utilitarista*, com lastro no pressuposto de que a pena de prisão³²³ é um *mal*, uma *despesa – dor* – que o Estado pratica com a intenção de conseguir um *bem*, obter um *lucro* – prazer –, diz que ela é tanto mais *útil* para a sociedade quanto menor for o *sofrimento* dispensado ao réu.

Para BENTHAM, ao lado dos aspectos positivos, a pena de prisão concentra *males negativos*, alguns inseparáveis e, mesmo, necessários, e outros, que ele denomina *penas acessórias*, que derivam do *abuso* de sua execução, existentes *senão pelo descuido do magistrado*, como a falta de alimentação, de roupa para o prisioneiro, o calor, o frio e o mau cheiro devido à deficiente construção do estabelecimento carcerário. O filósofo inglês propõe, aqui, a intervenção judicial na execução da pena, cabendo ao juiz controlar o ambiente carcerário, no escopo de impor a observância dos direitos do preso.

BENTHAM era contra a pena de morte e entendia que deveriam ser edificados três estabelecimentos penais diferentes para abrigar os condenados: a casa de segurança ou de custódia,

³²⁰ Op. cit., p. 149-150.

³²¹ Ibid., p. 45.

³²² Ibid., p. 45.

³²³ Op. cit., p. 96 e 100.

destinada para os devedores; a casa de correção, para os malfeitores ressocializáveis; e a prisão escura, prevista para os irrecuperáveis. Para expungir as deficiências físicas do cárcere, BENTHAM tecia considerações também sobre a estrutura arquitetônica das casas de cumprimento das penas privativas de liberdade, dispondo que o edifício deveria ser construído de modo que permitisse, com facilidade, a entrada e a saída do ar, a penetração dos raios solares, que o piso fosse revestido, as paredes pintadas, houvesse a separação durante o repouso noturno entre pessoas de sexo diferente, os doentes fossem isolados em enfermaria e recebessem assistência médica e que fossem aplicadas medidas de limpeza do ambiente, por meio da aplicação de produtos químicos, visando evitar o mau cheiro e a proliferação de surtos epidêmicos. No plano arquitetônico, todavia, a maior contribuição de BENTHAM foi em relação ao sistema panóptico³²⁴, cuja ideia central era criar, no preso, a sensação de sua submissão a um processo de vigilância onipresente da carceragem. Para tanto, a carceragem, de acordo com o panoptismo, deveria ser construída em forma de anel na periferia (um círculo), com uma grande torre no centro – como uma espécie de sentinela suficiente para abrigar várias pessoas – vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel, que permitem ao pessoal da carceragem ampla visão de todas as celas e a vigilância constante dos presos, sem que estes, que não conseguem enxergar quem os vigia, embora saibam que estão vulneráveis, tenham condições de saber se estão, ou não, sendo observados³²⁵.

Hoje, com os equipamentos eletrônicos, cumprir a ideia do sistema panóptico é bem mais viável, evitando-se aberrações como a que foi aplicada em Bangu I, no Rio de Janeiro, em que foram colocados agentes penitenciários postados em frente à cela na qual se encontrava o preso conhecido como Fernandinho Beira-mar. Os presídios federais brasileiros, dotados do sistema eletrônico de monitoramento de todas as dependências das penitenciárias, são exemplos modernos da ideia subjacente do panoptismo, adaptada à alta tecnologia disponível no mercado³²⁶.

Por derradeiro, despontou uma terceira corrente neoclássica, chamada *corrente científica*, impulsionada pelo avanço de outras ciências humanas que, assim como a criminal, se prestam para auxiliar o estudo do fenômeno criminoso e dar orientações quanto à ação mais eficiente para coibi-lo e preveni-lo. Com suporte nos primeiros progressos da Psiquiatria, pôs em discussão o livre-arbítrio como fundamento único para autorizar a imputação criminal. Aponta MARC ANCEL que França e Bélgica, conjuntamente, começaram a desenvolver o estudo científico das estatísticas criminais, com a utilização da *antropometria* e da *bertinologem*, o que muito contribuiu “... lentamente porém com segurança, em prol de uma passagem da noção puramente jurídica de reincidência à noção criminológica de delinquência habitual”³²⁷. Ou seja, como fica mais evidente ainda no momento em que ele diz que MARSANGY anuncia a preocupação com a *profilaxia criminal*, a *corrente científica* é um avanço do pensamento clássico no sentido do positivismo ou, pelo menos, do núcleo da ideia que mais tarde ganhou contornos doutrinários mais consistentes pela genialidade de LOMBROSO.

1.3.6 – Neopositivismo.

Se muitas foram as direções da Escola Clássica, diferente não foi o que ocorreu com a Escola Positiva, muito embora a coesão do pensamento entre os três principais expoentes dessa corrente – LOMBROSO, FERRI e GAROFALO – seja mais forte do que em relação aos arautos da Escola Clássica – BECCARIA, FEUERBACH e CARRARA. Como era natural, ela conviveu com várias linhas de pensamento que, embora calcadas em verdades científicas preestabelecidas pela essência da doutrina positiva, continuaram arraigadas à base teórica dos clássicos.

Na categoria de correntes neopositivistas, concebendo como tais as que persistem na ideia do *determinismo*, sobrepõem-se duas tendências bem acentuadas: a primeira, seguindo em termos as pegadas de LOMBROSO, relaciona o crime a estigmas, “... não mais fisionômicos, porém constitucionais, ou neurológicos, funcionais”³²⁸, de modo que o crime, sendo um fenômeno patológico, teria como causa direta as anomalias individuais. A segunda, tendo em consideração que

³²⁴ Sobre o panoptismo, cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 173-199.

³²⁵ Op. cit., p. 129.

³²⁶ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*.

³²⁷ Op. cit., p. 58.

³²⁸ LYRA. *Novíssimas escolas penais*, p. 37.

uma boa parte dos delinquentes são pessoas *normais*, nas quais não se identifica a existência de nenhuma anomalia patológica, admite que as condições endógenas podem ser ativadas pelas condições do meio, em especial pela ausência de uma educação mais eficiente, que não seja forte bastante para inibir os instintos criminosos.

A Escola Positiva mais extremada, partindo da ideia do determinismo, conduziu a doutrina a aceitar algumas aberrações humanitárias e jurídicas, conferindo azo a que se pensasse numa profilaxia criminal embasada na eliminação que tinha como medida não apenas a pena de morte, como também a esterilização para autores de crimes sexuais. A par disso, como o fim do Direito Criminal deveria ser a defesa da sociedade, no sentido de impedir que o agente volte a delinquir, seja mediante a sua ressocialização durante o cumprimento da pena, seja com o impedimento de seu retorno ao convívio junto ao grupo social, as medidas preventivas, alvitradas por FERRI, deram espaço à defesa da aplicação da *medida de segurança preventiva* ao indivíduo que, nada obstante não tivesse praticado delito nenhum, não podendo, por conseguinte, ser responsabilizado criminalmente, fosse classificado como delinquente instintivo, que se encontra em zona fronteira da delinquência. A justificativa era de que, ao invés de esperar que a pessoa aja para, então, reprimir a sua conduta, o melhor para a sociedade é a sua retirada de circulação com a aplicação de medida de segurança, o que seria o ideal, pois a justiça criminal realizaria, assim, uma verdadeira justiça preventiva.

Na abordagem das correntes neopositivistas que conferiam relevância para o *determinismo social* (caracteres exógenos) em detrimento do *determinismo biológico* lombrosiano (caracteres endógenos), merece ser consignada a posição marcada pela chamada Escola Francesa, cujos maiores ideólogos foram LACASSAGNE, TARDE e DURKHEIM, principalmente o último, sendo estes os responsáveis, ainda hoje, pelos contornos da Sociologia Criminal. DURKHEIM, com expressiva argumentação, defendeu a tese de que o crime é algo indissociável da sociedade, que se encontra presente em todas as formas de vida em grupo, daí por que, em verdade, a sua existência não caracteriza uma *anormalidade*, mais uma *normalidade* e, em certa medida, uma *funcionalidade*, pois serve, até mesmo, de instrumento para as transformações sociais³²⁹. TARDE não concordava com que o crime fosse um fenômeno social normal, pois entendia que ele era, antes de tudo, um fenômeno antissocial. Mas DURKHEIM partia da premissa de que todo acontecimento proveniente da ação humana, que é constante e muito frequente em um determinado lapso temporal e em toda e qualquer forma de organização social, deve ser considerado um fenômeno normal, aí se incluindo, até mesmo, o crime. Nesse aspecto, FERRI, em *El homicida*, diz que o erro de DURKHEIM era considerar como normal o que, embora verificável em todo tipo de sociedade, não é a regra, mas sim a exceção e, ainda, acrescentava que, caso merecesse crédito essa assertiva, isso daria ensanchas para que se considerasse a doença um fenômeno social normal, assim como o é a saúde³³⁰.

Essa concepção *positivista* foi mais além da contribuição social no fomento ao ânimo criminoso imaginada por FERRI e fez com que, definitivamente, a Sociologia Criminal passasse a ocupar posição estratégica na definição das políticas criminais. Na esteira dessa dimensão *determinista social* do crime, floresceu, sob o comando do *marxismo-leninismo*, a *Criminologia Socialista*, que apontava o germe do delito nas desigualdades sociais provenientes das diferenças de classes, sendo o crime um ato individual de protesto e revolta contra a ordem vigente, uma expressão do egoísmo e da *competição* induzidos pela competição *sem lei* do capitalismo.

No Século XX eclode a *Sociologia Criminal* americana. Certamente em nenhum outro país a Sociologia Criminal ganhou tanto espaço como nos Estados Unidos. Se os Estados Unidos não se ocuparam em fornecer considerável literatura jurídico-criminal, fizeram uma produção científica sem paralelo nessa área de conhecimento. Mas há algo interessante a esse respeito, que merece registro. Na tradução para o inglês da obra de HANS GUSTAV ADOLF GROSS³³¹, consta que na Conferência Nacional sobre *Lei Criminal e Criminologia*, realizada em Chicago, na Universidade de Northwestern, em 1909, como os Estados Unidos ainda estavam muito atrasados no estudo da criminologia, deliberou-se a formação de uma comissão, com a tarefa de selecionar os melhores

³²⁹ DIAS; ANDRADE. *Criminologia*, p. 24.

³³⁰ P. 352.

³³¹ Cf. GROSS, Hans Gustav Adolf. *Criminal psychology: a manual for judges, practitioners, and students*. Tradução Horace M. Kallen. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts, 1998).

tratados sobre o assunto, escritos por italianos (os mais abundantes na época), franceses e alemães, a fim de que fosse providenciada a tradução para a língua inglesa.

Como se estivesse a adivinhar o desenvolvimento da cultura jurídica a respeito nos Estados Unidos, no texto de autoria dos professores integrantes da comissão de traduções, consta: “A seleção feita pela comissão representa o seu julgamento das obras que são mais úteis e mais instrutiva para fins de tradução. É sua convicção de que esta Série, quando concluída, irá fornecer ao estudante americano de ciência criminal um conhecimento sistemático e suficiente com as doutrinas e métodos de controle que agora detêm o estágio de pensamento na Europa Continental”³³². Resultado, os Estados Unidos faz muito tempo é o centro do estudo da criminologia, sendo certo que lá há mais sociólogo criminal do que propriamente criminalista e se diz que foi lá que teve início a Criminologia como profissão, especialmente no âmbito universitário³³³.

Por fim, diga-se que essas correntes neopositivistas, no entanto, no que diz respeito ao processo penal em si, não acarretaram nenhuma mudança do perfil que lhe foi traçado, desde o primeiro instante, por FERRI e GAROFALO.

1.3.7 – Escola Moderna Alemã.

A par das correntes neoclássicas e neopositivistas, há outras que, tendo incorporado os conceitos básicos das correntes clássica e positiva, não podem ser consideradas uma abordagem nova do classicismo ou do positivismo, mas uma verdadeira Escola Eclética, ainda que se divirja da originalidade dos pontos mais fundamentais dessas correntes de pensamento. Uma delas e que merece atenção é a chamada *Escola Moderna Alemã*. Essa corrente também recebeu o nome de *Escola Sociológica Criminal*, uma vez que, embora rejeitasse o determinismo lombrosiano, negava, igualmente, o livre-arbítrio classicista e identificava nas relações sociais as causas do crime.

Com essa postura eclética, mais afinado com a Escola Positiva do que com a Escola Clássica, FRANZ VON LISZT, doutrinador alemão, discordando da Antropologia Criminal de LOMBROSO e da Sociologia Criminal de FERRI, escorado no método indutivo e nas ideias fundamentais positivistas, com exposição rigorosamente técnica, imprimiu uma nova direção à ciência criminal, tendo como premissa a assertiva de que, ao contrário do que supôs e defendeu LOMBROSO, não era o fator antropológico que preponderava na determinação do comportamento criminoso, mas, sim, o meio social, aproximando-se, nesse passo, da *Escola Francesa*, fundada por LACASSAGNE. Outrossim, LISZT criticou FERRI, na medida em que este, em sua doutrina, ao reconhecer que, ao lado dos caracteres antropológicos, convivem, para conduzir o agente ao crime, determinantes sociais, não definiu quais dessas circunstâncias eram as preponderantes.

Ademais, LISZT não concordava com FERRI, pelo fato de a teoria deste conduzir à redução do Direito Penal a um mero capítulo da política ou Sociologia Criminal. Para o jurista alemão, a *observação* leva à conclusão de que todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições: um específico, característico da *natureza individual do delinquente*, e outro *referente às relações exteriores, sociais e especialmente das relações econômicas que o cercam*, sendo correto que as circunstâncias exteriores preponderam como causa *determinante* para a prática do ilícito.³³⁴ De qualquer forma, o pensamento jurídico de LISZT, difundido em seu *Tratado de Direito Penal*, editado em 1881, em verdade, foi uma *nova direção científica* em réplica à teoria da Escola Clássica que, diante da força dos argumentos de FEUERBACH, preponderava na Alemanha. Para tanto, ele, juntamente com HAMEL, de Amsterdã, e PRINS, de Bruxelas, fundou a União Internacional de Direito Penal, cujo estatuto dizia que, com ela, se pretendia espalhar o estudo da criminalidade e da

³³² Tradução livre: “The selection made by the committee, then, represents its judgment of the works that are most useful and most instructive for the purpose of translation. It is its conviction that this Series, when completed, will furnish the American student of criminal science a systematic and sufficient acquaintance with the controlling doctrines and methods that now hold the stage of thought in Continental Europe” (Op. cit., p. 30-31).

³³³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, p. 31.

³³⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003. p. 149-150. Conforme o tradutor José Higinio, LISZT não era “... somente um teórico nem somente um prtico, mas um técnico no sentido rigoroso desta expressão...” (Ibid., p. 23).

repressão “... tanto no ponto de vista social como no ponto de vista jurídico e a trabalhar pela adoção desta concepção e de suas consequências na ciência e na legislação penais”³³⁵.

Na Alemanha, essa doutrina, liderada por VON LISZT, em crítica profunda ao positivismo jurídico, origina a Escola Moderna, tendo em mira separar o Direito Penal da Criminologia, reservando àquele a pesquisa dogmática das normas jurídicas penais, por meio da lógica, concebendo o crime como um fato jurídico, mas não se descurando de que quem o pratica é o homem, possuindo, portanto, aspectos de ordem humana e social.

De toda sorte, conforme acentua FERRI³³⁶, a Escola Moderna, iniciada por LISZT, na Alemanha foi nada mais nada menos do que uma derivação da Escola Positiva³³⁷. E parece haver razão na afirmativa do ilustre criminalista italiano, pois, conquanto essa doutrina tenha linhas de divergência com o positivismo, aproxima-se mais desta do que da Escola Clássica.

1.3.8 – Escola do Tecnicismo Jurídico-Penal.

Se a doutrina nacional-socialista da Alemanha deu margem a que naquele país o Direito Penal e Processual Penal fosse pensado tendo como cláusula reitora o princípio autoritário da defesa dos interesses da comunidade, na Itália, a doutrina *fascista*³³⁸ também exigia a reforma do Direito Penal e Processual Penal, a fim de que fosse reafirmada a autoridade do Estado, em detrimento do caráter *liberal e democrático* que havia permeado os Códigos Penal e Processual Penal então vigentes nas plagas itálicas. Não se há de negar que o *fascismo* comporta várias definições, multiplicidade germinada da complexidade e mesmo da pluralidade de enfoques que o tema comporta. Contudo, sob o foco histórico – que é o mais pertinente – pode-se entender por fascismo, antes de tudo, um sistema autoritário de dominação, que admite apenas um único partido político, com ideologia embasada no culto do chefe e do Estado, com forte ideia nacionalista, e rejeição do individualismo liberal e da democracia. Portanto, o *fascismo*, que era uma antítese radical da democracia, escorava-se na constatação de que esse regime de governo, incapaz de cumprir as metas políticas e sociais, estava superado, pelo que “*No era ya el individuo quien debía considerarse el centro de la realidad social y política, sino el Estado que reivindicaba para sí un poder originario y autónomo respecto a la voluntad de los individuos en cada sector de la actividad política*”³³⁹.

Tendo como pano de fundo essa ideologia, aparece, na Itália, nos primórdios do Século XX, a *Escola do Tecnicismo Jurídico-Penal*, encabeçada por ARTURO ROCCO e VICENTE MANZINI, movimento criado como reação à confusão metodológica instaurada pela Escola Positiva. Essa Escola, também denominada Escola Técnico-Jurídica Italiana, teve como ponto de partida – notícia HELENO CLÁUDIO FRAGOSO – uma célebre aula ministrada por ARTURO ROCCO, em 1905, na *Università degli Studi di Sassari*, quando o jurista italiano, embora admitindo a importância do estudo a respeito das causas da delinquência, expendeu que essa questão não interessa ao estudo científico do Direito, porquanto o seu método de estudo não é o indutivo, mas o técnico-jurídico ou lógico-abstrato³⁴⁰.

Com uma proposta também conciliatória entre as Escolas Clássica e Positiva, a proposta da Escola do Tecnicismo Jurídico-Penal tinha como ponto de partida a premissa de que o Direito Criminal, com a Escola Positiva, tinha sido relegado a segundo plano. Para os juristas participantes do movimento, conquanto alguns estudos científicos oriundos do classicismo *carrariano* estivessem superados, não se podia conceber o extremismo da Escola Positiva em renegar a aplicação do *racionalismo* dentro de seu campo próprio. Ademais, a fim de reafirmar o prestígio da ciência criminal, abalada com o destaque conferido às ciências auxiliares pela Escola Positiva, a Escola

³³⁵ Ibid., p. 23.

³³⁶ Op. cit., p. 71.

³³⁷ Cf. MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tradução Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

³³⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Tradução Luís Guerreiro Pinto Cacaís, João Ferreira, Gaetano Lo Mónaco, Renzo Dini e Carmen C. Varrialle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 466).

³³⁹ BETTIOL. *Instituciones de derecho penal y procesal*, p. 83.

³⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978, p. 54.

Tecnicista tinha como missão revalorizar os estudos científicos do Direito positivo, sem opor-se, a princípio, a uma ou outra corrente: procurou conciliá-las, sem afrontar os fundamentos de cada escola.

Essa corrente surgiu, justamente, nas turbulências da Primeira Guerra Mundial, ocorrida em 1914, e atingiu o seu apogeu na Segunda Guerra Mundial, iniciada em 1939 e finalizada em 1945. Com efeito, até a eclosão do Primeiro Conflito Mundial³⁴¹, a plataforma política da Europa sobre a qual foram elaborados os Códigos Penal e Processual Penal era nitidamente liberal-humanística. Nas codificações então em vigor, se algumas ainda continham normas que não se enquadravam no arcabouço dessa filosofia, isso se deveu mais ao tempo necessário para o pleno desenvolvimento do processo de introdução das mudanças decorrentes do novo paradigma.

Tendo como foco de análise os códigos penais editados sob a influência do movimento reformista, que se instaurou na Europa como decorrência da difusão dos fundamentos da Escola Clássica, BETTIOL realça que o Código Penal de Napoleão de 1810, dentre outros princípios de base liberal, estabeleceu as cláusulas do *nullum crimen sine lege*, da *nulla poena sine lege*. Direcionado por esse viés liberal-iluminista, o Código Penal Bávaro de 1813, elaborado por FEUERBACH, teve, como uma de suas características, a disciplina rígida dos tipos penais, a fim de não dar margem de discricionariedade ao juiz, quanto à aplicação da pena³⁴². Sob a mesma inspiração, foi editado o Código Penal italiano de 1889 (Código ZANARDELLI), que foi o primeiro estatuto unitário daquele país.

Essa nova corrente criminal, de viés autoritário, ganhou projeção na Itália *fascista* e disseminou-se por diversos países, dentre eles o Brasil, pois as suas ideias se alinhavam ao perfil de Estado ditatorial. Um governo nacionalista autoritário, por óbvio, queria um Direito Criminal protecionista do Estado, com uma acentuada rigidez legalista e consequente diminuição do livre-arbítrio do juiz³⁴³.

Abstraindo toda consideração filosófica, os *tecnicistas*, cujos maiores propagadores foram ROCCO³⁴⁴ e MANZINI³⁴⁵, e ainda tiveram doutrinadores da categoria de MASSARI e DELITALA, sob forte inspiração *normativista*, entendiam que até mesmo questões afetas ao livre-arbítrio deveriam ficar fora do campo de investigação do cientista jurídico, pois este deve conter-se no exame do ordenamento posto pelo legislador, de modo que não há Direito fora da lei, não havendo, por conseguinte, de falar-se em Direito natural³⁴⁶. Com apoio na ideia da inutilidade jurídica das investigações filosóficas, MANZINI³⁴⁷ queria afastar essas indagações da consideração dogmática do Direito positivo. Até porque, para ele, fulcrado na linha *positivo-normativa*, no exame teórico da norma posta, não se há de indagar da justiça ou da injustiça de seu enunciado, uma vez que isso está fora da tarefa do dogmático³⁴⁸; trata-se de que questão de ordem política, a ser levada em consideração pelo legislador na formulação do Direito.

À época, na Itália, estava em vigor o Código de Processo Penal de 1913, que tinha sido concebido sob a orientação política e científica de ALESSANDRO STOPPATO, um jurista forjado nas fontes profundas da Escola liberal³⁴⁹. Havia necessidade, por conseguinte, de reformulação da legislação penal e processual penal da Itália. Por indicação de ROCCO, que era Ministro da Itália, MANZINI integrou as comissões de reforma dos Códigos Penal e Processual Penal de 1931. Ao *liberalismo* penal e processual penal então vigente impunha-se o *autoritarismo* embalado pela

³⁴¹ GIUSEPPE BETTIOL faz referência, igualmente, à Revolução Russa de 1917, uma vez que o Código Penal Soviético de 1926 – que teve como arcabouço um projeto elaborado por FERRI para a Itália, mas que não se transformou em lei –, representou um retrocesso, na medida em que, no alto de seu autoritarismo, não conheceu, sequer, o princípio da reserva legal – *nullum crimen sine lege* (*Instituciones de derecho penal y procesal*. Tradução Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: BOSH, 1976. p. 55 e 65).

³⁴² *Ibid.*, p. 55-56.

³⁴³ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). De beccaria a filippo gramática, In: *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 29.

³⁴⁴ Era Ministro de MUSSOLINI, homem que, nessa qualidade, comandou a reforma do sistema criminal italiano, sob o comando da doutrina fascista.

³⁴⁵ No prólogo feito por RICARDO NÚÑEZ e ERNESTO GAVIER à versão espanhola do Tratado de derecho penal, está dito que MANZINI não acreditava no liberalismo nem, muito menos, na democracia e possuía espírito autoritário. *Tratado de derecho penal*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar S.A., 1941. v.1, tomo 1. p. XIV.

³⁴⁶ FRAGOSO. Op. cit., p. 55.

³⁴⁷ Op. cit., p. XIII.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. XIV.

³⁴⁹ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*, p. 171.

ideologia do Fascismo que, na sua dimensão jurídico-penal, encontrava eco na Escola Técnico-Jurídica, a qual, em seu ecletismo, sugeria uma posição intermediária e conciliatória entre as posições das Escolas Clássica e Positiva, extraindo delas o que havia de mais autoritário.

1.3.9 – Escola da Nova Defesa Social

Contudo, durante todo esse tempo, estava em formação uma nova corrente de pensamento, que, mais tarde, veio a sedimentar-se sob a roupagem da *Escola da Nova Defesa Social*. Com efeito, já no ano de 1899, em obra intitulada “*Ciência penal e direito positivo*”, ADOLPHE PRINS³⁵⁰ defendia que a função do Direito Penal não seria retribuir o mal produzido pelo fato ilícito, e, sim, objetivar a defesa da sociedade, o que só seria possível, no seu pensamento, substituindo-se a noção de responsabilidade moral pelo critério da periculosidade do delinquente, porquanto a limitação do direito de punir ao atributo da racionalidade, para ele, leva ao abrandamento da pena, em detrimento da defesa social³⁵¹. Por isso mesmo, na sua doutrina, “... a ciência moderna considera o direito de punir, não como um direito absoluto, mas como um direito relativo de defesa social e de protecção social tendo por fim a defesa e a protecção dos interesses sociais”³⁵².

Em verdade, a ideia do Direito Penal como forma de defesa social, em que a preocupação deveria ser com o homem que pratica o ilícito, no sentido de aplacar a sua delinquência, que estava presente na Escola Positiva, de há muito era sentida pelos filósofos, havendo menção ao pensamento de Platão, segundo o qual a sanção não deveria preocupar-se com o passado, pois ele não poderia mais ser recuperado, mas sim com o futuro³⁵³. Essa ideia não se confunde com a doutrina do *Direito Penal do Autor*³⁵⁴ na sua versão radical ou estigmatizada e muito menos com a do *Direito Penal do Inimigo*³⁵⁵. A punição, de toda sorte, só é admissível em razão do fato criminoso, de modo que a sanção deve ser medida em consonância com o comportamento revelado com a conduta ilícita

PLATÃO, apud MARC ANCEL, em posição extremamente avançada para a época – quando a prisão era vista apenas como o meio para a aplicação da pena, já pretendia que ela fosse a sanção penal para a maior parte dos casos –, viu, na *prevenção*, a principal função da pena, pois esta é a única forma de efetivamente defender a sociedade³⁵⁶.

ERIC HOBSBAWN³⁵⁷ mostra que o Século XX foi excessivamente marcado pelas duas maiores guerras já registradas no mundo, em que não apenas as grandes potências se envolveram, mas praticamente todos os países, influenciando decisivamente nos sistemas políticos. Esse fenômeno do pós-guerra serviu de pano de fundo para o surgimento de novo movimento reformista criminal, ressurgindo as ideias do direito natural, colocando-se o *positivismo jurídico*³⁵⁸ no banco dos réus, sob a pecha de ser o grande responsável pelas atrocidades jurídicas do nazismo e do fascismo. O positivismo-normativo serviu de escudo para amparar muitos abusos e desrespeitos aos direitos fundamentais. Até mesmo juízes alemães chegaram a ser condenados no *Julgamento de Nuremberg*³⁵⁹, não sendo aceita a excusa de que a condenação a penas, como a esterilização, estavam amparadas na lei, à qual deviam obediência. Já alertava em 1908 o francês JEAN CRUET³⁶⁰, que o juiz não é a boca que pronuncia a vontade da lei, pois ele tem compromisso com a justiça, não tendo a norma o condão de encerrar o direito. Como bem acentua o insigne francês, a função ativa do juiz, na renovação do Direito, é um fenômeno constante, uma espécie de lei natural da evolução, pois, “...

³⁵⁰ ADOLPH PRINS era um neopositivista que adotava em parte o positivismo ferriano e, de outra, o que pregava a Escola Sociológica Francesa. (*Ciência penal e direito positivo*. Tradução Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1915. p. 37).

³⁵¹ *Ciência penal e direito positivo*, p. 39.

³⁵² *Ibid.*, p. 39.

³⁵³ ANCEL, Marc. *A nova defesa social*, p. 31.

³⁵⁴ Cf. item 1.3.11, *infra*.

³⁵⁵ Cf. item 1.3.12, *infra*.

³⁵⁶ *Ibid.* p. 31.

³⁵⁷ *Era dos Extremos: o breve século XX-1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³⁵⁸ A referência aqui, obviamente, é ao normativismo kelseniano.

³⁵⁹ GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁶⁰ *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Tipografia José Bastos, 1908, p. 26.

nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação immovelel”³⁶¹.

Retomando essa lição, a crise surgida no pós-guerra suscitou o redirecionamento dos direitos naturais impostergáveis, absolutos, chegando-se a propagar a ideia de que nenhuma jurisprudência ou lei que se apresentasse injusta, ou, ela própria, delitativa, poderia servir de fundamento para que o juiz decidisse uma causa. Sob essa nova ótica, a valoração formal da lei não pode, em tempo algum, ser obstáculo à consecução da justiça, que deverá, sempre, pairar acima da proposição normativa, até porque o direito deve se conformar com esta, e não com aquela. A lei, por conseguinte, deixa de ter um valor em si mesma, porquanto necessário que seja, antes de mais nada, instrumento para a realização da justiça. Esse movimento *filosófico reformista* de (re)valoração do direito deu origem à difusão dos direitos humanos e foi o caldo de cultura para o surgimento de outra Escola Criminal, a chamada *Escola da Nova Defesa Social*. Os excessos desumanos praticados antes e durante a Segunda Guerra Mundial, considerados vis no processo de Nuremberg, sob a noção de *crimes contra a humanidade*, que tanta indignação causaram, suscitaram, nos homens da ciência criminal, a necessidade de repensar o problema penal, procurando enxergá-lo, agora, não sob o aspecto apenas referente ao homem delinquente e ao campo do Direito Penal e Processual Penal, mas encará-lo como fenômeno social³⁶². O problema não seria, propriamente, criminal, e, sim, social, inserindo-se, aí, o Direito Criminal como um, e não como o único, instrumento de defesa social.

FILIPPO GRAMÁTICA³⁶³ tratou de levar a conhecimento essas novas ideias, criando, em Gênova, no ano de 1945, um Centro de Estudos de Defesa Social, vindo a sedimentar, com seus escritos, a teoria da Defesa Social. A tese de GRAMÁTICA era *abolicionista*, pois, ao fundamento de que a função do Estado não deve ser *punitiva, mas sim preventiva*, proclamava, ante a constatação da ineficiência dos cárceres, a reforma da essência do sistema penitenciário, com a substituição das penas pelas *medidas educativas e curativas*³⁶⁴. Era uma posição extremada, visto que, em contraposição ao Direito Penal repressivo, como última razão, visava à substituição, mesmo, do Direito Penal por um sistema não punitivo³⁶⁵. GRAMÁTICA, apud MARC ANCEL, alargando a sua doutrina, vai além da proposição de uma nova filosofia penal, ao acreditar que “... o ‘direito de defesa social’ deve substituir o direito penal existente; pois esse direito de defesa social se atribui como finalidade a adaptação do indivíduo à ordem social e não a sanção de seus atos.”³⁶⁶

1.3.9.1 – A doutrina da Escola da Nova Defesa Social na perspectiva de MARC ANCEL.

Essa posição sofreu severas oposições, diante da consideração de que, se a *repressão* não pode ser o *plano-comando* da política criminal, a sua primeira e principal razão muito menos pode dela prescindir. A crítica construtiva a essa posição extremada originou a *Escola da Nova Defesa Social*, representada, nessa fase, pelo francês MARC ANCEL³⁶⁷, tendo como obra fundamental “*A nova defesa social*”. ANCEL fora presidente da Sociedade Internacional de Defesa Social, Conselheiro da Corte de Apelação de Paris e secretário-geral da Sociedade de Legislação Comparada e do Instituto de Direito Comparado da Universidade de Paris. Conceituado jurista francês, com vários trabalhos

³⁶¹ Ibid., p. 26.

³⁶² ANCEL, Marc. *A nova defesa social*, p. 113.

³⁶³ Foi autor de diversos escritos jurídicos, o primeiro intitulado *Principii di Diritto Penal Soggetivo* (1933). Em 1945, fundou, em Gênova, o Instituto Internacionale per gli Studi di Difesa Sociale. O aperfeiçoamento do pensamento de GRAMÁTICA veio com a publicação da obra *Principi di difesa sociale*, publicada em 1961. MARC ANCEL credita a GRAMÁTICA o início do desenvolvimento do perfil democrático da defesa social, em reação ao tom autoritário dos positivistas.

³⁶⁴ LYRA, Roberto. *Novissimas escolas penais*, p. 76.

³⁶⁵ ANCEL, Marc. *A nova defesa social*, p. 11.

³⁶⁶ Ibid., p. 124.

³⁶⁷ Foi presidente da Sociedade Internacional de Defesa Social, Conselheiro da Corte de Apelação de Paris e secretário-geral da Sociedade de Legislação Comparada e do Instituto de Direito Comparado da Universidade de Paris. Conceituado jurista francês, com vários trabalhos publicados de Direito Comparado, área na qual é referência obrigatória, levou ao público a sua principal obra, *A nova defesa social*, no ano de 1954, como resultado de quinze anos de estudos e de longas reflexões. Em 1965, diante da ampla repercussão em diversos países da nova doutrina, com a tradução de sua obra para o espanhol, o inglês, o italiano e para a língua servo-croata, MARC ANCEL resolveu aprofundar o seu pensamento, o que fez surgir a sua segunda edição. Além das línguas mencionadas, a obra ainda foi traduzida para o japonês, o alemão e o russo e, em 1979, finalmente, foi traduzida para o público brasileiro.

publicados de Direito Comparado, área na qual é referência obrigatória, MARC ANCEL levou ao público a sua principal obra, *A nova defesa social*, no ano de 1954, como resultado de 15 (quinze) anos de estudos e de longas reflexões. Em 1965, diante da ampla repercussão em diversos países da nova doutrina, com a tradução de sua obra para o espanhol, o inglês, o italiano e para a língua servo-croata, ele resolveu aprofundar o seu pensamento, o que fez surgir a sua segunda edição. Além das línguas mencionadas, a obra ainda foi traduzida para o japonês, o alemão e o russo e, em 1979, finalmente, foi traduzida para o público brasileiro

O título da obra com a expressão *nova* serve para sublinhar que essa a ideia da defesa social não pode ser confundida com o conteúdo repressivo empregado pelos positivistas, e, ainda, para distinguir o pensamento por ele expandido da concepção *abolicionista penal* encampada na *defesa social* de GRAMÁTICA e de seus seguidores.

A Escola da Nova Defesa Social, que se situa como doutrina sedimentada no Século XX, tendo como suporte as correntes filosóficas de então, concentra seus esforços para *reencontrar a tradição humanística do Direito Penal e, com base nela, repensar o problema criminal*³⁶⁸. Compreende que o penalista não pode mais, para apresentar solução à problemática inerente ao fenômeno criminoso, ser simplesmente jurista, e, assim, tratar abstratamente dos fundamentos legais aplicáveis à responsabilidade ou aos elementos jurídicos do delito. Deve, contudo, ter em mente que não pode ele, o penalista, ser substituído, nessa tarefa, pelo médico, pelo sociólogo e/ou pelo psicólogo, pois a Criminologia moderna necessita examinar a ação criminoso com o concurso de todas as ciências humanas.

Nessa concepção, o sistema penal há de ser concebido de modo que leve em consideração a realidade humana e social, não ficando dissociado dessas circunstâncias, sob pena de não apresentar solução eficaz à criminalidade. Os dogmas jurídicos devem ser postos de lado, percebendo-se que o Direito Criminal, como ciência do Direito, e principalmente por seu campo de ação, atua na área em que não há absolutismos, mas, sim, *verdades relativas*. Para MARC ANCEL, os únicos dogmas que devem nortear o caminhar da justiça criminal, se é que se pode admiti-los como tais, são apenas a prevenção do crime e a busca da reinserção social do agente que comete o ilícito, tendo presente, na aplicação dos instrumentos necessários a esses fins, o respeito à dignidade da pessoa humana.

A Nova Defesa Social, assim, é uma *carta de intenções de política legislativa*, judiciária e executiva, em relação ao crime, diante da concepção de que a ciência penal moderna não pode prescindir da Criminologia, que se preocupa com o estudo do fenômeno criminal; do *Direito Penal*, que se ocupa em sistematizar as normas jurídicas com as quais a sociedade se prontifica a combater o fenômeno delituoso; e, por fim, da política criminal, que deve ser, a um tempo, ciência e arte, instrumento que deve servir de bússola ao legislador na elaboração das leis criminais, ao juiz no seu processo de aplicação e à administração penitenciária na execução da determinação judicial³⁶⁹.

Pode-se definir a Escola da Nova Defesa Social como o conjunto de ideias de ordem política, orientadoras dos poderes constituídos do Estado no tratamento a ser dispensado à problemática da criminalidade. É a política criminal a ser desenvolvida no que se refere ao fenômeno criminal, inserido no contexto social, para a qual a "... defesa social parte necessariamente da proteção do indivíduo, e mesmo da eminente dignidade do ser humano"³⁷⁰. Diferentemente do que queriam os *positivistas*, não reconhece essa doutrina o Estado revestido de um direito supremo para punir, porquanto "... o reconhecimento dos 'direitos humanos' é imanente a este sistema"³⁷¹.

Aqui, abandona-se a ideia classicista do caráter retributivo da pena, porquanto, nessa nova abordagem humanística da ciência criminal, vê-se a sanção apenas como o meio de preservar-se a ordem social, devendo ser aplicada na proporção em que for *necessária e eficiente* na ressocialização do agente³⁷². Na pregação da Nova Escola da Defesa Social, o processo penal é uma "... garantia em face do Estado sancionador"³⁷³ e, como ele perdeu sua *significação de moral social e de proteção coletiva*, é preciso a sua reformulação, diante da necessidade "... de uma justiça penal organizada

³⁶⁸ ANCEL, Marc. *A nova defesa social*, p. 114.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. XXII.

³⁷⁰ *Ibid.*, 125.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 126.

³⁷² ANCEL, Marc. *A nova defesa social*, p. 123.

³⁷³ *Ibid.*, p. 127.

segundo uma legalidade procedimental tão intangível quanto a legalidade dos delitos e das penas³⁷⁴. Logo, a ideia subjacente a todo o sistema penal é a *garantia dos direitos fundamentais*, o que impõe abandonar-se a concepção de que o Direito Penal e o Direito Processual Penal devem ser enxergados como *estatutos repressivos, como propunha o raciocínio da Escola Positiva*. No discurso democrático proposto pela *Escola da Nova Defesa Social*, não há espaço para se chamar o Direito Penal e/ou Processual Penal de Direito *Repressivo* ou *Estatuto Repressivo*, visto que essa linguagem é própria de um sistema antidemocrático, que imperou no Brasil a partir dos Códigos Penal e Processual Penal ainda vigentes.

A esse respeito, no item 1.3.2, supra, em que se fez a explanação sobre a Escola Positiva, restou consignado que o núcleo do pensamento se centrava na ideia de que o sistema penal deveria ser mais repressivo do que garantista. Enquanto a Escola Clássica surgiu empunhando a bandeira da necessidade de impor limites ao direito de punir do Estado, apresentando-se o processo penal como uma medida de garantia dos direitos do homem acusado contra os eventuais abusos do poder estatal, a Escola Positiva, ao argumento da falência dessa teoria no combate à criminalidade, em um giro completo, voltou-se para privilegiar a persecução criminal. Por conseguinte, a *linguagem repressiva* – estatuto repressivo, direito repressivo, delinquente, meliante etc. – é uma reminiscência do discurso positivista, adequado ao Estado forte, ditatorial, desajustado, por conseguinte, a um sistema democrático, como é o nosso. Nessa ordem de ideias, a Nova Defesa Social é uma volta do viés garantista do processo penal.

A Escola da Nova Defesa Social quer que, de uma vez por todas, o acusado seja chamado para o processo, não como o classicismo, timidamente, fê-lo, no sentido de que ele tenha o direito de conhecer a acusação e de defender-se, muito menos dentro da aspiração positivista, que foi para tê-lo como objeto de estudo, porém para que ele não apenas exercite o seu direito de defesa como também, querendo, se faça conhecer, mesmo antes do início do processo³⁷⁵. Isso porque, para a Nova Defesa Social, o crime é um fato humano, ou melhor, é a expressão da personalidade do seu autor, que deve ser reprimido não só em virtude da necessidade de segurança social, mas, em nome dela mesma e para prevenir outros ilícitos, a sanção deve ter o caráter de tratamento, aplicando-se, por isso mesmo, indistintamente, tanto ao imputável quanto ao inimputável³⁷⁶. Para MARC ANCEL, o problema criminológico a ser pesquisado no processo não consiste na forma simplista de enquadrar o agente do delito em uma das categorias de delinquentes preestabelecidas, mas, sim, a pesquisa efetiva das peculiaridades do caso, no desiderato de saber *por quê e para que* o homem, diante das circunstâncias socioeconômicas, aliadas aos seus antecedentes e específica constituição biológica, comportou-se de forma criminosa.

Nessa perspectiva, a justiça penal *não é e não pode ser senão relativa*, até porque a real função do juiz não reside em julgar um fato em si, de acordo com as regras abstratas, como se fosse um problema metafísico do lícito e do ilícito, mas julgar, na qualidade de homem, aquele que praticou a conduta, ou seja, *julgar outro homem*. Melhor explicando, escreve, com desengano acertado, MARC ANCEL³⁷⁷:

Ao juiz, isto é, ao homem que tem a missão de julgar, não se requer sentencie sobre um problema metafísico do bem ou do mal, mas sobre o problema, individual e limitado, da delinquência manifestada, em uma ocasião particular, pelo comportamento de um indivíduo. A justiça – humana – tem portanto por missão não estabelecer a dosagem da pena que, no absoluto, poderia compensar uma falta apreciada em si ou presumivelmente restabelecer o direito, mas determinar a sanção eficaz que permita tanto corrigir, e posteriormente reabilitar se possível o delinquente, quanto proteger a sociedade.

Note-se que MARC ANCEL utilizava, com frequência, a expressão *delinquente e*, em vários momentos, deixa vaziar a sua simpatia com a linguagem da Escola Positiva. De qualquer sorte, veja-se que ele tinha o cuidado, quando falava em *delinquência ou periculosidade*, de realçar que se tratava da delinquência manifestada em uma situação particular. Não defendia que o agente deveria ser

³⁷⁴ Ibid., p. 127.

³⁷⁵ ANCEL, Marc. *A nova defesa social*, p. 234.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Ibid.

julgado pelo que *é* ou pelo que os estudos revelam que *ele deve ser*, mas pelo que *ele fez* em um caso concreto que está em apreciação.

Reconhecendo que a pena é dotada de *medidas curativas e educativas*, embora a teoria da nova corrente afaste, por completo, a ideia extremada positivista da aplicação administrativa, sem intervenção judicial, de *medidas preventivas*, até mesmo, *ante delictum*, encampa a polêmica tese de que se deve aplicar aos adultos a mesma ordem de ideias que levaram a se cuidar do menor com medidas socioeducativas, sendo mais espécie de tratamento do que de punição. Nesse passo, MARC ANCEL afirmava que “Num sistema renovado de política criminal, ao contrário, o juiz deve poder fazer uso da sanção repressiva, mesmo quando, como ocorre com relação aos menores, situamo-nos no âmbito normal da sanção educativa”³⁷⁸. Acrescentava, ainda, o jurista francês que, assim como não deve mais haver diferença entre pena e medida de segurança, as medidas socioeducativas do menor, que, primeiramente, foram ejetadas do Direito Penal dos adultos e deram origem ao Direito do menor delinquente, manifestam-se como a *prefiguração do Direito Penal de amanhã*³⁷⁹, de forma que esse “... mesmo método, realista e humano, que tão magnificamente renovou a organização da reação contra a delinquência juvenil, seja amanhã aplicado, *mutatis mutandis*, em relação ao delinquente adulto, e particularmente a certas categorias dentre eles”³⁸⁰.

Essas teses da Escola da Nova Defesa Social são as que se apresentam mais consentâneas com as novas ideias de ordem penal pós-Segunda Guerra e serviram de paradigma às orientações da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal –, com ampla repercussão na maioria dos países, assim como ocorrera com as demais correntes de pensamento criminal anteriores. MARC ANCEL, com a autoridade de quem é reconhecido como um dos mais célebres *juscomparatistas*, leciona que, assim como as outras Escolas Penais, a por ele representada também serve como paradigma para outros países, até porque, toda pesquisa comparativa das políticas criminais “... faz com que necessariamente apareça em seu ponto conclusivo menos as diferenças ou as semelhanças das soluções técnicas do que as formas de reação dos diversos sistemas diante dos problemas de ordem social e humana que, no estado atual de nossa civilização, tendem a se apresentar por todos os lados quase de forma idêntica”³⁸¹.

Por conseguinte, a pesquisa *jurídica comparativa* não conduz a uma unificação dos sistemas criminais “... certamente utópica, nem mesmo a uma uniformização, talvez desejável, das legislações, mas ao reconhecimento, senão à formulação, de certas maneiras de pensar o direito penal”³⁸². Não foi sem razão que essa doutrina se espalhou pelo mundo, com traduções da obra de MARC ANCEL para o espanhol, o inglês, o italiano, o alemão, o japonês, o russo e, mesmo, para a língua servo-croata e portuguesa³⁸³, da mesma forma como ocorreu com os livros fundamentais das principais escolas penais.

1.3.9.2 – Visão crítica da Escola da Nova Defesa Social.

Como se nota, a Escola da Nova Defesa Social é mais positiva do que clássica e é mesmo, em verdade, uma nova abordagem – pode-se chamá-la de democrática – da doutrina positivista. Aliás, o próprio MARC ANCEL, na obra fundamental dessa nova corrente criminal, não nega que a verdadeira noção de defesa social surgiu com o positivismo e reconhece que, muito embora com essa doutrina não se confunda, ela é “... uma consequência indireta, e de certa forma em segundo grau, da doutrina positivista”³⁸⁴. Justamente por isso, GIUSEPPI BETTIOL³⁸⁵, em forte crítica a essa corrente

³⁷⁸ ANCEL, Marc. *A nova defesa social*, p. 301.

³⁷⁹ Ibid. No ensinamento da Escola da Nova Defesa Social, nota-se que ela elimina a discussão quanto à necessidade de redução da maioridade penal, porquanto o que prega, na verdade, é que seja aplicada aos adultos a mesma ideia socioeducativa do ordenamento jurídico pertinente aos inimizáveis menores.

³⁸⁰ Ibid. p. 301.

³⁸¹ Ibid., p. 149.

³⁸² Ibid. p. 149.

³⁸³ Ibid., p. XIII.

³⁸⁴ Ibid., p. 87.

³⁸⁵ Um dos mais expressivos representantes do neoclassicismo, BETTIOL possuía forte formação cristã e era, antes de tudo, defensor intransigente dos princípios do liberalismo democrático. O pensamento democrático-liberal de BETTIOL floresceu na resistência à ditadura fascista de MUSSOLINI. Ele mesmo confirma, no prefácio à edição brasileira de sua monumental obra *Direito penal*, redigida em três volumes, que seu escrito “... pretendeu ser uma reação inúmeras vezes violenta contra uma

de pensamento, embora admita os esforços de MARC ANCEL e GRAVEN em desconstruir o ranço autoritário próprio da ideia da *defesa social* preconizada pelos positivistas e tentar conciliá-la com um esquema normativo de garantia do direito de liberdade da pessoa humana, assevera que, mesmo assim, eles não conseguiram ocultar o seu viés defensivista, uma vez que estende a sanção além dos limites da culpabilidade, o que a desparta de um sistema de garantias da liberdade individual, na medida em que tem como norte a defesa social³⁸⁶.

Advertindo que a nova *defesa social*, mesmo que a expressão permita um significado diferente, percorre o mesmo caminho da antiga, BETTIOL³⁸⁷ tem por certo que as *articulações* e o *desenvolvimento do pensamento* dessa corrente, ainda que afastem algumas *afirmações do velho positivismo*, “... a marca de fábrica da ‘nova defesa social’ é a de um positivismo de fundo, em que, porém, confluem motivos heterogêneos e contraditórios”, razão pela qual acredita que “Estamos perante uma entrega incondicional nas mãos de um positivismo actualizado, mas que é sempre positivismo, pelas consequências que importa e determina na política e no direito penal.”³⁸⁸

Sem embargo da crítica contundente de BETTIOL, a verdade é que se a base da escola representada por MARC ANCEL é defensivista, ela não elege o Estado para ocupar o centro das preocupações do sistema criminal, porquanto, da leitura de sua obra, impõe-se reconhecer que ele pretende uma defesa social que tenha como primado a proteção do indivíduo e o respeito à dignidade do ser humano.³⁸⁹ Em poucas palavras, ROBERTO LYRA, com a genialidade de sempre, define que a doutrina expandida por MARC ANCEL, aproveitando-se dos *caminhos abertos pelos positivistas*, propõe que convivam, em harmonia, o *rigor defensivista com a piedade social, o respeito à liberdade individual e à dignidade humana*.

Resgatando essa bem ponderada análise de ROBERTO LYRA, tem-se que, embora parta da concepção positivista, a doutrina da Nova Defesa Social se concilia com o pensamento democrático *classicista*, na medida em que redireciona a função mais evidente do sistema criminal para a proteção do indivíduo e o respeito dos direitos fundamentais. É, por conseguinte, uma visão eclética das Escolas clássica e positiva, em busca de uma conciliação possível das ideias que seriam, dentro dessa ótica, as mais consentâneas para a eficiência de um sistema criminal democrático. Isso tanto é verdade que, logo no início, MARC ANCEL dedica o primeiro capítulo de sua obra para explicar o que se entende por defesa social, segundo a ótica da *nova Escola*³⁹⁰. Nos esclarecimentos que achou por bem acrescentar, MARC ANCEL acentua que esse termo não é um mero resíduo da Escola positivista, uma vez que, no novo conteúdo que se lhe empresta, a defesa social não se comprime no significado limitado de sacrificar o indivíduo ao Estado e a liberdade da pessoa ao rigor da repressão³⁹¹.

Em síntese, conquanto seja uma reação contra a ideia clássica de um sistema penal unicamente retributivo, substituindo-a pela noção de *tratamento*, como produto de uma política criminal sócio-humanista, acima de qualquer coisa, a *Nova Defesa Social* é uma nova filosofia penal, consentânea ao regime democrático, que se opõe ao antigo conceito de defesa social como proteção da sociedade pela via repressiva, possuindo como vetor diretivo a ressocialização, inserida em um sistema humanitário tutelar dos direitos inerentes à qualidade da pessoa humana, com nítido caráter *universalista*, como é próprio das teorias que pretendem estabelecer um modo de pensamento.

De forma incisiva, na introdução da obra com a qual expendeu o seu pensamento, ANCEL adverte que quer “... tentar explicar assim a nova defesa social na sua significação humanista, e em

concepção totalitária do direito penal, que no plano político aniquila qualquer posição de autonomia e de responsabilidade da pessoa humana” (*Direito Penal*. 2. ed. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. VII).

³⁸⁶ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*, p. 251. Toda a doutrina de BETTIOL, fortemente arraigada à filosofia humanística iluminista, parte da consideração de que, em um Estado democrático, o sistema criminal tem de guiar-se pelo sentido da culpa, com conseqüente previsão da pena como medida retributiva. Na sua lição, os limites do direito de punir se concentram na sanção da culpa, daí por que a pena não deve ter outro fim senão a retribuição social por esse comportamento, sob pena de dar margem ao Estado para, em nome do interesse social, alargar o seu espectro coercitivo.

³⁸⁷ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*, p. 254.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ ANCEL, Marc. *A nova defesa social*, 125.

³⁹² *Ibid.*, p. 1-28.

³⁹⁰ *Ibid.*, Marc. *A nova defesa social*, p. 1-28.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 8.

seu conteúdo dinâmico”³⁹². Como uma carta de seguro contra as incompreensões dos críticos, ANCEL chega a dizer, não sem alguma dosagem de excesso, que a defesa social não é uma escola, não tem a finalidade de estabelecer uma nova dogmática, a única possível, em substituição de todas as outras teorias já expostas do Direito Penal, até porque o que ela visa, unicamente, “... é unir todos aqueles que compreendem que o mundo atual e o pensamento moderno fazem romper o quadro das doutrinas preestabelecidas e as teorias de todas as escolas, num anseio de renovação humana que ultrapassa todas as técnicas”³⁹³.

1.3.10 – Abolicionismo penal moderno-democrático³⁹⁴.

Em passo mais adiante, o discurso democrático, no âmbito criminal, anima uma volta à ideia abolicionista de FILIPPO GRAMÁTICA, agora sob a liderança de LOUK HUSLMAN³⁹⁵, NIELS CHRISTIE³⁹⁶ e THOMAS MATHIESEN³⁹⁷. Na perspectiva desse pensamento, em contraposição ao apogeu intervencionista do século passado, o Século XIX, sem negar a necessidade da presença do poder e da autoridade nas relações sociais, sinaliza para uma *dimensão mais ampla da liberdade*, com consequente *redução e descentralização* da autoridade, o que implica uma nova (re)orientação da política criminal.

Em síntese, o movimento abolicionista possui duas posturas bem definidas, uma que *nega a legitimidade de atividades desenvolvidas na organização cultural e social* da justiça criminal e outra com a qual não se propõe a abolir, propriamente, o sistema criminal, mas sim a *maneira de olhar da e para a justiça criminal*. Na sua primeira dimensão, a corrente *abolicionista*, com poucos adeptos, assume a feição de movimento social transformador similar àqueles grandes eventos históricos que levaram, no passado distante, à abolição da escravatura, da perseguição às bruxas etc., cujo argumento maior reside na falência do sistema prisional, que não se presta para atingir os fins que com ele se almeja. Os abolicionistas focam as suas atenções no sentido de demonstrar que o sistema carcerário³⁹⁸ contém uma *irracionalidade*, até porque não cumpre com a sua missão, ao contrário, finda sendo um instrumento social pernicioso, na medida em que (re)alimenta a criminalidade³⁹⁹ e desenvolve a tese

³⁹² Ibid., p. XXII.

³⁹³ Ibid., p. XXXIV.

³⁹⁴ Essa expressão foi a escolhida neste livro, a fim de distingui-la da outra corrente abolicionista defendida anteriormente por GRAMÁTICA.

³⁹⁵ Professor Emérito da Universidade de Roterdã.

³⁹⁶ Professor Titular de Direito Penal da Universidade de Oslo.

³⁹⁷ Professor de Sociologia do Direito da Universidade de Oslo.

³⁹⁸ Os presídios no Brasil, devido à forma anacrônica como foram construídos e sendo mal geridos, além de não cumprirem a sua finalidade, fomentaram a a criação e organização de facções criminosas em seu interior, tornando-se verdadeiros escritórios oficiais de onde as ações dos grupos organizados são comandadas. A respeito desse tema, CARLOS AMORIM, em livro clássico (*CV-PCC: a irmandade do crime*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006) no qual aborda o surgimento do crime organizado no Brasil, revela que a indústria do crime foi arquitetada no interior das penitenciárias, e conta a história da criação do Comando Vermelho (CV) e do Primeiro Comando da Capital (PCC). Sobre a ineficiência do sistema carcerário brasileiro, cf. ainda: SOUZA, Percival de. *Sindicato do crime*. São Paulo: Ediouro, 2006; MENDES, Luiz Alberto. *Memórias de um sobrevivente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001; LAUDEMIR, Julio. *O bandido da chacrete*. Rio de Janeiro: Record, 2007; VARELA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. VARELLA, Drauzio. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

³⁹⁹ Ideologicamente, a razão da prisão como pena se escora em cinco objetivos: a reabilitação, a intimidação, a prevenção geral, a interdição e a retribuição. Quanto à reabilitação, a proposta da teoria prisional encontra-se superada, devido a vários estudos demonstrarem, com argumentos irrefutáveis, que o ambiente criado em seu interior é pautado em um catálogo de valores frontalmente contrários aos valores sociais da sociedade, que tem a liberdade como norte. Por outro lado, a pena de prisão igualmente não serve como intimidação pessoal ou coletiva (prevenção geral), sendo suficiente, para chegar-se a essa conclusão, que nem mesmo a pena de morte consegue esse efeito, tendo até mesmo positivistas, como FERRI, admitido isso, com a revelação de dados estatísticos que comprovavam essa verdade. Os dois últimos fundamentos são os mais fortes para justificar a sua existência, todavia, o caráter meramente retributivo da pena é sobremaneira questionável em um sistema que se pretende considerar democrático, além de ser possível o cumprimento dessa função com a adoção de outra medida diferente daquela que importa em coartar o direito de liberdade, direito fundamental que é a própria razão da vida. Quanto à função de afastar o agressor do grupo social e, assim, impedir que ele volte a praticar crimes, para casos extremos, não há como deixar de aceitar a prisão como pena, como, aliás, assim admite a doutrina abolicionista. Sobre o sistema prisional, cf. FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Tradução Hilário Veiga Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1935; PLAYFAIR, Giles; SINGTON, Derrick. *Prisão não cura, corrompe*. Tradução Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1969; CARNEIRO, Augusto Accioly. *Os penitenciários*. 2. ed. Rio de Janeiro: Henrique Velho & Cia., 1930.

de que o combate aos comportamentos antagônicos aos valores sociais não possui como única ferramenta a *prisão*⁴⁰⁰, sendo possível a adoção de outros meios tão ou mais eficientes.

Agregam os abolicionistas que a resolução desse *problema* não tem apenas como via o sistema penal, nem muito menos esse é o canal preferencial para resolvê-lo⁴⁰¹. Em reforço a essa tese, com suporte nas informações sociológicas colhidas do exame da *cifra negra*⁴⁰², mostram que a grande maioria dos eventos criminosos são *lidados* fora da justiça criminal e muitos deles são assim tratados pela própria vontade dos atores centrais da arena delituosa, não raro incentivados ou substituídos por agentes da esfera policial, que preferem encontrar uma solução à margem da legalidade a enfrentar os efeitos deveras negativos do sistema criminal. É fato que o exame oficial do crime, seja pelo inquérito, seja pelo processo judicial, se não é agradável para o agente que pratica a ação tida como ilícita, muito menos o é para a vítima que se vê exposta a toda sorte de constrangimento, que não se manifesta apenas quando se cuida de crime sexual, embora neste isso mais se evidencie. Para além desses aspectos, ao lado da *cifra negra*, FERRAJOLI agrega a *cifra de La injusticia*, “... uma *cifra* no menos oscura pero aún más inquietante e intolerable: La formada por el número de inocentes procesados y a veces condenados”⁴⁰³.

Constata os abolicionistas que, impressionados mais em (re)agir conforme a satisfação dos interesses oficializados do que em satisfazer efetivamente a vítima (logo a quem a resolução do processo deve interessar), esta não enxerga *legitimidade* quanto ao tratamento criminal dispensado pelos órgãos penais – compreendidas nessa expressão não apenas as agências policiais, como também os órgãos do ministério público e judiciais –, o que a estimula a procurar *alternativas* a uma justiça criminal que, sem embargo de agregar-lhe mais um constrangimento, não confere guarida aos seus *interesses*. No contexto da corrente abolicionista, está a assertiva de que a vítima é a grande esquecida do processo criminal, o que faz com que esta seja totalmente indiferente para aquela. De há muito, EDUARDO ESPÍNOLA⁴⁰⁴ defendia a posição de que, sem embargo das justificativas para a legitimação do Ministério Público quanto à propositura da ação penal, não se pode negar que “... seja qual for o interesse público e social, que hajam de apurar o delito e punir o ou os autores, persiste sempre o grande e muito ponderável interesse particular na apuração do fato e na punição dos responsáveis”. CÂMARA LEAL lembra que o legislador do Código de Processo Penal, ao prever a figura da vítima como assistente do Ministério Público, inspirou-se no Código de Processo Civil de 1939, tendo em conta que, assim como “O assistente, na ação civil, é aquele que, não sendo parte direta na causa, poderá sofrer os efeitos da sentença em suas relações jurídicas com alguma das partes. Também o ofendido, na ação promovida pelo Ministério Público, poderá sofrer os efeitos da sentença no que diz respeito ao seu direito à reparação civil do dano ex delito”. O aspecto patrimonial foi o móvel para a previsão do ofendido na qualidade de assistente no processo penal, adicionando CÂMARA LEAL⁴⁰⁵ que não se deve esquecer que essa intervenção há de ser aceita tendo em conta ainda o interesse moral daquele na punição do ofensor⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ A nossa população carcerária é excessivamente alta. Conforme dados consolidados até junho de 2020 divulgados pelo Departamento Penitenciário nacional pelo SISDEPEN, a nossa população carcerária naquele período era de 702.069 mil presos (Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVIMWRiOWYtNDVkNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 22 mar. 2021). Enquanto isso, é por volta de 300 mil o déficit de vagas. Em um quadro como esse, não se pode acreditar em solução da nossa triste realidade a não ser mediante uma completa modificação do modelo até agora adotado. Há de reconhecer-se que um grande passo foi dado nesse sentido. A concepção do sistema penitenciário federal inaugura uma nova fase, com a construção de presídios de segurança máxima com capacidade para, no máximo, 208 presos, em celas individuais, com expressa vedação legal de ultrapassar esse limite. Equipados com aparelhos de última geração, há monitoramento eletrônico por câmeras de vídeo, nas áreas comuns, a despeito de outras medidas imprescindíveis para a gestão de qualidade do sistema, como a atuação de agentes penitenciários especialmente treinados para o exercício da função de guarda. Espera-se que os Estados dêem a devida atenção ao modelo do sistema penitenciário federal, a partir mesmo da concepção arquitetônica dos presídios, no propósito de que as facções criminosas que atuam no interior dos cárceres tenham reduzida ou eliminada a sua força.

⁴⁰¹ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 270.

⁴⁰² *Cifra negra*, em criminologia, significa os crimes ocorridos na sociedade, mas que não são levados a conhecimento do sistema criminal ou, quando a ele chegam, não são trabalhados em razão de não se saber quem lhes deu causa.

⁴⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial, 1995, p. 210.

⁴⁰⁴ *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 3. p. 269.

⁴⁰⁵ *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1942, v. 2. p. 154.

⁴⁰⁶ Cf. item 9.3.3.5, infra.

Diante dessa realidade, os abolicionistas revelam que, em verdade, há uma prática social mais comum do que se supõe de *tratar* esses eventos criminais fora do sistema penal, circunstância que denota que este não é única fórmula *possível e disponível* de lidar com o assunto⁴⁰⁷. No discurso abolicionista, a *cifra negra*,⁴⁰⁸ ou seja, o número de casos que são tratados fora do sistema penal, é superior ao número de eventos que são solucionados pelas agências criminais, pelo que, em verdade, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, a justiça criminal como via de *tratamento* dessas questões é uma *excepcionalidade*. Por isso mesmo, HULSMAN observa que, sendo a justiça criminal um modo excepcional de lidar com as condutas ilícitas, não se pode negar a necessidade e urgência de colocar em pauta uma nova questão sobre a sua legitimidade, tendo em consideração o seguinte: a) o *referencial* da justiça criminal não mantém uma coerente interação de cidadãos e profissionais; b) muitas das práticas das agências criminais não se confortam com os valores que sobressaem dos direitos humanos; c) as convenções dos direitos humanos limitam o *tratamento* das questões sociais pelo sistema criminal àqueles fatos cuja abordagem sob essa ótica seja *necessária numa sociedade democrática*; d) o modelo criminal impossibilita que as agências penais lidem, de forma criativa, com os problemas/crimes e com eles aprendam⁴⁰⁹.

Na crítica à organização da justiça criminal sob esse modelo *punitivo*, os abolicionistas apontam como maior defeito a forma como as vítimas são (des)tratadas pelo sistema. Nesse passo, censuram os abolicionistas a inexistência de espaço para a participação ativa das pessoas que, direta ou indiretamente, foram prejudicadas com o evento qualificado como criminoso, as quais, em prol da *legitimação* do sistema, precisam assumir uma posição ativa no *processo* empregado para a solução do problema, a fim de *orientar* a atuação dos profissionais das agências estatais. Após destacar que, no âmbito da justiça criminal, não há, pelo menos em princípio, nenhum espaço para *tal participação e orientação*, HULSMAN alega que não somente a polícia, como também os órgãos jurisdicionais se dirigem menos pelos *desejos e reclamações* das pessoas que comunicaram a agressão de que foram vítimas do que *pelas exigências do procedimento legal que estão preparando*⁴¹⁰.

Isso explica, segundo o mesmo autor, a razão pela qual a vítima, ao invés de ser um guia para as atividades policiais e judiciais, transforma-se e é tratada como uma espécie de testemunha especial. Ou seja, da posição de um dos principais atores do drama ilustrativo do problema, a quem, portanto, o funcionamento do sistema deve procurar dar uma resposta com foros de legitimidade, passa a ser mais um meio de prova, dentre outros mais permitidos.

No pensamento abolicionista, contudo, conforme a sensibilidade de THOMAS MATHIESEN⁴¹¹, as inquietações com a vítima vão mais além, no instante em que, ao invés de procurar satisfazê-la tornando mais rigorosa a punição prevista para o agente que pratica a agressão, a doutrina busca um maior apoio para aquela, por meio da “... compensação econômica (do Estado) quando isso for pertinente, um sistema de seguro simplificado, apoio simbólico em situações de luto e pesar, abrigos para onde levar as pessoas quando necessitarem de proteção, centros de apoio para mulheres espancadas, solução de conflitos quando isso for possível, e assim por diante”. Sob essa orientação, a vítima, que no sistema atual não recebe absolutamente nada, passaria a ser amparada, numa escala de apoio proporcional ao grau da agressão sofrida, uma mudança radical das coisas tal como hoje elas são ou, para ficar com as palavras de MATHIESEN, uma guinada no sistema em 180 graus, o que, há de convir-se, “... seria racional do ponto de vista das vítimas e, provavelmente, também, útil para superar a resistência ao desmantelamento do sistema atual”⁴¹².

Esse pensamento abolicionista se identifica com o movimento da justiça restaurativa⁴¹³. A Lei nº 11.719, de 2008, adotando essa orientação, conferiu maior participação da vítima no processo, sem embargo de se preocupar em oferecer-lhe assistência psicossocial, jurídica e de saúde e a garantia de

⁴⁰⁷ HULSMAN, Op. cit., p. 204.

⁴⁰⁸ Segundo PERCIVAL DE SOUZA, no Rio de Janeiro, a polícia só consegue identificar 10% dos autores de homicídios (SOUZA, Percival de. *Sindicato do crime*. São Paulo: Edipro, 2006, p. 108). Por outro lado, tirando o Estado de São Paulo, é inferior a 5% o índice de esclarecimento de crimes pela polícia civil (TOLEDO, Roberto Pompeu. *A polícia continua sem polícia: existe, além do caos aéreo e do Renam, um problema de segurança pública – o leitor se lembra?* Revista Veja.)

⁴⁰⁹ Ibid., p. 205.

⁴¹⁰ Ibid., p. 200.

⁴¹¹ Ibid., p. 276.

⁴¹² Ibid. p. 276.

⁴¹³ Cf. item 9.3.3.5, infra.

que, com a sentença, sempre deverá ser fixado um valor mínimo para a reparação do dano. Com a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, o legislador, orientado por essa doutrina, que consagra a *justiça restaurativa*, inseriu no Código de Processo Penal alguns dispositivos que têm em mira satisfazer essas necessidades do ofendido/vítima⁴¹⁴. Embora ainda tratado como prova, o ofendido passa a ter o direito de ser comunicado dos atos processuais, referentes ao ingresso e à saída do acusado da prisão, da data designada para a audiência, assim como da sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou reformem (art. 201, § 2º, do CPP). Quanto ao aspecto social, foi prevista a possibilidade de o juiz encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado (art. 201, § 5º, do CPP). Deverá, outrossim, o juiz tomar as medidas necessárias para fins de “preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação” (art. 201, § 6º, do CPP).

Por outro lado, com a segunda etapa da Reforma Tópica, implementada pela Lei nº 12.403, de 2011, ao ofendido foi assegurado, até mesmo, o direito de pedir a decretação de prisão preventiva ou de medida diversa da prisão⁴¹⁵.

Sob outra ótica, a segunda direção do movimento abolicionista – *modificação da linguagem criminológica*⁴¹⁶ – refere-se a uma *abolição acadêmica*, com profunda modificação do discurso empregado no tratamento do assunto⁴¹⁷. Nessa vertente, procura-se envolver as organizações que estão por trás da justiça criminal, mais especificamente as universidades, os departamentos de Direito, as ciências criminais e sociais em gênero, a fim de contribuir na mudança do discurso jurídico. No ponto, HULSMAN observa que a justiça criminal se vale de uma linguagem punitiva que se crê, por parte de seus atores e do público em geral, coerente com a realidade criminológica, mas, ao contrário, o discurso oficial oculta as *situações-problema (crime)* e a *criminalização*⁴¹⁸, em virtude de acreditar na errada suposição de que de fato existe uma *realidade ontológica do crime*, o que não é verdade, posto que as condutas criminalizadas pelo legislador não se distinguem, em sua própria razão de ser, de outros eventos *proibidos, dolorosos ou ameaçadores*. Em razão disso, explica HULSMAN, somos levados a considerar as ações criminais “... como eventos excepcionais que diferem de forma importante de outros eventos que não são definidos como criminais”⁴¹⁹.

Quanto a isso parece não haver dúvida, até porque, como realidade propriamente dita, o crime existe apenas no sentido figurativo que lhe é emprestado⁴²⁰. Por isso mesmo, com carradas de razão, NILS CHRISTIE, outro arauto da corrente abolicionista, em linguagem contundente, afirma que o *crime não existe, ele é criado através de processos sociais que dão sentido aos atos*⁴²¹. Ainda que o assunto seja tratado no ambiente da política criminal, isto é, mesmo sem que haja a abolição do Direito Penal em si, essa versão da corrente pretende uma (re)construção conceitual do assunto, que deve principiar ante a constatação de que o crime não tem uma razão de ser ontológica diferente de outros comportamentos proibidos, justificando-se, por conseguinte, a substituição do conceito *comportamento criminoso ou criminalizável pela de situação problemática*⁴²². Como consequência, isso torna o ambiente da investigação científica mais saudável, mais desapegado dos preconceitos que o tema suscita e mais distante das influências que a emoção recalitra em se fazer sentir, sem falar, claro, no viés democrático dessa linguagem.

Muitas dessas ideias da corrente abolicionista, como se vê, são plenamente aceitáveis dentro de uma política criminal arejada e democrática, centrada em buscar melhor compreensão e tratamento ao fenômeno criminoso, e servem, naturalmente, como guia para uma teoria constitucional do

⁴¹⁴ O legislador dá preferência para a expressão ofendido.

⁴¹⁵ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, 2. ed., p. 466-469.

⁴¹⁶ Cf. item 8.2.3.3, infra.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 197.

⁴¹⁸ Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução Maria Abramo Brant de Carvalho. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 191.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 195.

⁴²⁰ Esse pensamento se alinha à posição de DURKHEIM (Cf. item 1.3.6, supra).

⁴²¹ Civilidade e estado, In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução Beatriz Scigliano Careiro. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 247-249.

⁴²² *Ibid.*, p. 206.

processo penal que possui como princípio hegemônico de todo o sistema o respeito à dignidade da pessoa humana, decorrendo, a partir daí, uma série de princípios que exprimem a ideia filosófica de um pensamento estruturado sob as bases do *garantismo*.

1.3.11 – Direito Penal do Autor e Direito Penal do Inimigo.

No exame das Escolas Clássica e Positiva, nota-se que uma diferença basilar entre ambas reside no fato de na primeira dar-se mais destaque ao fato criminoso tipificado na lei, enquanto, na segunda, ser mais relevante a análise da periculosidade do agente. Essa diferença de perspectivas é determinada pelo método de investigação adotado por cada uma dessas correntes, o *dedutivo* – Escola Clássica – que tem como núcleo de estudo o fato criminoso, e o *indutivo* – Escola Positiva –, que não se contenta com o fato criminoso, elegendo como mais fundamental perquirir o comportamento delinquentes. Por isso mesmo, para os classicistas a finalidade da pena era a retribuição, enquanto para os *positivistas* a prevenção.

Em sua formulação mais radical, adeptos da Escola Positiva chegaram a defender, até mesmo, a aplicação da medida de segurança *ante delictum* aos *fronteiriços*, ou seja, a imposição de medidas de segurança contra pessoas que, embora não tivessem praticado crimes, conforme diagnosticado em estudos criminológicos, fossem consideradas potencialmente criminosas, em outras palavras, que, mais cedo ou mais tarde, fatalmente iriam delinquir. Seria uma espécie de justiça criminal preventiva, ao contrário do sistema criminal *post delictum*, concebido apenas para atuar tendo como base um crime praticado, sob a forma repressiva.

Diversas correntes penais posteriores, *neoclássicas* e *neopositivas*, incorporaram a ideia de que a finalidade da pena abrange tanto a retribuição quanto a prevenção. A Escola Moderna fundada a partir das considerações de VON LISZT⁴²³, despartando-se dos extremos das Escolas Clássica e Positiva, salientava que a conciliação entre as duas correntes era possível, diante da concepção de que, sendo certo que a pessoa só pode ser punida pelo que *fez* (crime cometido) não pelo que é (história de vida ou periculosidade), o padrão de definição da gravidade do crime, revelado no fato concreto, se faz em consonância com o valor que a ordem jurídica liga ao bem lesado, enquanto na sua ideia, chamada *ideia finalística*, o padrão é aferido conforme a intenção *delituosa demonstrada pelo fato*.

Explicando melhor, VON LISZT⁴²⁴ esclarece que, para encontrar o padrão de gravidade do fato do caso concreto, os seguidores da *ideia finalística*, no “... julgamento do delincente, vão além do fato individual que faz atualmente objeto da acusação, investigam-lhe o passado e dele tiram conclusões sobre o futuro”. Mas, em seguida, faz questão de advertir: “... não se trata da intenção delituosa em si, mas da intenção demonstrada por um crime certo e determinado. A imposição de pena é medida que tão profundamente ofende a liberdade individual e tão imediatamente afeta o bem-estar da coletividade que nunca a intenção só, isto é, a suspeita, mas sempre somente o fato, isto é, a realidade, pode dar causa justificada à ação repressiva do Estado”. VON LISZT⁴²⁵ citava como exemplo a graduação da pena em razão da reincidência, hipótese em que se leva em consideração não apenas o fato criminoso objeto do processo, mas, igualmente, a história do agente, com a preocupação de concluir que, se é certo que o agente há de ser responsabilizado *conforme a sua culpa*, a gravidade da culpa, todavia, não está determinada, apenas, pelo resultado material do fato.

Esse pensamento de LISZT foi um tanto quanto desvirtuado depois da Primeira Guerra Mundial e incorporado ao discurso de *defesa social*, conveniente aos regimes autoritários próprios de um tempo de beligerância entre os países. Todavia, lembra ROXIN⁴²⁶ que, por volta dos anos trinta, ocorreu um retrocesso na ideia de um Direito Penal do Autor nos termos propostos por LISZT, em razão das questões afetas ao momento político e social da época, favorável aos regimes de força. ROXIN aponta, nessa época, dentre tantos outros, três enfoques diferentes do Direito Penal do Autor, que são os mais conhecidos. O primeiro, o enfoque na visão de ERIK WOLF, de acordo com a qual

⁴²³ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I, p. 163.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 164.

⁴²⁶ CLAUS, Roxin, *Derecho penal: parte general*. 2. ed., Tomo I. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 179.

o autor é um ser *corrompido* ou *depravado*, elaborando uma *tipologia de autores* identificando alguns *tipos de autoria* que se caracterizam pela *periculosidade para o comum* (exemplo dos delinquentes sexuais), *oposição ao comum* (exemplo dos delinquentes de fraude e administração desleal) e *hostilidade ao comum* (exemplo dos delinquentes por convicção), ao lado daqueles classificados como delinquentes por desleixo em relação ao comum (exemplo dos crimes contra a administração) e a lesão para o comum (exemplo dos delitos imprudentes). O segundo, o enfoque da *lei alemã sobre delinquentes habituais de 1933*⁴²⁷, que seguiu a orientação do Direito Penal do Autor não apenas para as medidas de segurança como, igualmente, para as penas, tendo como fator preponderante menos o fato criminoso em si, do que a figura do autor, classificado como um *delinquente habitual e perigoso*, dando origem à *teoria do tipo criminológico do autor*, cuidando EDMUND MEZGER, para responder à questão de que a pena tem de ser aplicada na medida da culpabilidade, de desenvolver a *teoria da culpabilidade pela condução da vida*, de acordo com a qual o agente não tem a sua culpabilidade inferida, apenas, pelo fato criminoso isolado objeto do processo, mas pelo conjunto da obra, representada pela sua história de vida, que “... *abarca toda la personalidad del autor, su haberse-hecho-así por llevar una vida equivocada, y en esa medida es una concepción*”⁴²⁸. O terceiro, o enfoque da *legislação de guerra e do tipo normativo do autor*, adotado pelo regime Nazista⁴²⁹, que continha a definição de tipos de personalidade sem contornos definidos, como os de *sujeito nocivo* para o povo e de *delinquente habitual*, os quais serviam de parâmetro para valorar o fato concreto conforme o modo de atuar de um autor típico. Adverte ROXIN que, “... en el fondo la teoría del tipo normativo de autor no tiene mucho que ver con el Derecho penal de autor, puesto que no se ocupa de la personalidad del autor, sino que lo que hace es comparar su hecho concreto con el modelo conductual representado de la acción que se espera de un típico autor de ese delito”⁴³⁰.

Em verdade, a versão radical e autoritária do *Direito Penal do autor* foi obra do regime *nazifacista*, menos preocupado em estabelecer métodos de prevenção ou de tratamento do agente criminoso do que em eliminar os agentes de comportamento desviante, em nome da preservação dos interesses dos homens superiores. Com essa intenção, forjou-se a criação do modelo de *Direito Penal do Autor*, em detrimento do *Direito Penal do Fato*, que não se confunde com o pensamento de LISZT, embora com ele tenha intimidade. Como salienta FÁBIO ATAÍDE⁴³¹, esse foi um modelo instituído pela ordem nacional-socialista alemã como “... reação anti-humanista, antigarantista e desinteressada na defesa da sociedade por aplicação de medidas de recuperação.”

As repercussões desse modelo de Direito Penal se fizeram sentir no ambiente do processo penal, a partir mesmo da negação da existência de relação processual penal no pressuposto de que o acusado, por ser o que era conforme a sua periculosidade/personalidade, não possuía a faculdade de defesa ligada ao direito de liberdade, até porque, um regime autoritário como o nazista, recusava “... a subordinação do Estado ao direito com a possibilidade do triunfo da força e da raça”⁴³². Até porque, no discurso do regime nacionalista alemão, o papel do advogado, antes de tudo, era defender os interesses legítimos da nação, daí por que, para todos os efeitos, a sua função no processo do defensor técnico era a de um mero auxiliar da justiça, não devendo se ocupar em defender quem não merecia. Lembra FÁBIO ATAÍDE⁴³³ que “O III Reich chegou a editar, em 21 de fevereiro de 1936, uma lei

⁴²⁷ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Traducción Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 48-49). MEZGER informa que o Código Penal para o Reich Alemão, promulgado em 15 de maio de 1871, sofreu, no transcurso do tempo, diversas modificações e que as chamadas leyes penales accesorias del Reich, até 1932, foram mais de 200 (duzentas), dando destaque, dentre outras, à nueva ley de defensa de la República de 25 de marzo de 1930.

⁴²⁸ CLAUS, Roxin, *Derecho penal: parte general*, p. 180. MEZGER chegou a afirmar, no prólogo de sua obra fundamental, no qual ele reformou a sua definição sobre a culpabilidade, que “La teoría de la culpabilidad continúa siendo el reducto y el principal palenque de la lucha del pensamiento jurídico-penal” (MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. p. XVII) e que estava convencido de que “... también el concepto jurídico-penal de la personalidad y el concepto de las partes integrantes de la misma (componentes de la personalidad) participan en absoluto del carácter empírico-valorativo de todos los conceptos jurídicos...” (Ibid., p. XVIII)

⁴²⁹ Cf. ZAFFARONI, EUGENIO Raul. *Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Tradução Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2019.

⁴³⁰ CLAUS, Roxin, *Derecho penal: parte general*, p. 183.

⁴³¹ ATAÍDE, Fábio. *Colisão entre poder punitivo do estado e a garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 104.

⁴³² Ibid., p. 109.

⁴³³ Ibid., p. 110.

que subjugava a defesa técnica ao interesse do Führer. Proibia-se, inclusive, que o advogado suscitasse contra o Estado a reserva de sigilo profissional. Na Itália fascista o defensor também era reconhecido da mesma forma como um mero auxiliar dos interesses do Estado, podendo ser impedido de defender os reconhecidamente culpados”.

Desconstruída essa formulação radical do Direito Penal do Autor após a Segunda Guerra Mundial, com a sua manutenção em alguns aspectos da parte geral e especial dos códigos penais⁴³⁴, especialmente quanto às medidas de segurança, eis que ressurge esse pensamento com outro figurino, agora como Direito Penal do Inimigo, imaginado no discurso jurídico mais recente de GÜNTER JAKOBS⁴³⁵ – efetivamente a partir de 2003 –, discípulo de HANS WELZEL e criador do *funcionalismo sistêmico radical*⁴³⁶, para quem a função principal do Direito penal é proteger a norma jurídica, não a tutela dos direitos mais fundamentais, de modo que o fim da pena é atingir a prevenção geral positiva.

A ideia parte do pressuposto da existência de duas categorias de seres humanos, os racionais (cidadãos) e os perigosos (inimigos), que são determinantes para a elaboração de um sistema criminal seletivo, contendo *imputação diferenciada*, conforme o tipo ao qual pertence o autor (agente). Defende, assim, a existência de um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo. JAKOBS⁴³⁷, em certa medida, reconhece que a expressão é *pejorativa*, porém, defende que “*Derecho penal del enemigo no em todo caso pretende ser pejorativa*” e, ademais, “... *un Derecho penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva*”⁴³⁸.

No pensamento de JAKOBS, o sistema criminal seletivo destinaria para o cidadão o direito penal do fato, sancionando o passado, enquanto para o inimigo, o do autor, atuando para evitar o perigo quanto a fatos futuros, sendo assim feita a classificação:

- a. o *ciudadão* é autor de crimes *normais*, que preserva uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva rela capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não *desafia* o sistema social.
- b. o *inimigo* é autor de crimes de alta *traição*, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva rela capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das *expectativas normativas* da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque *desafia* o sistema social.

JAKOBS ainda procurou responder aos críticos quanto à classificação do autor em cidadão ou inimigo, identificando este como os que praticam crimes de ordem econômica, organizada, sexual e, especialmente, de terrorismo, ações criminosas que ocasionam *lesões duradouras da validade da norma* e revelam, de outro lado, a *incapacidade do autor de orientação normativa*, devendo, nesse caso, a responsabilidade penal corresponder à sanção pelo fato praticado e, ainda, como medida de segurança para impedir crimes futuros. Os inimigos, portanto, seriam os criminosos econômicos, terroristas, integrantes de organizações criminosas e autores de crimes sexuais. Os cidadãos, por exclusão.

Classificado como inimigo, o autor do crime é considerado pessoa errante, que se comporta em contradição com os valores definidos pelo grupo social, de modo que, diante da demonstração de que não possui aptidão para agir em consonância com o contrato social, deve ser combatido como se combate um inimigo na guerra e punido (mais) pelo que ele é do que pelo que *fez*. Nesse ponto, busca fôlego na doutrina do *Contrato Social* de ROUSSEAU, ao fundamento de que o filósofo francês afirmara que quem ataca o direito social deixa de ser membro do Estado, “... puesto que se halla em

⁴³⁴ Na dosimetria da pena, não apenas quanto às circunstâncias agravantes e atenuantes (reincidência, por exemplo), mas, notadamente, quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal brasileiro.

⁴³⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

⁴³⁶ CLAUS ROXIN também é considerado funcionalista, porém, na forma moderada, na medida em que, conquanto aponte que a principal finalidade da pena é a prevenção, reconhece que a preponderância do direito do fato sobre o do autor é uma exigência de um sistema conectado com as garantias dos direitos fundamentais.

⁴³⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*, p. 22.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 22.

guerra con este...”⁴³⁹. Nessa linha de raciocínio, JAKOBS⁴⁴⁰ identifica como “‘Derecho’ al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción”.

Na mesma linha de argumentação, JAKOBS⁴⁴¹, agora citando FICHTE, diz que “*quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudência, seja de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausência completa de derechos...*” Podando os excessos que identificam tanto no pensamento de ROUSSEAU quanto no de FICHTE, adota JAKOBS⁴⁴², nessa parte, as ideias de HOBES e KANT, que “... *conocen un Derecho penal del ciudadano – contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio – y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvia por principio; este excluye, aquél deja incólume el status de persona*”. Assim, mais adiante, arremata que “*El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra*”⁴⁴³.

Voltando os olhos para o ambiente do processo penal, salienta que, assim como ocorre em relação ao Direito penal, o *inimigo* não deve ser reconhecido como sujeito processual, sendo-lhes sonegadas, senão todas, muitas das garantias dimanadas dos direitos fundamentais, próprio de um sistema de coação, e não de direito. Essa coação se mostra presente a partir mesmo da aplicação da prisão preventiva, o que não “... *significa nada para el imputado, sino que frente a él se agota en una coacción física*”⁴⁴⁴, o mesmo se verificando em relação a outras medidas, a exemplo da extração de sangue, intervenção de agentes infiltrados e, até mesmo, para eliminação de riscos em crimes de terrorismo, a vedação de comunicação com o próprio defensor⁴⁴⁵. Foi com a força dessas ideias que o governo americano justificou a utilização de *técnicas de interrogatório intensificadas*, dentre as quais a *simulação de afogamento*, uma das medidas, dentre outras tantas, adotadas para combater o que BUSH, de forma conveniente, denominou *guerra contra o terror*. Isso deu fôlego para que oficialmente o BARACK OBAMA negasse que as *técnicas de interrogatório intensificadas* sejam tortura e sustentasse a legalidade de seu uso, ao argumento de que se tratou de uma forma de defesa⁴⁴⁶.

Essa teoria gerou denso debate de política criminal na Europa e na América Latina, que ainda se mantém aquecido, nos dias atuais. Inclusive, JAKOBS ao sustentar as suas ideias, fez referência aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, a justificar a aplicação, para esses casos, do Direito Penal do Inimigo⁴⁴⁷, o que tem seduzido muitos a pensar na adoção desse modelo, pelo menos, para enfrentar o terrorismo, assim como defenderam as delegações dos Estados Unidos e da Espanha, no Décimo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, realizado em Bangkok, na Tailândia, em abril de 2005, o que foi rechaçado pelos demais países, aí incluído o Brasil.

Ademais, essa teoria não resiste à arguta observação feita por JUAREZ CIRINO⁴⁴⁸ em alentado artigo sobre o tema. Chama a atenção CIRINO que, sem embargo do tratamento desigual que está na base do pensamento verberado pelo Direito Penal do Inimigo, que poderia encontrar justificativa no discurso vago de que os desiguais merecem ser vistos de forma diferente, o problema central e insuperável está em responder, sem margem à excessiva abertura ao arbítrio, à seguinte questão: Quem define ou escolhe o inimigo e quais são os critérios legítimos e seguros para tanto?

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*, p. 26.

⁴⁴¹ Ibid., p. 27.

⁴⁴² Ibid., p. 32.

⁴⁴³ Ibid., p. 33.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 45.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 46.

⁴⁴⁶ Disponível em: www.senado.gov.br/noticias. Acesso em: 17 jan. 2013.

⁴⁴⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*, p. 39 e 44.

⁴⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. BRASIL. www.cirino.com.br/artigos/jcs, p. 5. Acesso em: 5 fev. 2012.

1.3.12 – Garantismo como modelo inerente ao sistema democrático-constitucional.

O movimento neoconstitucionalista exurgido após a Segunda Guerra Mundial, ao colocar os direitos fundamentais como a espinha dorsal do sistema jurídico, com posição hegemônica e força normativa, aceita como único modelo criminal aquele que seja alinhado ao perfil do Estado democrático-constitucional, o que impõe adequação às garantias constitucionais como pressuposto de *validade e legitimação* da persecução crimina⁴⁴⁹. Nesse sentido, ao identificar que, a despeito dos valores expressados nas Constituições com as declarações de direitos fundamentais, na prática, o Direito penal se mantinha como instrumento de força manipulado em direção ao expansionismo punitivo, FERRAJOLI⁴⁵⁰ deduz a *teoria do garantismo*. A respeito, assevera o professor italiano que “*Hemos visto cómo el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto se si considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, per aún, a las prácticas administrativas y policiales.*”

Na sua doutrina, FERRAJOLI estabelece três acepções do garantismo. Na primeira, ele significa um modelo *normativo de derecho*, marcado, essencialmente, pela direta orientação de acordo com a cláusula da *legalidade estrita*, a limitar o poder punitivo, reduzido ao mínimo, e maximizar a liberdade. Nessa dimensão, ao invés de falar-se propriamente em sistemas garantistas ou não garantistas, observam-se os *níveis de garantismo*, tendo em conta não apenas as normas constitucionais quanto, notadamente, a sua efetividade prática⁴⁵¹.

Na segunda acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica sobre a validade e efetividade das garantias constitucionais, a refletir e contribuir para equacionar a divergência entre os modelos normativos e as práticas operativas, entre normatividade e realidade. Explica FERRAJOLI⁴⁵² que “*Bajo ambos aspectos el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo*”.

Em sua terceira acepção, o garantismo representa uma filosofia política “... que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”⁴⁵³.

A teoria constitucional do processo penal aqui esboçada, como se verá na segunda parte⁴⁵⁴, está fulcrada no pensamento garantista, com foco na *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais, ou seja, “Um modelo que se mantém fiel à tradicional função dos direitos fundamentais como barreiras à ação estatal, mas que agrega a essa condição a função protetiva que o Estado há de exercer, em determinado ponto ou medida, a esses mesmos direitos fundamentais, em face das reais ameaças do poder privado”⁴⁵⁵.

1.4 – Reflexos das correntes de pensamento na formação do ordenamento processual penal brasileiro.

Quando a Lusitânia antiga, com a sua reunião a Leão, Castela e Galécia, formou o Estado de Portugal, isso por volta do Século XII, observou-se a necessidade da organização civil das terras sob sua soberania, sendo editados os forais que, ao lado dos Direitos Romano e Canônico e dos usos e costumes, passaram a formar o sistema jurídico português. Não havendo convergência de tratamento

⁴⁴⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.

⁴⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 851.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 852.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 853.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ Especificamente sobre as duas dimensões dos direitos fundamentais, Cf. Capítulo 2 e item 7.24.

⁴⁵⁵ FELDEN, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*, p. 49-50.

entre a *multiplicidade* de forais⁴⁵⁶, cada vez mais se mostrou indispensável a compilação do Direito no Reino⁴⁵⁷. No Século XV, encontrando-se no poder o Rei D. JOÃO I, ele determinou que fosse feita uma compilação das muitas leis que se encontravam em vigor no reino de Portugal. Levando a missão a bom termo, em 1446, em nome de AFONSO V, publicaram-se as *Ordenações Afonsinas*. Os Direitos Penal e Processual Penal, como era próprio na época, vinham disciplinados no Livro V. Sob a inspiração dos Direitos Romano e Canônico, das leis das *Partidas de Castela* e dos costumes e estilos das vilas portuguesas, o processo penal seguiu as características próprias da legislação eclesiástica, com a plena adoção do procedimento inquisitorial.

Concretamente, eram previstos três modos de iniciativa do processo: (1) a *acusação*, que se fazia mediante o *auto de querela*; (2) a denúncia, correspondente à delação secreta e à súplica dos fracos; (3) a inquirição, nos casos em que se procedia de ofício⁴⁵⁸. Iniciado o processo, o réu era citado para fins de interrogatório e, quando não confessava ou negava a prática do crime, ele podia *exigir* que as testemunhas fossem ouvidas na presença do juiz. Encerrada a instrução, após a defesa do acusado, surgia o momento para a decisão. Havia a admissibilidade da apelação, oportunidade em que podiam ser reinquiridas as testemunhas⁴⁵⁹. No desiderato de coibir o arbítrio dos juizes, em caso de ausência de normatização do assunto pelas *Ordenações Afonsinas*, havia previsão expressa quanto à aplicação subsidiária do Direito Romano e do Direito Canônico⁴⁶⁰, justificando-se a incidência deste, uma vez que a autoridade do Rei advinha de Deus. Era a legislação portuguesa que se encontrava em vigor, quando o Brasil foi descoberto.

No século seguinte, mais precisamente em 1521, no reinado de D. MANUEL, procedeu-se à nova codificação da legislação portuguesa – *Ordenações Manuelinas* –, destinando-se, igualmente, o Livro V para o disciplinamento do Direito Penal e Processual Penal. Não procede a afirmativa de que as *Ordenações Manuelinas* não trouxeram nenhuma inovação em relação à legislação anterior e que teria sido editada mais por vaidade de D. MANUEL, o venturoso, motivado unicamente pelo desejo de dar ao código o seu nome. As *Ordenações Manuelinas*, que vigoram até 1603, além de cuidar de conferir uma melhor estrutura ao Poder Judiciário, conforme JOÃO MENDES JÚNIOR,⁴⁶¹ trouxe o disciplinamento a respeito do promotor de justiça, “... com as suas funções de ministério público, quer no cível, quer no crime, bastante acentuadas” e impôs que, em cada cidade, vila e lugar do reino e senhoria, houvesse sempre um promotor de justiça *letrado e bem entendido*. Conquanto não houvesse modificação em relação ao início do processo, admitia a apelação não apenas da sentença definitiva, bem assim da decisão interlocutória e, ademais, preceituava a sua interposição de ofício pelo juiz.⁴⁶²

Finalmente, o Rei de Castela, FELIPE II, ao assumir o trono português devido à morte do cardeal D. HENRIQUE, resolveu promulgar as *Ordenações Filipinas*, mantendo a praxe de destinar o Livro V para tratar do Direito Penal e Processual Penal. Os seus preceitos eram *desumanos e bárbaros* e, dentro de um sistema normativo *cruel e despótico*, o processo inquisitivo, aparelhado das *devassas*, servia a um Direito Penal *retrógrado e sanguinário*⁴⁶³. Tinha como características primordiais a finalidade de incutir o terror, a aplicação da pena de morte, com execução mediante suplício (enforcamento seguido de esquartejamento), sendo a prisão pouco usada como sanção, preferindo-se as penas infamantes, castigos corporais e as mutilações⁴⁶⁴. A acusação era pública, nas

⁴⁵⁶ Os forais eram as Cartas, denominadas foros ou forais, que os reis outorgavam aos senhorios, estabelecendo os direitos e privilégios que estes possuíam sobre uma determinada localidade. Cf. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*.

⁴⁵⁷ ALMEIDA, H. Mendes de. *Ordenações filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d’el rei d. Filipe, o primeiro*. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1, p. 10.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 112.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁶⁰ Redigidas sem método adequado, as normas eram extensas, o que dificultava a interpretação e alcance de seus enunciados.

⁴⁶¹ *Op. Cit.*, p. 123.

⁴⁶² De conformidade com ALMEIDA JÚNIOR, iniciado o processo, o acusado era, ipso facto, preso preventivamente (Cf. *op. cit.*, p. 124).

⁴⁶³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 95.

⁴⁶⁴ Sobre como eram os julgamentos conforme o sistema das *Ordenações Filipinas*, e a influência da Coroa Portuguesa e da Igreja nos julgamentos, cf. LOPES, Paulo Guilherme M.; TOSTO, Ricardo. *O processo de tiradentes*. São Paulo: Conjur Editorial, [?]. A leitura da sentença bem demonstra como era o sistema. A sentença contra Tiradentes, lavrada em nome da princesa de Portugal, D. Maria I (a Rainha Louca), com data de 18 de abril de 1792, na parte do dispositivo, assim estava redigida: “Portanto, condenam o réu Joaquim José da Silva Xavier; por alcunha o Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da

hipóteses em que ofertada por qualquer do povo, ou particular, nos casos em que o próprio ofendido era quem tratava de fazê-la. Em algumas situações, cabia a acusação da justiça, competindo ao Ministério Público substituir o *queixoso*.

De todo modo, para a admissibilidade da acusação, havia a necessidade da apresentação preliminar de *querela*⁴⁶⁵. A acusação era pública, nas hipóteses em que ofertada por qualquer do povo, ou particular, nos casos em que o próprio ofendido era quem tratava de fazê-la. Em algumas situações, cabia a acusação da justiça, competindo ao Ministério Público substituir o *queixoso*.

De todo modo, para a admissibilidade da acusação, havia a necessidade da apresentação preliminar de *querela*⁴⁶², *sumário de querela*, com audiência de três ou quatro testemunhas e, por fim, a pronúncia, desde que, descoberto o crime, da devassa adviesse *prova suficiente para a prisão do réu*⁴⁶⁶. Os *tormentos*⁴⁶⁷ por meio da tortura eram amplamente permitidos, não podendo ser aplicados, porém, em se tratando de fidalgo, cavaleiro, doutor em cânones, leis ou Medicina, e vereadores, exceto nos casos de falsidade, moeda falsa, testemunho falso, sodomia, alcoviteria e furto. Quando, apesar do tormento, não confessava, o acusado era degradado para a África. O *suplício* era autorizado, se houvesse permissão do regedor e dos desembargadores, na hipótese em que fossem evidentes os indícios de o acusado ser o autor do crime, assim como quando houvesse prova produzida por testemunha, confissão extrajudicial, fama pública ou fuga⁴⁶⁸. O suplício era aplicado ante a presença do julgador, do escrivão e do ministro⁴⁶⁹. JOÃO MENDES JÚNIOR informa que a tortura, usada no Direito Romano, desapareceu das legislações e, posteriormente, no Século XIV em diante, ressurgiu, passando a ser utilizada largamente, em razão de os juízes, na época, por hábito, sempre procurarem fundamentar as suas decisões com base na confissão do acusado. Com isso, os juízes envidavam todos os esforços no sentido de extorquir a confissão, “... ostentando uma habilidade sem escrúpulo, quer para a sugestão, quer para as ciladas, quer para o cansaço do interrogado; e, se ainda assim, nada conseguisse, recorria às ameaças e depois aos tormentos”⁴⁷⁰.

Concluído o prazo para a apresentação das provas pelas partes, precluía a oportunidade de serem apresentados outros meios probatórios, devendo o juiz, que tinha uma postura meramente passiva, sem o poder, portanto, de produzir provas de ofício, julgar de acordo com o alegado e com o provado, dentro do sistema de prova legal⁴⁷¹. A sentença, que tinha de ser escrita e assinada pelo juiz, podia desartar-se do que constava do libelo e, salvo quando as penas eram certas e determinadas na lei, ele podia aplicá-la conforme o seu arbítrio⁴⁷². Exalando o seu caráter religioso, as Ordenações Filipinas determinavam que, sendo infligida a pena capital, deveria o condenado ser intimado para se preparar *espiritualmente* “... e poder dispor da terça parte de seus bens em obras pias”⁴⁷³. A despeito da permissibilidade da interposição de embargos de todas as decisões, fossem elas interlocutórias ou definitivas, sempre era cabível a apelação e, em muitos dos casos, o juiz devia, na ausência de manifestação recursal das partes, recorrer de ofício.

Capitania de Minas, a que, com barão e pregão, seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca, e nela morra natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica, onde no lugar mais público será pregada em um poste alto, até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas, no sítio da Varginha e das Cebolas, onde o réu teve as suas infames práticas, e os mais nos sítios de maiores povoações, até que o tempo também os consuma... (Ibid., p. 206). Como se não bastasse, a condenação foi além da pessoa de Tiradentes, na medida declarou, ainda, infame os seus filhos e netos, o confisco dos bens, determinando-se, de toda sorte, que a “... casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique...” (Ibid.)

⁴⁶⁵ A querela consistia na delação que era feita por qualquer do povo, no interesse público, ou pelo ofendido, sendo lavrado auto competente (ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 134). De regra, nos casos de querela, havia as devassas gerais e as especiais, que se traduziam em inquirições feitas pelos juízes para informação dos delitos, aquelas para a apuração dos delitos incertos, realizadas anualmente, e estas tinham lugar quando houvesse notícia da ocorrência do crime, mas fosse incerto o agente (MARQUES. Op. cit., p. 95).

⁴⁶⁶ Ibid., p.96.

⁴⁶⁷ Os tormentos eram inquirições judiciais feitas ao réu nos crimes graves, nos quais se procurava, por meio da tortura, compeli-lo a dizer a verdade (ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 136).

⁴⁶⁸ MARQUES. Op. cit., p.96-97.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 97.

⁴⁷⁰ Op. cit., p. 138.

⁴⁷¹ Ibid., p. 97. Considerava JOÃO MENDES JÚNIOR que, de todo modo, “... força é reconhecer que, em matéria crime, não seria difícil ao juiz, salvo em casos raríssimos, harmonizar os preceitos legais com os ditames da sua consciência” (Op. cit., p. 139).

⁴⁷² MARQUES. Op. Cit., p.97.

⁴⁷³ Ibid., p. 97-98.

Esse trâmite dizia respeito ao *procedimento ordinário*, mas havia, ainda, o *procedimento sumário*, concebido, segundo FREDERICO MARQUES⁴⁷⁴, para os crimes mais graves como homicídios voluntários, roubos nas ruas ou estradas, desafio, delitos capitais praticados com circunstâncias agravantes etc. Todavia, JOÃO MENDES JÚNIOR⁴⁷⁵, em livro cuja última edição ocorreu em 1920, acrescenta que, em que pese admissível para os crimes mais graves, o procedimento sumário era pertinente, igualmente, “... nos crimes leves, que faziam objeto das visitas do Corregedor às cadeias, nas injúrias verbais sentenciadas, em câmara e nas cauções ou termos de não ofender e bem viver.” Nas mais das vezes, as culpas sumárias eram levantadas por meio de decreto régio e, formalizada a *notitia criminis*, que era feita com suporte na *verdade sabida* e prescindia das formalidades judiciais, o acusado era ouvido e, logo após, os autos iam conclusos para que fosse exarada a sentença.

Sentindo os reflexos da corrente humanística liberal que tomava vulto na Europa, especialmente após a vinda a lume da importante obra de BECCARIA, D. MARIA I, com esteio no Decreto de 31 de março de 1778, portanto, mesmo antes da Revolução Francesa (1789), designou uma junta para tratar da modificação do Livro V das Ordenações Filipinas⁴⁷⁶. Confiada a PASCOAL DE MELO FREIRE a tarefa de elaborar o projeto de reforma sobre o Direito Público e Criminal, ele, embalado pelas ideias *beccarianas*, apresentou, em 1786, o trabalho *Código criminal intentado pela rainha D. Maria I*, porém, infelizmente, não foi transformado em lei. Assim, permaneceram vigorando, em Portugal e no Brasil, as Ordenações Filipinas.

1.4.1 – Os reflexos iniciais do pensamento beccariano, nas regras processuais aplicadas no Brasil.

A onda reformista do *Direito Criminal*, encetada na Europa e encampada na Constituição portuguesa de 10 de março de 1821⁴⁷⁷, tendo como bússola a exposição filosófica de BECCARIA, fez eco no Brasil, a ponto de o Príncipe D. PEDRO I, mediante o Decreto de 23 de maio de 1821, diante da consideração de que as leis então vigentes não tinham sido eficientes quanto à *segurança das pessoas*⁴⁷⁸ e tendo presente, ainda, que o seu primeiro dever era o de “... promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto se possa os benefícios de uma Constituição liberal”, determinou⁴⁷⁹:

1º Que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser preza sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente (sic).

2º Que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o fato que a lei expressa seja declarado culposo, como designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 98.

⁴⁷⁵ Op. cit., p. 136.

⁴⁷⁶ FRAGOSO. Op. cit., p. 64.

⁴⁷⁷ Nessa Carta portuguesa estavam ressaltados: o direito de liberdade de fazer tudo aquilo que não seja defeso em lei; a inadmissibilidade da prisão sem a culpa formada; a necessidade de expedição, no prazo máximo de 24 horas, das razões da prisão; o direito de livre comunicação; o princípio da igualdade e consequente intolerância do foro privilegiado, exceto nas causas afetas aos juízos particulares; a inadmissibilidade da lei penal, senão quando de sua absoluta necessidade; a proporcionalidade e pessoalidade da pena; a abolição do confisco de bens, da infâmia, dos açoites, do barão e pregão, da marca de ferro quente, da tortura, e de todas as demais penas cruéis e infamantes (Ibid., p. 152-154).

⁴⁷⁸ Nos considerandos do Decreto em foco, D. PEDRO I levou em consideração que “... alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com o peso de ferros, homens que se congregaram por bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual”. (ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 148).

⁴⁷⁹ Ibid., p. 149.

3º Que quando se acharem presos os que assim forem indiciados criminosos, se lhes faça imediata e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de quarenta e oito horas peremptórias, improrrogáveis, e contadas no momento da prisão, principiando-se, sempre que possa ser, por a confrontação dos réus com as testemunhas que os culpam, e ficando abertas e públicas todas as provas que houverem, para assim facilitar os meios de defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher, exceptuando-se por ora das disposições deste parágrafo os casos que provados merecerem por Leis do Reino pena de morte acerca dos quais se procederá infalivelmente nos termos dos §§ 1º e 2º do Alvará de 31 de março de 1742.

4º Que, em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo ou masmorra estreita, escura ou infeta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva, que os juizes e magistrados criminaes poderão conservar por algum tempo em casos gravíssimos, incomunicáveis, os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas e nunca manietadas ou sofrendo qualquer espécie de tormento.

5º Determino, finalmente, que a contravenção, legalmente provada, das disposições do presente Decreto, seja irremissivelmente punida com o perdimento do emprego e inabilidade perpétua para qualquer outro em que haja exercício de jurisdição.

Observa-se, claramente, que D. PEDRO I estava comprometido com as ideias liberais centrais do movimento reformista iluminista, que deram suporte filosófico à Revolução Francesa (1789) e à consequente *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, promulgada pela Assembleia Nacional Francesa, no ano de 1789. Conforme foi visto, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, documento elaborado consoante o ensaio filosófico estampado no livro *Dos delitos e das penas*, de autoria do formidável BECCARIA, forneceu concretude e universalidade maior aos direitos essenciais da pessoa humana, que deveriam ser reconhecidos e respeitados independentemente do que dispõe o ordenamento jurídico posto e do país no qual se encontre a pessoa, porquanto são inerentes à condição humana e indispensáveis para o gozo do direito à vida com dignidade. Do exame do decreto editado por D. PEDRO I, no ano de 1821, um primeiro aspecto deve ser ressaltado: os seus cinco itens tratam fundamentalmente da prisão do réu antes de ser julgado, tema relativo ao processo penal. Que os cinco dispositivos digam respeito ao processo penal não é de causar espécie, pois, ao longo deste livro, vem sendo sustentado e demonstrado que a principal preocupação de BECCARIA era com a falta das garantias processuais penais e a desumanidade dos julgamentos, razão pela qual a essência da obra do grande mestre e humanista se concentra em estabelecer princípios estruturantes sobre a ciência processual⁴⁸⁰.

De qualquer modo, o humanismo de D. PEDRO I circunscreveu-se ao problema afeto à prisão provisória e ao tratamento que deve ser dispensado ao preso. Sobre o que vem a ser dito, verifique-se que, no art. 1º do mencionado decreto, para coartar as prisões arbitrárias, restou consignado que, daquela data em diante, salvo na hipótese de flagrante delito⁴⁸¹, ninguém, no Brasil, poderia mais ser preso, senão por *ordem escrita* do juiz ou magistrado criminal do território⁴⁸². No art. 2º do decreto, colocou-se como condição para a decretação da prisão provisória pelo juiz, que haja uma *culpa formada*⁴⁸³. Na norma seguinte, atentando-se para a necessidade de imprimir-se celeridade ao processo que conta com o réu preso, estabeleceu-se um prazo máximo para o encerramento do feito quando presente essa situação e, para *facilitar os meios de defesa*, determinou-se que ficassem *abertas e públicas* todas as provas⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Sobre esse aspecto da obra de BECCARIA, conferir o tópico 1.3.1, supra.

⁴⁸¹ O interessante é que, de acordo com o decreto, ao comum do povo não era confiado apenas o poder de polícia para efetuar a prisão de quem fosse flagrado na prática do delito, mas também o dever de agir. Atualmente, para o povo, a prisão em flagrante é uma faculdade, enquanto para a autoridade policial consiste em um dever (Cf. art. 301 do CPP).

⁴⁸² No art. 2º do decreto, colocou-se como condição para a decretação da prisão provisória pelo juiz, que haja uma *culpa formada*.

⁴⁸³ É o que tecnicamente chama-se sumário de culpa, consubstanciado no binômio materialidade do delito e indícios de autoria.

⁴⁸⁴ Note-se que BECCARIA condenou os processos secretos e a ausência do direito de defesa. Na obra do marquês, foram pinçados os princípios da publicidade processual e do direito de defesa do acusado. Ainda hoje, como decorrência do princípio da publicidade, determina-se que as portas das audiências e sessões somente sejam fechadas nos casos em que deva o ato ser praticado em segredo de justiça (Art. 792, § 1º, do CPP).

No penúltimo dispositivo, filiando-se ao lado dos partidários da luta contra a crueldade das prisões – note-se que a doutrina utilitarista inteligentemente desenvolvida por BENTHAM⁴⁸⁵ para o regime penitenciário era contra a aplicação de males além dos necessários à punição –, foram rejeitados os estabelecimentos prisionais insalubres e os instrumentos utilizados (correntes, algemas, grilhões, etc.) para martirizar os homens não julgados. Como se vê, nos termos do decreto, o martírio na prisão não deveria ocorrer para *os homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena afliativa por sentença final*. Isso quer dizer que, depois de julgado, o *uso de corrente, algemas, grilhões, outros quaisquer ferros inventados para martirizar* poderiam ser utilizados. O último artigo contempla a sanção de perda do cargo e proibição do seu exercício, para o juiz que não cumprisse os preceitos dos decretos, concretizando a proposta de coibir, com firmeza, as eventuais arbitrariedades praticadas pelos juízes, algo que era muito comum na época.

Reafirmando o compromisso com o pensamento da Escola Clássica, D. PEDRO I, por meio da Lei de 18 de junho de 1822, criou o tribunal do júri, conferindo-lhe competência restrita ao julgamento dos crimes de imprensa⁴⁸⁶ e, em seguida, com a veiculação da Lei de 28 de agosto de 1822, fez avançar, ainda mais, a legislação brasileira em direção à defesa dos direitos fundamentais, ao determinar que aqui fossem aplicadas as bases da Constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1821, garantindo-se, assim: (1) ninguém será preso sem culpa formada; (2) lei alguma, especialmente a penal, será editada sem a absoluta necessidade; (3) a pena, atendida a sua proporcionalidade com o delito, não pode passar da pessoa do acusado; e (4) a abolição da confiscação de bens, da infâmia, dos açoites, do baraço e pregão, da marca de ferro quente, da tortura e das penas infamantes.

Um acontecimento importante, ainda nesse contexto reformista no sentido de adequar a colônia brasileira ao perfil de Estado Liberal, foi o Alvará de 14 de maio de 1808, que elevou a Relação do Rio de Janeiro à categoria de Casa de Suplicação, circunstância que representou a independência de um dos Poderes Políticos do Brasil – o Judiciário –, em relação a Portugal. O alvará em referência representou um ato político concreto no processo de independência do Brasil e precipitou a *declaração formal de um estado de fato*⁴⁸⁷.

Com a declaração da Independência do Brasil, logo veio a Constituição Política do Império, promulgada em 25 de março de 1824, sensivelmente liberal, embalada que estava com a agenda política e filosófica da Revolução Francesa⁴⁸⁴. Nesse contexto, sob a rubrica *direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, a Carta Imperial (art. 179) plasmou *preceitos e princípios* inerentes a um processo criminal *garantista*, nos termos do arcabouço teórico da Escola Clássica, frontalmente contrário, por conseguinte, às normas emanadas do Livro V das *Ordenações Filipinas*.⁴⁸⁸ Malgrado o manifesto atrito das Ordenações Filipinas com a moldura democrático-liberal da Constituição Imperial, por disposição expressa, determinou-se que as suas normas permaneceriam em vigor, até que fossem editadas novas leis. Enquanto não vinha o Código de Processo, normas esparsas foram sendo introduzidas, sempre no sentido de abrandar o rigorismo das Ordenações Filipinas, aparecendo com singular relevância o Aviso de 15 de novembro de 1828, com o qual o Imperador, sensibilizado com os muitos súditos que se encontravam presos sem a observância dos *sólidos princípios da justiça e da humanidade*, reiterava o dever de cumprimento das normas que conferiam garantias processuais relativas à prisão⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Cf. tópico 1.3.3, supra.

⁴⁸⁶ O tribunal do júri foi, conforme visto, defendido desde MONTESQUIEU, quando tratou da independência do Poder Judiciário. Na doutrina da Escola Clássica, o tribunal do júri sempre se expressou como uma instituição fundamental, como forma de garantia do cidadão no sentido de ser julgado por seus semelhantes. A Escola Positiva, por entender que o crime e o delinquente são assuntos que despertam o conhecimento de outras ciências afins, era contra a instituição do tribunal do júri, na medida em que queria que o assunto fosse tratado por especialistas.

⁴⁸⁷ O Príncipe D. PEDRO DE ALCÂNTARA recusou-se a opor o seu cumprimento à Lei das Cortes Portuguesas, de 13 de janeiro de 1822, que decretava a extinção de todos os tribunais então criados no Rio de Janeiro. (MARQUES. Op. cit., p. 153).

⁴⁸⁸ Cf. item 4.1, infra.

⁴⁸⁹ ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 166-167.

1.4.2 – Código de processo criminal de 1832.

Não demorou muito, porém, para que os preceitos humanitários catalogados na Constituição Imperial de 1824 viessem a ser vertidos para o ordenamento infraconstitucional. De fato, por meio da Lei de 29 de novembro de 1832, foi promulgado o Código de Processo Criminal⁴⁹⁰, revestido dos anseios *humanitários e liberais* que agitavam o mundo. Como não poderia deixar de ser, o novo diploma normativo recebeu o aplauso das comunidades política e jurídica brasileiras, que queriam romper com o sistema opressor das *Ordenações Filipinas*, herança normativa do Absolutismo, que tinha o Direito Penal e Processual Penal como instrumentos de demonstração do pleno domínio do Estado sobre a pessoa do acusado.

Na primeira parte, o Código de Processo Criminal se ocupou em disciplinar a organização judiciária e, em relação ao procedimento, introduziu uma profunda modificação. As *devassas gerais*⁴⁹¹ e especiais foram abolidas, assim como as *querelas e as denúncias*. No lugar das querelas, vieram as *queixas*, que podiam ser acionadas não só pelo ofendido, como ainda pelo pai, mãe, tutor, curador e cônjuge. A *denúncia*, no sistema do Código de Processo Criminal, passou a designar a ação movida por meio do Ministério Público ou então quando fosse a *ação pública* aforada por qualquer do povo.

Alinhado com o pensamento clássico, o legislador brasileiro alargou, sobremaneira, a competência do tribunal do júri, que, até então, era restrita para o julgamento dos crimes de imprensa (Lei 18 de junho de 1822). Sob a batuta do Código de Processo Criminal, o *processo ordinário*⁴⁹² era o que disciplinava a instituição do júri, até porque a competência desta se estendeu para todos os crimes de pena superior a seis meses de prisão ou degredo⁴⁹³, que foi estruturada numa espécie de ecletismo das legislações inglesa e francesa⁴⁹⁴. Arraijado ao sistema misto francês, o Código de Processo Criminal, além de admitir o procedimento de ofício em todos os casos em que era cabível o ajuizamento da denúncia, previa uma fase preliminar investigatória, desenvolvida perante o juiz de paz, ao qual competia conhecer da queixa ou denúncia, proceder à formação de culpa (diligências, inquirições, interrogatórios) e, por fim, pronunciar, ou não, o acusado. Pronunciado o réu, aí, sim, o processo era remetido para o júri de acusação – o *grande júri* do sistema inglês –, composto de 23 jurados, sorteados em sessão presidida pelo juiz de Direito.

Esse grande júri, sem se recolher à sala secreta, decidia se achou matéria para a acusação. Nesse caso, o processo ia à decisão do *júri de sentença* – o pequeno júri –, formado por doze membros, sorteados no dia da sessão de julgamento, sendo a decisão tomada com a resposta dada a um questionário, em sala secreta⁴⁹⁵. Na verdade, o Código de Processo Criminal foi uma adaptação do Código de Napoleão, editado em 1808, mas que somente começou a vigor em janeiro de 1811⁴⁹⁶. Para tanto, basta observar que o processo penal francês, elaborado segundo a ideologia reformista da Revolução Francesa, igualmente continha três fases bem distintas, cuja primeira era a instrução preparatória, coordenada pelo juiz com o auxílio de um representante do Ministério Público⁴⁹⁷, na qual o acusado, sem ser advertido das imputações que pesavam contra ele nem muito menos ter o direito a um defensor, era submetido ao interrogatório e eram produzidas as demais provas pertinentes ao sumário de culpa⁴⁹⁸.

⁴⁹⁰ Note-se a terminologia utilizada: Código de Processo Criminal, que é mais adequada à Escola Clássica e, de resto, para um processo de cunho democrático, que não tem a pena como a sua principal preocupação. Cf. item 8.2.3.3, *infra*.

⁴⁹¹ Em Portugal, as devassas gerais foram abolidas pela Lei de 12 de novembro 1821 (*Ibid.*, p. 150).

⁴⁹² BARROS, Romeu Pires Campos. Sistema do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1. p. 226.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 176.

⁴⁹⁴ BARROS. *Op. cit.*, p. 64.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 227.

⁴⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1982-1984. v. 1. p. 71.

⁴⁹⁷ No sistema francês, ao contrário do que foi adotado no Código de Processo Criminal brasileiro, toda ação penal tinha como legitimado o Ministério Público.

⁴⁹⁸ GARRAUD, René. Compêndio de direito criminal. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. v. 2. p. 270. Essa instrução tinha como características principais o sigilo, a forma escrita e o modo inquisitivo, uma vez que não era dado ao agente o direito de se fazer representar por um advogado (*Ibid.* p. 270). A eliminação do processo secreto, repudiado por BECCARIA, era um compromisso da Assembleia Constituinte, como adverte GARRAUD, todavia, no primeiro instante, contentou-se em assegurar a publicidade na instrução definitiva, conservando, porém, o sigilo na instrução prévia. (*Ibid.*, p. 327). O juizado de instrução francês, entretanto, logo foi profundamente modificado, por intermédio da Lei de 8 de dezembro de 1897, que impôs ao juiz o dever de informar ao acusado do direito que ele tinha de ficar calado (direito ao

Essa fase correspondia, propriamente, ao que se convencionou chamar de juizado de instrução, competindo ao juiz ser *ao mesmo tempo juiz e oficial de polícia judiciária*⁴⁹⁹. Depois, vem a segunda fase, denominada jurisdição de instrução, na qual o próprio juiz da instrução, com base nos elementos probatórios coligidos durante a fase preparatória e após as conclusões do Procurador da República, proferia um despacho decidindo pela aceitabilidade ou não da ação penal⁵⁰⁰. Feita a conclusão no sentido de que havia elementos suficientes para o julgamento, iniciava-se a terceira etapa do processo, chamada *jurisdição de julgamento*. A terceira e última fase do processo era pública, contraditória e nela imperava a oralidade e o julgamento era feito pelo *júri* – de regra composto por doze jurados –, em deliberação da maioria, dada em uma sala secreta⁵⁰¹.

1.4.3 – Predominância da filosofia liberal beccariana na feitura do Código de Processo Criminal de 1832.

Em que pesem os senões referentes ao tratamento dispensado à organização judiciária⁵⁰², para ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, o Código de Processo Criminal tinha “... as qualidades de um verdadeiro momento legislativo, para a época em que foi promulgado.” No mesmo passo, RICARDO DE BRITO⁵⁰³ revela que a doutrina nacional identifica o código em destaque como um *grande monumento jurídico imperial, não só em virtude de ter sido redigido com amparo na melhor doutrina clássica penal*, como também por se afinar com o *espírito liberal da época*, constituindo-se, assim, significativo avanço humanitário, principalmente *se comparado aos processos cruéis das ordenações*. Aliás, como adverte JOÃO MENDES JÚNIOR, o *Liberalismo, regime consagrado pelo Código de Processo Criminal*, foi tão acentuado e promoveu uma modificação tão profunda em relação ao que anteriormente se tinha sob a égide das Ordenações Filipinas que o próprio autor do projeto de lei que se transformou, em nosso primeiro código processual criminal, Senador ALVES BRANCO, teve a iniciativa de propor, já em setembro de 1835, uma reforma, *sobretudo em relação aos juizes de paz e à instituição do júri*⁵⁰⁴. Ao que parece, a realidade política e cultural brasileira não estava preparada para a adoção do juízo de instrução do sistema francês, no qual o magistrado desempenhava atribuições que eram mais próprias da autoridade policial. Isso se revela quando se observa que as maiores críticas lançadas ao Código de Processo Criminal residiram, justamente, na parte referente ao juizado de instrução, ante a *usurpação* pelo juiz de muitas das atribuições que eram, aqui no Brasil, confiadas às autoridades policiais

Por isso mesmo, as primeiras palavras do discurso do Senador ALVES BRANCO, expendidas na sessão em que ele propôs a modificação do Código de Processo Criminal, foram endereçadas, senão por outro motivo, para essa anomalia, pois a atribuição ao juiz de tarefas afetas à chefia de polícia, para ele, não tinha respaldo nem na razão nem na experiência⁵⁰⁵. Ademais, outras críticas procediam, em razão do excessivo liberalismo, o que comprometia a unidade nacional. Justificando as alterações feitas ao Código, afirmou o Deputado TEODORO MACHADO, na sessão de 13 de agosto de 1870: “O Código de processo, em suas disposições dominantes, ressentia-se das ideias democráticas e descentralizadoras do mais adiantado liberalismo (...) Era um salto que demos, passando do regime da Ordenação do Livro Quinto para o da tão libérrima lei, salto contra a natureza das coisas, porque na ordem moral, como na ordem física, não se caminha abruptamente”⁵⁰⁶.

silêncio), sendo-lhe assegurado, ainda, o direito de ser assistido por um advogado e de este ser comunicado de todos os atos da instrução (Ibid., p. 5).

⁴⁹⁹ Ibid., p.271.

⁵⁰⁰ Ibid., p. 326-328. Antes do Código de 1808, no sistema francês estabelecido pela Lei de 16 de setembro de 1791, à semelhança do que ocorria na Inglaterra e do que foi adotado pelo Código de Processo Criminal do Império, havia o júri de acusação, que era composto de oito membros, sob a presidência do juiz. A modificação introduzida pelo Código de 1808, conforme GARRAUD, decorreu do entendimento de que essa forma conferia muitas garantias à defesa e poucas à acusação (Ibid., p. 328).

⁵⁰¹ Ibid., p. 414-416.

⁵⁰² Na época do Império, o Brasil era um Estado unitário sendo, por conseguinte, uno o Judiciário, o que permitia a sua organização no próprio código.

⁵⁰³ Op. cit., p. 240.

⁵⁰⁴ ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 176.

⁵⁰⁵ Ibid.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 198-199.

A par disso, as agitações políticas e os movimentos revolucionários efervescentes durante toda a década de 1830, como lembra FREDERICO MARQUES⁵⁰⁷, suscitaram uma reação autoritária do Governo monárquico e, mesmo sob o protesto e a oposição veemente do partido liberal⁵⁰⁸, aprovou-se a Lei de 3 de dezembro de 1841, que tinha a deliberada intenção de armar o Executivo de instrumentos para *debelar a desordem* e impor a sua autoridade. Para a consecução desse escopo e, assim, pôr freios ao que se chamou de *judiciarismo policial*, o primeiro cuidado da lei em foco foi organizar um aparelhamento policial extremamente centralizado, operando uma excessiva inversão da situação, a ponto de atribuir à autoridade policial várias das atribuições que eram próprias da magistratura, criando um lídimo *policialismo judiciário*.

Como se não bastasse o erro de colocar o Poder Judiciário politicamente subordinado ao Executivo⁵⁰⁹, detalhe ilustrativo de movimento contrário à Revolução Francesa, que não apenas defendia a separação dos poderes como dogma inviolável ao lado dos direitos do homem⁵¹⁰, como propunha que o juiz não fosse subordinado senão aos ditames da lei, cometeu-se, ainda, o desatino de atribuir às autoridades policiais funções inerentes ao exercício da magistratura, referentes à formação de culpa e mesmo à decisão de pronúncia. Ou seja, a primeira fase do processo judicial ficou sob a direção e julgamento da autoridade policial, solução legislativa que, àquela época (1841), diante das diretrizes doutrinárias pré-traçadas pela Escola Clássica, já não era mais aceitável. O único acerto da Lei de 3 de dezembro de 1841 consistiu na eliminação do *júri de acusação*, mas pecou ao conferir toda a competência que era deste para a autoridade policial.

Aqui se nota que o viés democrático-liberal do Código de Processo Criminal de 1832 foi logo desnaturado em razão da famigerada e substancial modificação que lhe foi infligida por meio da Lei de 3 de dezembro de 1841. Essa confusão de atribuições policiais e judicantes, reunidas na pessoa da autoridade policial, em que pesem as muitas propostas legislativas de alteração⁵¹¹, somente por meio da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, foi pelo menos diminuída, ficando contidas as funções judiciais da autoridade policial apenas ao “... preparo dos processos chamados de alçada e relativos ao delicto de que trata o Código de Processo, art. 12, § 7”⁵¹². A referida lei colocou um freio no *policialismo reacionário* e, além de trazer modificações a respeito da prisão preventiva, da fiança, dos recursos e do habeas corpus, teve como grande inovação a criação do inquérito policial⁵¹³.

Essas alterações na ideologia clássica do Código de Processo Criminal coincidiram, não por acaso, com a chegada em nosso meio das ideias da Escola Positiva no Brasil, o que ocorreu na segunda metade do Século XIX, e encontrou campo fértil para sua propagação, principalmente, nas últimas décadas daquele período, diante das “... transformações então operadas na realidade brasileira no final do império e início da República...”⁵¹⁴.

Proclamada a República, veio a Constituição de 1891, mantendo e aumentando as garantias processuais penais então existentes, porém o ideário positivista se propagou, pois ele “... veio a se mostrar um aliado do regime republicano.”⁵¹⁵ Como se não bastasse, o avanço do processo penal sofreu duro golpe, uma vez que a primeira Constituição Republicana, elaborada sob a ascendência da

⁵⁰⁷ Op. cit., p. 101.

⁵⁰⁸ ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 179.

⁵⁰⁹ Os juízes municipais, que, até então, eram escolhidos em lista triplíce formada pelas Câmaras Municipais, passaram a ser nomeados diretamente pelo Executivo (BARROS. Op. cit., p. 64).

⁵¹⁰ Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, está consignado que não possui constituição o país em que os direitos fundamentais e a separação dos poderes não estejam assegurados (art. 16).

⁵¹¹ FREDERICO MARQUES diz que, durante os seus quase trinta anos de vigência, inúmeros foram os projetos de lei propondo a reforma das modificações introduzidas no processo criminal pela Lei de 3 de dezembro de 1841, citando, dentre eles, os propostos por FERNANDO TORRES (1845), PIMENTA BUENTO (1848), NABUCO DE ARAÚJO (1850 e 1854), MARTIM FRANCISCO (1868) e JOSÉ DE ALENCAR (1869).

⁵¹² BARROS. Op. cit., p. 65. Como se observa, muito embora tenham sido diminuídas sensivelmente as funções judiciais da autoridade policial, elas ainda permaneceram como excepcionais.

⁵¹³ MARQUES. Op. cit., p. 104.

⁵¹⁴ FREITAS, op. cit., p. 269-270. RICARDO DE BRITO noticia que, tendo a obra O homem delinquente, de LOMBROSO, sido editada em 1876, há registro de trabalho assinado por TOBIAS BARRETO, datado de 1884, com referência ao pai da Escola Positiva (Ibid., p. 272).

⁵¹⁵ Ibid., p. 270. Acrescenta o autor que o papel ideológico do positivismo “... transcendeu os espaços das academias jurídicas para exercer forte influência sobre as camadas médias urbanas ilustradas e o Exército. Nas faculdades de direito, o positivismo mostrou-se antiliberal, combatendo a ideologia que durante décadas, bem ou mal, havia influenciado os estudos jurídicos” (Ibid., p. 270). Por fim, registra RICARDO DE BRITO que “... o positivismo representou, na época de sua introdução no Brasil, a pretensão das elites intelectuais à modernidade” (Ibid., p. 270).

Constituição dos Estados Unidos, inseriu, na seara da competência dos Estados-membros, a missão de legislar sobre o Direito Processual Penal, quebrando, com isso, a sua unidade.

Além de a quebra da unidade processual não ter gerado vantagem nenhuma para o nosso sistema jurídico – até porque não se tem notícia de nenhum código estadual de processo penal⁵¹⁶ que tenha trazido uma contribuição importante para o avanço desse ramo do Direito –, a fragmentação normativa contribuiu para que houvesse um retrocesso, como se verificou com o Código de Processo Penal do Estado de São Paulo que – informa FREDERICO MARQUES⁵¹⁷ – adotou o *sistema processual herdado do Império*, com modificações parciais. Com a autonomia legislativa processual dos Estados, foram sufragados os mais variados princípios, produzindo indesejada desarmonia normativa. FREDERICO MARQUES⁵¹⁸, enfocando esse efeito negativo legado ao Direito Processual com a quebra de sua unidade, relata que

Enquanto alguns códigos se mantinham fieis àqueles postulados jurídico-processuais, outros deles se afastavam, ou porque tornassem a formação da culpa secreta, ou porque suprimissem o inquérito policial, ou porque restringissem cada vez mais as atribuições do Júri, ou porque configurassem sob forma contraditória plena toda a formação da culpa.

A situação assim perdurou até a retomada da unidade processual, que ocorreu com a edição da Constituição de 1934, ficando logo estabelecida, nas disposições transitórias, a determinação para que fosse nomeada uma comissão de três juristas, sendo dois ministros do Supremo Tribunal Federal e um advogado, para cuidar da feitura do novo Código de Processo Criminal. A comissão formada em 15 agosto de 1935 pelos ministros BENTO DE FARIA e PLÍNIO CASADO e pelo professor GAMA CERQUEIRA, todos renomados juristas, submeteu o trabalho ao Presidente da República pelas mãos do Ministro da Justiça, o eminente professor VICENTE RÁO⁵¹⁹ Conforme ASTOLFO DE RESENDE⁵²⁰, as características fundamentais da sugestão de projeto de lei encaminhado por VICENTE RÁO, consistiam (a) na *restrição progressiva do júri*; (b) eliminação do inquérito e consequente retorno ao juizado de instrução; e (c) *equivalência de direitos, da sociedade e do acusado, no curso do processo*. Isso denota a clara inclinação pela orientação emanada da Escola Positiva. Com efeito, conforme foi anotado quando da apreciação da teoria da Escola Positiva, os positivistas tinham como dogmas para a reforma do processo penal o (r) *estabelecimento* da igualdade entre a sociedade e a defesa⁵²¹ e a supressão do tribunal do júri.

1.4.4 – O viés político-filosófico-repressivo do Código de Processo Penal de 1941, instrumento adequado para o Estado ditatorial forjado com o golpe de 1937.

Vindo o Golpe de Estado de 1937, o projeto VICENTE RÁO não foi adiante⁵²², mas, mantida a unidade processual pela Constituição do mesmo ano, designou-se outra comissão para elaborar o

⁵¹⁶ Registra CÂMARA LEAL que apenas alguns Estados da federação codificaram o Direito Processual Penal. A maioria deles permaneceu regido pelo Código de Processo Criminal do Império, complementado por leis estaduais esparsas. (Comentários ao código de processo penal brasileiro. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942. v. 1. p. 34).

⁵¹⁷ MARQUES. Op. cit., p. 105.

⁵¹⁸ Ibid. p. 105.

⁵¹⁹ Era notável jurista e professor catedrático de Direito Civil do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e tinha o título de Doutor “Honoris Causa” pela Universidade de Nancy (França). Foi Ministro da Justiça (1934-1936) e das Relações Exteriores (1953-1954) e membro da Delegação do Brasil junto à X Assembleia Geral das Nações Unidas (1950), além de ter participado de outras conferências internacionais, sendo a última delas na qualidade de Presidente com categoria de Embaixador da Comissão Jurídica Interamericana da OEA (1969/1973). Escreveu várias obras: capacidade civil da mulher casada, Direitos da mulher casada sobre o produto do seu trabalho, Posse de direitos pessoais, Novas formas de organização política e outras. A mais importante, porém, foi a obra O direito e a vida dos direitos. Tinha substancial formação humanística e liberal, o que o transformou, nas palavras de OVÍDIO ROCHA BARROS SANDOVAL, “... em espadachim na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana” (O direito e a vida dos direitos. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 6.).

⁵²⁰ Apud MARQUES. Op. cit., p. 106.

⁵²¹ FERRI e GAROFALO eram fortes nesse argumento, na medida em que acreditavam na incoerência de exagero, por parte dos adeptos da corrente beccariana, ao tratarem o acusado como vítima do Estado no Antigo Regime.

⁵²² Muito provavelmente, a postura daquele que recebeu a alcunha de espadachim na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana não era a pessoa mais indicada para coordenar a elaboração de um projeto de lei de Código de Processo Penal orientado pelo Código de Processo Penal italiano fascista.

projeto do novo Código de Processo Criminal, dela fazendo parte NARCÉLIO DE QUEIROZ⁵²³, CÂNDIDO MENDES⁵²⁴, VIEIRA BRAGA⁵²⁵, ROBERTO LYRA⁵²⁶ e NELSON HUNGRIA⁵²⁷, todos juristas reverenciados pelo grande saber jurídico. Com o falecimento do Professor CÂNDIDO MENDES, passou a integrar a comissão o Desembargador FLORÊNCIO DE ABREU⁵²⁸. A comissão era, praticamente, a mesma que foi designada para revisar o projeto de novo Código Penal de autoria do Professor ALCÂNTARA MACHADO, formada por NELSON HUNGRIA, ROBERTO LYRA, VIEIRA BRAGA e NARCÉLIO DE QUEIROZ⁵²⁹. A ideia inicial era de que o novo Código de Processo Penal fosse logo editado, diante da necessidade da unificação legislativa determinada pela Constituição de 1934 sem aguardar os trabalhos referentes ao Código Penal. Entretanto, como o Professor ALCÂNTARA MACHADO desincumbiu-se rapidamente da missão de elaborar o projeto do novo Código Penal, houve a alteração do planejamento governamental coordenado pelo então Ministro da Justiça, FRANCISCO CAMPOS⁵³⁰, sendo nomeada a mencionada comissão revisora para tratar da nova codificação do Direito Penal material, razão pela qual, pouco tempo mais tarde, ainda no ano de 1940, o novo Código Penal foi publicado. Por isso mesmo, os trabalhos de renovação da legislação processual penal somente foram iniciados após a edição do Código Penal⁵³¹. Iniciados e concluídos os trabalhos ainda no período da *vacatio legis* do Código Penal e encaminhado o projeto por meio da exposição de motivos da lavra de FRANCISCO CAMPOS em data de 8 de setembro de

⁵²³ NARCÉLIO DE QUEIROZ foi um criminalista que, segundo ROBERTO LYRA, não teve, perante o grande público, a projeção correspondente ao seu valor. Tinha fama de excelente palestrante, de codificador e representou o Brasil em várias assembleias internacionais. (Op. cit., p. 93-94). Foi Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara. ROBERTO LYRA conta que a participação dele no 2º Congresso Latino-Americano de Criminologia foi tão marcante que, nos contatos mantidos com criminalistas estrangeiros, estes sempre perguntavam o que NARCÉLIO DE QUEIROZ tinha escrito. (Ibid.). Escreveu o clássico *Teoria da actio libera in causa* e outras teses (1963).

⁵²⁴ CÂNDIDO MENDES era venerado professor de Processo Penal. FREDERICO MARQUES cita como obra do professor uns comentários ao Código de Processo Penal estadual de São Paulo (Op. cit., p. 124).

⁵²⁵ Ele era, na época, juiz cível, mas, embora fosse o menos informado sobre a atualidade legislativa e doutrinária do Direito Penal, conforme ressaltou ROBERTO LYRA, conhecia a fundo as escolas penais – tinha uma certa demonstração de preferência por MANZINI (um dos arautos da Escola do Tecnicismo Jurídico) – e era um legislador nato, com rara sensibilidade de técnica legislativa (Op. cit., p. 95).

⁵²⁶ Na época, era Promotor de Justiça, tinha acentuado prestígio não só no Brasil como no estrangeiro e participou, também, da comissão que elaborou o Código Penal. Perfilhava a linha da Escola Positiva e era a maior referência dessa doutrina no Brasil, muito embora ele, em uma de suas últimas obras, tenha dito que era um positivista em trânsito para o socialismo, em razão de sua crença de que o meio social era o fator determinante da criminalidade. (Op. cit., p. 139). Publicou diversas obras: *Comentários ao código penal* (1958); *Comentários ao código de processo penal* (1944); *O ministério público e o júri* (1933); *Introdução ao estudo do direito criminal* (1946); *Noções de direito criminal* (1944-1945); *Novíssimas escolas penais* (1956).

⁵²⁷ Foi Promotor de Justiça, Juiz de Direito, Desembargador do Distrito Federal e Ministro do Supremo Tribunal Federal (1951-1961). Era professor e participou, também, das comissões de elaboração do Código Penal, da Lei das Contravenções Penais e da Lei de Economia Popular. Escreveu diversas obras, destacando-se *Fraude penal* e *legítima defesa putativa* e *Estudos sobre a parte especial do código penal de 1890*. A sua maior obra foi *Comentários ao Código Penal* (8 volumes). Se não foi o maior penalista do Brasil, estreme de dúvidas, foi o que gozou de maior prestígio no âmbito nacional e internacional. NELSON HUNGRIA sempre rejeitou a sua inclusão como filiado a esta ou aquela escola penal, e eram notórias as suas querelas jurídicas com ROBERTO LYRA, desdenhando, como este mesmo confessa, do positivismo de LYRA. ROBERTO LYRA, com certa dose de ironia, do exame de pronunciamentos, escritos e julgados de NELSON HUNGRIA, pinçava traços positivistas no insigne mestre, devido às homenagens que ele tributava aos aspectos sociológicos. (Op. cit., p. 98-99). O pensamento eclético de NELSON HUNGRIA, porém mais afinado com as bases do pensamento carrariano, revela-se, de modo contundente, na leitura de sua conferência *Os pandectistas do direito penal*, na qual atribui a propagação do positivismo normativo kelseniano na seara criminal a ARTURO ROCCO e FRANCESCO CARNELUTTI. Reconhecia que o tecnicismo jurídico é uma diretriz indeclinável para o estudo e construção sistemática do direito, verdade reconhecida até por FERRI, FLORIAN, ALTAVILLA e GRISPIGNI, mas alertava que não se pode permitir que ele "... se torne um fim em si mesmo ou um abstracionismo insaciável" (*Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, tomo 2. p. 451), pois "Impõe-se o retorno ao que ANTOLISEI denomina 'orientação realística', às exigências concretas da vida, ao estudo do direito penal no que lhe tem de verdadeiramente substancial" (Op. cit., p. 450).

⁵²⁸ Era Desembargador e publicou *Comentário ao código de processo penal*.

⁵²⁹ Na exposição de motivos do projeto do novo Código Penal, FRANCISCO CAMPOS, então Ministro da Justiça, ressaltou a importância do projeto elaborado pelo Professor ALCÂNTARA MACHADO, mas deixou claro que a comissão revisora, formada por NELSON HUNGRIA, ROBERTO LYRA, VIEIRA BRAGA e NARCÉLIO DE QUEIROZ, introduziu modificações à estrutura e ao plano sistemático daquele, de modo que o projeto encaminhado era fruto dos trabalhos desta. (*Código penal*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 22).

⁵³⁰ *Código de processo penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

⁵³¹ Conforme o art. 361 do Código Penal, a nova lei penal somente entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

1941, foi o novo Código de Processo Penal publicado em 13 de outubro de 1941, com a previsão de que a sua vigência se daria a partir de 1º de janeiro de 1942⁵³².

O ambiente político durante a elaboração da codificação penal e processual penal, como se sabe, não era satisfatório. As escaramuças políticas vivenciadas durante a tumultuada sucessão presidencial, de cuja disputa GETÚLIO VARGAS saiu vitorioso, conseguindo eleger-se, desdobrou-se no *Golpe de Estado*, com a dissolução da Câmara dos Deputados e do Senado, revogação da Constituição de 1934, vindo, em seu lugar, a Constituição de 1937, concebida para dar legitimidade a um Estado autoritário, com forte concentração do poder político nas mãos do Executivo, em detrimento da independência dos demais poderes.⁵³³ A ingerência do Executivo no Judiciário era tal que cabia ao Presidente da República nomear, até mesmo, o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao Legislativo, a interferência do Executivo não era menor, com a usurpação da atividade legislativa daquele com a ampla utilização do decreto-lei⁵³⁴. Para se ter ideia mais concreta desse aspecto, os Códigos Penal e Processual Penal foram editados sem passar pelo Congresso Nacional, uma vez que eles foram inseridos no nosso ordenamento jurídico por meio dos Decretos-Leis 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e 3.689, de 3 de outubro de 1941. Ou seja, a legislação que tem um histórico de luta pela afirmação dos direitos fundamentais do ser humano não foi objeto de debate sequer no Parlamento⁵³⁵. Para se ter ideia mais concreta desse aspecto, os Códigos Penal e Processual Penal foram editados sem passar pelo Congresso Nacional, uma vez que eles foram inseridos no nosso ordenamento jurídico por meio dos Decretos-Leis 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e 3.689, de 3 de outubro de 1941. Ou seja, a legislação que tem um histórico de luta pela afirmação dos direitos fundamentais do ser humano não foi objeto de debate sequer no Parlamento⁵³⁰. Nos dias de hoje, seria algo como a aprovação por meio de uma medida provisória. Não se há de olvidar que uma ocorrência dessa natureza é impensável, até porque, por mais incipiente que seja a democracia brasileira, não há ambiente político para dar azo à coisa desse gênero⁵³⁶.

O Código de Processo Penal, por conseguinte, foi elaborado no contexto de todos esses ingredientes políticos internos, agravados pela beligerância externa exalada da Segunda Guerra Mundial, conflito que foi responsável por toda sorte de mazelas, especialmente pela pouca atenção às conquistas humanitárias cristalizadas na Revolução Francesa. Pouco tempo antes, a Itália fascista, sob a pena de ARTURO ROCCO – à época Ministro do Governo e detinha a autoridade de quem deu início à Escola do Tecnicismo Jurídico –, havia editado o Código de Processo Penal de 1930, uma legislação reacionária, bem própria ao modelo de Estado antidemocrático. Esse Código italiano teve considerável influência na elaboração do Código Processual Penal brasileiro de 1941, atualmente em vigor. O então Ministro da Justiça do Brasil, o jurista FRANCISCO CAMPOS⁵³⁷, que nutria simpatia pelo regime totalitário italiano, fez-se presente, a todo momento, no trabalho de elaboração do Código

⁵³² Entrou em vigor na mesma data do Código Penal.

⁵³³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Poder judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura*. 1999. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999. p. 153. O Presidente da República nomeava, igualmente, o Procurador-Geral da República, que recaía em um dos membros do Supremo Tribunal Federal.

⁵³⁴ A medida provisória é a versão, vamos dizer assim, menos autoritária do decreto-lei, sendo que este foi um instrumento essencial durante a ditadura de Vargas e o período de triste memória em que o país foi governado pelos militares, cujo início se deu a partir do Golpe de 1964 e somente se encerrou na segunda metade dos anos oitenta.

⁵³⁰ Se o Legislativo não teve a possibilidade nem mesmo de discutir sobre o projeto dos Códigos Penal e Processual Penal, imagine a sociedade em si.

⁵³⁵ Se o Legislativo não teve a possibilidade nem mesmo de discutir sobre o projeto dos Códigos Penal e Processual Penal, imagine a sociedade em si.

⁵³⁶ Depois da Constituição de 1988, as participações da sociedade no processo legislativo têm sido admitidas não só nas audiências públicas das duas casas legislativas, como tem sido estimulada a apresentação de sugestões normativas pelas entidades de classe. Além de inúmeros outros exemplos, merecer registro a participação ativa de entidades de classe como AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil, AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros e ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, na Reforma do Judiciário, sendo muitas das propostas por elas apresentadas incorporadas ao texto da Emenda Constitucional 45, de 2004. Os projetos de reforma dos Códigos Penal e Processual Penal, que se encontram no Congresso Nacional, receberam diversas sugestões da AJUFE, da AMB, das entidades de classe representativas do Ministério Público e da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.

⁵³⁷ FRANCISCO CAMPOS era reverenciado pelo seu profundo conhecimento jurídico e cultura geral. A sua cultura era tão vasta que era chamado de Chico Ciência. Porém, ele não era um liberal, era homem que defendia um Estado forte e não era por menos que gozava da confiança do Presidente GETÚLIO VARGAS.

de Processo Penal, assim como já havia ocorrido em relação ao Código Penal⁵³⁸. Isso tanto é verdade que ROBERTO LYRA, a despeito de ter feito questão de salientar que não houve, por parte do ministro, nenhuma influência oficial, admitiu que ele deu uma *contribuição decisiva* ao trabalho, com a sua *cultura universal e reações magnas*.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, o Ministro FRANCISCO CAMPOS revela a ideologia que orientou a sua confecção⁵³⁹. Em tom forte, logo no início, por acreditar que as leis processuais então em vigor conferiam um *extenso catálogo de garantias e favores* aos réus, o então ministro arremata que era necessário ajustá-las no desiderato de servirem de instrumento a *maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem*⁵⁴⁰. Para tanto, julgava FRANCISCO CAMPOS necessário que fosse “... abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”. Esse foi, segundo as próprias palavras assacadas na exposição de motivos, “... o critério que orientou a elaboração do presente projeto do Código”⁵⁴¹.

Mostrando a sua afinidade com a ideologia que comandava a Itália fascista, na exposição de motivos, FRANCISCO CAMPOS faz referência ao Ministro italiano ARTURO ROCCO que, ao apresentar o projeto de reforma processual penal da Itália, que findou, sob o comando da corrente Técnico-Jurídica, sendo transformado no Código de 1930, advertia que algumas das medidas “... certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente”⁵⁴². Mais adiante, repetindo as palavras do criminalista italiano, realçou: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas.”⁵⁴³ Em suas últimas palavras sobre o espírito do código, ainda que elas não mais fossem necessárias, FRANCISCO CAMPOS acrescentou que “... se evidencia que este (projeto) se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e segurança de sua liberdade”. Por fim, como uma espécie de carta de seguro, ele acrescentou: “Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais”⁵⁴⁴.

Ser mais claro era impossível. A inspiração do espírito do Código de Processo Penal não vinha do movimento liberal que marcou o surgimento da Escola Clássica que, deduzida juridicamente por CARRARA, concebia o processo penal como o instrumento mais importante para a proteção dos direitos individuais, servindo, por conseguinte, antes de tudo, como uma forma de limitação do poder de punir do Estado. Agora, na linha de ação das Escolas Positiva e do Tecnicismo Jurídico, o processo penal brasileiro deveria ser uma ferramenta qualificada para servir à repressão do Estado. Força repressiva passava a ser o norte do novo Código de Processo Penal.

Em ligeira análise do conteúdo político dos Códigos Penal e de Processo Penal, ROBERTO LYRA, após considerar que os críticos o consideram *ora atrasado, ora avançado, ora benévolo, ora rigoroso*, diz que, não obstante a *política reacionária que policiava a questão social*, o que de mais substancial tinha o Código de Processo não era a técnica, mas o *seu efetivo, minucioso e intransigente*

⁵³⁸ Na exposição de motivos do Código Penal, FRANCISCO CAMPOS deixou muito clara a sua efetiva intervenção, ao dizer que os trabalhos de aprimoramento do projeto prosseguiram “... com a minha assistência e colaboração, até que me parecesse o projeto em condições de ser submetido à apreciação de Vossa Excelência” (*Código penal*. p. 22).

⁵³⁹ Nada mais correta a posição da doutrina que não identifica a exposição de motivos como elemento interpretativo. De todo modo, senão para outros fins, a exposição de motivos se apresenta como um fragmento histórico de fundamental importância para identificar o perfil ideológico do legislador. Nesse particular, FRANCISCO CAMPOS, com a sua apurada verve literária, com rara felicidade, não só sumariou, com profundidade, os aspectos técnicos da nova codificação, como sublinhou o traço político-ideológico embutido no projeto.

⁵⁴⁰ *Código de processo penal*. CAMPOS, Francisco, 41 ed. São Paulo: Saraiva, p. 6.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² *Ibid.* p. 6

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 16.

*respeito às liberdades e às garantias individuais e o seu espírito de justiça social*⁵⁴⁵. O tratamento dispensado ao direito de defesa, exigindo-a substancial, não apenas formal; a dispensa do pagamento da fiança pelo réu pobre; a disciplina do habeas corpus, com a permissibilidade de sua impetração por qualquer pessoa e mesmo o seu deferimento de ofício; a prevalência da decisão mais favorável ao réu, no caso de empate, dentre outras normas específicas do novo Código de Processo Penal, na concepção de ROBERTO LYRA, deixam transparecer a sua substância democrática, o seu apreço pela liberdade individual, muito embora ressalte que tudo isso não prejudique a sua função de defesa social⁵⁴⁶. Na sua conclusão sobre a ideologia do Código de Processo Penal, dá a última pincelada no quadro por ele imaginado: “Um Código que, apesar da mentalidade política imperante à época da elaboração, consulta assim à tradição liberal do país, não poderia conter resíduo antidemocrático”.⁵⁴⁷

Em que pese louvável a preocupação de ROBERTO LYRA de colocar em evidência o verniz democrático do novo Código de Processo Penal, a realidade é que ele foi idealizado à imagem e à semelhança de um autêntico Estado ditatorial⁵⁴⁸. Foi pensado mais como arma poderosa colocada à disposição de um Estado antidemocrático do que como instrumento garantista de limitação do direito de punir estatal. Ainda que a ideia reformista fosse no sentido de conferir ao processo penal um melhor desempenho de sua função de meio adequado para se obter a condenação das pessoas que põem em estado de insegurança a sociedade, não podia, nem precisava, erigir essa linha como o norte de seu mister. Poderia, sim, corrigir eventuais erros políticos, estratégicos e mesmo práticos da legislação anterior, sem, de toda sorte, desmerecer e relegar a segundo plano a ideologia garantista da lei processual, escrita como conquista histórica da humanidade na Declaração dos Direitos do Homem, como denuncia a leitura harmônica e arejada dos arts. 7º e 8º do referido diploma universal.

No pertinente à Escola Penal que guiou os passos da comissão na elaboração dos Códigos Penal e de Processo Penal em vigor, ROBERTO LYRA, ao rebater as críticas de que teria renunciado ao seu *positivismo*, lembra que o projeto foi obra de uma comissão, da qual ele era o único a seguir aquela corrente de pensamento, sendo nada mais natural, portanto, que, em vários assuntos, fosse vencido pela maioria⁵⁴⁹. Nos termos da compreensão de ROBERTO LYRA⁵⁵⁰, o código “... não representa a vitória ou a derrota de qualquer escola, mas a colaboração de homens livres e sinceros” e, dando ênfase ao seu elevado espírito de homem público, sublinha que um código é uma obra de técnica jurídica coletiva, motivo pelo qual há de resultar “... da média das soluções práticas e, não, das opiniões doutrinárias”⁵⁵¹, sendo imprescindível que, em um ou outro ponto, todos cedam e, em relação a isso, afiançou: “... não foi ao positivista solitário que coube a maior parte”⁵⁵².

Da leitura mais superficial que se faça dos Códigos Penal e Processual Penal vigentes no Brasil, uma verdade emerge sem a menor possibilidade de contestação: embora se parta da ideia de que a culpa, em sentidos lato ou estrito, foi erigida como elemento subjetivo necessário do crime, ambos adotaram várias ideias da Escola Positiva, sendo suficiente, para não se alongar em questão bizantina, fazer menção à adoção da medida de segurança⁵⁵³. O Código Processual Penal, destarte, é uma posição *eclética* das Escolas Clássica e Positiva, sob forte influência do Tecnicismo Jurídico, até porque, como já se disse, ele foi inspirado pelo Código de Processo Penal italiano de 1930.

⁵⁴⁵ Op. cit., p. 105-106

⁵⁴⁶ Ibid., p. 108.

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ Cf. item 9.6.3, infra.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 118. LYRA repele os que afirmaram (cita especialmente ASÚA e GALDINO SIQUEIRA) ter havido na comissão uma desarmonia, em razão da divergência filosófica entre os dois mais ilustres membros dela, em razão do positivismo de ROBERTO LYRA e do ecletismo de NELSON HUNGRIA, classificado como classicista por ASÚA.

⁵⁵⁰ Ibid.

⁵⁵¹ Ibid.

⁵⁵² Ibid.

⁵⁵³ A medida de segurança, espécie de cautela preventiva, não tinha como base a culpa exteriorizada em um fato concreto, mas sim a demonstração de periculosidade do agente, indício suficiente para presumir-se a sua possibilidade de delinquir. Veja-se que, na versão originária do texto do Código Penal, a medida de segurança era prevista, até mesmo, para os imputáveis (sistema do duplo binário). Só depois, com a grande reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, foi adotado o sistema vicariante, persistindo a medida de segurança, porém restrita aos inimputáveis, aqueles que não possuem condições de entender o caráter criminoso de seu agir.

Aliás, segundo já foi exposto no estudo das correntes de pensamento, depois do aparecimento das Escolas Clássica e Positiva, tudo o mais que se pensou a respeito da ciência criminal teve de escorar-se em verdades científicas pronunciadas por ambas.

As várias modificações introduzidas no Código de Processo Penal⁵⁵⁴, ao longo de sua vigência, não tiveram o condão de desfigurar esse seu ecletismo, até porque as novas disposições que lhe foram enxertadas possuem como pano de fundo essas mesmas correntes de pensamento, aqui e ali agregadas de uma nova visão, a exemplo da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), que exprime o pensamento da *Escola da Nova Defesa Social*, e a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), que se contém na ambiência da corrente da *Lei e Ordem*.

1.4.5 – Necessidade de novo Código de Processo Penal.

Consoante examinado acima, o Código de Processo Penal em vigor foi editado sob a batuta da Constituição de 1937, em plena ditadura, tendo sido introduzido no sistema jurídico por meio de decreto-lei, em época que o Congresso Nacional estava fechado, ou seja, não foi submetido, sequer, ao crivo do Parlamento.

É um código assistemático, com graves erros técnicos, muitos deles próprios dos estágios iniciais da ciência processual, notadamente em âmbito criminal, que até então não tinha experimentado o desenvolvimento dogmático que, em verdade, só apareceu com pujança após a redemocratização do país, mais especialmente a partir do marco regulatório estabelecido pela Constituição de 1988.

É verdade que, desde a sua vigência, ou seja, a partir de 1941, várias e várias reformais pontuais ou tópicas vêm sendo introduzidas no Código de Processo Penal, sendo perceptível que, a cada nova Constituição editada no país, um conjunto de leis foram promulgadas, em linhas gerais, tentando adaptar o sistema processual penal à nova moldura jurídica.

Com efeito, com a Constituição de 1946, de cunho democrático, vieram a Lei nº 263, de 23 de março de 1948 (modificou a competência do tribunal do júri e modificou regras procedimentais) e a Lei nº 1.408, de 9 de agosto de 1951 (prorrogou o vencimento de prazos judiciais e deu outras providências), além de outras sem maior destaque.

Durante a vigência da Constituição de 1967, por questão de conveniência política para proteger pessoas como o Delegado Sérgio Fleury Paranhos, que agiam nos porões da ditadura, as Lei nºs 5.349, de 3 de dezembro de 1967, 5.491, de 22 de novembro de 1973 (denominada Lei Fleury⁵⁵⁵) e 6.416, de 24 de maio de 1977, trouxeram substancial modificação para a prisão cautelar, que melhoraram essa parte do Código de Processo Penal. A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, revogou praticamente todo o Título V do Código de Processo Penal, para dar uma disciplina normativa alinhada com as normas internacionais sobre a execução penal⁵⁵⁶.

Todavia, foi com a edição da Constituição de 1988 que veio o maior número de alterações para o Código de Processo penal, merecendo destaque⁵⁵⁷: Lei nº 8.038, de 1990, regulou as ações

⁵⁵⁴ Mesmo 21 anos do período ditatorial do regime militar não impediram que, ao longo do tempo, o Código de Processo penal, quanto às suas partes mais retrógradas, fosse paulatinamente sendo modificado, em uma acentuada evolução humanística, como se nota das seguintes alterações: a) desapareceu a prisão preventiva obrigatória; b) possibilitou-se o recurso em liberdade do réu primário, não mais ocorrendo a prisão imediata nos crimes de reclusão; c) estendeu-se a fiança e o sursis para os crimes de reclusão; d) modificou-se o processo de execução penal, sendo assegurados ao preso diversos direitos, em respeito a sua condição humana; e) introduziu-se a suspensão condicional do processo; f) criou-se a transação penal, no juizado especial; g) disciplinou-se a delação premiada, no sentido de incentivar a colaboração do acusado na apuração do fato, com consequente garantia da redução da pena e mesmo de imunidade penal, dentre outras. Mas houve involução também, como no caso da negativa do direito à liberdade provisória, nos crimes hediondos e nos crimes praticados por organizações criminosas.

⁵⁵⁵ Essa lei é denominada Fleury em alusão ao Delegado de Polícia do Departamento de Ordem Política e Social — DOPS de São Paulo, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, comandante do esquadrão da morte que atuou nos porões da ditadura militar, instaurada a partir de 1964. Alvo de diversas denúncias da execução de presos, para evitar a prisão do então delegado, que seria inexorável diante do que prescrevia o Código de Processo Penal, a solução encontrada foi modificar a lei, criada casuisticamente para beneficiá-lo. A lei foi promulgada em um mês. (SOUZA, Percival de. *Autópsia do medo: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury*. São Paulo: Globo, 2000, p. 319).

⁵⁵⁶ Cf. item 8.2.3.1, *infra*.

⁵⁵⁷ Isso sem falar nas leis processuais penais extravagantes, que também introduziram alterações no CPP, merecendo destaque a Lei da Prisão Temporária (7.960, de 1989), Lei dos Crimes Hediondos (8.072, de 1990), Lei de Combate ao Crime Organizado (9.034, de 1995, revogada pela Lei 12.850, de 2013), Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (9.099, de

originárias e os recursos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça; Lei nº 8.658, de 1993, estendeu a aplicação da Lei nº 8.038/2001 aos processos perante os Tribunais de Justiça e Regionais Federais; Lei nº 9.061, de 1995 (alterou o art. 80 do CPP que trata dos dados estatísticos criminais); Lei nº 9.113, de 1995 (deu nova redação ao inciso III do art. 484 do CPP, em relação à forma dos quesitos no julgamento pelo tribunal do júri); Lei nº 9.271, de 1996 (alterou do art. 366 ao 370 do CPP, para incluir a suspensão do processo, em caso de revelia de acusado citado por edital e estabelecer, como regra, a citação por meio do órgão incumbido da publicação oficial dos atos judiciais); Lei nº 10.792, de 2003 (revogou o art. 194 e modificou as regras do interrogatório — arts. 185 a 196, 261 e 360 — a fim de assegurar a defesa efetiva nessa fase); Lei nº 11.101, de 2005 (nova Lei de Falências, revogou os arts. 503 a 512 do CPP); Lei nº 11.113, de 2005 (alterou as redações do caput e do § 2º do art. 304 do CPP, modificando as formalidades da prisão em flagrante); Lei nº 11.449, de 2007 (com as alterações ao art. 306, determinou que a comunicação da prisão em flagrante ao juiz seja imediata e que o auto de prisão em flagrante, dentro do prazo de 24 horas, seja encaminhado, também, ao advogado ou, sendo o caso, à Defensoria Pública).

1.4.5.1 – Movimento reformista do processo penal.

Essas diversas modificações pontuais, não foram suficientes para eliminar os principais vícios estruturais do Código de Processo Penal: (a) perfil antidemocrático e policialesco, elaborado que foi sob a batuta da Constituição ditatorial de 1937; (c) forte influência do sistema inquisitivo; (d) burocrático e moroso; (e) sistema presidencial das audiências; (f) necessidade de adaptação a um modelo democrático e pautado pelo respeito aos direitos fundamentais.

O Código já foi concebido com ideias ultrapassadas sufragadas pelo Código de Processo Penal italiano de índole *fascista* de 1930, tendo sofrido os influxos autoritários do Estado Novo, de modo que foi editado com o propósito claro de se transformar em um instrumento de força do regime ditatorial, sendo mais um estatuto repressivo do que um *estatuto das liberdades* ou de regras estabelecidas tendo como escopo reger o exercício do dever/poder de punir do Estado.

Cabe aqui conferir o que asseveramos a esse respeito, em outro trabalho⁵⁵⁸:

O perfil antidemocrático e policialesco é revelado no esboço histórico da edição do Código de Processo Penal⁵⁵⁹. O Código sofreu os influxos autoritários do Estado Novo, de modo que foi editado com o propósito claro de se transformar em um instrumento de força do regime ditatorial, sendo mais um *estatuto repressivo* do que um *estatuto das liberdades* ou de regras estabelecidas tendo como escopo reger o exercício do *dever-poder* de punir do Estado com base no enunciado de normas protetivas dos direitos essenciais da pessoa humana.

Conquanto adotado, como regra, o sistema acusatório, como se verá mais adiante, estão imanentes na parte estrutural do Código de Processo Penal as ideias do sistema misto, com forte sotaque inquisitorial, circunstância que confere ao juiz a prática de diversos atos processuais que não são compatíveis com a posição de julgador, ao passo que, em rigor, o Ministério Público não é tratado efetivamente como parte.

A disciplina procedimental extremamente arcaica, especialmente para os processos de rito ordinário e para o tribunal do júri, tornava esses procedimentos excessivamente burocráticos e morosos. Nos processos de rito ordinário, em detrimento da orientação dos princípios da celeridade, economia, oralidade e concentração dos atos processuais, eram previstas nada menos do que três audiências distintas. Nada obstante, o procedimento era eminentemente escrito, porquanto tudo que era tratado na audiência tinha de ser reduzido a termo, pela sistemática de ditado feito pelo juiz, adotando-se a oralidade, propriamente, apenas nas sessões do tribunal do júri, isso mesmo só em relação aos debates. Sem embargo disso, era o juiz quem fazia todas as perguntas, não sendo permitido às partes fazê-las diretamente às testemunhas.

1995), Lei contra a Tortura (9.455, de 1997), Lei contra os Crimes Ambientais (9.605, de 1998), Lei de Combate ao Crime de Lavagem de Dinheiro (9.613, de 1998), Lei de Proteção a vítimas e testemunhas (9.807, de 1999), Lei dos Juizados Especiais da Justiça Federal (10.259, de 2001) e Lei contra o Uso e Tráfico de Entorpecentes (11.343, de 2006).

⁵⁵⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma Tópica do processo penal*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 32-33.

⁵⁵⁹ Cf. item 2.2, supra.

Por fim, a densidade principiológica da Constituição de 1988, notadamente em relação às declarações dos direitos fundamentais, que passaram a ser concebidos na qualidade de normas jurídicas elevadas à potência máxima, revogou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, ao tempo em que determinou uma (re)leitura e (re)interpretação de seus dispositivos com esteio nessa nova ordem jurídica, o que recomenda e exige uma modificação substancial da legislação infraconstitucional criminal, a fim de adequá-la ao paradigma do Estado constitucional, o qual possui como meio e fim os direitos fundamentais.

A par disso, no cenário do direito comparado, teve início amplo movimento *reformista* cuja preocupação, sem perder de vista a maior *eficácia e duração razoável do processo*, tem sido a construção de sistema com foco nos direitos fundamentais, a partir do modelo acusatório, com a efetiva aplicação da oralidade. As reformas do processo penal na Europa não foram apenas os reflexos das *mudanças políticas* de democratização ocorridas no Sul e no Leste do continente europeu do final dos anos 1980, pois se estenderam a países como Alemanha, Inglaterra, Espanha, Itália, França e Portugal, devido a jurisprudência formada pela Corte de Estrasburgo e pela Corte de Justiça de Luxemburgo, Para Delmas-Marty⁵⁶⁰, esse movimento revela como esse ramo do direito “... está ligado – mais ainda que o direito penal material que define os delitos e as penas – ao processo de democratização.”

As reformas dos Códigos de Processo Penal Europeus seguiram os preceitos da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a jurisprudência do Tribunal Europeu, com clara tendência em direção à adoção do *sistema acusatório*, em detrimento do inquisitório e mesmo do *misto*, com o qual se procura atribuir ao Ministério Público o papel de parte, reservando-se, para o juiz, a função essencialmente judicante, sobressaindo-se a preocupação quanto à preservação dos direitos fundamentais, especialmente na fase pré-processual⁵⁶¹.

No final dos anos 90 para os anos 2000, a reforma dos Códigos de Processo Penal foi inserida, também, no processo de (re)democratização da América Latina. Comissão formada por Jaime Bernal, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover e Júlio Mayer, com suporte na Convenção Americana de Direitos Humanos e os direitos fundamentais catalogados nas Constituições dos países, apresentou, em 1988, o Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América, modelo adotado nas reformas processuais penais na Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai e, ainda, nas reformas parciais no Brasil⁵⁶².

Na exposição de motivos da proposta de reforma do Código de Processo Penal, a qual deu origem às Leis n.ºs. 10.792, de 2003, 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, e 12.403, de 2011, Ada Pellegrini, na qualidade de presidente da Comissão de juristas criada pelo Ministério da Justiça, esclareceu que o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América orientou os trabalhos do grupo.

Em linhas gerais, o norte adotado pelos países da América Latina na reformulação de suas legislações processuais é a substituição do tradicional modelo *inquisitivo, escrito, burocrático, pouco transparente e moroso, por um modelo do tipo acusatório, simplificado, transparente, oral, com o Ministério Público na qualidade de parte, plenas garantias do acusado, a defesa efetiva, o direito ao silêncio, a presunção de não culpabilidade, a proibição de provas ilícitas e a imparcialidade do juiz, que não deve auxiliar o Ministério Público no exercício do jus persecuendi*⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Ibid. MIREILLE salienta que os não juristas parecem mais conscientes do que os juristas, quanto a essa estreita ligação entre democracia e processo penal (Ibid.). Cf. item 6 a 6.5, infra.

⁵⁶¹ TULKENS, Françoise. O procedimento penal: Grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. In: *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*, p. 9-16. SALAS, Denis. Alguns exemplos nacionais. In: *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*, p. 27-29.

⁵⁶² O código modelo de processo penal para ibero-américa 10 anos depois. In: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 70/76. Cf. ainda: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do processo penal no Brasil e na América latina. São Paulo: Editora Método, 2001. CABEZON, Andrea P.; ARANEDA, Sandra J. *Reformas procesales penales em América latina resultados Del proyecto de seguimiento*. Santiago: Centro de estudios de justicia de las Américas – CEJA. CABEZON, Andrea P. *Reformas de La justicia em América latina experiencias de innovación*. Santiago: Centro de estudios de justicia de las Américas – CEJA.

⁵⁶³ Cf. AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no brasil e na américa latina*. São Paulo: Editora Método, 2001.

Essa foi orientação seguida pelo legislador na feitura das Leis nºs 10.792, de 2003, 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, e 12.403, de 2011, as quais trouxeram profundas alterações na sistemática da produção e do exame da prova, nos ritos ordinário e sumário e do tribunal do júri e às medidas cautelares de ordem pessoal, promovendo o que denominamos Reforma tópica do *processo penal*.

1.4.5.2 – Reforma tópica (global) do Código de Processo Penal.

Diante desse estado de coisas, desde os anos 1970 há a intenção de que seja editado um novo Código de Processo Penal, promovendo-se, assim, uma reforma global do sistema processual. As tentativas nesse sentido, porém, até agora, pelos mais diversos motivos, não obtiveram sucesso. No ano de 1975, o Executivo encaminhou para o Congresso Nacional um anteprojeto de Código de Processo Penal da autoria de JOSÉ FREDERICO MARQUES, transformado no Projeto de Lei nº 633, de 1975. Logo depois, em razão das resistências quanto a sua aprovação, foi nomeada nova comissão integrada por FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (Coordenador), JOSÉ FREDERICO MARQUES, JORGE ALBERTO ROMEIRO e ROGÉRIO LAURIA TUCCI. O novo trabalho, transformado no Projeto de Lei nº 1.655, de 1983, manteve as partes fundamentais da proposta de José Frederico Marques, chegou a ser aprovado pela Câmara Federal, em 26 de junho de 1984, mas não foi votado pelo Senado.

Se mesmo antes da edição da Constituição de 1988 já se sentia a necessidade da edição de um novo Código de Processo Penal, após a sua promulgação a necessidade dessa iniciativa ficou inadiável. Lembre-se que, no ambiente cível, o Código de Processo Civil de 1939 – que, a despeito de todos os defeitos, era considerado, em termos *metodológicos e dogmáticos*, muito mais avançado do que o Código de Processo Penal ainda hoje em vigor – foi revogado logo no início dos anos 1970, com a aprovação do novo Código de Processo Civil.

Essas considerações demonstram que o ideal é uma *reforma global* ou total do Código de Processo Penal, isto é, que seja editado um novo Código de Processo Penal, não sendo suficiente a Reforma Tópica que está sendo implementada. Aliás,

ADA PELLEGRINI GRINOVER, na qualidade de Presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, ao escrever a exposição de motivos do trabalho reconheceu que a escolha pela *reforma tópica* não foi técnica, mas *pragmática*, dentro da ótica da política do possível, uma vez que se verificou a impossibilidade de edição de um novo CPP.

Essa foi a justificativa em razão da qual a Comissão de Reforma, instituída pelo Poder Executivo, no afã de promover uma modificação ampla e estrutural do CPP em vigor, ao invés de encaminhar ao Congresso Nacional uma proposta de novo código, enviou 7 (sete) anteprojetos, transformados nos seguintes projetos de lei: (a) PL 4.203/2001, transformado na Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri): vigência a partir de 10 de agosto de 2008; (b) PL 4.204/2001, transformado na Lei nº 10.792, de 2003 (Interrogatório e defesa efetiva), em vigor a partir da data de publicação; (c) PL 4.205/2001, transformado na Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 (Provas): vigência a partir de 10 de agosto de 2008; (d) PL 4.206/2001 (Recursos e ações de impugnação); (e) PL 4.207/2001, transformado na Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 (Suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e Procedimentos); (f) PL 4.208/2001, transformado na Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 (Prisão, medidas cautelares, fiança e liberdade); e (g) PL 4.209/2001 (Investigação criminal).

Ou seja, se quis, por meio de uma reforma tópica, modificar o modelo misto com forte sotaque inquisitivo para adotar o sistema acusatório, com alterações em toda a parte estrutural do CPP, a partir da fase preparatória, mediante uma série de alterações no inquérito policial, extensivas aos procedimentos ordinário, sumário e ao relativo ao tribunal do júri – repercutindo nos demais ritos especiais –, com a redefinição do papel e das atribuições do juiz e do Ministério Público no processo, garantia de maior efetividade da defesa e participação do ofendido/vítima sob a inspiração da justiça restaurativa, nova disciplina das provas, adoção da oralidade, concentração e simplificação dos atos processuais, racionalização e adaptação das espécies recursais e das ações autônomas de impugnação de ato judicial à processualística moderna,

ademais de desconstrução da cultura da prisão como único remédio a ser ministrado como medida cautelar de ordem pessoal.

Como se vê, a intenção foi modificar a fase pré-processual, o processo de conhecimento – em todas as suas etapas, postulatória, instrutória e decisória –, a fase recursal e, ainda, as medidas cautelares pessoais. Só não foram alvitradas modificações para a execução penal.

Pensou-se, portanto, em um novo código, porém, sob a arquitetura de um código assistemático e atécnico, com os mais diversos senões estruturais e de linguagem. Para complicar ainda mais a tarefa, o PL 4.204/2001, foi transformado na Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003 (Interrogatório e defesa efetiva). Só com o transcurso de quase 5 (cinco) anos após, foram aprovadas mais 3 (três), PL 4.203/2001, transformado na Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri), PL 4.205/2001, transformado na Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 (Provas), PL 4.207/2001, transformado na Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 (Suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e Procedimentos) e PL 4.208/2001, transformado na Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 (Prisão, medidas cautelares, fiança e liberdade). Por conseguinte, ainda faltam as aprovações do PL 4.206/2001 (Recursos e ações de impugnação) e do PL 4.209/2001 (Investigação criminal).

O hiato entre as aprovações é tão significativo, que nós denominamos primeira etapa da Reforma Tópica o conjunto das Leis nºs. 10.792, de 2003⁵⁶⁴, 11.689, 11.690, e 11.719, as três de 2008, e segunda etapa a que corresponde à edição da Lei 12.403, de 2011⁵⁶⁵.

O que se quiser dizer é que, ao se dar preferência a uma reforma global fatiada, sabia-se dos prejuízos à reforma, diante do “risco de as novas regras, embasadas na ideia democrática e do sistema acusatório, terem de conviver com aquelas impregnadas de forte conteúdo inquisitivo, que não fossem modificadas menos pela falta de atenção do que pelo fato de não ter sido, formalmente, reescrito um novo código, era muito grande.”⁵⁶⁶ Talvez não se tenha dado a devida atenção ao grave problema que seria gerado caso apenas alguns dos 7 (sete) projetos de lei fossem aprovados.

1.4.5.3 – Projeto de novo código de processo penal

Diante das considerações expendidas, sem embargo do avanço normativo experimentado com a Reforma Tópica, é passada a hora de se editar um novo Código de Processo Penal. Portanto, é mais do que pertinente que, conquanto não se tenha ainda sequer encerrado a Reforma Tópica, o Executivo, por meio de outra Comissão de Juristas, presidida pelo ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça HAMILTON CARVALHIDO, tenha enviado para o Parlamento uma proposta de novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 156/2009) que, inclusive, já foi aprovado pelo Senado.

O que se lamenta é o fato de o projeto de novo Código de Processo Penal tenha sido utilizado como instrumento para instaurar rediscussão sobre temas que foram objeto de definição no Parlamento quando da Reforma Tópica de 2008. Tal como previsto no projeto do NCPP, em relação a alguns pontos de extrema relevância, como a possibilidade da documentação dos depoimentos por *sistema audiovisual* sem a necessidade de degravação e a previsão de *audiência una* abrangendo não apenas a instrução como o próprio julgamento, há claro retrocesso. Estreme de dúvidas, uma das modificações mais relevantes introduzida pela Reforma Tópica foi a definição de que a audiência, além de *una*, deve ser de *instrução e julgamento*. Trata-se, antes de mais, da modificação de uma cultura burocrática, arraigada em nosso meio. Seguindo a orientação da *simplicificação e da concentração dos atos processuais*, o processo moderno não pode prescindir

⁵⁶⁴ A *ratio essendi* dessa lei era modificar o interrogatório, de modo a dar-lhe o tratamento de meio de defesa. Porém, a ideia efetiva da Lei nº 10.792, de 2003, só veio a ganhar substância com a aprovação da Lei nº 11.719, de 2008, que, complementando a nova disciplina dada ao interrogatório, desconstruiu a natureza probatória desse ato processual, para colocá-lo como efetivo meio de defesa, na qualidade de direito outorgado ao acusado de, após a produção de todas as provas, poder, em audiência perante o juiz, na qual está presente quem é o responsável pela imputação criminosa que lhe é feita, dar a sua versão dos fatos, produzindo aquilo que se convencionou chamar defesa natural (direito de audiência), subprincípio da cláusula constitucional da ampla defesa.

⁵⁶⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma Tópica do processo penal*, 2. ed., p. 9.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 37.

de regras como as que foram trazidas com a Reforma de 2008 e que já foram assimiladas pelos juízos. Não encerrado prematuramente o processo, seja pelo acolhimento de preliminar ou em razão de absolvição sumária, o juiz deve designar data para a realização da audiência de instrução e julgamento, de modo que nela seja produzida toda a prova oral, o interrogatório do acusado, as razões finais pelo Ministério Público e pela defesa, sendo finalizada com a prolação da sentença.

De toda sorte, o projeto de novo Código de Processo Penal, pendente de votação na Câmara dos Deputados, merece muitos elogios, a partir mesmo da sua sistematização. Ademais a leitura de sua exposição de motivos revela que o Projeto de Lei nº 156, de 2009, está alinhado ao perfil da Constituição de 1988, o que é facilitado pelo esclarecimento, expendido na sua exposição de motivos, de que se tem em mira valorizar a proteção dos direitos fundamentais, sem comprometer o justo equilíbrio com o dever de proteção (perspectiva objetiva dos direitos fundamentais), de modo que não reste inviabilizada a duração razoável e a eficácia do processo penal.

É patente a preocupação em eliminar a cultura inquisitiva reinante em nosso meio, a fim de consolidar, de uma vez, o modelo acusatório. Assim, a fim de espantar dúvidas, projeto de novo Código de Processo Penal, no art. 4º, define, expressamente, que “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código ...”. Acontece que, malgrado o projeto assumidamente busque a conformidade com o modelo acusatório constitucional, manteve, em proposta para o art. 415, a sistemática atual quanto à possibilidade de o juiz, mesmo diante de pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, exarar sentença condenatória. Ora, o pedido de absolvição pelo Ministério Público equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador abre mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, salvo no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Condenar sem pedido é violar, inequivocamente, a regra basilar do sistema acusatório que é o *ne procedat iudex ex officio*.

Mas, acertadamente, traz a previsão da figura do *juiz das garantias*, magistrado ao qual deve ser atribuída a competência para exercer a jurisdição referente a todas as intervenções judiciais necessárias na fase pré-processual. Em verdade, trata-se de uma espécie de *juiz com competência para atuar na fase da investigação* e da *admissibilidade da acusação*, ou seja, um juiz que teria como missão decidir sobre qualquer incidente ocorrido durante todo e qualquer tipo de investigação, aí incluída, por óbvio, a policial.

Ao contrário do que a expressão aqui utilizada pode sugerir, não vai ser atribuída a esse magistrado a direção da investigação, pois não se trata da criação de *juízo de instrução*, o que é incompatível com o sistema acusatório⁵⁶⁷. O que se propõe é atribuir ao juiz das garantias a competência para decidir sobre medidas solicitadas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, em prol da investigação, notadamente que digam respeito à flexibilização de alguma garantia constitucional (busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, bancário e fiscal, medida cautelar pessoal), ou mesmo pelo investigado, a exemplo da extinção do inquérito, concessão de liberdade provisória etc.

O escopo é afastar, o máximo possível, da fase preparatória, o juiz incumbido do processo no qual será decidido se há base para a condenação ou se o acusado deve ser absolvido. A intenção é evitar o envolvimento do juiz com competência para o julgamento com os interesses investigatórios. Essa seria uma alteração radical, pois, em verdade, a proposta contempla a criação de competência funcional, com alguns magistrados exercendo a jurisdição apenas na fase investigatória, de modo que nas varas criminais, em rigor, seriam necessários 2 (dois) juízes, um para atuar na investigação, enquanto outro para o processo de conhecimento.

Essa proposta encontrou resistências no âmbito do Poder Judiciário, ao argumento de que seria necessário ampliar, consideravelmente, a estrutura dos órgãos judiciais, em termos de número de magistrados, a ponto de o Conselho Nacional de Justiça, em Nota Técnica a respeito do projeto de lei de novo Código de Processo Penal, ter se manifestado pela necessidade da realização de estudos prévios quanto ao prazo para implantação, estrutura orçamentária e comprometimento dos demais poderes no sentido de dotar o Poder Judiciário das condições necessárias para tanto, inclusive quanto à necessidade de revisão da lei de responsabilidade fiscal.

⁵⁶⁷ Cf. item 9.3.2.2.3, infra.

Mas, naturalmente, os tribunais poderiam criar competência regional para atuação no juízo das garantias, o que é plenamente viável, notadamente devido à implantação do processo eletrônico, que já é uma realidade em boa parte do Judiciário brasileiro, mesmo na área criminal. Dessa forma, não há necessidade efetiva de que em cada vara criminal sejam designados dois magistrados, um para atuar como juiz das garantias, e outro para funcionar no processo de conhecimento.

O projeto de novo CPP, em consonância com o sistema acusatório, prevê, ainda, a tramitação direta do inquérito policial entre os órgãos de persecução, mas contém incongruência lógica, na medida em que impõe ao Ministério Público pedir ao juiz o arquivamento do procedimento investigatório, quando deveria ele próprio se incumbir desse mister, sob o crivo de seu Conselho Superior, como, aliás, findou constando da nova redação do art. 28, caput, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 13.964, de 2019.

Na mesma medida, é normatizada a chamada *investigação defensiva*, atualmente prevista, apenas, com a inclusão pela Lei nº 13.245, de 2016, do inciso XXI e da alínea “a” no art. 7º do Estatuto da Advocacia, podendo a defesa, quando negada qualquer prova ou providência solicitada à autoridade policial, peticionar ao juiz das garantias no sentido de que lhe seja assegurado o direito de produzir prova.

Merece destaque, ainda, a sugestão de extinção da ação penal de iniciativa privada, instituto que não está em compasso com um sistema processual penal democrático, alinhado aos preceitos da Constituição de 1988, o que já tinha sido defendido na primeira edição deste livro⁵⁶⁸.

1.4.5.4 – Pacote Anticrime e Lei nº 13.964, de 2019.

A despeito da tramitação do projeto de novo Código de Processo Penal, no início da gestão do presidente eleito JAIR BOLSONARO, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, SERGIO MORO, tomou a iniciativa de propor ao Congresso Nacional uma série de alterações para o sistema criminal, reunida naquilo que se denominou *Pacote Anticrime*. Várias das propostas foram transformadas na Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com a promoção da alteração de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, dando passo decisivo para consolidar o sistema acusatório em nosso meio, permeado com a ideia do *plea bargain* americano, a fim de permitir a solução negociada do processo, com a criação do instituto do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP.

A Lei nº 13.964, de 2019, trouxe mudanças profundas para o nosso ordenamento jurídico, especialmente no tocante à sedimentação do modelo acusatório do Código de Processo Penal, com destaque especial para as seguintes partes: (a) previsão do juiz das garantias, a fim de separar o juiz que atua na fase da investigação daquele que julga; (b) incorporação de instituto próprio do sistema adversarial americano, instaurando uma diretriz de justiça criminal negocial mais consistente, com a normatização do Acordo de Não Persecução Penal, o denominado ANPP, inspirado no *Non-Prosecution Agreement – NPA*; (c) aprimoramento das regras referentes à prisão preventiva, em consonância com o sistema acusatório, maior controle quanto a sua duração razoável e o disciplinamento da audiência de apresentação (custódia).

A figura central desse novo modelo de justiça criminal é o *juiz das garantias*, proposição, a um só tempo, aplaudida e criticada por doutrinadores de escol, políticos e pela sociedade em geral, sendo renovados os argumentos apresentados quanto a idêntica proposição contida no projeto do NCPP. Em suma, as críticas se concentram em três argumentos: (a) ausência de discussão com a comunidade jurídica e a sociedade em si; (b) inexistência de juizes em número suficiente para a implantação do instituto, sem embargo do alto custo que isso representa; e (c) a aprovação do juiz das garantias foi uma resposta dos incomodados com o êxito da denominada operação Lava Jato.

Acolhendo em parte esses argumentos, o Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF, deferiu liminar, suspendendo, na parte que interessa, os arts. 3ºB, 3º-C, 3º-E e 3ºF do Código de Processo Penal, enxertados pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, podendo assim ser sumariada a

⁵⁶⁸ A respeito desse tema, cf. item 9.3.3.3, infra.

fundamentação utilizada: (a) norma tratou indevidamente de questão afeta à divisão e à organização de serviços judiciários, cuja iniciativa legislativa é reservada ao Poder Judiciário; e (b) causou impacto financeiro relevante para o Judiciário, sem a necessária prévia dotação orçamentária.

O modelo de juiz de garantias adotado pela Lei nº 13.964, de 24 de novembro de 2019, para além de estabelecer a *jurisdicionalização da atividade investigatória*, de modo a controlar os atos investigatórios, e assegurar ao investigado o amplo exercício do seu direito de defesa nesse momento da persecução criminal, está alinhado ao movimento da *justiça multiportas*, na medida em que se apresenta como o espaço institucional para a solução do problema criminal por meio da negociação, ademais de se constituir no canal para acionar a rede de atuação das práticas restaurativas, no escopo de proporcionar um *sistema complementar* ao processo penal, com foco em conceber programas de segurança, amparo e auxílio não apenas às vítimas, mas igualmente às testemunhas, aos acusados, às respectivas famílias e comunidades atingidas, em compasso com as diretrizes de implantação da *Justiça Restaurativa* pinçadas nas Resoluções da Organização das Nações Unidas – ONU de nºs 1999/26⁵⁶⁹, 2000/14⁵⁷⁰ e 2002/12⁵⁷¹, sufragadas na Resolução do Conselho Nacional de Justiça – CNJ nº 225, de 2016⁵⁷².

A abordagem sobre o acordo de não persecução penal será feita no item 9.1.3.3 e segs., o juiz das garantias no item 9.3.2.4.2, infra, e a prisão preventiva no item 9.6.5.1.1.

⁵⁶⁹ Resolução da Organização das Nações Unidas – ONU nº 1999/26, de 28 de julho de 1999, estabeleceu o desenvolvimento e implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na justiça criminal.

⁵⁷⁰ Resolução da Organização das Nações Unidas – ONU nº 2000/14, de 27 de julho de 2000, disciplinou os princípios básicos para utilização de Programas Restaurativos em matérias criminais.

⁵⁷¹ Resolução da Organização das Nações Unidas – ONU nº 2002/12, de 24 de julho de 2012, definiu os princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal.

⁵⁷² Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 225, de 31 de maio de 2016.

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS DO DIREITO (*DEVER-PODER*) DE PUNIR DO ESTADO: PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado, criação que consulta a necessidade natural da vida em sociedade do ser humano⁵⁷³ não se há de olvidar, foi concebido no escopo de harmonizar o convívio das mais diferentes pessoas, direcionando-se à satisfação do bem comum, mediante o desempenho de múltiplas e complexas funções. Sem embargo das divergências entre *deterministas*⁵⁷⁴ e *finalistas*⁵⁷⁵, resta claro que o Estado tem uma finalidade básica, que reside, justamente, no emprego de sua autoridade e legitimidade para a manutenção da segurança pública, tendo como parâmetro o primado da justiça. Nesse particular, a Constituição de 1988, a par de inserir a segurança como um dos direitos sociais básicos (art. 6º), com força imperativa, ressaltou que “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...” (art. 144, caput)

Ao agir no escopo de cumprir essa missão constitucional, o Estado se serve do poder político que, em essência, pertence ao povo e em seu nome é exercido. O poder político apresenta-se como uma autoridade de domínio outorgado pelo povo, que confere *autoridade e legitimidade* para o Estado impor o cumprimento das normas de conduta, inibir as forças contrárias e aplicar as sanções pertinentes no caso das transgressões. Até porque, na idealização do Estado, procura-se uma forma de estruturação de sociedade que seja eficiente na condução dos componentes do grupo social rumo à satisfação dos seus interesses, tendo como paradigma os postulados da justiça⁵⁷⁶, que devem conter-se nos limites estreitos da *legitimidade e autoridade* passada pelos verdadeiros titulares do poder.

Por outro lado, no estudo da *razão de ser do Estado*, percebe-se que a sua concepção partiu da necessidade de formalização do poder político, com força coercitiva para impor a segurança nas relações sociais. Dentre os instrumentos dos quais o Estado possui para manter a ordem social inserida nos parâmetros de segurança estabelecidos, o mais contundente do qual se serve é do *dever-poder* de punir, que se mostra como uma de suas funções essenciais. De qualquer forma, para a legitimidade do exercício dessa função, o Estado precisa atuar praticando os seus atos em consonância com as normas que limitam o desenvolvimento dessa tarefa, balizas que estão definidas nas garantias constitucionais, ou seja, nos direitos fundamentais, núcleo reitor de todo sistema criminal democrático (princípio da legalidade constitucional).

O direito de punir é poder político conferido ao Estado e monopólio dele, que deve ser exercido não só com obediência aos direitos fundamentais do homem, como também de forma legítima. A política criminal, justificadora do direito de punir, deve ser orientada por critérios que se

⁵⁷³ Como se sabe, há basicamente duas correntes a respeito da criação do Estado: naturalista e contratualista. De acordo com o pensamento naturalista, os homens são induzidos, por uma necessidade natural, a associarem-se, pois só a vida em grupo é da própria condição humana. Os precursores dessa ideia foram ARISTÓTELES, no seu livro *A política* (Op. cit.) e CÍCERO, com a obra *Da república*. Entre os contratualistas, os maiores divulgadores foram THOMAS HOBBS, em *Leviatã* (1651) e JEAN JACQUES ROUSSEAU, com *O contrato social* (Op. cit.). Cf. tópico 1, supra.

⁵⁷⁴ Os deterministas alegam a que sociedade, assim como o homem, age sob o império de uma série de leis naturais, sujeitas ao princípio da causalidade, daí por que, sem embargo de ser possível estabelecer metas em pormenores da vida social, há vários fatores (para alguns de ordem econômica, para outros, geográfica etc.) comandando a sucessão dos fatos fundamentais. (Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 19).

⁵⁷⁵ De acordo com esta corrente, o Estado atua sob uma orientação fixada no sentido de atender às necessidades fundamentais, ou melhor, satisfazer o bem comum. Essa seria a finalidade e ratio essendi do Estado.

⁵⁷⁶ JOHN RAWLS afirma que “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento” (*Uma Teoria da Justiça*, p. 27).

conformem com a estrutura política do próprio Estado, a fim de não haver ruptura com as premissas plasmadas na ordem constitucional. Por isso mesmo, sendo democrático o Estado, não seria necessário dizer que a sua política criminal, igualmente, deve confortar-se com as premissas democráticas, o que implica afirmar, no que é mais importante aqui realçar, que os Direitos Penal e Processual Penal precisam ser elaborados e pensados sob esse viés político.

Essa missão governamental desafia a definição de delicada política criminal, que deve orientar o Estado em seu agir na persecução da criminalidade. TOBIAS BARRETO, com a clarividência de sempre, criticando a discussão doutrinária sobre os fundamentos jurídicos do direito de punir, adverte que “O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político.⁵⁷⁷ Parte o mestre da lógica de que o *sistema jurídico perturbado*, assim como o ofendido, ao reagir, não possui outro interesse senão a reparação do dano, se possível, *in natura*, de modo que “O que vai além dessa esfera nasce de motivos que são estranhos ao direito mesmo”⁵⁷⁸, ingressa no campo político, em outras palavras, pertence à esfera da política criminal, assim como o tratamento por mais pontual e específico que seja de uma determinada doença deve inserir-se num plano nacional de saúde.

Mostra-se relevante relembrar que as concepções filosóficas sobre as intrincadas questões de ordem criminal, com o decorrer do tempo, evoluíram e mesmo involuíram para, mais tarde, renovarem-se, em consonância com a própria evolução da humanidade.

Com a secularização, obra que, como se viu, se deu com o *Renascimento*, os Estados deixaram de ser teocráticos e, propriamente, surgiram com o arcabouço político contemporâneo⁵⁷⁹. Na separação dos poderes do Estado dos da Igreja, o direito de punir deixa de encontrar justificativa religiosa, para ter uma apresentação política.

Após idas e vindas sobre o perfil do sistema criminal, juntamente com o movimento democrático surgido após a Segunda Guerra Mundial, os fundamentos do direito (dever-poder) de punir passam a ter uma nova concepção.

O direito de punir é defendido como forma de *defesa social*, sendo encarada esta, porém, sob uma visão moderna que, comprometida em escoimar o ranço autoritário dos Direitos Penal e Processual Penal herdados das Escolas Positiva, neoclássicas e neopositivas – incluídas nestas as Escolas do Tecnicismo Jurídico⁵⁸⁰ e a Alemã⁵⁸¹ –, tem raiz teórica nos princípios normativos que enunciam os direitos fundamentais da pessoa humana. É um novo modelo de justiça criminal, consentâneo com a nova realidade mundial do pós-Segunda Guerra, que exige o respeito à dignidade da pessoa humana como princípio orientador da política criminal e, como consequência, do exercício do dever-poder de punir.

Ao contrário de uma defesa social repressiva, como pregavam os *positivistas*, pretende-se, nessa ótica democrática – gerada pela Escola da Nova Defesa Social, à qual são agregados, ainda, alguns valores anunciados pela corrente abolicionista contemporânea e, notadamente, pelo modelo plantado com as raízes do *garantismo* –, que os Direitos Penal e Processual Penal, conquanto tenham o compromisso de mostrarem-se eficientes no tratamento normativo da questão, sejam pautados por uma agenda *garantista*. O devido processo, nesse modo de ver, não é apenas uma garantia individual daquele que está submetido a uma demanda criminal, mas um postulado coletivo e universal, que impõe ao Estado o respeito a direitos históricos da humanidade.

⁵⁷⁷ *Estudos de direito*, p. 178.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 179. TOBIAS BARRETO, com sagacidade, desafia a quem busca o fundamento jurídico da pena a procurar, igualmente, o fundamento jurídico da guerra. Muito embora reconheça que, no Direito Penal, o centro de gravidade se encontra na pena, acrescenta o penalista pernambucano que, no Direito Civil, muito embora a execução seja a sua pedra de toque, os civilistas não se ocupam de buscar a razão filosófica dela. (*Ibid.*, p. 198).

⁵⁷⁹ Cf. o item 1.3, *supra*.

⁵⁸⁰ CARNEVALE, um dos grandes nomes da Escola do Tecnicismo Jurídico, aproximando-se do pensamento positivista, defendia que o efeito genérico da pena era, justamente, defender a sociedade. (Apud ANCEL. Op. cit., p. 8).

⁵⁸¹ LISZT, entretanto, que foi um dos fundadores da Escola Alemã, ante a assertiva de que o bem jurídico e a norma são as ideias fundamentais do Direito, sustenta que a missão especial do Direito Penal é proteção de interesses tutelados pela norma. (Op. cit., p. 143). Por conseguinte, para o mestre alemão, a punição se justifica em virtude de sua necessidade para a manutenção da ordem jurídica e, conseqüentemente, para a manutenção do Estado. (*Ibid.*, p. 159).

Nessa concepção, do que se cuida é *menos de um direito de punir e mais de um dever-poder de punir*⁵⁸². Isso porque, na visão moderna decorrente de um sistema criminal pautado de acordo com o entendimento de que a teoria do processo penal tem raiz nos direitos fundamentais, o *jus perseguendi* é oriundo da perspectiva objetiva dessa classe de direitos. Nessa linha de pensamento, FREDERICO VALDEZ⁵⁸³ adverte para a dualidade de significados das garantias do processo criminal estão na base do que se convencionou chamar *justo processo*, razão pela qual

... a compreensão dos princípios processuais elementares no sentido de cânones impositivos da correta atuação da jurisdição no processo, o que depende da correção no acertamento jurisdicional, é identificada pela qualificação de síntese ‘garantias objetivas’. No outro enfoque, a assimilação dos preceitos processuais como vínculos normativos direcionados à tutela individual daqueles submetidos ao mecanismo processual é resumidamente denominada pela locução ‘garantias subjetivas’.

A esse respeito, cabe considerar que os direitos fundamentais se apresentam sob duas dimensões: subjetiva e objetiva⁵⁸⁴. É que, ao lado da interpretação liberal clássica dos direitos fundamentais como garantia da esfera de liberdade da pessoa contra as intervenções do Estado, anota ALEXI⁵⁸⁵ que, em contrapartida, os direitos fundamentais expressam “*derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluídas em el status positivo em sentido stricto*”.

Na primeira, reside o núcleo essencial da teoria do processo penal, ou seja, é a exegese dos direitos fundamentais na qualidade de normas que limitam o exercício do dever de punir. Na outra dimensão, os direitos fundamentais se traduzem no *dever de proteção*⁵⁸⁶, ou seja, na obrigação legada ao Estado de promover ações eficientes no sentido de proteger, com medidas preventivas e repressivas, os cidadãos contra a violação dos seus direitos. Em nosso sistema jurídico, sem embargo da previsão que consta do art. 6º, a Constituição de 1988, de forma cogente, no caput do art. 144, realça esse dever de proteção⁵⁸⁷.

KLÉBER MARTINS DE ARAÚJO⁵⁸⁸, com bastante acuidade e inteiro acerto, adverte que,

Se com a Constituição de 1988, a legislação penal e processual penal deve ser relida à luz das garantias penais e processuais penais insculpidas no texto constitucional em favor de quem é acusado de ilícito, parece não ser menos verdade que essas mesmas normas devem ser interpretadas e aplicadas também tendo como escopo a necessidade de proteção suficiente aos direitos fundamentais subjacentes aos tipos penais, através da tutela penal.

Esse entendimento doutrinário foi sufragado pelo Supremo Tribunal no julgamento da ADI 3.112/DF, relatado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na qual se debateu a constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento. Merece destaque o voto do Ministro GILMAR MENDES⁵⁸⁹, no qual ele afirma que um elenco considerável de normas constitucionais expressam,

⁵⁸² Para BAUMAN “la imposición de consecuencias penales no constituye solamente un derecho, sino también un deber del Estado.” BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 10.

⁵⁸³ *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo legal*. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido Editora, 2020, p. 193-194.

⁵⁸⁴ Cf. Itens 72.1 e 7.2.4, *infra*.

⁵⁸⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 419.

⁵⁸⁶ “O dever de proteção é o Estado, no conjunto de suas ações funções ou poderes, sendo o legislador o destinatário principal, incumbindo-lhe a tarefa de fornecer ao Poder Executivo e ao Judiciário o instrumento legislativo para a atuação contra os atentados ou exposições a perigo de direitos fundamentais, reduzindo e concretizando o alto grau de abstração de proteção por meio da lei, de modo que a administração e o judiciário possam saber a que ponto estão concretamente jungidos ao dever de proteção” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63).

⁵⁸⁷ Em profundo estudo sobre o tema, RODRIGO TELLES defende que “O dever estatal de investigar fundamenta-se nos artigos 5º, inciso XLI, 6º, 144 e 37, caput, da Constituição de 1988” (cf. SOUZA. Rodrigo Telles. A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012. p. 299).

⁵⁸⁸ ARAÚJO, Kleber Martins. A responsabilização criminal no estado democrático de direito: o equilíbrio entre a efetividade e os limites da pretensão punitiva da sociedade. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012. p. 137.

⁵⁸⁹ Disponível em: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio. Acesso em: 27 nov. 2012.

em essência, *um mandato de criminalização expresso*, isto é, “Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.”

Por conseguinte, o Estado não se obriga “... apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*schutzpflicht des staates*)”.

Com suporte na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos fundamentais devem ser vistos como normas de proibição (*eingriffsverbote*), e, de outra banda, como *normas de proteção* (*schutzgebote*), daí derivando a concepção de que dimanam dos direitos fundamentais, além da proibição de *excesso* (*übermassverbote*), a proibição de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*untermassverbote*)⁵⁹⁰.

Nessa senda, JOSHUA DRESSLER⁵⁹¹ assevera que, dentre os quatro elementos que conferem legitimidade ao sistema processual criminal dos Estados Unidos, estão o “... grau em que o sistema judicial limita o poder do Estado em relação aos acusados no processo criminal e a eficiência do processo”.

Em outras palavras, nessa nova dimensão dos direitos fundamentais, o Estado evolui da posição de *adversário*, no sentido de que ele é proibido ou sofre limitações no seu agir, o que implica no *dever de inação ou proibição*, para o de amigo ou guardião, que tem o dever de promover ações de proteção, o que caracteriza o *dever de ação ou proteção*. Não se trata, todavia, apenas do dever de ação ou proteção formal, mas de que a ação ou proteção seja *eficiente*.

Nessa empreitada, na elaboração da política criminal preceituada para enfrentar o drama cotidiano, permanente e variável da criminalidade, devem ser esboçadas não só as medidas de ordem punitiva propriamente ditas, levadas a cabo por parte do Judiciário quando este se debruça na análise de uma situação concreta, mas, igualmente, as empreendidas pelo Executivo e pelo Legislativo, nas suas mais variadas dimensões⁵⁹², principalmente no que diz respeito aos campos de atuação do primeiro⁵⁹³

Aqui é importante ter em consideração que a política criminal é um plano estratégico que compreende vários atores, sendo exercido por meio de um conjunto de ações que se espraiam nos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao Legislativo cabe desenvolver a política do direito de punir quando da elaboração das normas de cunho criminal. O Executivo, sem embargo das ações sociais e econômicas, que são preventivas e certamente as mais importantes, no exercício da ação repressiva *post delictum*, age por meio de dois órgãos – as agências de polícia e o Ministério Público –, cabendo àquelas, de regra, efetuar as investigações sobre o fato criminoso, no afã de reunir os elementos necessários para o ajuizamento da ação penal, e a este a postular, perante o Judiciário, a aplicação das sanções previstas no ordenamento jurídico, oportunidade em que a ação penal se apresenta como espécie de ação coletiva, mediante a qual são defendidos os interesses difusos e coletivos do corpo social, no que diz respeito a não violação dos bens jurídicos tutelados pelas normas

⁵⁹⁰ Ibid.

⁵⁹¹ “(3) *the degree to which the justice system limits the Power of government in relation to citizens ensred in the criminal process; and (4) the efficiency of the process*” (DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*. 3. ed. New York: Lexis Nexis, 2002, p. 23). Os outros dois, são (1) a precisão dos veredictos e (2) a imparcialidade do próprio processo (Ibid.).

⁵⁹² Ao afastar a inconstitucionalidade do Estatuto do Desarmamento, o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI e reconhecer o dever de proteção, pois “... o art. 144 da Carta Magna, estabelece que a segurança pública constitui dever do Estado e, ao mesmo tempo, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3112.pdf. Acesso em: 27 nov. 2012), salientou que a segurança pública é “... um direito de primeira grandeza, cuja concretização exige constante e eficaz mobilização de recursos humanos e materiais por parte do Estado” (ibid.), de modo que “O dever estatal concernente à segurança pública não é exercido de forma aleatória, mas através de instituições permanentes e, idealmente, segundo uma política criminal, com objetivos de curto, médio e longo prazo, suficientemente flexível para responder às circunstâncias cambiantes de cada momento histórico”(ibid.).

⁵⁹³ FERRI, não sem razão, em sua Sociologia criminal, assim como nos demais escritos, especialmente na obra *Princípios de direito criminal*, acentuava que a força intimidatória da pena, mesmo sendo ela a capital, é praticamente nenhuma, seja para o delinquente nato, seja para o ocasional, devendo, por conseguinte, o Estado estabelecer estratégias preventivas com a atuação efetiva nas mais diversas áreas. Sobre a posição de FERRI quanto a não ser necessária a existência da pena de morte, Cf. *Sociologia criminal*, p. 298-304.

criminais, aí incluído o interesse da vítima⁵⁹⁴. Por fim, o Judiciário, por meio do juiz, igualmente, implementa a política criminal⁵⁹⁵.

Essa constatação de que, no plano prático, os diversos agentes da política criminal se intercomunicam, evidencia a necessidade de que eles, sem a perda de suas indispensáveis autonomias, dialoguem e participem da elaboração teórica da estratégia mais amoldada ao perfil de Estado democrático-constitucional e mesmo definam questões afetas à forma de atuação de cada um deles. O diálogo e acertamento de determinadas posturas que devem ser unificadas, ao contrário de engessar e mesmo inibir o salutar pluralismo inerente ao ambiente democrático, servem para dar coerência às ações do Estado que, a despeito das autonomias dos poderes e dos órgãos aos quais são confiadas missões na seara criminal, precisam ter um compromisso ético com uma agenda-programa formulada de acordo com os valores universais pautados pelos direitos fundamentais. Aparece com inescusável procedência a necessidade de que seja estabelecida uma agenda positiva e comum nessa área criminal, de ordem eminentemente principiológica, para tanto muito tendo a contribuir a doutrina formada a respeito da teoria constitucional do Direito Processual Penal.

Constituindo-se o Estado brasileiro formalmente uma *democracia constitucional*, certamente os princípios determinantes da *política criminal* a ser desenvolvida na sociedade precisam compatibilizar-se com o ideário democrático. A concepção formal e prática da política criminal a ser desenvolvida perante a sociedade precisa ter eficácia perante o corpo social, o que ocorre quando ela é aceita diante do reconhecimento a sua validade como instrumento para a satisfação dos reais interesses de justiça da coletividade.

A política criminal que orienta o *dever-poder* de punir, dessa forma, em sua primeira nota, está desenhada na Constituição, especialmente na declaração dos direitos fundamentais, arcabouço normativo que é complementado pelas normas dos Códigos de Processo Penal e de Direito Penal, fazendo parte dela, ainda, a *carta-programa* assinada pelos Governos Federal e Estaduais, com a qual se comprometem, tendo em conta o ordenamento jurídico posto, a tratar da questão afeta à criminalidade.

Em rigor, serve, sobretudo, para revelar o compromisso material de respeito ao arcabouço principiológico emanado dos direitos fundamentais afirmados no sistema jurídico, em suas perspectivas subjetiva e objetiva.

⁵⁹⁴ O Ministério Público, embora órgão pertencente ao Poder Executivo, em um processo penal democrático, não atua em nome do Governo, mas sim da sociedade, representa os interesses da vítima e dos demais membros do grupo social. Esse assunto será melhor desenvolvido mais à frente. Cf. itens 9.3.3.1 e 9.3.3.2, *infra*.

⁵⁹⁵ O Judiciário, conquanto seja um dos poderes políticos, principalmente em um Estado que tem esse segmento pensado e organizado com a missão maior de exercer o controle de constitucionalidade, na sua atuação, não só implementa políticas públicas, como as desenvolve e mesmo define qual deve ser a mais adequada para dar solução ao problema jurisdicionado. A jurisdição da política é uma dimensão normal do Estado democrático-constitucional. Cf. SILVA JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 50-61. Esse tema será retomado e aprofundado o pensamento a seu respeito, nos itens 5.1 e 6.5, *infra*.

CAPÍTULO 3

NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Consoante se observou, o grande feito de BECCARIA foi o de transpor, para o âmbito do processo penal, a ideia política de LOCKE, difundida e refundida por filósofos franceses representantes do Iluminismo, notadamente MONTESQUIEU e ROUSSEAU, segundo a qual o poder do Estado não é absoluto, conhece os seus limites na necessidade de respeitar os direitos que são próprios à condição humana. O Estado, nessa concepção, é criado pelo homem para a satisfação de suas necessidades, daí por que a autoridade daquele é dada por meio de um pacto social, concebido pela razão humana. A dignidade humana, que se expressa com a reunião dos direitos indispensáveis à pessoa, preexiste ao Estado e deve por este ser respeitada. Transpondo esse pensamento para o âmbito criminal, tem-se que, na ideia democrático-liberal de BECCARIA, o processo penal expõe os limites ao direito de punir e constitui-se a representação positiva dos direitos humanos. Neste capítulo, a investigação científica se ocupa das reminiscências históricas desses direitos, registrando-se que a noção de que o homem é portador de direitos que são inatos à própria condição humana é percebida ao longo de toda a história, em regiões e épocas distintas, de modo que o que hoje se conceitua como direitos humanos ou fundamentais encontra raízes nos vários "... movimentos sociais e políticos, correntes filosóficas, e doutrinas jurídicas distintos, que floresceram ao longo de vários séculos em diferentes regiões do mundo"⁵⁹⁶.

Esclareça-se, de início, que, muito embora no início os direitos resultantes da própria condição humana tenham sido objeto de inspiração divina, depois, com a secularização do Estado, passaram à categoria de *direitos naturais*, com existência supralegal, independente mesmo do tratamento normativo dispensado ao assunto. Contudo, ainda entre os Séculos XI e XII, começou o movimento de afirmação normativa dos direitos humanos. A eclosão das primeiras declarações dos direitos do homem – a Declaração das Cortes de Leão, de 1188, e, em especial, a Magna Carta inglesa, de 1215 – germinou da luta dos administrados em estabelecer garantias contra atos do Estado, principalmente aqueles de conteúdo punitivo. Sobretudo as normas encartadas no *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, e no *Bill of Rights*, de 1688, realçaram o esboço inicial de um estatuto das liberdades civis e políticas que, se por uma ótica assegura os direitos inalienáveis do homem, por outra estabelece limites ao exercício do poder político estatal. Por outro lado, esses direitos humanos não são diferentes, seja quanto à ontologia, seja em relação à substância dos direitos fundamentais, sendo estes nada mais nada menos do que a nomenclatura utilizada para denominar os direitos humanos normatizados, positivados na Constituição de um determinado ordenamento jurídico.

Tenha-se em conta que a história dos povos é contada antes e depois da Revolução Francesa, quando foram proclamados, com a ideia de que fossem aceitos e reconhecidos em todos os quadrantes do planeta Terra, os direitos do homem e do cidadão. Isso porque, como recorda BOBBIO⁵⁹⁷, até a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a concepção era de que o homem devia servir ao Estado e que aquele não tinha direito perante este, cuja parêmia diretiva era o *The King can do no wrong*, próprio dos governos absolutos, que não conheciam limites⁵⁹⁸, até porque tudo era legítimo ser feito em prol dos interesses estatais, segundo a avaliação do soberano. Essa nova orientação de

⁵⁹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1. p. 17.

⁵⁹⁷ *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 3

⁵⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 549.

homenagem maior aos direitos dos homens, não mais vistos como súditos, porém na qualidade de cidadãos, é fruto da filosofia iluminista que, rompendo a cultura do *Ancien Régimen*, forjou o surgimento do Estado democrático, que concentra no respeito aos direitos do homem a sua razão de ser.

Na orientação filosófico-histórica da formação do Estado moderno subjaz a alteração da relação estatal com o indivíduo, abandonando-se a *prioridade dos deveres dos súditos* para com o Estado para a *prioridade dos direitos do cidadão*. O indivíduo, na noção do Estado moderno organizado sob a regência dos direitos do homem, em que o indivíduo não é mais encarado como súdito⁵⁹⁹, e sim como cidadão, tem posição preponderante na relação política. Colocando em relevo essa nuance, BOBBIO⁶⁰⁰ com o seu pensamento racionalista, expõe que

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos.

As constituições contemporâneas democráticas, orientadas pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu art. 16, arremata que *não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes*, têm como orientação política o encarte dos direitos fundamentais do homem em seus textos, a título de princípios que impõem limitações ao exercício do poder político do Estado, com especial preocupação em regar os instrumentos dos quais se pode servir o Estado no desempenho do direito de punir⁶⁰¹.

3.1 – Primeiros fragmentos normativos dos direitos do homem, como decorrência das declarações inglesas.

O exame da história dos povos, contemplando a transformação da sociedade primitiva em Estado, mostra que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, de forma consciente ou inconsciente, sempre se preocupou em preservar a sua liberdade como forma de se autodeterminar na satisfação de seus mais diversos anelos. Observando essa circunstância, CANÇADO TRINDADE⁶⁰², reconhecida autoridade sobre os direitos fundamentais, escreve, com amparo nas lições de BOUTROS-GHALI, que a ideia dos direitos humanos é “... tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão e, em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade.”

A história propriamente dita dos direitos humanos principia na *Baixa Idade Média*, muito embora, nessa fase, ainda não tenha sido feita, efetivamente, a afirmação de direitos decorrentes da condição humana, porém deu-se o início da preocupação quanto ao estabelecimento de limites ao

⁵⁹⁹ A palavra súdito sugere submissão. É o que se infere do Novo Aurélio, dicionário da língua portuguesa, que define súdito como sendo o que (adjetivo) ou quem (substantivo) está submetido à vontade de outrem. É o mesmo que vassalo. Por isso mesmo, em um Estado moderno e democrático, em linguagem técnica, não se há de falar em súditos, mas sim em cidadãos, pessoas a quem o poder político pertence e que têm os direitos fundamentais respeitados.

⁶⁰⁰ *A era dos direitos*, p. 4.

⁶⁰¹ Grande parte dos doutrinadores defende que a Constituição, em sua essência, define a separação das funções dos três poderes políticos do Estado e fixa os direitos e garantias individuais e coletivos, apresentando-se como instrumento jurídico que estabelece os processos de legitimação do poder e que limita a autoridade dos seus eventuais detentores. Sobre o desenvolvimento da teoria de que a Constituição estabelece limites ao exercício do poder político, confirmam-se: SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoría da constituição*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979; VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1997. BADÍA, Juan Ferrando. *Teoría de la constitución*. Valencia: Tirant lo blanc, 1992.

⁶⁰² Op. cit., p. 17.

poder dos governantes⁶⁰³. A partir do Século XI, após o prolongado período de esfacelamento do poder político e da economia do Estado, experimentado com o feudalismo, houve uma tendência ao (re)fortalecimento do poder central, ocorrendo a reconstrução da unidade política, com consequente desenho de uma imagem mais forte e concentrada do poder absolutista monárquico. Os abusos daí advindos suscitaram movimentos sociais de insatisfação, dirigidos pelos senhores feudais, eclodindo, na Península Ibérica, já nos fins do Século XII, a *Declaração das Cortes de Leão*, datada de 1188. Tempos depois, na Inglaterra, veio a *Magna Carta de 1215*. Esses dois diplomas ostentam a característica de expor, normativamente, os direitos inalienáveis do homem, que não podem deixar de ser reconhecidos pelo Estado. Neles está o embrião dos direitos humanos, muito embora esses dois diplomas não se tenham preocupado com a liberdade em geral do homem, mas apenas em relação àquela afeta ao clero e à nobreza.

Muito embora JELLINEK, em obra fundamental sobre o assunto *Die Erklarung der menschen und buergerrecten* – tenha creditado a origem histórica dos direitos fundamentais à Reforma Religiosa, liderada por MARTINHO LUTERO⁶⁰⁴, a maioria considerável dos doutrinadores atribui à Magna Carta de 1215 a primazia quanto à declaração dos direitos fundamentais na história, reforçada pelas demais declarações de direitos inglesas, enquanto há quem defenda – como se verá nas linhas adiante – não sem razão, que, em sua verdadeira essência, a positividade dos direitos naturais encontrou o seu primeiro disciplinamento na declaração da independência americana.

Quanto às declarações inglesas, observe-se que a Magna Carta de 1215 surgiu em meio a um período de instabilidade do governo monárquico inglês, pressionado interna e externamente, com sensíveis problemas de ordem financeira devido a diversos fatores⁶⁰⁵. Ante a necessidade de aumentar a arrecadação por via do aumento da carga tributária para fazer frente aos gastos com a guerra, a nobreza inglesa, com sabedoria, permutou, consensualmente, a aceitação das exações fiscais que o monarca queria pelo reconhecimento formal de seus direitos. No auge da crise, os barões lideraram uma revolta armada, chegando a ocupar Londres, restando ao rei apenas a alternativa de assinar a Magna Carta, como condição para o retorno da normalidade⁶⁰⁶. Esse documento histórico que teve em mira garantir o respeito dos *direitos e costumes dos súditos* é um dos símbolos históricos do incessante movimento promovido pelo homem, ao longo da história, no sentido de opor-se aos abusos do Estado⁶⁰⁷.

Dentre as disposições mais importantes para o nosso estudo, são dignas de nota as encartadas no art. 21, ao estabelecer as bases do tribunal do júri e o princípio da proporcionalidade entre o crime e a pena. *Sobressai, igualmente, a cláusula 39, ao dispor que nenhum homem seria privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o julgamento de seus pares e disposição da lei nacional, com a qual se reafirmou a ideia do tribunal do júri e, de permeio, consagrou o postulado do due process of law.*⁶⁰⁸ O princípio do devido processo legal, como anota COMPARATO, é considerado o coração da Magna Carta, até porque, da forma como foi redigido, ele teve a propriedade de afastar do monarca a

⁶⁰³ Com base no fundamento de que, no Código de Hamurabi, o Rei Hamurabi da Babilônia, com alta sensibilidade e inteligência, motu proprio, autolimitou os seus poderes, FERNANDO BARCELLOS DE ALMEIDA contesta essa afirmação. (Teoria geral dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996. p. 43.) Para ele, na evolução histórica dos direitos humanos, há uma primeira fase, anterior à Magna Carta de 1215, que corresponde às concessões espontâneas feitas por um monarca detentor de poderes absolutos, como as que foram feitas pelo Rei HAMURABI, da Babilônia, há mais de 3.700 anos; pelo Imperador CLAUDIUS TIBERIUS, de Roma, entre os anos de 41 e 54; e por FREDERICO II, da Suábia, Imperador das Duas Sicílias e do Sacro Império Romano, na primeira metade do Século XIII. (Ibid., p. 54)

⁶⁰⁴ Apud FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 477.

⁶⁰⁵ Havia disputa pelo trono e guerra contra a França. Ademais, JOÃO SEM-TERRA estava enfraquecido com a divergência travada com o Papa Inocêncio III, que chegou a excomungá-lo. (COMPARATO, Konder. Op. cit., p. 49.)

⁶⁰⁶ ALTAVILA. *Origem dos direitos dos povos*. p. 150. Fulcrado em afirmação feita por HERSÍLIO DE SOUZA e nos estudos feitos sobre o assunto, JAYME DE ALTAVILA assevera que a Magna Carta foi inspirada no Direito Romano. (Op. cit., p. 154)

⁶⁰⁷ Tanto JAYME DE ALTAVILA quanto KONDER COMPARATO trazem o texto da Magna Carta inglesa, porém se identifica uma divergência entre eles, o que, certa mente, é motivado pela tradução livre. No presente estudo, adotou-se a redação do texto, conforme apresentada por COMPARATO (Op. cit., p. 68-72).

⁶⁰⁸ Em verdade, a expressão *due process of law* só vai aparecer mais tarde, em 1354. Na Magna Carta inglesa a nomenclatura era *law of the land*. Cf. Itens 3.2 e 9.1, infra.

possibilidade de ditar as leis e mesmo de julgar, sugerindo, de permeio, o primado da separação dos poderes⁶⁰⁹.

Conquanto mesmo antes da Magna Carta o habeas corpus já existisse na Inglaterra, mediante a garantia do direito de pedir, em caso de prisão arbitrária, um *writ* para escoimar a ilegalidade à liberdade de locomoção, esse instrumento, à míngua da existência de regras processuais pertinentes, não era muito utilizado⁶¹⁰. Havia a declaração do direito de o indivíduo não se submeter à prisão quando não fossem cumpridas as formalidades previstas para a sua efetivação, porém essa proteção jurídica, a despeito das ilegalidades frequentes, não era colocada em prática. O conturbado momento político por que atravessava a Inglaterra durante todo o Século XVII, com rebeliões e guerras civis incrementadas pelas querelas religiosas, em que cada vez era mais comum a prisão de opositores políticos sem a observância regular das normas processuais penais, forneceu as condições favoráveis para se pensar na necessidade da adoção de normas regulamentadoras dessa medida de proteção do direito de liberdade, vindo a lume, por conseguinte, a Lei do Habeas Corpus, de 1679. A nuance de o habeas corpus, antes da existência de norma processual específica, ser pouco manejado, conforme KONDER COMPARATO, consagra a tradição jurídica do povo inglês vazada no brocardo *remedies precede rights*, o que quer dizer que a proteção jurídica da pessoa não advém com a declaração dos direitos, mas, sim, por meio das *garantias processuais*⁶¹¹.

Ainda no Século XVII, o agitado ambiente inglês fomentou a *Revolução Gloriosa* contra JAIME II, na qual o grande filósofo JOHN LOCKE teve participação ativa, mesmo se encontrando refugiado na Holanda, devido às perseguições promovidas contra ele pelo Monarca CARLOS II, não permitindo a divulgação de suas ideias revolucionárias, que defendiam a existência de direitos inalienáveis por parte do homem, fortes o suficiente para estabelecer limites ao poder e negar a sua origem divina, certo de que este era proveniente de um pacto firmado entre os súditos. Com a Revolução Inglesa, exsurgiu outro documento histórico, o *Bill of Rights*, editado em 1689, que precedeu à declaração formal dos direitos humanos.

A instabilidade política na Inglaterra, que tinha como pano de fundo as querelas religiosas⁶¹², fez com que o *Bill of Rights* fosse imposto à aceitação do Príncipe de Orange, GUILHERME, como condição para que ele assumisse o trono inglês. A influência do pensamento lockeano na redação do texto do *Bill of Rights* é evidente diante da ativa participação que ele teve no movimento revolucionário inglês. De fato, como se não bastasse a leitura do *Bill of Rights* denunciar a presença do pensamento de LOCKE, ele, mesmo na Holanda, disfarçado sob o pseudônimo de Dr. VAN DER LINDEN, para fugir da perseguição que lhe infligiam agentes de CARLOS II, aproveitando-se de suas relações de amizade com o editor de um periódico literário em Amsterdam, nominado Biblioteca Universal e Histórica, publicou diversos artigos difundindo a sua doutrina⁶¹³. Como se isso não fosse suficiente para mostrar a efetiva participação de LOCKE na redação do *Bill of Rights*, em sua biografia, consta que ele somente retornou à Inglaterra com a vitória da Revolução Gloriosa e, não por acaso, no mesmo navio que transportava GUILHERME de ORANGE e sua esposa, MARIA⁶¹⁴, para ele, após aceitar assinar o referido documento, assumir o trono.

⁶⁰⁹ Op. cit., p. 67. Nos arts. 52 e 55, vem reafirmado o princípio que delega ao júri, composto de vinte e cinco Barões, a competência para os julgamentos.

⁶¹⁰ COMPARATO. Op. cit., p. 73.

⁶¹¹ Ibid., p. 74. Essa peculiaridade, agrega o ínclito doutrinador, distingue a tradição inglesa da francesa, visto que, de acordo com esta, o mais importante é a declaração dos direitos, diante de sua força político-pedagógica. (Ibid). Essa circunstância revela a razão pela qual os direitos fundamentais declarados nas constituições dos países, em sua maioria, correspondem a garantias processuais, notadamente as de natureza criminal. Cf. capítulos 3 e 4.

⁶¹² As divergências religiosas, que já tinham dado causa à deposição e execução de CARLOS I, em 1642, sob a acusação de pretender restabelecer o catolicismo como religião do Estado, com a restauração da dinastia STUART, em 1658, voltaram a se fazer sentir com mais intensidade, principalmente pelo fato de CARLOS II, então no trono, apegado à religião católica, nos últimos quatro anos de seu reinado, não ter feito a convocação do Parlamento para a votação de impostos. Quando CARLOS II faleceu, houve uma rebelião por parte da nobreza e do alto clero, para não deixar que seu irmão JAIME II assumisse o trono, vindo ele a fugir para a França. Em consequência, com o trono vago, ele foi oferecido a GUILHERME, Príncipe de Orange, e a MARIA, sua mulher, filha de JAIME II, que era protestante, desde que eles aceitassem, em sua inteireza, assinar o *Bill of Rights*. (Cf. COMPARATO. Op. cit., p. 77-78).

⁶¹³ LOCKE. Obra e vida. p. IX.

⁶¹⁴ p. VIII.

A Declaração de Direitos foi de significativa importância no processo histórico de afirmação dos direitos do homem⁶¹⁵, ainda hoje, constitui-se uma das Leis Fundamentais do reino inglês. Teve a preocupação de impor limites ao poder absoluto do monarca, separando, pela primeira vez na história dos povos, os poderes Executivo e Legislativo, sendo passada a este a função típica para legislar e criar tributos, não mais permitindo que o rei tivesse voz nessa matéria. Note-se que o poder de julgar, com a Magna Carta, havia sido retirado das mãos do monarca, de modo que, com a Declaração de Direitos inglesa, completou-se a divisão dos poderes. Esse tratamento normativo-político da organização do poder na Inglaterra, esmiuçado e complementado no *Bill of Rights*, impressionou de tal maneira MONTESQUIEU na elaboração de sua célebre teoria da divisão dos poderes, que o filósofo iluminista francês, ao enfrentar o assunto em sua obra *O espírito das leis*, no respectivo capítulo, empregou a rubrica Da constituição da Inglaterra – a divisão dos poderes⁶¹⁶. O essencial dessa declaração escrita, obviamente, reside na instituição formal da separação dos poderes, mas, ao lado dessa disposição, convivem outras garantias fundamentais de extrema relevância e, ainda hoje, asseguradas aos cidadãos, de ordem processual penal, como a que assegurou o *direito de petição* (art. 5º), como forma de reclamar contra as injustiças, embrião do direito fundamental do *acesso à justiça*.

Merece distinção, ainda, o *direito de defesa* plasmado no art. 7º, até porque, na época, os processos eram secretos, até mesmo, para os acusados, que não tinham o direito de contrapor-se à legítima pretensão punitiva do Estado. Observe-se que o direito de defesa, como garantia processual criminal, somente passou a fazer parte dos ordenamentos jurídicos após as bem-lançadas ponderações feitas por BECCARIA em seu livro *Dos delitos e das penas*, editado em 1764. Dessa forma, bem antes, mais precisamente desde 1689, na Inglaterra, esse direito fundamental era assegurado. Por fim, na qualidade de direito dos súditos, restaram coibidas as *fianças exorbitantes* e as *prisões demasiado severas* (art. 10º) e determinou-se o alistamento e o sorteio dos jurados do tribunal do júri (art. 11º), como forma de assegurar a imparcialidade e o direito ao julgamento do homem pelos seus pares⁶¹⁷.

Interessante observar, nesse passo, que todas essas garantias processuais penais, embutidas expressamente no *Bill of Rights* foram defendidas, alguns anos mais tarde, por BECCARIA. Conforme foi visto supra, o precursor da ciência criminal, dentre muitas outras ideias, com veemência, criticou a ausência do direito de defesa na maioria das legislações, clamou pela mitigação das penas severas, até mesmo, pela eliminação da tortura e da pena de morte e defendeu o julgamento imparcial do acusado por meio de um júri formado por pessoas do povo. A influência que o *Bill of Rights* exerceu sobre BECCARIA é patente. Isso tanto é verdade que ele, na introdução de seu livro, cuidou de esclarecer: “Se eu não tivesse outro mérito senão aquele de ter sido o primeiro a apresentar à Itália, com alguma evidência maior, o que *outras nações ousaram escrever* e começaram a praticar, considerar-me-ia feliz”⁶¹⁸. (Grifei).

3.2 – Declarações americanas.

Outro passo decisivo na história para a consolidação dos direitos fundamentais do homem veio com a independência dos Estados Unidos⁶¹⁹. As divergências das colônias americanas em relação à política fiscal da Grã-Bretanha fizeram eclodir, em abril de 1775, a guerra revolucionária cujo final somente permitia duas alternativas: a declaração de independência ou a negociação com o governo inglês, o que implicava submissão. Em consequência, tomou-se a decisão de redigir um documento explicando ao povo os motivos pelos quais era tomada a decisão pela revolução. Esse anúncio, feito por intermédio de Uma Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América reunidos em Congresso Geral, datada de 4 de julho de 1776, possui a mais alta relevância política, uma vez que nele se ressaltou a crença na soberania popular e que o governo era instituído sob o *consentimento dos governados, para assegurar as verdades autoevidentes de que todos os homens são criaturas*

⁶¹⁵ Editado um século antes da Revolução Francesa, ainda se encontra em vigor.

⁶¹⁶ Op. cit., p. 164.

⁶¹⁷ ALTAVILA. Op. cit., p. 288.

⁶¹⁸ Dos delitos e das penas. p. 37.

⁶¹⁹ A independência das treze colônias americanas representou o ato inaugural da democracia moderna.

iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

Não sem razão, COMPARATO⁶²⁰, com lucidez, aponta que a importância histórica da Declaração de Independência das colônias americanas reside no fato de ser “... o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.” Reforçando essa impressão, CARL SCHMITT, admitindo que reina controvérsia a respeito, avisa que alguns doutrinadores apontam, como primeira Declaração dos Direitos do Homem, a Magna Carta de 1215, outros, a Lei do Habeas Corpus, de 1679, e há quem defenda que a primazia cabe ao *Bill of Rights*, de 1688. Argumenta, ainda, que, na realidade, esses diplomas são meras regulamentações contratuais ou legais dos direitos dos barões ou burgueses ingleses e, embora as regras neles estampadas tenham sido vazadas em forma de princípios, *não tiveram o sentido de derechos fundamentales*⁶²¹. Daí por que, também para o constitucionalista alemão, “*La historia de los derechos fundamentales comienza propriamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos em el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra.*”, se bem que “... *aquellas declaraciones estaban, como Bill of Rights, en la línea de la tradición inglesa.*”⁶²²

Na análise do texto da Declaração de Independência Americana, percebe-se que o prestígio devotado às ideias de LOCKE é mais do que evidente, não só na proclamação da igualdade e dos direitos inalienáveis, mas sobretudo na parte em que ele enuncia, como um dos direitos fundamentais do povo, o de promover a *revolução, toda vez que alguma forma de governo tornar-se nociva à consecução* de suas finalidades, que é o de assegurar o usufruto dos *direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade*⁶²³. Ainda há outro aspecto a ser destacado: a ideia de redigir-se um documento formal dando as *razões* da decisão partiu de RICHARD HERNY LEE, da Virgínia, mas, diante das divergências entre os representantes das Colônias que estavam reunidos, resolveu-se adiar a votação dessas propostas, com a nomeação de uma comissão para preparar a minuta do texto.

THOMAS JEFFERSON, como representante da Virgínia, tomou parte dessa comissão e, segundo consta, redigiu, praticamente sozinho, o texto que, após pequenas modificações decorrentes de debates travados durante dois dias, foi finalmente aprovado em 4 de julho. JEFFERSON conhecia e defendia as doutrinas de LOCKE e VOLTAIRE, principalmente as ideias do filósofo inglês, mas não tratou apenas de repeti-las e, desde os primeiros instantes do movimento revolucionário americano, procurou fazer com que os direitos do homem ficassem normatizados e realçados como os limites de todo o poder⁶²⁴. Não foi por outra razão, portanto, que o documento de Declaração da Independência Americana já se constituiu, ele mesmo, uma declaração dos *direitos políticos*, seja quanto ao reconhecimento do homem como o *lídimo titular do poder*, seja em relação ao limite que aquele estabelece para o exercício deste. Até porque, não se sabia, àquela altura, que seria sequer adotada uma Constituição única para todos os novos Estados americanos e que, nela, fossem declarados os direitos inalienáveis.

Aliás, não se tinha acertado nem mesmo que cada um dos novos Estados cuidasse de elaborar uma Constituição. Isso só foi determinado mais tarde, porquanto, declarada a independência pelas treze colônias em 1776, com a conseqüente transformação delas em Estados soberanos, para a consolidação da separação definitiva da Coroa Britânica, percebeu-se a necessidade de uma completa reformulação na estrutura organizacional das ex-colônias, o que ensejou a adoção pelos novos

⁶²⁰ Op. cit., p. 90.

⁶²¹ *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 164.

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ Essa parte do texto estava assim redigida: “Toda vez que alguma forma de governo torna-se nociva à consecução dessas finalidades, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo baseada nesses princípios, e cuja organização de poderes lhe pareça, segundo a maior probabilidade, capaz de proporcionar-lhe a segurança e a felicidade...” (COMPARATO, op. cit., p. 92). Ao justificar a colocação de JOHN LOCKE como a 44ª personalidade histórica mais influente da história, à frente de VOLTAIRE e THOMAS JEFFERSON, diz MICHAEL HART que ele “virtualmente expressou as principais ideias da Revolução Americana quase um século antes de sua eclosão. Sua influência sobre Thomas Jefferson é particularmente marcante e suas ideias penetraram também o continente europeu – em especial a França, onde constituíram fator indireto que levou à Revolução Francesa e à versão local da Declaração dos Direitos do Homem” (Op. cit., p. 280).

⁶²⁴ HART, Michael. Op. cit., p. 370.

Estados de suas próprias Constituições⁶²⁵. Os fundamentos expendidos no texto da Declaração da Independência americana, esboçados por JEFFERSON, serviram de paradigma para a feitura das Constituições estaduais. Tanto isso é verdade que todas as Constituições estaduais, com exceção da de Nova York, cuidaram de fazer o elenco do *Bill of Rights*⁶²⁶. Os maiores destaques vão para as cartas dos Estados da Virgínia⁶²⁷ e da Pensilvânia, ambas datadas de 1787, e a de Massachusetts, de 1780, que se escoraram nas ideias de LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, albergando disposições sobre os direitos naturais, soberania popular, freios e contrapesos, conforme o pensamento dominante do Iluminismo⁶²⁸.

A maior referência normativa dentre as constituições estaduais, todavia, foi justamente o texto da *Declaração de Direitos da Virgínia*, publicado em 12 de junho de 1787, que trouxe a lume um documento com a normatização dos direitos humanos, ao preceituar, logo no artigo 1º, que todos os homens são, em razão de sua natureza, nas mesmas condições de igualdade, livres e independentes, e possuem direitos que lhes são inerentes, como os direitos de viver, de liberdade, de propriedade e de segurança⁶²⁹. Aqui, os direitos à liberdade e à igualdade ganham foros de universalidade, de *uma razão universal*, como a própria pessoa humana⁶³⁰. Atestou que a autoridade, em verdade, pertence e emana do povo, constituindo-se, por isso mesmo, os magistrados, apenas *os seus mandatários, seus servidores* (art. 2º), e que a razão de ser do governo é a realização do bem comum, no escopo de buscar a *proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade*. A leitura desses dispositivos não apenas parece, como é mesmo a repetição do que constava do texto da Declaração de Independência, até porque, não se pode deixar de notar, JEFFERSON era da Virgínia e participou da elaboração da carta desse novo Estado. Por outro lado, chama a atenção, ainda, o fato de a Carta da Virgínia ter sido editada sob a nomenclatura *Declaração de Direitos da Virgínia*, o que descortina a elevada consideração do pensamento político de JEFFERSON a esse tema.

Se o respeito aos direitos fundamentais do cidadão era o centro da preocupação política do pensamento de JEFFERSON, naturalmente que ele, como um dos mentores da *Declaração de Direitos da Virgínia*, não deixaria de dar atenção para as delicadas questões filosófico-políticas que permeiam o exercício do dever-poder de punir. Certamente os arautos da Virgínia sentiram que de nada adiantaria dizer que o poder pertence ao povo, que dele é originado e que o seu exercício deve ter como finalidade atender os interesses daquele, caso não fossem preceituadas, ao lado da separação dos poderes, regras rígidas e claras quanto aos limites do direito de punir.

Por isso mesmo, as garantias na seara criminal não passaram despercebidas no texto do Estado da Virgínia. Quanto às garantias de Direito Penal material, naquele corpo normativo, rejeitou-se a adoção de leis com efeito retroativo, feitas *para punir delitos* anteriores ao fato identificado como criminoso (art. 9º) e foram abolidas as penas *cruéis e desumanas* (art. 11º). No pertinente ao processo penal, porém, a preocupação, como não poderia ser diferente, foi bem mais acentuada, de modo a inscrever entre os direitos catalogados naquela declaração o de *defesa* (art. 10º); *de contraditar e de produzir as provas que sejam a seu favor* (art. 10º); à celeridade processual (art. 10º); a um julgamento imparcial (art. 10º); a ser julgado pelo júri (art. 10º); de não *ser forçado a produzir provas contra si próprio* (direito do silêncio - art. 10º); de liberdade, salvo prisão determinada em *juízo de seus*

⁶²⁵ SCHWARTZ, Bernard. *Los poderes del gobierno: comentario sobre la constitución de los estados unidos*. Tradução José Juan Olloqui Labastida. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1966. p. 13. PINTO FERREIRA conta que a organização política das colônias americanas, em 1776, era constituída de um governador escolhido pela Coroa, com atribuição muito assemelhada à do Monarca inglês, duas câmaras legislativas, uma alta e outra baixa, a primeira com membros nomeados pela Coroa e a segunda, com integrantes escolhidos por meio de eleição e de um judiciário composto de órgãos locais e intermediários, além de uma alta corte e uma última instância na Inglaterra, o Privy Council. (*Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. Tomo 1. p. 107-108).

⁶²⁶ COMPARATO. Op. cit., p. 104.

⁶²⁷ GEORGE WASHINGTON e THOMAS JEFFERSON eram da Virgínia e participaram da elaboração de sua Constituição. BENJAMIM FRANKLIN era da Pensilvânia e contribuiu para a elaboração da carta do referido Estado.

⁶²⁸ FERREIRA. Op. cit., p. 108-109. Cf. ainda: COMPARATO. Op. cit., p. 94-95.

⁶²⁹ "Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança".

⁶³⁰ "Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações" (COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 38).

pares (art. 10º); de não se sujeitar às *cauções excessivas*; de *exigir provas suficientes* (culpa sumária) para a ordem de prisão (art. 12º) e de *buscas em lugares suspeitos* (art. 12)⁶³¹.

Do exame dos direitos fundamentais processuais penais estampados na Constituição da Virgínia, nota-se, sem muito esforço, o grau de prestígio conferido à extraordinária obra *Dos delitos e das penas*, de autoria do preclaro BECCARIA, publicada havia pouco tempo antes, em 1764⁶³². Nada menos do que todas as disposições supramencionadas inseridas na *Declaração de Direitos da Virgínia* haviam sido defendidas por BECCARIA, em obséquio à dignidade da pessoa humana. Com efeito, BECCARIA, em seu livro, certamente influenciado pelo *Bill of Rights*, havia defendido a previsão do direito de defesa; a humanização e suavização das penas; a eliminação de penas cruéis como a tortura e a pena de morte; o julgamento pelo tribunal do júri, com garantia da imparcialidade; e, indo mais além, bradou pelo respeito ao direito de silêncio, que a prisão não ocorresse senão por ordem judicial embasada em culpa sumária; e elencou, também, como direito do réu, a publicidade e a celeridade do processo. Mas não pode deixar de ser levado em consideração, sem dúvida nenhuma, que a simpatia de JEFFERSON pelo *Bill of Rights* inglês foi determinante no sentido de fazer com que, no corpo da Constituição do Estado da Virgínia, fossem inseridos os direitos fundamentais do cidadão. JEFFERSON, mais tarde, lutaria com tenacidade para que isso também fosse feito na Constituição Federal.

Sem embargo das constituições estaduais, sentiu-se, ainda, ser inevitável a elaboração de um documento solidificando a união entre os treze novos Estados, daí por que, através de convenção, foram redigidos os *Artigos da Confederação* (1781), porém contendo dois defeitos fundamentais, apontados por BERNARD SCHWARTZ: “*El primero provino del hecho de que la autoridad de la nación no descansa ba sobre el pueblo, sino sobre los estados. (...) El segundo ... Fue la falta de eficaz autoridad coercitiva de la Unión. Puesto que la autoridad del congreso de la Confederación no se extendia a los ciudadanos individuales de los diferentes estados, sus medidas sólo podían aplicarse si las ejecutaban los estados mismos*”⁶³³.

Não suprida a necessidade do estabelecimento de um comando central com eficácia para impor uma diretriz uniforme, principalmente em relação às questões de comércio⁶³⁴, convocou-se a Convenção da Filadélfia de 1787, cuja pauta era a revisão dos Artigos da Confederação. Todavia, os *notáveis* da Convenção formada por representantes dos novos Estados, de elevada estatura intelectual e moral, como GEORGE WASHINGTON (1732-1799)⁶³⁵, THOMAS JEFFERSON (1743-1826)⁶³⁶, BENJAMIM FRANKLIN⁶³⁷ e ALEXANDER HAMILTON⁶³⁸, foram muito além de suas atribuições

⁶³¹ Na segunda parte desse dispositivo, ao vedar a realização de buscas em lugares suspeitos senão mediante ordem embasada em provas suficientes, restou, ainda que implicitamente, resguardado o direito à inviolabilidade do domicílio

⁶³² Portanto, o monumental livro de BECCARIA havia sido publicado doze anos antes da Constituição da Virgínia, sendo logo traduzido para o francês e recebeu plena adesão de vários pensadores do Iluminismo. Sobre esse assunto, cf. nº 1.3.1, supra.

⁶³³ Op. cit., p. 13-14.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁶³⁵ Ele foi um dos delegados do Estado da Virgínia e presidiu a Convenção Constituinte. Além de líder político, era um pensador, embora não tivesse o mesmo brilho de JEFFERSON, MADISON, HAMILTON e FRANKLIN. Possuía uma grande liderança militar, devido à participação nas guerras contra os franceses e ao comando das tropas americanas na Guerra da Independência. (Cf. HART. Op. cit., p. 178-179), atributo que preponderou em sua escolha como o primeiro Presidente dos Estados Unidos.

⁶³⁶ Era delegado pelo Estado da Virgínia. Foi o terceiro Presidente dos Estados Unidos. Como já foi dito, atribui-se a ele a redação da minuta da Declaração da Independência. Participou da elaboração da Declaração de Direitos da Virgínia, da Constituição Federal e das dez primeiras emendas que inseriram na Carta americana uma declaração dos direitos do homem. Desde o primeiro momento, defendeu a edição de uma Constituição Federal e que nela ficasse constando a declaração de direitos. Embora vencido na primeira oportunidade, persistiu nessa ideia até a sua materialização. Formado em Direito, falava quatro línguas (cinco ou seis) e apoiava-se nas ideias de LOCKE, filósofo que era de sua simpatia, assim como VOLTAIRE. Criou o Partido Democrático (Cf. HART. Op. cit., p. 363-371).

⁶³⁷ Foi um dos delegados pelo Estado da Pensilvânia. Embora tenha se destacado mais na política, também foi um homem de negócios (nascido pobre, ficou rico com a impressão de jornal), da ciência (realizou pesquisas sobre a eletricidade e a ação dos relâmpagos e, ainda, criou vários objetos de extrema utilidade, como as lentes bifocais e o para-raios) e da literatura (era reconhecido pelo talento em compor frases interessantes). (Cf. HART. Op. cit., p. 565).

⁶³⁸ Travou acirrados debates interessantes com JEFFERSON, uma vez que tinha uma visão política diferente. Na Convenção de Filadélfia, foi contrário à inclusão dos Direitos do Homem na Constituição, conseguindo vencer JEFFERSON, mas, depois, foram aprovadas as emendas. Em outro ponto fundamental, a polêmica entre os dois deu-se em função do Poder Judiciário, tendo HAMILTON defendido a incumbência deste quanto ao controle de constitucionalidade, o que era objetado por JEFFERSON. Formaram-se dois blocos políticos opostos, a ponto de os que apoiavam HAMILTON constituírem o Partido Federalista e os que seguiam JEFFERSON, o Partido Democrático. (Cf. HART. Op. cit., p. 367; COMPARATO. Op. cit., p.

e, com certa ousadia, deliberaram elaborar um documento novo, o que deveria ser aprovado pelo próprio povo, mediante convenções realizadas nos novos Estados, especialmente convocadas para esse fim⁶³⁹. Nascia, aí, a venerável Constituição norte-americana, porém ela não trouxe uma declaração dos direitos fundamentais. Tentativa nesse sentido tinha sido feita, em virtude de proposta da lavra de GEORGE MASON, sugerindo que, no seu prefácio, a Constituição insculpisse um *Bill of Rights*, mas findou prevalecendo a tese de que a missão confiada à Convenção de Filadélfia se circunscrevia à reorganização política dos Estados Unidos e, ainda, o argumento de que a matéria pertinente aos direitos dos cidadãos já era objeto de regulamentação nas constituições estaduais, pelo que não havia motivo para a sua reiteração⁶⁴⁰.

Vencido na primeira oportunidade, JEFERSON voltou a insistir na importância de inserir-se, na Constituição, a declaração dos direitos fundamentais, sendo, desta vez, os seus argumentos acolhidos, o que permitiu a JAMES MADISON, logo em 1789, durante a primeira legislatura do Congresso, fazer a proposta de emenda constitucional aditiva. Ao todo, foram aprovados dez artigos dos doze sugeridos, cada um sendo objeto de uma emenda distinta, daí por que as dez primeiras emendas à Constituição americana formam, justamente, a declaração dos direitos fundamentais americanos.

No estudo dessas Emendas, verifica-se que, na primeira, expressamente se afirmou o *direito de petição ao governo para a correção de injustiças*, garantindo-se mais do que o mero *direito de acesso ao Poder Judiciário*, na medida em que se sinalizou, propriamente, para o *direito de justiça*, que compromete não apenas o referido segmento do poder político, outrossim também o Legislativo, o Executivo e, de soslaio, submete as pessoas jurídicas e físicas integrantes do grupo social ao respeito dos postulados normatizados, sob pena de serem acionadas para esse fim. Como se nota, na *Declaração dos Direitos da Virgínia*, houve omissão em relação a esse direito, mas o direito de petição foi resgatado do *Bill of Rights* inglês, o que denota a atenção que as garantias nele preceituadas mereceram dos *iluminados* fundadores do constitucionalismo americano.

Em proteção à *liberdade*, à intimidade (vida privada) e à propriedade, a Quarta Emenda, em redação mais clara, fala no *direito à segurança das pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e apreensões arbitrárias*, submetendo estas a mandamento judicial, cuja expedição precisa dispor de *razão plausível*, amparada em *juramento* ou *declaração solene* (sumário de prova), com a efetiva descrição do local em que deva ser feita a busca e identificadas as pessoas ou coisas a serem apreendidas. Por essa via, reafirmou-se o que dispunha o art. 12 da Constituição da Virgínia.

Em outro passo, para evitar que o cidadão seja exposto a desgastes quanto à sua imagem por uma demanda criminal temerária, a Quinta Emenda, no seu primeiro enunciado, indo mais além do que previa uma das partes do art. 10 da Constituição da Virgínia, assegurou que, afora os casos referentes às forças armadas, aquele somente poderá ser *considerado réu*, após o *indiciamento ou denúncia* deliberada pelo júri de acusação (*grand jury*). Note-se que a garantia, aqui, não é propriamente do direito à presunção de inocência ou da não culpabilidade, mas de não admitir que uma pessoa seja considerada ré, antes de a imputação criminosa que lhe é feita ser aceita pelo Poder

104); ROCHA, Lincoln Magalhães. *A constituição americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1987. p. 5).

⁶³⁹ Ibid., p. 16. SCHWARTZ, debruçando-se sobre a atitude dos fundadores da Constituição americana, que haviam sido designados para o fim apenas de revisar os Artigos da Confederação, denuncia que “... si para nuestros abuelos y nuestros padres la obra de los Constituyentes fue un ejemplar sagrado de la ciencia de estado norteamericana, en nuestros días el péndulo há oscilado un tanto hacia el outro lado. Ahora se nos dice que la Constitución fue menos un producto de sagacidad previsor, que un intento interessado de sus Autores para salvaguarda de sus propios intereses económicos” (Ibid., p. 16-17). O constitucionalista americano, contudo, reconhece que essa posição tomada não seria possível, caso não fossem os 55 integrantes da Convenção homens notáveis, uma assembleia de semideuses (Ibid., p. 17). De fato, nela estavam homens como THOMAS JEFFERSON, GEORGE WASHINGTON, ALEXANDER HAMILTON, BENJAMIN FRANKLIN, entre outras figuras ilustres da história americana. Reforçando esse aspecto, o autor em foco descobre que todos eles eram admirados e tinham representatividade: 39 tiveram assento no Congresso durante a vigência dos Artigos da Confederação; oito haviam subscrito a Declaração de Independência; oito ajudaram a redigir as Constituições de seus Estados; sete tinham sido chefes do executivo de seus Estados. Para finalizar sobre as credenciais desses notáveis, ele acrescentou: dos de ellos llegaron a ser presidentes; uno, vice-presidente; dos, presidentes de la Suprema Corte; tres, magistrados de la Suprema Corte; y seis gobernadores de los Estados. Dieciocho fueron elegidos para el Primer Congreso después de entrar en vigencia la Constitución” (Ibid., p. 17).

⁶⁴⁰ De fato, o único Estado americano que não tinha a declaração dos direitos fundamentais era Nova York.

Judiciário, medida que, em visão mais alargada, permite a elaboração daquela presunção. Até porque a reminiscência desse postulado, muito provavelmente, advém da afirmação feita por BECCARIA, de acordo com a qual *não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz*⁶⁴¹.

No seu segundo comando, a Quinta Emenda coíbe o *bis in idem*, e sinaliza para o respeito à coisa julgada – ninguém será sujeito duas vezes, *pelo mesmo crime, a penas que afetem sua vida ou integridade física*. Na sua terceira parte, reafirma o direito do réu *de não produzir provas contra si próprio*, conforme já estava expresso no art. 10 da Constituição da Virgínia, consolidando, assim, o *direito ao silêncio*. Na outra mensagem de conteúdo criminal, ainda contida na Quinta Emenda, repetiu-se a boa ideia inglesa declarada na Magna Carta (art. 39), consignando-se que *ninguém será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo jurídico*⁶⁴², logo se tornando esse preceito um dos esteios do sistema americano⁶⁴³.

Imiscuindo-se em aspectos processuais mais técnicos, porém não menos importantes para a garantia contra abusos, a Sexta Emenda à Constituição americana abonou o direito à imparcialidade do julgamento e à celeridade processual que já estavam ratificados no art. 10 da Declaração de Direitos da Virgínia, mas agregou o direito à publicidade do julgamento, como tinha pregado BECCARIA⁶⁴⁴. Em inovação interessante, noutra parte dessa Emenda, pinçou-se a regra do juiz natural, ao estabelecer que o julgamento seria no *distrito em que o crime foi cometido*, conforme prévia disposição em lei⁶⁴⁵. Realçando, ainda mais, o seu sentido protecionista, não se satisfazendo em confirmar os direitos de defesa, ao contraditório e à produção de provas, que já tinham merecido a atenção da Constituição da Virgínia (art. 10^o), o legislador constitucional americano alçou a direito fundamental a *assistência de um advogado para a defesa do réu*.

Por fim, nas Sétima e Oitava Emendas, foram ratificados o direito ao julgamento pelo tribunal do júri, a vedação da estipulação de fianças ou multas excessivas e, também, a supressão das penas cruéis ou aberrantes. Como se verifica do exame dos dispositivos das Emendas que enxertaram a declaração dos direitos do homem na Carta constitucional norte-americana, no campo criminal, as garantias que foram objeto da Quarta, Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Emendas são diretamente relacionadas à matéria processual e, igualmente, foram previstas na Declaração de Direitos da Virgínia. Quanto às circunstâncias de essas declarações constarem também na Carta da Virgínia, isso não é de se estranhar, até porque quem, desde o início da feitura da Constituição americana, levantou a voz querendo a inserção de uma declaração dos direitos fundamentais foi GEORGE MASON que, juntamente com JEFFERSON e WASHINGTON, participou da redação da Constituição da Virgínia. A despeito da patente influência da Carta da Virgínia, na discussão do tema, o *Bill of Rights* inglês veio à baila, pois, como bem assinala COMPARATO, em uma das discussões envolvendo os notáveis da Assembleia de Filadélfia, HAMILTON, para rebater os argumentos de JEFFERSON que achava por bem a Constituição contemplar, em seu texto, uma declaração de direitos, em evidente sofisma, advertiu que *todas as declarações de direitos inglesas* tinham sido em forma de concessão dada pelo rei aos seus súditos, de modo “... que a expressão *bill* de direitos não se aplica a uma constituição expressamente fundada sobre o poder do povo, e cuja execução é confiada aos seus representantes e delegados imediatos. Nesta, não abandona o povo os seus direitos; e como conserva tudo, não tem necessidade de reservas particulares.”⁶⁴⁶

Mais uma vez, nesse documento histórico de relevante importância para a afirmação normativa dos direitos do homem, a presença da doutrina de BECCARIA se faz sentir de forma bastante marcante. Os princípios que não constavam nem na Constituição da Virgínia nem nas declarações inglesas, principalmente no *Bill of Rights*, os notáveis legisladores americanos foram haurir das lições brilhantes e inovadoras contempladas na obra *Dos Delitos e das Penas*, chegando,

⁶⁴¹ Op. cit., p. 56.

⁶⁴² A redação da cláusula 39 da Magna Carta de 1215 estava assim posta: “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir, conta ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.

⁶⁴³ Consagrou a expressão *due process of law* que, germinada da parêmia *law of the land* da Magna Carta inglesa, foi utilizada pela primeira vez em 1354, pelo Parlamento inglês. Cf. Itens 3.1, supra, e 9.1, infra.

⁶⁴⁴ Op. cit., p. 47

⁶⁴⁵ Note-se que diversos ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, no Código de Processo Penal, ao tratar da competência, elege, como regra geral, o local da ocorrência da infração como o juízo para o processo e julgamento do delito (art. 70 do CPP).

⁶⁴⁶ Op. cit., p. 104.

em alguns pontos, a inovar, como foram os casos das cláusulas constitucionais que aclamaram a vedação do *bis in idem.*, o respeito à coisa julgada e os direitos ao juiz natural e à assistência de um advogado.

Chama a atenção o fato de que, conforme *comunnis opinio doctorum*, se a Independência das colônias, por si só, já representou um fato marcante na história, a consciência dos notáveis quanto à necessidade de uma Constituição Federal que cumprisse a missão de dar forma e fixar os limites da atividade governamental, deu início ao movimento constitucionalista, ao transferir o fundamento do poder da pessoa do rei para uma Carta que expressa o sentimento e a vontade do povo. Realçando esse aspecto, SCHWARTZ⁶⁴⁷ leciona que os *Fundadores*, em substituição ao poder do rei, “... *instituyeron el gobierno limitado ordenado por la Constitución. El documento orgánico es al mismo tiempo la carta y medida del poder gubernamental*”⁶⁴⁸.

Observe-se que a ausência de uma declaração formal dos direitos humanos na Constituição de 17 de setembro de 1787 não se deu pelo fato de não se acreditar que ela fosse um instrumento fundamental para a limitação do poder político. Como ficou registrado acima, desde o primeiro instante, THOMAS JEFFERSON e outros baluartes da Convenção da Filadélfia defenderam a necessidade de que a carta constitucional albergasse um *Bill of Rights*, porém findou sendo acolhida a tese de HAMILTON, no sentido de que isso não era preciso, uma vez que a declaração dos direitos do homem já constava nas constituições estaduais. Mas a consciência quanto a essa função política da declaração dos direitos do homem, sempre defendida por THOMAS JEFFERSON, não tardou a se alastrar na mente dos sábios americanos, de modo que, quando da Convenção de 1789 – portanto, dois anos depois –, realizada para o fim de que os Estados fizessem a ratificação da Constituição Federal editada, houve a exigência de que fossem incluídas as declarações, sendo aprovadas, por conseguinte, as dez Emendas acima esmiuçadas⁶⁴⁹.

O resultado mais evidente do movimento de independência americano, conquanto tenha sofrido influência do pensamento iluminista, principalmente de figuras eminentes, como LOCKE, VOLTAIRE e outros, foi a criação de um modelo constitucional peculiar, em que o poder possui a sua *autoridade e legitimidade* fundamentadas na Constituição, sendo ela o pacto social que expressa a vontade do povo – o verdadeiro titular do poder político. Nessa ideia, sendo o povo o titular do poder, quem o exerce o faz em nome daquele, daí por que não há de falar-se em soberano e súdito, mas em representante e cidadão, até porque o exercício do poder é limitado, antes de tudo, pelos direitos do homem.

Alguns doutrinadores, a exemplo de PINTO FERREIRA, afirmam que o conteúdo novo do *constitucionalismo*, germinado da obra da Convenção da Filadélfia, exprime-se pela concepção de que a Constituição é instrumento para a limitação do poder que, para cumprir com eficiência essa missão, confia na *separação das funções* desempenhadas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, para obter essa limitação no plano vertical, e no federalismo para assegurar aos Estados-membros independência entre si e nas relações com a União, sistema que é complementado com as regras da república democrática e do controle judicial das leis, que é a forma de manter a higidez da Magna Carta⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ Op. cit., p. 45.

⁶⁴⁸ Por isso mesmo, “Para la Constitución de los Estados Unidos – dijo el magistrado Wilson en una causa de 1793 – la palabra soberano es totalmente desconocida” (SCHWARTZ. Op. cit. p. 46).

⁶⁴⁹ Corroborando essa assertiva, PINTO FERREIRA esclarece que, promulgada a Constituição americana de 1787, não ficou nela encartada uma declaração de direitos, devido à circunstância de ela já constar das cartas magnas dos Estados-membros, porém “... dois anos mais tarde, em 1789, foram acrescentados 10 artigos à constituição da União, como uma declaração de direitos contida na própria carta fundamental e suprema, a que se submeteriam naturalmente os sistemas adotados pelos Estados-membros. Essa declaração de direitos do homem que, assim, não estava contida no texto da constituição de Filadélfia, proposta pela convenção americana de 1787, foi mesmo exigida pelas próprias convenções estaduais encarregadas de examiná-la” (Op. cit., p. 109).

⁶⁵⁰ Op. cit., 110.

3.3 – Declaração dos direitos do homem e do cidadão: Revolução Francesa.

O pensamento iluminista, conforme foi visto, contestava o absolutismo do poder, arraigado à ideia de que aquele era, antes de tudo, a *razão*, produto do homem, daí por que, em rigor, ele pertencia ao homem, e não a uma pessoa nem muito menos era uma manifestação divina. Assim, o exercício do poder não era absoluto, pelo contrário, encontrava limite maior no necessário respeito aos direitos inalienáveis do homem. Essa doutrina iluminista de que o *poder* é forjado do *pacto* (consentimento) dos governados e que ele não é para *ser servido*, mas sim para *servir* ao homem, já tinha sido objeto da *Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América reunidos em Congresso Geral*, em 4 de julho de 1776.

Não se quer dizer, com isso, que a doutrina da soberania popular e dos direitos humanos tenha sido originada pelos notáveis americanos ou com a redação da Declaração da independência norte-americana, até porque, como se afirmou acima, as ideias do direito à revolução e do pacto social como o instrumento de formalização e legitimação do poder político foram hauridas das lições de LOCKE e MONTESQUIEU. O amplo movimento reformista do Estado embasado no pensamento de que ele deve servir ao homem, e não este àquele, principiado com o Renascimento, ganha fôlego maior com o suporte filosófico-político emprestado pelos iluministas. ROUSSEAU, amparado na doutrina de LOCKE, em *O contrato social*, confirmou a relatividade do poder do Estado, limitado sobretudo em razão dos direitos naturais pertinentes a todo homem e, ao lado de MONTESQUIEU, transformou-se em um dos pensadores mais influentes dos revolucionários franceses⁶⁵¹.

Embora tenha como pano de fundo o mesmo pensamento filosófico, o movimento francês guarda peculiaridade distinta do americano, até porque este foi um movimento separatista, enquanto aquele teve em mira romper o sistema político do Estado para instaurar outro, cujo poder político, embasado na premissa de que ele emana do homem e deve respeitar os direitos naturais deste, não seria pertinente apenas à França, mas a todos os povos. Com propriedade, CARL SCHMITT⁶⁵² tece comentário sobre esse detalhe, ao reconhecer que, apesar de todas as conexões *históricas*, há um conteúdo distinto na declaração francesa em relação à americana, porquanto “*En la Declaración francesa se da por supuesto el concepto de ciudadano, y se continúa un Estado nacional ya existente; no se erige, como en las colonias americanas, un nuevo Estado sobre unas nuevas bases.*” Essa característica é importante, e talvez explique o porquê de, na história, ressaltar-se, com mais veemência, a importância da declaração dos direitos do homem emitida pelos franceses. Ademais, ao contrário do que sucedeu no caso americano, a primeira providência dos comandantes da Revolução Francesa de 1789, forjada pelo movimento iluminista que forneceu a base filosófica da reconstrução do Estado francês, foi estabelecer uma *declaração dos direitos do homem*, deixando para depois a tarefa de redigir uma Constituição, até porque esta deveria ser escrita em consonância com esses direitos naturais, agora positivados no ordenamento jurídico, os quais deveriam ser observados por todos, até mesmo pelo constituinte.

Os revolucionários franceses, acreditando que professavam a verdade das verdades – ao contrário dos americanos que estavam mais preocupados em concretizar a sua independência e criar o seu próprio regime político –, “... julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos em todos os tempos vindouros.”⁶⁵³ TOCQUEVILLE, apud COMPARATO, atento para esse espírito de universalismo militante da Revolução Francesa, disse⁶⁵⁴:

Vimo-la (a Revolução Francesa) aproximar ou separar os homens, a despeito das leis, das tradições, dos temperamentos, da língua, transformando por vezes os compatriotas em inimigos e os estrangeiros em irmãos; ou antes, ela formou, acima de todas as nacionalidades particulares, uma pátria intelectual comum, da qual os homens de todas as nações puderam tornar-se cidadãos.

⁶⁵¹ ROUSSEAU chega a ser considerado, por muitos, como o pai espiritual da Revolução Francesa

⁶⁵² *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza editorial, 2001. p. 166.

⁶⁵³ *Ibid.* p. 166.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 116. Ressaltando esse aspecto, COMPARATO, em citação a DUQUESNOY, assevera que “Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos” (*Ibid.* p. 116).

Isso explica a circunstância de, em pouco tempo, a filosofia de respeito aos direitos dos homens dos franceses ultrapassar os limites da Europa, indo muito além, fazendo-se sentir em regiões longínquas, como a Índia, a Ásia Menor e a América Latina. Há registro de que, na Conjuração Mineira de 1789, as ideias revolucionárias francesas já tinham chegado ao Brasil⁶⁵⁵. Os lemas da Revolução Francesa – *liberdade, igualdade e fraternidade* – constituíram o discurso dos movimentos de contestação dos regimes totalitários, cuja densidade estava inserta na declaração dos direitos do homem. Que essa declaração, tal como enunciada pelos revolucionários, era uma das bases do pensamento filosófico dos iluministas, isso é indubitável, e, conforme foi demonstrado, a ideia humanística subjacente nesse movimento serviu de lastro para a independência americana e a sua correspondente declaração dos direitos do homem. Todavia, a influência do texto americano – com especial destaque para a declaração da Constituição do Estado da Virgínia – parece irrefutável e merece consideração a assertiva de COMPARATO de que THOMAS JEFFERSON⁶⁵⁶, em 1789, exercia as funções de embaixador dos Estados Unidos perante a Corte francesa e “... inspirou a redação do primeiro projeto de declaração de direitos, depositado por LAFAYETTE junto à Mesa da Assembleia em 11 de julho.”⁶⁵⁷ Três outras circunstâncias mencionadas por COMPARATO como fundamento para mostrar que a declaração de direitos americana foi uma das fontes do trabalho dos revolucionários franceses não devem ser deixadas de lado: a primeira, que as Constituições dos treze Estados americanos, pouco antes da instalação da Assembleia de Versalhes, tinham sido traduzidas para o francês; a segunda, que JEFFERSON havia oferecido ao deputado RABAUD DE ST. ETIENNE o projeto de uma Carta de Direitos; a terceira, que nos debates da Assembleia Nacional, em diversas passagens, os deputados fizeram menção aos exemplos da *América*⁶⁵⁸.

Consoante adverte KONDER COMPARATO, muito embora, no seu art. 1º, esteja dito que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, assim como sucedeu com a Declaração de Independência Americana, o documento solene não teve em conta a preocupação com “a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.”⁶⁵⁹

Da leitura do documento francês, tem-se que, dos seus dezessete dispositivos, três possuem conteúdo eminentemente processual, conforme se observa da leitura dos arts. 6º, 7º e 9º, sem que isso tenha representado, efetivamente, nenhuma novidade além do que já havia sido proclamado solenemente nas Cartas inglesa e americana. A declaração francesa dos direitos do homem teve mais consistência em relação às questões de ordem política e que diziam respeito à liberdade individual civil da pessoa. Isso justifica o fato de o catálogo de direitos do homem francês, em sua expressão formal, em que pese a repercussão que a obra de BECARRIA havia tido no meio do movimento iluminista, não conter a mesma densidade normativa verificada na Constituição americana.

Com efeito, o art. 6º apenas reforçou o direito de igualdade de todos perante a lei. Noutro passo, o art. 7º, na medida em que tornou clara a necessidade de obediência ao princípio da legalidade quanto à imputação criminosa e à prisão ou detenção, ressaltou, vagamente, sem estabelecer qualquer parâmetro, que, em todo o caso, devem ser cumpridas as formalidades previstas nas leis. Não cuidou, sequer, de adiantar alguns requisitos, como sabiamente já tinham feito as declarações inglesas e americanas. De modo tão lacônico quanto o outro, no art. 9º, malgrado tenha redigido, com letras fortes, que o homem se presume *inocente até que tenha sido declarado culpado*, ao tratar da prisão antes desse julgamento, contentou-se em dizer, apenas, que, de todo modo, sendo *indispensável detê-lo*, a medida pode ser adotada, cabendo à lei reprimir *todo o rigor desnecessário* empregado.

Nota-se, assim, que as ideias lançadas por BECCARIA no livro dos *Delitos e das penas* exerceu, sim, importante influência na declaração dos direitos do homem direcionados à limitação do direito de punir, até porque, as ideias do marquês, conforme foi salientado, tiveram grande repercussão entre os arautos do movimento iluminista, diante da peculiaridade com que foram

⁶⁵⁵ Por isso mesmo, foi criado o mito em relação a Tiradentes, como símbolo do movimento republicano (BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história*. 2. ed. rev. São Paulo: Ática, 2003, p. 131).

⁶⁵⁶ Na biografia de THOMAS JEFFERSON, consta que ele foi embaixador na França, só retornando para os Estados Unidos no final do ano de 1789. (HART. Op. cit., p. 367).

⁶⁵⁷ COMPARATO. Op. cit., p. 129.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 129-130.

⁶⁵⁹ São os chamados direitos humanos de primeira geração.

abordadas e demonstradas as arbitrariedades praticadas pelo Estado, desrespeitando os direitos mais básicos da pessoa humana, a pretexto de buscar a punição dos infratores.

3.4 – Internacionalização dos direitos fundamentais.

O liberalismo experimentado com essa declaração de direitos humanos, nada obstante embasado na segurança da legalidade e na cláusula da igualdade perante a lei, deixou milhares de pessoas desassistidas, o que motivou a inauguração de novos direitos humanos, agora nas dimensões econômicas e sociais, cuja consolidação se deu nas Constituições mexicana de 1917 e na de Weimar de 1919, como legado do movimento socialista principiado na primeira metade do Século XIX.

Sem embargo do caráter universal dos direitos humanos em sua própria essência, já na segunda metade do Século XIX, sobreveio a fase de formalização dessa dimensão internacional dos direitos humanos⁶⁶⁰. O primeiro documento normativo que expressou essa ideia no plano internacional foi a Convenção de Genebra de 1864, vindo a sedimentar-se essa dimensão ao fim da Segunda Guerra Mundial, mediante a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Como acentua Flávia Piovesan, depois da Declaração Universal de 1948, que trouxe uma nova concepção de direitos humanos, inicia-se a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais, com a construção de um amplo sistema normativo, por ela denominado de *sistema normativo global de proteção dos direitos humanos*,⁶⁶¹ constituído por instrumentos de alcance geral (como os Pactos Sociais e Culturais de 1966), e por instrumentos de alcance específico, como as Convenções Internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação.

Na fase atual da internacionalização dos direitos humanos, a despeito do sistema normativo global, ou seja, da declaração universal pela Organização das Nações Unidas – ONU, surgiu o processo de internacionalização dos direitos humanos no plano regional, como são os casos da Europa, América⁶⁶² e África. Tendo em conta a pluralidade de documentos internacionais e nacionais com o catálogo de direitos fundamentais, o Direito Internacional tem recomendado a adoção do princípio de que, ocorrendo eventual hipótese de antinomia entre o direito interno de um país e um tratado ou convenção, ou mesmo entre uma declaração geral e uma regional, deve preponderar, sempre e sempre, a regra que mais protege⁶⁶³.

3.5 – Constitucionalização dos direitos do homem.

Depois da declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, o movimento constitucionalista teve como uma de suas características marcantes a inserção, em seu texto, de um *Bill of Rights*. Isso foi fomentado diante da concepção de que a limitação do poder político se escora, de um lado, na garantia dos direitos fundamentais e, de outro, na separação das funções dos poderes aos quais é confiada a ação política em nome do povo, verdade reconhecida e exaltada na declaração de 1789, mediante a assertiva de que “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição” (art. 16)⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ Cf. item 7.2.7, *infra*.

⁶⁶¹ O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.

⁶⁶² A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrou em vigor em 1978, fazendo dela parte 25 dos 35 países membros da Organização dos Estados Americanos – OEA. O Brasil somente aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992.

⁶⁶³ TRINDADE. Op. cit. p. 25. Esse sentido protetivo dos direitos fundamentais foi o que orientou o movimento humanitário promovido pela Escola Clássica, daí que o Direito Criminal, em sua origem, não foi concebido como um instrumento de força, mas sim como limite do poder de punir, cuja regra mais saliente foi a da legalidade, impondo ao Estado obediência à lei. Essa perspectiva garantista do Direito Criminal foi perdida com a Escola Positiva e, depois de recuperada pela Escola da Nova Defesa Social, encontra suas vigas mestras na ossatura dos direitos fundamentais insertos na Constituição de 1988.

⁶⁶⁴ Note-se que o realce em relação aos direitos fundamentais como limitação ao poder político é de tal ordem que, no histórico art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ele está mencionado antes mesmo da própria separação dos poderes.

A partir daí, até os dias de hoje, vem sendo mantida a tradição de que, nas Constituições, venham enunciados os direitos fundamentais. Há, todavia, divergência doutrinária quanto à primeira Constituição a incorporar, em seu corpo, a declaração desses direitos. Alguns doutrinadores brasileiros tributam a precedência à Constituição Imperial de 1824. Sem desconhecer os enunciados anteriores, JOSÉ AFONSO DA SILVA coloca que, sob a perspectiva da *subjetivação e positivação* dos direitos do homem e consequente *concretização jurídica efetiva*, a Constituição do Brasil de 1824 deve ser considerada a primeira no mundo a inscrever uma declaração desses direitos, anterior, assim, à da Bélgica de 1821, que tem merecido, de alguns doutrinadores, a homenagem pela primazia⁶⁶⁵.

Interessando-se pela discussão, EDILSON NOBRE JÚNIOR⁶⁶⁶, em alentado estudo, indica dois textos constitucionais anteriores à Carta Imperial de 1824: a *Royal Charter de Rhode Island* de 1663 e a Constituição francesa de 3 de setembro de 1791. Afirma o ínclito professor e desembargador federal, com respaldo nas palavras de GARCÍA DE ENTERRÍA, que a Carta da referida colônia americana consagrou a liberdade religiosa e de consciência, matriz dos direitos fundamentais de opinião, de imprensa e de reunião. Agrega, ainda, com inteira razão, que não procede a alegação de que não se tratava de um Estado soberano, porquanto, ainda que, quando da edição da mencionada Carta, *Rhode Island* fosse apenas uma colônia na América do Norte, com a Independência Americana, ela alcançou a categoria de entidade política autônoma, status no qual permaneceu até o advento da Constituição Federal americana de 1787, portanto, durante um período de onze anos⁶⁶⁷. Contudo, essa Carta não continha, propriamente, um elenco de declaração de direitos fundamentais, porquanto restringiu-se em anunciar, apenas, as liberdades religiosa e de consciência, muito aquém, como se vê, do que estava plasmado em outros documentos constitucionais, como era o caso da Constituição do Estado da Virgínia, que, do mesmo modo, com a Independência Americana, ainda que por lapso temporal efêmero, gozou de autonomia política plena.

Na defesa de que a outra referência constitucional antecedente à Carta brasileira é a Constituição francesa de 1791, EDILSON NOBRE lembra que esta continha o enunciado de direitos fundamentais como a igualdade, a liberdade de locomoção, opinião, reunião, o direito de petição e a garantia da inviolabilidade da propriedade⁶⁶⁸. Não se há de concordar, porém, com a assertiva de que a Constituição francesa de 1791, publicada dois anos depois da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), pode vir a ser considerada, em detrimento da Constituição americana de 1787, como o primeiro texto constitucional a albergar os direitos fundamentais, apenas pelo fato de, nesta, essa categoria de direitos ter sido incorporada somente em 1789, com a aprovação de suas primeiras emendas⁶⁶⁹. Naturalmente que, em certo sentido, não se pode deixar de dar razão ao autor, porém, em termos efetivos, não há margem a dúvidas de que, tenha vindo na redação originária ou não, a normatização dos direitos fundamentais na Constituição americana é anterior à francesa. Ademais, conquanto se reconheça que a Constituição francesa de 1791 – que tinha como preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – tenha acrescentado, sob a epígrafe *Disposições fundamentais garantidas pela Constituição*, alguns direitos vitais ao ser humano – a exemplo da liberdade religiosa e de reunião pacífica –, em sua essência, ela foi uma mera repetição do que já estava assegurado naquele documento revolucionário que lhe foi incorporado como exórdio. Por outro lado, até mais do que a própria Declaração dos Direitos de 1789, a Constituição de 1791 foi extremamente lacônica quanto ao que ela prescreveu como direito fundamental, muito distante da efetiva substância emprestada a esses preceitos na Constituição americana e – há de reconhecer-se – na Carta Imperial brasileira.

Que a Constituição Imperial de 1824 detinha força *subjetiva e positiva* maior do que a francesa de 1791, não há a menor dúvida e aqui não se pode deixar de concordar com AFONSO DA SILVA. Mas o mesmo não pode ser dito em relação à Constituição americana, com os seus enxertos promanados das emendas aprovadas em 1789. Conforme foi visto acima, as emendas aprovadas ao

⁶⁶⁵ *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 152.

⁶⁶⁶ *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 15.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 15. Nesse passo, o autor busca apoio em posição defendida por GARCÍA PELAYO.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁶⁹ EDILSON NOBRE rejeita a Constituição americana como antecedente histórico em relação à francesa, sob o enfoque de que a declaração de direitos, como já foi visto, não veio com a sua edição, mas apenas posteriormente, com as aprovações das dez emendas, em 1789 (*Ibid.*, p. 17).

texto da Carta americana foram substanciosas tanto na enumeração quanto no esgarçamento do conteúdo, conferindo aos direitos fundamentais energia *subjativa e positiva*.

De todo modo, pode-se dizer que a Constituição de Portugal de 1822, mesmo com a sua efêmera vigência, em seu texto, conforme anuncia CANOTILHO⁶⁷⁰, “... incorporava no Título I o catálogo dos direitos e deveres individuais sobre a epígrafe Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portugueses.” Logo, ela é um registro histórico de constituição anterior à brasileira, que continha, em seu texto, uma declaração dos direitos fundamentais. O Professor de Coimbra acentua, ainda, que os direitos fundamentais cunhados na primeira Constituição portuguesa eram *rigorosamente direitos individuais (pessoais)* mais de garantia do que de liberdade, justamente a característica que assinala o catálogo estampado na Carta brasileira de 1824, o que não parece ser uma mera coincidência.

O entrelaçamento das ideias constitucionais entre os dois países existia, até porque – ver-se-á adiante –, como o Brasil era colônia portuguesa, no primeiro instante, a Constituição elaborada em Portugal ia ser aplicada aqui, no Brasil. Houve até juramento nesse sentido, e D. JOÃO chegou a determinar a eleição de procuradores das cidades e vilas mais importantes, especificamente para o fim de estudar a Constituição de Portugal e adaptá-la à realidade brasileira. Não se desconhece, como será mais à frente ressaltado, que as divergências com Portugal e o gradual distanciamento entre os dois países levaram à convocação de uma Assembleia Constituinte brasileira e que a Constituição de 1824 foi elaborada, efetivamente, por um Conselho constituído no Brasil e outorgada pelo Imperador. Mas não se há de ter dúvidas de que o tratamento dispensado aos direitos fundamentais na Carta portuguesa serviu de guia para o constituinte brasileiro. Recorde-se, ainda, que a elite dos juristas brasileiros havia sido formada nos bancos das universidades lusitanas. E não é só: conforme os próprios constitucionalistas portugueses reconhecem, na Constituição de Portugal de 1826, o que se teve de mais inovador foi a previsão do poder moderador, instituto que já se encontrava incorporado à nossa Constituição de 1824, devido à inteligência de BENJAMIN CONSTANT⁶⁷¹, fato que confirma a interação e contínua troca de informações entre os intelectuais dos dois países⁶⁷², mesmo depois da Independência do Brasil.

⁶⁷⁰ *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 282.

⁶⁷¹ Esse aspecto é ressaltado por JORGE MIRANDA (Op. cit. p. 144).

⁶⁷² A identidade entre os dois países era tanta que JORGE MIRANDA, ao tratar dos Sistemas e famílias constitucionais no mundo, chega a considerar que a similitude do tratamento constitucional das Cartas de Portugal e Brasil, antes da Proclamação da República nos dois países, permite falar-se que, na época, existia uma família ou subfamília constitucional luso-brasileira (Op. cit., p. 144).

CAPÍTULO 4

HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Após a revisitação às reminiscências históricas da normatização dos direitos fundamentais, a preocupação agora deve ser com o tratamento dispensado pelas Constituições brasileiras ao tema. Conforme foi visto, por influência das teorias políticas em voga na Europa, que giravam em torno, principalmente, do Liberalismo, a declaração de direitos essenciais encontrou abrigo na promulgação da Constituição de 25 de março de 1824, não deixando, a partir de então, de ostentar status constitucional em nosso meio. A disciplina a esse respeito foi tão incisiva que doutrinadores, como JOSÉ AFONSO, se animaram a apontar a Constituição Imperial de 1824 como a primeira Constituição no mundo a substantivar e positivar os direitos fundamentais de forma efetiva⁶⁷³. Daí em diante, todas as constituições brasileiras, a exemplo da atual, contemplaram os direitos fundamentais, enunciando-os sob a forma de princípios constitucionais, que, no regime da Carta de 1988, tem como função *fundamentar, interpretar e suprir a ordem jurídica*.

Com a clarividência que lhe é peculiar, PAULO BONAVIDES, com inteiro domínio do assunto, mostra que quem se dispuser a analisar, com a devida profundidade, a evolução constitucional do Brasil irá identificar, sem muito esforço, que essa parte da nossa história é demarcada por três etapas bem distintas. Ei-las, de conformidade com a palavra do Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará: “a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do século XX.”⁶⁷⁴

Do exame detalhado dos princípios elencados nas Constituições brasileiras, primacialmente na atual, que exprimem a positivação dos direitos fundamentais do homem em nosso sistema, observa-se que o maior número deles tem em mira estabelecer aquilo que podemos denominar *legalidade constitucional* quanto ao exercício do direito de punir ou limitações ao exercício do direito de punir ou, em outras palavras, o devido processo penal.

4.1 – Época imperial.

As agitações filosófico-políticas da Europa, alimentadas pela Declaração da Independência Americana e pela Revolução Francesa, não tardaram a se fazer sentir em Portugal e no Brasil que permaneceu como colônia portuguesa até o começo do Século XIX.⁶⁷⁵ Assinala CLÁUDIO PACHECO⁶⁷⁶ que o movimento constitucionalista no Brasil, propriamente, só se iniciou em 1821, “... como um eco dos acontecimentos que, no ano anterior, se deram em Portugal, com o caráter de pronunciamento revolucionário, que levantou o lema de uma *regeneração política da nação portuguesa*”. A nova concepção de Estado democrático-liberal, cujas linhas mestras deviam estar assentadas em uma Carta Constitucional, na qual estivessem assegurados a divisão dos poderes e os

⁶⁷³ Essa afirmação foi refutada no n° 3.5, supra.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 290.

⁶⁷⁵ Cf. GOMES, Laurentino. 1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

⁶⁷⁶ *Novo tratado das constituições brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 39.

direitos dos homens⁶⁷⁷, como movimento filosófico-político universal, impôs a necessidade da adoção de uma Constituição em Portugal⁶⁷⁸ e no Brasil⁶⁷⁹

O movimento constitucionalista brasileiro, embutido nas ideias filosófico-políticas que deram suporte à Independência Americana e à Revolução Francesa, a par de pregar os postulados da separação dos poderes e da declaração dos direitos fundamentais, defendia ideias como a República e o federalismo que conduziam, necessariamente, à independência do Brasil. As divergências com Portugal, portanto, eram muitas e profundas, o que transbordou, inevitavelmente, para a resolução quanto à edição de uma Constituição própria para o Brasil. Para tanto, D. Pedro I, na qualidade de Príncipe Regente do Brasil, convocou, pelo Decreto de 3 de junho de 1822⁶⁸⁰, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa. Realizados os trabalhos *constituintes*, submeteu-se à apreciação do Imperador o *Projeto de Constituição para o Império do Brasil, elaborado pela Comissão da Assembleia Constituinte*, porém o Príncipe Regente, por meio do Decreto de 12 de novembro de 1823, diante divergências verificadas no processo legislativo, houve por bem dissolver a comissão⁶⁸¹. No mesmo decreto, o *Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil* disse que tinha resolvido pela dissolução da Assembleia Constituinte, pelo fato de ela ter “... perjurado ao tão solene juramento, que prestou à Nação, de defender a integridade do Império, sua independência e a minha dinastia, e prometeu que o novo texto seria *duplicadamente mais liberal* do que o projeto que havia sido levado a seu conhecimento pela extinta Assembleia⁶⁸².”

Desse modo, a elaboração da *Constituição Política do Império do Brasil*, outorgada autoritariamente em 25 de março de 1824, foi obra confiada a um Conselho de Estado integrado por dez membros da confiança do Imperador⁶⁸³, na qual se consagrou, ainda que formalmente, o Governo

⁶⁷⁷ No Brasil colônia, o poder monárquico era absoluto, não continha divisão nem qualquer forma de participação popular. Era altamente discricionário e estendia-se por todo o longo território nacional por meio da delegação de poderes a governadores-gerais. Não havia, assim, limites para o governo, ante a ausência da divisão dos poderes e da declaração de direitos fundamentais, agravado pelo caráter unitário.

⁶⁷⁸ A primeira Constituição de Portugal data de 23 de setembro de 1822, elaborada de acordo com os princípios liberais da Revolução Francesa, tendo como eixo a titularidade do poder pelo povo, a adoção do sistema representativo e a consagração dos postulados da separação dos poderes e da igualdade jurídica. Todavia, a sua vigência não foi superior a pouco mais de dezoito meses, muito embora somente tenha sido promulgada outra em 1826. (SILVA JÚNIOR. *Poder judiciário democrático-constitucional*, p. 127). Ocupando-se do inusitado, CANOTILHO revela que a nova Constituição só foi promulgada em 1826 e, a despeito de ter conservado a declaração dos direitos do homem, perdeu o viés liberal da Revolução Francesa, comprometeu a democracia em privilégio do princípio *monárquico* embasado na hipertrofia do Rei e previu a separação dos poderes apenas simbolicamente, na medida em que não estabeleceu a real divisão de suas funções. (CANOTILHO. *Direito constitucional*. p. 282- 295).

⁶⁷⁹ A notícia dos trabalhos constituintes em Portugal chegou ao Brasil no ano de 1821. A ideia era, naturalmente, que a Constituição lusitana viesse a valer, igualmente, no território brasileiro, e houve, até mesmo, precipitadamente, juramento antecipado de que aquela Carta seria aqui aplicada (PACHECO. Op. cit., p. 39.). D. JOÃO VI, com receio de que o movimento constitucionalista tivesse as mesmas consequências das que precipitaram a Independência Americana e a Revolução Francesa, logo tratou de expedir o Decreto de 18 de fevereiro de 1821, assegurando que a Constituição de Portugal seria adotada no Brasil, mas ressaltou que alguns dispositivos daquela Carta poderiam não ser aplicáveis aqui, razão pela qual determinou a eleição de procuradores das Câmaras das cidades e vilas principais, para estudar e adaptar o seu texto à realidade brasileira. Todavia, pressionado pelas tropas portuguesas estabelecidas no Rio de Janeiro, D. JOÃO VI voltou atrás e, mediante o Decreto de 24 de fevereiro de 1821, aprovou a aplicação em nosso território da Constituição de Portugal. Isso não foi suficiente para contentar o *movimento* que se instalara em Portugal, o que exigiu a volta de D. JOÃO VI a Portugal, mas, ainda assim, a *pressão* continuou no sentido de que D. PEDRO I, que aqui ficara encarregado do *governo provisório*, também regressasse à Côrte. Isso precipitou a famosa decisão do Príncipe de aqui permanecer, conhecida na história como *O dia do fico*, declaração datada de 9 de janeiro de 1822 (Cf. PACHECO. Op. cit., p. 36-49.).

⁶⁸⁰ A convocação, por conseguinte, deu-se antes da Independência do Brasil, mas esta, que somente ocorreu formalmente em 7 de setembro de 1822, foi apenas a consolidação de um processo que contava com vários antecedentes importantes, sendo o maior deles a convocação da Assembleia Constituinte meses antes. Indica PINTO FERREIRA que, durante todo o período do Império brasileiro, a sua estrutura ideológica e constitucional estava assentada sobre a base econômica da monocultura latifundiária do açúcar e na força de trabalho escravo. A revolução da independência foi dirigida pelos fazendeiros, senhores de engenho e comerciantes das grandes capitais das províncias, que contavam com representações no Parlamento, no governo, no clero e nas camadas sociais de importância (*Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. Tomo 1. p. 121).

⁶⁸¹ DIAS, Floriano Aguiar. *Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1975. p. 79. Foi justamente a agitação ideológica em prol da definição da libertação do Brasil da vinculação política de Portugal que fez com que D. PEDRO I provocasse o contragolpe conservador. (Ibid., p. 122).

⁶⁸² Ibid. p. 122.

⁶⁸³ O Decreto de 13 de novembro de 1823 criou o Conselho de Estado e nomeou os seus respectivos membros: seis Ministros Conselheiros de Estado natos; o Desembargador do Paço ANTÔNIO LUIZ PEREIRA DA CUNHA; os

monárquico hereditário, constitucional e representativo⁶⁸⁴, sendo assegurados a separação dos poderes e o respeito aos direitos dos cidadãos, cumprindo, assim, a advertência estampada no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em análise do conteúdo da Constituição em foco, que tinha apenas 179 artigos e 8 títulos, RAUL MACHADO HORTA⁶⁸⁵ anota que, em linhas gerais, a Constituição outorgada se contentou em estabelecer a organização dos poderes políticos e definir os direitos fundamentais.

Quanto à divisão dos poderes políticos, a disciplina da Constituição Imperial não rendeu homenagens à teoria de MONTESQUIEU – consagrada na Inglaterra e que se espalhou pelos Estados europeus modernos –, da tripartição dos poderes, seguindo-se, nesse particular, a teoria dos quatro poderes de BENJAMIM CONSTANT⁶⁸⁶. Na teoria, o Poder Moderador serviria de ponto de equilíbrio no funcionamento dos demais poderes, como uma espécie de órgão controlador. A Constituição Imperial, ao proclamar, no art. 98, que o Poder Moderador era a “... chave de toda a organização política, competindo a ele velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”, elegeu-o como o *principal órgão da organização política do Brasil*, cujo exercício recaía, como não era de ser diferente, na pessoa do Imperador⁶⁸⁷. No exercício do Poder Moderador, o Imperador, além da ampla ingerência no Legislativo, tinha a possibilidade de imiscuir-se em assuntos da economia interna do Judiciário, na medida em que detinha competência para suspender os juízes de suas funções jurisdicionais, sem embargo do direito de conceder anistia, de, até mesmo, perdoar ou moderar as penas impostas nas sentenças judiciais⁶⁸⁸.

A declaração dos direitos fundamentais estava bem tratada na Constituição de 1824, inscrita que foi nos 35 incisos do art. 179, tendo como norte, conforme o caput desse artigo, a *liberdade, a segurança individual* e a propriedade. Muito embora, topograficamente, o projeto de Constituição apresentado pela extinta Assembleia Constituinte tenha dado mais destaque aos direitos fundamentais, porquanto procedeu a sua enunciação logo no capítulo II, do art. 7º ao 28, a Constituição Imperial promulgada, que tratou da matéria no seu último Título, ao lado das disposições gerais, cumpriu, nessa parte, o compromisso feito por D. PEDRO I, de legar à nação brasileira uma proposta *duplamente liberal* em relação à que constava do projeto anterior⁶⁸⁹. Sob a rubrica das *garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, o elenco dos direitos fundamentais foi notadamente mais além da previsão que estava no projeto concebido pela Assembleia destituída.

Enquanto, naquele projeto, os direitos fundamentais ocuparam apenas quatro artigos na esfera criminal⁶⁹⁰, a Constituição Imperial trouxe nada menos do que quinze itens no art. 179, plasmando garantias penais e processuais penais, sendo que treze deles eram relacionados diretamente às questões de ordem processual. O item 1º, combinado com a segunda parte do 11º, consagrou o

Conselheiros da Fazenda BARÃO DE SANTO AMARO, JOSÉ JOAQUIM CARNEIRO DE CAMPOS e MANOEL JACINTO NOGUEIRA DA CUNHA. (Ibid. p. 122).

⁶⁸⁴ Arts. 1º a 3º da Constituição Imperial. O sistema era parlamentarista, porém, principalmente durante o reinado de D. PEDRO II, o Imperador concentrou em torno de si uma vasta gama de poderes, suscitando de JOAQUIM NABUCO a seguinte observação: “Antes de tudo, o Reinado é do Imperador. Decerto ele não governa diretamente e por si mesmo, cinge-se à Constituição e às formas do sistema parlamentar; mas como ele só é árbitro da vez de cada partido e de cada estadista, e como está em suas mãos o fazer e desfazer os ministros, o poder é praticamente dele” (Apud FERREIRA. Op. cit., p. 124).

⁶⁸⁵ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 53.

⁶⁸⁶ O curioso é que essa repartição tetradimensional dos poderes brasileiros fez com que a Colônia brasileira influenciasse o Direito Português, a ponto de CANOTILHO registrar que a Constituição daquele país, de 1826, também fizesse a previsão do poder moderador. (Op. cit., p. 296.). PAULO BONAVIDES diz que a Constituição Imperial do Brasil teria sido a única de que se tem notícia de ter adotado essa divisão de quatro poderes, trocando o modelo proposto por MONTESQUIEU pelo de BENJAMIM CONSTANT (*Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 290). Sem dúvida, o ínclito constitucionalista cearense quer dizer, com isso, que a Carta brasileira foi a primeira do mundo, porque, certamente, ele sabe que a Constituição de Portugal de 1826 seguiu o modelo brasileiro, formando, assim, as duas únicas Cartas de que se tem notícia de terem aderido a essa doutrina de BENJAMIM CONSTANT.

⁶⁸⁷ SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 128.

⁶⁸⁸ Ibid., p. 128-129. Sobre o assunto, cf. SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 127-137.

⁶⁸⁹ Com procedência, CLÁUDIO PACHECO acredita que o melhor da Constituição Imperial estava no capítulo no qual foram consagrados, *com generosa largueza os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros* (Op. cit., p. 53).

⁶⁹⁰ O art. 9º (princípio da legalidade); art. 10º. (princípios da exigência da culpa formada para prisão, do direito à liberdade, mediante o pagamento de fiança e de livrar-se solto, no caso de a pena de prisão prevista para o crime não ser superior a seis meses); art. 11º. (princípio da liberdade, exigindo, para a prisão, o flagrante delito, ou ordem do juiz ou *resolução da sala dos deputados*, salvo no caso de prisão militar); artº. 13 (garantia do júri popular).

princípio da reserva legal, ao escrever que ninguém pode ser punido senão por lei anterior à ocorrência do fato⁶⁹¹. No item 2º, adotou-se a teoria *utilitarista*, subjacente na notável obra de BECCARIA, cujo pensamento fez surgir a primeira Escola Penal, ao consignar-se, logo depois do princípio da reserva legal, que *nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública*, postulado que cristalizou, já àquela época, a corrente do Direito Penal mínimo que, como se verá mais à frente⁶⁹², não tem o seu raio de ação restrito ao Direito Penal, fazendo-se sentir, outrossim, com repercussões importantes, no Direito Processual Penal. O princípio da *inviolabilidade do domicílio* encontrou guarida no item 7º, com a consideração de que a casa se *constitui um asilo inviolável*.

A proteção contra a prisão arbitrária foi deduzida em três itens. No primeiro – item 8º –, para a decretação da prisão, reclamou-se a existência da *culpa formada*, plantando-se, assim, as raízes, já neste momento, do que se convencionou chamar de *presunção de inocência*⁶⁹³. Na segunda parte dessa disposição, restou assegurado ao cidadão preso sem o sumário de culpa, em razão de expressa previsão em lei, o direito de receber, no prazo de 24 horas contado da efetivação da prisão, a *nota de culpa* assinada pelo juiz, na qual deveria constar o motivo da prisão, com os nomes do acusador e das testemunhas. No item seguinte, tratou-se de ressaltar que, mesmo havendo a culpa formada, sendo admissível pela lei a fiança, mediante o respectivo pagamento, o preso deve ser colocado em liberdade e, no seu final, esclareceu-se que, em qualquer caso, não sendo a pena de prisão prevista superior a seis meses, o cidadão poderá *livrar-se solto*.

Em claro avanço para a época, o item 10º esculpiu a exigência de *ordem escrita da autoridade legítima* para que a prisão seja considerada legal, salvo na hipótese de prisão em flagrante, esclarecendo, entretanto, que a garantia não servia para os casos de prisão militar. O princípio do juiz natural, assegurando-se o direito de o cidadão não *ser sentenciado senão pela autoridade competente*, mereceu contemplação na alínea 11 do art. 179. Ainda, como direito fundamental, estabeleceu-se a independência do Poder Judiciário, proibindo-se a advocatária dos processos pendentes e, por fim, a ofensa à coisa julgada, ao determinar-se a impossibilidade de *reviver os processos findos* (art. 179, alínea 12, última parte). Nas alíneas 13 e 17 do art. 179, consagrou-se a cláusula isonômica e, ainda, a vedação de foro privilegiado e dos juízos de exceção, salvo nas *causas que, por sua natureza, pertencem a juízos particulares*. Ainda, como garantia constitucional, ficou estabelecido que, o quanto antes, seria organizado um código criminal, *fundado nas sólidas bases da justiça e equidade*, o que deu margem à edição do Código de Processo Criminal imperial (art. 179, alínea 18)⁶⁹⁴.

No art. 179, alínea 19, a par de abolir os açoites, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, tornou-se defesa, igualmente, a *tortura* como meio de prova. Imiscuindo-se na questão penitenciária, preocupação que já tinha sido denotada em Aviso Imperial baixado por D. PEDRO I, assegurou-se o direito de o preso ser encaminhado para cadeias *seguras, limpas e bem arejadas* e, sufragando o que defendera BECCARIA, ficou estabelecida a necessidade de que fossem edificados estabelecimentos carcerários, visando à separação dos réus, de acordo com as *circunstâncias e natureza de seus crimes* (art. 179, alínea 21).

Na essência, os direitos fundamentais consagrados na Carta Imperial, a despeito de alguma diferença quanto ao estilo redacional emprestado aos dispositivos, reafirmaram aquelas garantias que tinham sido incorporadas ao texto da Constituição americana, por obra da aprovação das dez primeiras emendas. Isso é o mesmo que ressaltar a ampla influência de BECCARIA, se é que há necessidade de que algo seja dito nesse sentido, uma vez que a leitura conjunta do livro *Dos delitos e das penas e dos itens do art. 179 da Carta Imperial*, mesmo que perfunctória, revela a plena identidade dos princípios defendidos nos dois textos. Uma última palavra a esse respeito se impõe. Como se observará, tem inteira razão CLÁUDIO PACHECO⁶⁹⁵, ao arrematar que os direitos fundamentais declarados na Constituição de 1824 foram tão densamente especificados que, mesmo nos dias de “... hoje as Constituições mais liberais só mui escassamente poderão exceder à Constituição do Império na amplitude das franquias políticas”.

⁶⁹¹ Esse dispositivo expressa uma garantia de direito penal material.

⁶⁹² Cf. nº 5.3.2, infra.

⁶⁹³ Cf. nº 9.2. e 9.2.2, infra, quando será demonstrado que, tecnicamente, a terminologia mais adequada é *princípio da presunção de não culpabilidade*.

⁶⁹⁴ Cf. 1.4.2, supra.

⁶⁹⁵ Op. cit., p. 53.

Em que pese a autoridade de PAULO BONAVIDES, e ademais não mereça qualquer contestação a assertiva de que a influência predominante na elaboração da Constituição Imperial tenha sido proveniente dos modelos constitucionais francês e inglês, não parece correto dizer que a inspiração da declaração dos direitos fundamentais tenha sido a Constituição francesa⁶⁹⁶. A Carta francesa, sem dúvida alguma, foi a fonte primeira de inspiração, porém, quanto à explicitação de quais eram os direitos fundamentais, diante da densidade com que foram enunciados, especialmente os relativos às limitações do direito de punir, não há dúvida quanto à preferência ao modelo das dez emendas feitas à Constituição americana, conforme foi aqui demonstrado.

4.2 – Período republicano.

A conquista da independência pelos americanos e a Revolução Francesa estavam muito presentes na intelectualidade brasileira que queria, não apenas a implantação da República, em substituição à monarquia, que não possuía tradição na cultura de nosso povo, como ainda a importação do modelo federalista inovado na Constituição americana⁶⁹⁷ O sistema republicano e a forma federativa estabelecida no Brasil foram inspirados no constitucionalismo americano, modelo que era bem conhecido por RUI BARBOSA, seu grande defensor e o mentor da primeira Constituição republicana brasileira. Muito embora a Constituição de 1824 não tivesse dito nada a respeito, a prática constitucional de então, imitando os passos dos Estados europeus, estabeleceu o parlamentarismo durante o Império, com a peculiaridade toda especial de conferir ao Imperador a prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados. A falta de limites ao poder do Imperador deu fôlego ao movimento republicano, comandado pelo encantamento com o êxito desse sistema na luta da Independência Americana⁶⁹⁸. Com registro, no Século XVIII, dos ideais republicanos nas Inconfidências Baiana e Carioca, esse movimento adquiriu maior consistência no Século XIX, como se nota de atos revolucionários exteriorizados com a Confederação do Equador, a Sabinada e a Revolução Praieira⁶⁹⁹.

Em simetria com o ideário republicano da comunidade civil, que tinha defensores, também, na imprensa e no Parlamento imperial, os militares, convertidos ao positivismo de AUGUSTO COMTE, passaram a ter uma posição forte e incisiva em torno da Proclamação da República. À concepção republicana agregou-se a defesa pelo estabelecimento da federação, como forma de descentralizar o poder central e permitir autonomia maior das unidades que formavam o Estado brasileiro, em modelo assemelhado ao dos Estados Unidos⁷⁰⁰. O que era movimento civil, com a adesão dos militares, transformou-se em conspiração e, por fim, no golpe revolucionário de 15 de novembro de 1889.⁷⁰¹ Decretada a Revolução Republicana, o Governo Provisório, chefiado pelo Marechal DEODORO DA FONSECA, convocou a Assembleia Constituinte, consignando, desde logo, o regime e a forma de Estado, ao dizer que ali se instalara a *República Federativa brasileira*⁷⁰².

⁶⁹⁶ Op. cit., p. 290.

⁶⁹⁷ Cf. CARVALHO. José Murilo. *D. Pedro II*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007; e PRIORE, Mary Del. *O príncipe maldito: traição e loucura na família imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

⁶⁹⁸ PACHECO. Op. cit. p. 59.

⁶⁹⁹ Laurentino Gomes conta que, em maio de 1817, o comerciante pernambucano Antonio Gonçalves, o Cabugá, chegou em Filadélfia, então capital dos Estados Unidos, com 800 000 dólares, com três missões: “ A primeira era comprar armas para combater as tropas do rei D. João VI. A segunda era convencer o governo americano a apoiar a criação de uma república independente no Nordeste brasileiro. O terceiro e mais espetacular de todos objetivos era recrutar alguns antigos revolucionários franceses exilados em território americano para, com a ajuda deles, libertar Napoleão Bonaparte, prisioneiro dos ingleses na Ilha de Santa Helena” (op. cit., p. 284), a fim de que ele viesse comandar a revolução pernambucana. (Ibid.)

⁷⁰⁰ Fazendo referência a esse aspecto do movimento republicano brasileiro, AFONSO ARINOS, apud CLÁUDIO PACHECO, especifica “... que a premência da Federação, para atender ao mesmo tempo às necessidades da expansão econômica das Províncias, por meio de Governos locais mais estáveis e próximos, e aos reclamos das liberdades públicas, que encontram nos poderes estaduais barreiras contra a prepotência do Centro, a premência da Federação, subestimada pelo Partido Liberal, foi uma das forças principais para ruptura das estreitas muralhas que o regime monárquico impunha ao crescimento natural do Brasil” (Op. cit., p. 62).

⁷⁰¹ Não teve participação popular. Foi um movimento nascido na caserna, que contou com o apoio de alguns intelectuais.

⁷⁰² PACHECO. Op. cit., p. 62. A Assembleia Constituinte rejeitou inclusive uma simples moção proposta por um deputado de Alagoas, com a qual se pretendia, apenas, a confirmação documental da forma republicana federal (Ibid., p. 63).

Como realça a doutrina brasileira, a primeira Constituição republicana do Brasil, promulgada em 14 de fevereiro de 1891, foi, substancialmente, informada pela Constituição americana de 1787. Para evidenciar esse aspecto, os constitucionalistas, com carradas de razão, anotam que essa identificação com o modelo americano está presente não só devido à adoção da *república* como forma de governo, mas, sobretudo, pelo estabelecimento da federação na organização do Estado e a introdução do *regime presidencialista*. Complementando esse raciocínio, como comprovação efetiva da influência da doutrina americana na Carta de 1891, outros⁷⁰³, tendo como foco de atenção o tratamento dispensado ao Judiciário, evidenciam a ascendência da Constituição americana sobre a nossa em razão de ter sido atribuído a um órgão jurisdicional de cúpula – o Supremo Tribunal Federal – o controle de constitucionalidade⁷⁰⁴ e de a organização judicial estruturar-se de modo dual, ante a previsão da existência das justiças federal e estadual⁷⁰⁵. Como se isso não fosse bastante para mostrar o predomínio da Constituição dos Estados Unidos, a primeira Constituição republicana foi editada sob a epígrafe de *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*.

Daí veio a segunda fase da história constitucional brasileira, de que fala PAULO BONAVIDES. O eixo dos valores e dos princípios não se encontrava mais na Europa, mas nos Estados Unidos; abandonou-se, de vez, o modelo constitucional francês para colocar, em seu lugar, a Constituição norte-americana; esqueceu-se mais de MONTESQUIEU e lembrou-se mais de JEFFERSON e WASHINGTON; prestou-se atenção ao paradigma da Suprema Corte de MARSHALL e, por fim, descartou-se o arremedo de parlamentarismo inglês e deu-se guarida ao presidencialismo americano⁷⁰⁶. Claro que, sendo a Constituição americana excessivamente enxuta, redigida sob forma de enunciação de um conjunto de princípios, não tendo seguido a Constituição de 1891 essa característica, era preciso que ela viesse a ter outra ou outras fontes de inspiração. As complementações, como informam MARCELO CAETANO e JOSÉ AFONSO, vieram das Constituições suíça e argentina, países que também adotaram o sistema federalista americano⁷⁰⁷.

A Revolução Russa e o pós-guerra de 1914/1918 instauraram uma nova ordem mundial e vários foram os países que, para ajustarem-se à nova realidade, promulgaram novas Constituições, como foram os casos do México (1917), Alemanha (1919) e Espanha (1931). No final da década de 1920, assim como em todo o mundo, o Brasil experimentava uma instabilidade política muito profunda. As agitações internas e externas conduziram o país à Revolução de 1930 que, a despeito do discurso liberal, sob a influência da conjuntura política internacional, tinha a intenção de impor um modelo de Estado mais forte, senão por outros motivos, a fim de aplacar as escaramuças entre os próprios Estados-membros, cada vez mais frequentes e preocupantes⁷⁰⁸. Mais uma vez, houve uma mudança de orientação, vindo a Constituição a ter como paradigma o modelo constitucional alemão, instaurando a terceira fase, de que nos fala PAULO BONAVIDES. A onda da época era o constitucionalismo social do século XX, representado, sobretudo, pelas constituições mexicana (1917), alemã, mais conhecida como *constituição de Weimar*, e a espanhola (1931). Uma nova corrente de princípios forja um pensamento diferente quanto aos direitos fundamentais, acrescentando-se às garantias individuais então consagradas o viés social. Contudo, sob o pretexto de contemplar os homens de uma outra categoria de direitos fundamentais, o novo modelo de Estado

⁷⁰³ SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 140-141.

⁷⁰⁴ Conferindo a devida relevância para esse aspecto, RUI BARBOSA, com a sua autoridade no assunto, alertava que, à semelhança do que ocorria no sistema americano, a partir de então, a principal missão do Judiciário brasileiro seria a *defesa da Constituição*, ou seja, o exercício do controle constitucional. (*Comentários à constituição federal brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4. p. 21).

⁷⁰⁵ SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 140. Note-se que, na Constituição Imperial, o Poder Judiciário era nacional, como é próprio dos Estados unitários. A concepção de uma justiça estadual ao lado da federal é criação da inteligência dos *notáveis* fundadores do constitucionalismo americano.

⁷⁰⁶ BONAVIDES. Op. cit., p. 291.

⁷⁰⁷ No estudo sobre o tema, MARCELO CAETANO sublinha que, conforme o depoimento de um dos membros da Comissão de vinte e um congressistas, aos quais coube a missão de aprovar, no Parlamento, a redação final da Constituição de 1891, as fontes de inspiração foram, primeiro e antes de tudo, a Constituição dos Estados Unidos e depois, em alguns pontos, as Constituições suíça e argentina. (Op. cit., p. 356). A mesma informação nos traz JOSÉ AFONSO, com apoio em anotação de AMARO CAVALCANTI (Op. cit., p. 71.).

⁷⁰⁸ Acrescenta MARCELO CAETANO que, naquela época, a *conjuntura política internacional* "... traduzia por toda a parte a tendência para a formação de regimes de autoridade que impusessem a disciplina do interesse geral a partidos, grupos políticos, conluios econômicos, particularismos locais ou egoísmos classistas" (*Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 2. p. 549).

proposto, sem embargo de manter a divisão dos poderes e assegurar os direitos fundamentais individuais, rompe com a doutrina do Estado Liberal e faz instaurar o Estado Social, acentuadamente, intervencionista. Foram essas as ideias subjacentes à edição da Constituição de 1934.

Dado o Golpe Militar de 1964, quando restou desmascarado que o verdadeiro fim não era o de devolver o comando do país aos civis, mas sim de se manter no poder, os militares, no desiderato de conferir legalidade e legitimidade a suas ações, providenciaram o que seria, em um primeiro instante, apenas uma consolidação do texto da Constituição de 1946, fragmentado devido às vinte emendas e aos atos institucionais. Por isso mesmo, mediante a expedição do ato institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, convocou-se o Congresso Nacional para, no diminuto espaço temporal de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, *discutir, votar e promulgar* – como se isso fosse possível – o Projeto de Constituição, elaborado pelo Presidente da República. Não houve a convocação de uma Assembleia Constituinte e, pior, o Congresso Nacional agiu apenas para homologar a vontade constitucional do Governo militar.

Feitas essas considerações de ordem política nacional e internacional que permeiam a nossa história constitucional do período republicano até a edição da Constituição de 1967, cabe, agora, examinar, com mais vagar, como os direitos fundamentais pertinentes ao processo penal foram declarados em cada uma das Constituições editadas durante esse lapso temporal⁷⁰⁹.

4.2.1 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1891.

Essa predominância das ideias do constitucionalismo americano não pode ser resumida aos aspectos até aqui pinçados, ainda que eles sejam de substancial importância para denotar o grande domínio que houve da Constituição dos Estados Unidos. Ela se faz presente, outrossim, na *Declaração de direitos*, que veio sufragada no próprio texto da Carta de 1891 sob essa denominação, espreada em trinta e três parágrafos do art. 72, além das complementações feitas do art. 73 ao 78. Das garantias que já estavam assinaladas na Constituição de 1824, não foi repetida expressamente apenas a vedação da edição de lei sem utilidade pública (art. 179, § 2º)⁷¹⁰, certamente porque o constituinte não achou que isso fosse necessário, até porque, logo no § 1º do art. 72 da Constituição de 1891, permaneceu sendo assegurado que “Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Reafirmaram-se os princípios da igualdade perante a lei (art. 72, § 2º); do juiz natural, ao não admitir o julgamento senão pela autoridade competente (art. 72, § 13, primeira parte); e da reserva legal, ao confirmar que não seria admissível o julgamento sem suporte em lei anterior ao fato (art. 72, § 13, segunda parte). Vedou-se o *foro privilegiado* (art. 72, § 23). A redação do princípio da inviolabilidade do domicílio (art. 72, § 11) foi melhorada, ficou mais técnica e tanto assim é que a sua dicção normativa é, praticamente, a mesma que consta da Constituição de 1988⁷¹¹. Com a mesma redação, ratificou-se a inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 72, § 18) e ficou expresso que estava mantida a instituição do júri⁷¹².

Quanto à inadmissibilidade, salvo em caso de flagrante delito, da prisão sem ordem escrita, a garantia restou exposta na nova Constituição, ao determinar que ela somente poderia ser decretada por meio de pronúncia, salvo nos casos especificados em lei, quando a ordem de autoridade

⁷⁰⁹ A análise da Constituição de 1988 ficará para a segunda parte do estudo, que começa a partir do capítulo 6 e termina com o 9, na qual se faz ampla abordagem dos direitos fundamentais, tal como eles estão hoje catalogados em nosso sistema.

⁷⁰² Muito embora a separação dos poderes tenha sido mantida e realçada, ela não foi colocada como um dos direitos fundamentais.

⁷¹⁰ Muito embora a separação dos poderes tenha sido mantida e realçada, ela não foi colocada como um dos direitos fundamentais.

⁷¹¹ A diferença de substância entre o texto atual e o da Carta de 1891 reside na circunstância de nesta ter-se legado ao legislador ordinário a tarefa de definir as hipóteses nas quais seriam admissíveis a quebra da garantia constitucional, na medida em que a ressalva nela contida estava assim disposta: “senão nos casos e pela forma prescritos na lei”. Na Constituição atual, na ressalva, há a cláusula de reserva de jurisdição, de modo que, à exceção dos casos de flagrante delito e de desastre, a invasão do domicílio só pode ocorrer mediante ordem judicial.

⁷¹² Com a Constituição de 1891, inaugurou-se essa praxe constitucional de inserir, entre os direitos fundamentais, a garantia vazada no sentido de deixar claro que ficava *mantida a instituição do tribunal do júri*, o que foi repetido nas demais Cartas, com exceção da de 1937.

competente era bastante (art. 72, § 13). Em relação à manutenção de alguém na prisão antes da condenação, o sentido protetivo foi mais além, porquanto, embora ressalvasse os casos que poderiam ser especificados em lei, preceituou-se que *ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada* (art. 72, § 14). A esse respeito, sente-se a omissão pelo fato de não ter sido repetida a consideração anterior, no sentido de que, em se tratando de crime para o qual não era prevista pena de prisão ou, mesmo assim, sendo inferior a seis meses, independentemente de fiança, era assegurado o direito de *livrar-se solto*. Manteve-se, porém, a exigência de que, no prazo de 24 horas, a fim de permitir a *mais plena defesa* ao preso, fosse fornecida a nota de culpa, assinada pela autoridade competente, com os nomes do *acusador* e das testemunhas (art. 72, § 16, segunda parte).

Conquanto, na Constituição Imperial, de forma cogente, tivesse ficado expressa a proibição do açoite, da tortura, da marca de ferro quente e de todas as demais penas cruéis (art. 179,19), a Constituição de 1891 contentou-se somente em abolir a pena de galés e a de banimento judicial (art. 72, § 20), sem fazer qualquer vedação ao emprego de meios violentos como instrumento de prova, o que denota, nesse aspecto, um certo retrocesso.

Conforme se observa, foram mantidos, na essência, os direitos fundamentais que já se encontravam catalogados na Constituição Imperial, havendo, em alguns casos, até a melhoria redacional. Isso, por si só, já seria o suficiente para denotar o caráter liberal da Constituição de 1891. Todavia, a despeito da confirmação da declaração de direitos da carta anterior, a de 1891 trouxe três inovações deveras importantes em matéria processual penal, que passaram, daí em diante, a fazer parte da história constitucional de nosso país. A primeira inovação a merecer aplauso e que estava mais alinhada ao pensamento de BECCARIA e à declaração de direitos incorporada ao texto da Constituição americana foi encartada no art. 72, § 16, primeira parte, ao se estabelecer que *aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela*, inaugurando, no sistema processual penal, o princípio não apenas da defesa, mas da plena defesa, mais tarde cunhado de *ampla defesa*⁷¹³.

Outra primazia da Constituição de 1891 foi não só a elevação do tribunal do júri a status constitucional, mas, principalmente, a sua inclusão dentre os direitos fundamentais, assim como fizera a declaração americana (art. 72, § 22), assegurando, dessa forma, embora sem a mesma abrangência daquela, o direito subjetivo de ser julgado por pessoas do seu meio. Por fim, com inspiração na nona emenda à Constituição dos Estados Unidos, o Texto de 1891 esclareceu que os direitos fundamentais nela declarados não eram os únicos reconhecidos aos homens, não sendo, por conseguinte, excluídos outros não enumerados, mas decorrentes da principiologia adotada (art. 78).

Como se vê, embora seja certo, como querem alguns doutrinadores, que não houve alteração de monta maior em relação ao que já tinha sido sufragado, em termos de direitos fundamentais, na Constituição de 1824, deve ser dado o devido destaque às inovações nesse campo que foram introduzidas a partir da Constituição de 1891, todas elas ainda hoje fazendo parte do nosso patrimônio constitucional.

4.2.2 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1934.

Sem embargo da mudança do arcabouço político da Constituição de 1934, que rompeu com o modelo de Estado Liberal, pelo menos no que diz respeito à declaração dos direitos fundamentais, não houve alteração no conteúdo redacional dos princípios e, ademais, praticamente todas as garantias anteriores foram ratificadas. Mantendo a tradição constitucional brasileira, o maior número de garantias era no campo processual penal, com poucas disposições a respeito do Direito Penal material. No âmbito processual penal, com a mesma dicção normativa anterior, foram mantidos os princípios da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 113, alínea 8), da inviolabilidade do domicílio (art. 113, alínea 16), do juiz natural (art. 113, alínea 26, primeira parte) e da reserva legal (art. 113, alínea 26, segunda parte). Com pequenas modificações quanto à redação, sem, contudo, nenhuma

⁷¹³ Como se verá no decorrer da leitura, o princípio da plena defesa, depois chamada de ampla defesa, foi assegurado apenas na esfera criminal, circunstância que somente veio a ser remediada com a Constituição de 1988. No momento oportuno, isso será melhor trabalhado. (Cf. item 9.5.1)

repercussão em relação à essência dos enunciados, foram mantidos o princípio da *ampla defesa*⁷¹⁴(art. 113, alínea 24) e o que agrega ao rol dos direitos fundamentais outros que, embora não expressamente mencionados na declaração, são decorrência lógica da estrutura principiológica da Constituição (art. 114).

No que diz respeito à privação do direito de liberdade, ao estabelecer que, salvo no caso de flagrante, a prisão somente poderá ocorrer mediante *ordem escrita da autoridade competente* (art. 113, alínea 21), a garantia constitucional, igualmente prevista nas duas Constituições anteriores, restou diminuída. Com a nova disciplina constitucional, como se observa, passou-se a admitir, expressamente, a *prisão administrativa*. Em relação ao habeas corpus (art. 113, alínea 23), a garantia constitucional foi reduzida, porque, na sua parte final, ressaltou-se que ele não seria cabível, quando a prisão decorresse de transgressões disciplinares, o que afastava a pertinência do manejo desse instrumento, na hipótese em que a prisão fosse de *natureza administrativa*, circunstância suficiente para revelar a hipertrofia do Executivo em relação ao Judiciário, que não tinha como controlar, mediante o julgamento de habeas corpus, a ilegalidade de ato dessa natureza praticado pelas autoridades administrativas.

Porém, o princípio da igualdade foi mantido com alcance substancialmente mais elástico, na medida em que se ressaltou a inadmissibilidade de privilégios ou distinção por causa do *nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas* (art. 113, alínea 1), o que não deixa de ser uma novidade de extrema relevância. A inclusão, entre os direitos fundamentais, da coisa julgada (art. 113, alínea 3, última parte), agora de modo bem mais incisivo do que aquela previsão que já havia sido esboçada na Constituição de 1824 (art. 179, alínea 12, parte final), também merece destaque.

Trouxe como inovação propriamente dita a *irretroatividade da lei penal*, salvo quando ela fosse mais benéfica para o réu, o que teve repercussão, igualmente, na seara processual penal, pois boa parte de suas normas possui conteúdo misto, o que acarreta a aplicação desse princípio introduzido em nosso ordenamento por obra da Constituição de 1934. Outra primazia da Constituição de 1934, nessa parte, foi a proibição da extradição por crime político ou de opinião e, em qualquer hipótese, do brasileiro (art. 113, alínea 31). Pode-se, por fim, acrescentar como inovação de monta a previsão de que a União e os Estados deveriam conceder aos necessitados assistência judiciária gratuita, garantia que, como se viu, está catalogada na declaração de direitos da Constituição dos Estados Unidos e, além de reforçar, conferiu mais efetividade ao princípio da *ampla defesa*.

A grande omissão, porém, foi quanto à manutenção da instituição do tribunal do júri, o que suscitou acesa discussão quanto à permanência desse órgão na estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

4.2.3 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1937.

O refluxo do autoritarismo proveniente do período da Segunda Guerra Mundial, que agitava a Europa, teve repercussão forte no Brasil. O Golpe de Estado, dado pelo Presidente GETULIO VARGAS, acarretou a necessidade de imposição de uma nova ordem constitucional, assinalada pela ampla supremacia dos poderes do Executivo federal, em claro comprometimento da federação e do princípio da separação dos poderes. Uma Constituição social sem o viés democrático, para fazer/tentar submergir os postulados do Estado Liberal, certamente, teria de introduzir severas restrições à declaração dos direitos fundamentais. O tom quanto ao tratamento dispensado ao arcabouço constitucional foi dado no preâmbulo da Constituição de 1937. Mudando completamente o discurso que tinha feito emergir o movimento constitucionalista moderno decorrente da Independência Americana e da Revolução Francesa, abandona-se a ideia de uma Constituição como instrumento necessário para a limitação do poder político, cujo esteio maior se concentra na declaração de direitos e na separação dos poderes, para sedimentar outro fundamento para a sua *ratio essendi*. A doutrina agora era a de uma Constituição escorada no paradigma *protecionista* do Estado, assolado por *dissídios partidários, propagandas demagógicas* e, primacialmente, em virtude da

⁷¹⁴ Aqui se preferiu, ao invés da expressão plena defesa, utilizar ampla defesa, nomenclatura que findou sendo a adotada pelas Constituições de 1967 e 1988.

infiltração comunista. A Carta agora serviria para dotar o Estado de *meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo*. Uma Constituição editada com a exposição desses motivos em seu preâmbulo não poderia trazer nada de animador em relação à declaração dos direitos fundamentais.

De fato, os direitos fundamentais declarados na Constituição de 1937 demonstram evidente retrocesso no respeito ao patrimônio histórico dos direitos do homem, arduamente conquistados ao longo dos tempos senão com lutas renhidas no universo das ideias e nos campos de batalha. Várias foram as restrições estabelecidas para o gozo dos direitos fundamentais, o que revela, sem esforço maior, que a premissa do Estado Social reafirmado com a Constituição de 1937 era a supressão, dentro do possível, dessa classe de direitos. Antes do exame dos enunciados pertinentes ao processo penal, atente-se para a circunstância de a Constituição de 1937 ter reintroduzido a pena de *morte* para várias espécies de crimes políticos⁷¹⁵ e para o de homicídio, desde que praticado por motivo fútil ou com extremos de perversidade. O registro positivo, nessa área, foi a abolição da prisão perpétua (art. 122, nº 13, primeira parte).

Na análise dos dispositivos que dizem respeito diretamente ao processo penal, observa-se que houve uma acentuada diminuição dos preceitos e, na medida em que repetidas as cláusulas constantes nas Constituições anteriores, sempre apareciam com alguma espécie de restrição, quando não expressa, por força da forma como foi redigido o art. 123. Isso porque, esse dispositivo constitucional, ao reafirmar, como decorrência lógica *da forma de governo e dos princípios consignados* na Carta, o postulado da existência de outros direitos fundamentais além daqueles expressamente especificados, ressaltou, sem meias palavras, a *limitação do uso* desses direitos e garantias pelo respeito ao “... bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

Em outras palavras, aquelas garantias explícitas e implícitas, plasmadas na Constituição de 1937 e que tinham sido reconhecidas – com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em favor da humanidade e ratificadas – a partir da Constituição Imperial – para os brasileiros, daí em diante, no nosso sistema, passaram a ter como limite aquilo que o governo viesse a entender por expressões polissêmicas, de difícil compreensão e extremamente convenientes para um Estado autoritário, como *bem público, necessidade de defesa, bem-estar, paz e ordem coletiva e exigências de segurança da Nação e do Estado*. Maior discricionariedade nessa área, impossível. Essa era a estrutura da declaração dos direitos fundamentais na ótica do Estado Social forjado por meio do Golpe de VARGAS.

As impressões negativas, infelizmente, não cessam com o exame apenas do art. 123 da Constituição de 1937. No parágrafo 1º do art. 122, sem embargo tenha sido reafirmado que “todos são iguais perante a lei”, deixou-se de fazer consideração no sentido de que não se aceitariam, como justificativa para a inobservância dessa regra geral, *privilégios ou distinção por causa do nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas*⁷¹⁶, como previra a Constituição de 1934.

A preservação da inviolabilidade do *domicílio e da correspondência* mereceu a consideração da Carta de 1937 em apenas uma única alínea, ficando, assim, escrita a garantia: “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei”. Nas Constituições anteriores, as duas garantias tinham merecido destaque em dispositivos específicos para cada uma. Até porque, em relação à inviolabilidade do domicílio, até então, a tradição era a de especificar que, salvo os casos de flagrante delito ou desastre, à noite não se poderia adentrar a casa, ainda que houvesse uma ordem expedida pela autoridade competente. A despeito de a garantia da inviolabilidade do domicílio ter sido prevista de modo lacônico, sem conter a densidade da disciplina

⁷¹⁵ O elenco dos crimes com motivação política que suscitavam a aplicação da pena de morte estava inscrito nas alíneas do nº 13 do art. 122 da Constituição de 1937, a saber: “tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder à operação de guerra; tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social”.

⁷¹⁶ A liberdade política, como se sabe, foi suprimida com a Carta de 1967, não fazendo parte do rol da declaração de direitos.

constitucional antecedente, na Constituição de 1937 delegou-se ao legislador ordinário a possibilidade de cuidar do assunto ao seu talante, com a liberdade de impor as restrições que lhe parecessem mais pertinentes⁷¹⁷. O mesmo se diga, quanto a essa última observação, no pertinente à inviolabilidade da correspondência⁷¹⁸.

Quebrando uma tradição constitucional cultivada entre os povos a partir da Independência Americana e da Revolução Francesa de 1789, afirmada e reafirmada nas Cartas anteriores, no parágrafo nº 17 do art. 122 da Carta de 1937 criou-se um tribunal de exceção – Tribunal de Segurança Nacional –, ao qual foi conferida a competência para o julgamento dos crimes praticados em detrimento da *existência, segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular*.

No tratamento a respeito da prisão, ressaltou-se que, à exceção da hipótese de flagrante delito, ela não seria possível, a não ser *depois da pronúncia do indiciado* (art. 122, alínea 11, primeira parte), restaurando a regra que estava inserta no art. 72, § 3º, da Constituição de 1891⁷¹⁹. Mas, como era da índole da Constituição de 1937, na segunda parte do comando normativo em foco, estava dito que a regra era aquela, “salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente”. Assim, nos casos especificados em lei, desde que houvesse a expedição de documento escrito, assinado por uma autoridade competente, que poderia ser, evidentemente, outra que não o juiz, a prisão se revestia do manto da legalidade. Ainda cuidando da prisão, ao confirmar a garantia de que ninguém poderia permanecer nela sem *culpa formada*, abriu-se uma perigosa exceção, ao admitir-se que assim era, a não ser que, por força da lei e na forma por ela regulada, a *autoridade competente* fizesse tal determinação (art. 122, alínea 11, segunda parte). Ainda quanto à prisão, o habeas corpus foi mantido com a mesma redação da Constituição de 1934, ficando, assim, fora do exame do Judiciário por essa via, aquelas prisões que fossem decorrentes de punição disciplinar, aplicadas pelas autoridades administrativas.

Reafirmou-se o direito de defesa durante a *instrução criminal*, assegurando-a antes e depois da *formação de culpa*, mas deixou de garantir o direito à assistência judiciária, como tinha agregado a Constituição de 1934. Ou seja, uma inovação no quadro da declaração dos direitos fundamentais ínsitas ao Estado Social, inserida no nosso sistema constitucional por meio da Carta de 1934, foi abandonada pela de 1937, o que mostra qual era o seu propósito. E mais: não esclareceu que a garantia era de uma *ampla defesa*, como estava na Carta anterior, nem muito menos que ela compreendia o direito de *usar todos os meios e recursos essenciais a ela*, como já era da nossa tradição constitucional estabelecer.

Por fim, manteve-se a vedação quanto à extradição de brasileiro, mas nada se disse em relação ao estrangeiro que, mesmo em se tratando de crime político, ficou à mercê de ser extraditado para o país solicitante da transferência. Certo de que aqui somente foram comentados os dispositivos que trataram das declarações dos direitos fundamentais com repercussão direta no processo penal. Poder-se-ia, até, dizer que, como é próprio de um sistema que se preocupa mais com a *defesa social* do que com a limitação do poder político e, de permeio, com o exercício do poder de punir, as regras fundamentais sobre o processo penal devem ser poucas e, mesmo aquelas estabelecidas, são normais as restrições. Observe-se, no entanto, que, enquanto na Constituição Imperial a declaração dos direitos individuais veio disposta em trinta e quatro dispositivos⁷²⁰, na de 1937 somente ocupou dezoito, aí incluindo o art. 123. A Carta que lhe antecedeu (1934) tinha destinado trinta e oito preceitos para o tratamento dos direitos individuais⁷²¹, o que implica dizer que a redução do rol dos direitos fundamentais, conquanto não fosse de admirar-se, foi muito drástica e certamente foi muito além do que seria desejável para o estabelecimento de um governo forte. Sem falar que a Constituição de 1937, segundo informa RAUL MACHADO HORTA⁷²², era do tipo semântica, cuja normatividade

⁷¹⁷ Cf. item 9.4.5, *infra*.

⁷¹⁸ Cf. item 9.4.6.1, *infra*.

⁷¹⁹ Não é por outro motivo que o art. 282 do Código de Processo Penal assim está redigido: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”

⁷²⁰ Aqui foram excluídas as normas que dizem respeito à família e à educação que, embora com tratamento diferente, foram contempladas na Constituição de 1937 dentre os direitos sociais (família e educação).

⁷²¹ Excluindo-se o nº 34 do art. 113, que contém disposição referente à proteção da família e do trabalho

⁷²² *Op. cit.*, p. 56.

residia, apenas, na parte em que concedia poderes ao chefe do Executivo, de modo que a declaração dos direitos fundamentais, com as excessivas permissibilidades de restrições por meio de leis infraconstitucionais, constituíam-se *direitos e garantias programáticas; eram sem serem, porquanto meramente simbólicas*.

As omissões da Carta de 1937 foram muitas e profundas. Não estabeleceu o princípio de que ninguém deve ser obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei, circunstância que, aliada à falta de previsão expressa do princípio da reserva legal, quando nada, retirou essa garantia do rol dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição. Isso porque, ao invés de estabelecer o princípio da reserva legal ou da retroatividade da lei penal mais benéfica para o acusado, apenas se contentou em dizer, na segunda parte do art. 122, nº 13, que “As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores”. Sendo a garantia da reserva legal específica somente para as penas, a retroatividade na matéria processual estava com as portas abertas.

Os princípios do juiz natural, da vedação do juízo de exceção, da proibição da tortura e de outras medidas cruéis não foram previstos na Carta de 1937. Não se deu guarida à instituição do tribunal do júri nem muito menos à coisa julgada. A Constituição de 1937, como se vê, representou o grande retrocesso na declaração dos direitos fundamentais no Brasil.

4.2.4 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1946.

O movimento humanístico que tomou conta do mundo após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) estendeu-se até o Brasil. Aqui, mesmo antes da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, editou-se a Constituição de 18 de setembro de 1946. Compromissado em restabelecer a tradição constitucional liberal relativa aos direitos fundamentais, o constituinte de 1946 resgatou a memória humanística nacional, fazendo uma consistente declaração dessa classe de direitos, disposta nos (38) trinta e oito parágrafos do art. 141, além das regras estampadas nos arts. 142, 143 e 144, o que perfaz um total de (41) quarenta e um preceitos.

Foram mantidas e ampliadas as poucas garantias reconhecidas na Constituição de 1937 e, com o resgate de nosso patrimônio filosófico-político dos direitos fundamentais, suprimiram-se várias omissões da Constituição anterior. Manteve-se o preceito do tratamento isonômico perante a lei (art. 141, § 1º), bem como se reincorporou ao catálogo dos direitos fundamentais o postulado de que *ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão nos termos da lei* (art. 141, § 2º), que, somado à garantia do § 29, segunda parte, do mesmo dispositivo, patrocinou o retorno do princípio da reserva legal na seara criminal, porém com a possibilidade da retroatividade da lei penal mais benéfica. O respeito à coisa julgada voltou a merecer destaque dentre os direitos fundamentais, assim como as garantias da inviolabilidade do *sigilo da correspondência* e do domicílio tiveram recuperado o conteúdo que lhes haviam emprestado as Constituições anteriores.

A preocupação com o direito de liberdade, que tinha sido negligenciado no tratamento constitucional anterior, foi contemplada com nada menos do que três dispositivos específicos, sem contar a regra relativa ao habeas corpus. Embora tivesse olvidado reservar para o juiz a competência única para expedir ordem de prisão (art. 141, § 20), na nova ordem constitucional reintroduziu-se a garantia de que *ninguém seria levado à prisão ou nela detido* caso fosse prestada a fiança admitida pela lei (art. 141, § 21) e, no parágrafo seguinte, estabeleceu-se a exigência de que a prisão ou detenção, *imediatamente*, fosse comunicada à autoridade competente. O habeas corpus continuou com a mesma redação anterior, permanecendo, por conseguinte, a ressalva final de que ele não seria admissível nas transgressões disciplinares (art. 141, § 23).

Restaurou-se a normatização do direito de defesa tal como já tinha sido feito pelas Constituições anteriores, tornando certa a *plena defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes*. Inseriu a exigência da expedição da nota de culpa, no caso de prisão, como um elemento a mais da plena defesa, necessária em razão das condições adversas em que se encontra quem é levado à prisão, confirmando, ainda, que ela deveria ser entregue no prazo de vinte e quatro horas (art. 141, § 25).

Reintroduziu-se a vedação do foro privilegiado e da criação dos tribunais de exceção (art. 141, § 26), o princípio do juiz natural (art. 144, § 27) e voltou-se a inserir o tribunal do júri dentre os direitos fundamentais (art. 141, § 28), acrescentando-se, todavia, como princípios específicos a ele

aplicáveis, a imparidade de seus membros, o sigilo das votações, a plenitude de defesa, a soberania dos vereditos e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Retomou-se a ideia da Carta de 1934 de impedir a extradição do estrangeiro nos crimes políticos ou de opinião e, em qualquer caso, do brasileiro (art. 141, § 33)⁷²³. A grande ausência, porém, foi a inscrição de norma proibindo expressamente a tortura. A despeito de a Constituição de 1946 ter trazido de volta diversas normas de cunho essencialmente humanitárias, como a que estabelecia a pessoalidade da pena, proibia as penas de banimento e de confisco e, primacialmente, a que, mais uma vez, abolia a pena de morte de nosso cenário jurídico, mais uma vez, o constituinte descuidou-se de colocar, com cores bem vivas, a vedação da tortura, preceito que, objeto de atenção na Constituição de 1824, depois caiu no completo esquecimento⁷²⁴ da ordem constitucional.

4.2.5 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1967.

Sendo produto de um governo ilegítimo, arbitrário e que queria, com a força das armas, reprimir a liberdade de pensamento que expressava a alta insatisfação do povo brasileiro contra políticas cada vez mais distanciadas do foco social, naturalmente que a Constituição de 1967 não seria uma boa referência no que diz respeito ao trato dos direitos fundamentais. O descompromisso com a declaração desses direitos foi tão exagerado, que MIGUEL REALE⁷²⁵, em depoimento prestado na televisão, sobre a sua vida ativa na política brasileira a partir da década de trinta, revelou que, concluído o projeto da Constituição de 1967, quando submetido o texto à sua apreciação, ele apontou que faltava o rol dos direitos fundamentais. Parece até inacreditável que, nos anos sessenta, em um país das dimensões do Brasil e com um histórico de respeito, pelo menos normativo, aos direitos fundamentais desde a Constituição Imperial de 1824, tivesse espaço para que um grupo de militares, dizendo-se revolucionários e representantes maiores dos interesses do povo, fizesse uma proposta de Constituição sem que nela houvesse a declaração de direitos fundamentais. A revelação de um dos maiores jusfilósofos brasileiros é um espanto e mostra não apenas a falta de sensibilidade em relação ao assunto como o completo descompromisso com o movimento histórico e mundial que tornou obrigatória a menção aos direitos fundamentais nos textos constitucionais, premissa lógica que nem a ditadura VARGAS, estabelecida no instável e beligerante período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial, ousou contrariar.

Verificado o equívoco, eis que a declaração dos direitos fundamentais veio sob a rubrica *Dos direitos e garantias individuais*. Em termos declaratórios, ainda que se apontem, aqui e ali, alguns senões, até que a Constituição de 1967 manteve a tradição de homenagem aos direitos fundamentais, ainda que isso fosse apenas uma retórica, pois, na prática, o governo militar, cada vez mais, acentuava a sua cara repressiva⁷²⁶ e combatia quem se atrevia a pensar de forma diferente com instrumentos aviltantes, banalizando o sofrimento humano e a própria vida das pessoas. Porém, a Constituição de 1967 foi reescrita pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Na realidade, essa emenda estabeleceu uma nova Constituição, pois modificou a estrutura fundamental da Carta então em vigor⁷²⁷. Na redação da Constituição de 1967, conforme a Emenda Constitucional nº 1/69, a declaração dos direitos fundamentais foi contemplada nos trinta e seis parágrafos do seu art. 153.

Em termos declaratórios, repita-se, não há muito que se reclamar. As garantias essenciais nela estavam contempladas. O princípio da isonomia, catalogado logo no § 1º do art. 153, de forma mais

⁷²³ Na Constituição de 1937, a proibição da extradição era apenas em relação ao brasileiro, de modo que era admissível a extradição do estrangeiro, até mesmo em se tratando de crime político.

⁷²⁴ Há fortes razões para se acreditar que a palavra esquecimento, aqui empregada, deva ser compreendida como metáfora, pois, por muito tempo, mesmo nos meios intelectuais, existia acesa divergência em relação à eliminação da tortura como instrumento legítimo para a produção da prova de confissão

⁷²⁵ [Depoimento prestado na televisão, sobre sua vida política, na década de trinta]. Entrevista concedida à TV Assembleia, Natal, 2004.

⁷²⁶ Sobre esse avanço repressivo da ditadura militar, conferir GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. Id. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002

⁷²⁷ Alguns doutrinadores observam que, apenas formalmente, pode falar-se que as modificações introduzidas na Constituição de 1967, operadas pela Emenda nº 1/69, foram decorrentes do poder de revisão do texto constitucional. A profundidade estrutural e a quantidade de dispositivos modificados assinalam para um novo texto, não apenas uma emenda à redação original. As alterações modificativas, supressivas e aditivas somaram-se as redacionais, configurando um novo perfil Constitucional, com a hipertrofia maior do Poder Executivo.

técnica, restaurou a redação da Carta de 1934, a fim de esclarecer que a igualdade seria mantida, a despeito do sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Aqui se distingue o caráter meramente simbólico da declaração de direitos, quando se sabe que, sob a direção da ditadura militar que outorgou, mediante a homologação pelo Congresso Nacional, a primeira versão da Constituição de 1967 e, depois, por meio de emenda constitucional, o seu segundo texto se caracterizou não só pela discriminação dos comunistas e simpatizantes, como, principalmente pela perseguição a eles e até o uso da força no desejo de exterminar esse foco de resistência ao regime ditatorial estabelecido no país. Dizer que, no Brasil, em razão da Constituição de 1967, não se fazia discriminação em razão de convicções políticas, não tem a mínima ressonância com a realidade do país.

Não houve, como era natural, a destinação de um dispositivo específico para tratar da irretroatividade da lei penal e processual penal, mas, no § 2º, estava consagrada a cláusula de que ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, preceito que, em consonância com a nossa história constitucional, serve para dar suporte à tese de que isso sufraga o princípio da reserva legal.

A *coisa julgada* e a proibição da extradição do estrangeiro, por crime político ou de opinião, e do brasileiro, em hipótese alguma, permaneceram previstas dentre os direitos fundamentais (art. 153, §§ 3º e 19). Reuniu-se, em um parágrafo só, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, conferindo-lhe o mesmo tratamento, sem nenhuma distinção (art. 153, § 9º).

A preservação da casa como asilo inviolável foi expressada mantendo a ideia da Constituição de 1967, alterando apenas a ressalva para *acudir a vítima* para uma expressão mais clara e delimitadora, ao dizer que, assim como no caso de desastre, a outra possibilidade de alguém entrar no domicílio, à noite, sem o consentimento do *morador*, seria na hipótese de *crime*.

No art. 153, § 11, vedou-se a pena de morte, a prisão perpétua e a sanção de banimento, excepcionando a admissibilidade da pena capital, como é de nossa tradição constitucional, somente na situação de guerra externa, e assegurou-se o *respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário* (art. 153, §§ 13 e 14). Infelizmente, sem embargo de na *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948* – ratificada pelo Brasil – ter-se repudiado, com veemência, a prática da tortura, mais uma vez, deixou-se de vedar, expressamente, a prática da tortura ou de outro tratamento cruel, desumano ou degradante. Nota-se que o texto constitucional evitou, de todas as formas, fazer menção à palavra tortura, preferindo a linguagem retórica do *respeito à integridade física e moral*, mesmo assim para endereçar o comando normativo apenas para o *detento e o presidiário*. O que é pior é que, nada obstante a previsão peremptória contida na Constituição de 1967, tornando defesa a pena de morte, isso não impediu que o Governo Militar, com base nos Atos Institucionais nº 5º, de 13 de dezembro de 1968 e 12, de 31 de agosto de 1969, introduzisse a pena de morte para os crimes de conotação política. Isso demonstra quão frágil era a declaração desses direitos.

Manteve-se a tradição universal de somente admitir-se a prisão sem ordem escrita no caso de prisão em flagrante, mas, refletindo a mensagem da Carta anterior, permitia-se que a determinação da prisão fosse feita por qualquer autoridade *competente*, e não necessariamente pelo juiz, exigindo-se, apenas, que, de qualquer modo, a comunicação a este fosse feita *imediatamente*, não mais falando da nota de culpa nem muito menos do prazo de vinte e quatro horas (art. 153, § 12). A disciplina do habeas corpus permaneceu a mesma, restringindo-se a sua admissibilidade em caso de transgressão disciplinar.

A garantia do direito de defesa foi reafirmada, com sutil diferença redacional – ao invés de *plena defesa*, preferiu-se *ampla defesa* –, mas com o mesmo conteúdo, ressaltando-se, como sempre vinha nos textos anteriores, que ela abrangia os *recursos a ela inerentes*. Esqueceu-se, todavia, de deixar expressa a garantia da utilização dos meios necessários para o seu exercício.

Continuou-se com a inserção da instituição do tribunal do júri dentre um dos direitos fundamentais, mas não se teve o cuidado de pinçar os princípios que lhe são indispensáveis, principalmente os que dizem respeito à soberania dos vereditos e ao sigilo das votações. Na Constituição de 1967 foi dito, apenas, que a sua competência seria restrita para crimes dolosos contra a vida, passando a ideia de que ela era limitada a essa espécie de delito. Por isso mesmo, poucas não foram as divergências quanto a sua competência para o julgamento de outros crimes cometidos em conexão ou continência com aqueles tipificados como dolosos contra a vida.

Finalmente, reconheceu a existência de outros direitos e garantias além dos que estavam expressos na Constituição, desde que decorrentes dos princípios e do *regime* por ela adotados, como vinha sendo admitido por todas as Constituições anteriores.

4.2.6 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1988.

A ditadura militar, no final dos anos 1970, começou a perder força, ganhando espaço cada vez mais acentuado o processo de democratização do país. O insucesso da emenda constitucional que restabelecia as eleições diretas para a presidência da república, ao invés de arrefecer os ânimos, serviu de combustível para que, eleito um governo civil, fosse convocada uma assembleia constituinte, a fim de que, normativamente, fosse rompido o regime anterior e, em seu lugar, arquitetada uma nova ordem jurídica.

Sem embargo das críticas assacadas pela circunstância de não ter sido providenciada a eleição de constituintes com mandato específico para a elaboração de nova Constituição, o Congresso Nacional produziu um texto que foi exaustivamente debatido nos mais diversos fóruns representativos da academia, dos juristas, das entidades de classe das carreiras jurídicas (advocacia, Ministério Público e Poder Judiciário), sindicatos etc.

A despeito de não se acreditar que fosse possível a produção de uma Carta Política ideal, se o resultado final não foi o ideal, quanto aos direitos fundamentais não há muito do que se reclamar. Houve acentuada preocupação em declarar na Constituição os direitos fundamentais catalogados nas Constituições da Alemanha, França, Itália, Espanha e Portugal, ademais daqueles que estavam expressos em diplomas internacionais e regionais⁷²⁸

Os direitos fundamentais, até então tratados como princípios desprovidos de força normativa, mencionados na rabeira da Carta de 1967, passaram à categoria de espinha dorsal do sistema jurídico, a partir do reconhecimento de que possuem não apenas força normativa como hierarquia superior às demais normas jurídicas. Deixaram a função subalterna de colmatação das lacunas das regras jurídicas para desempenhar função hegemônica, estruturante e interpretativa de todo o sistema normativo.

Não apenas foram mantidas as garantias que já constavam das Constituições anteriores como foram acrescentados outros que nunca tinham sido proclamados com *status* constitucional como a inviolabilidade da intimidade em geral, a presunção de não culpabilidade, a publicidade dos atos processuais, o direito ao silêncio, e, como sanção à violação das garantias estampadas no texto, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

A fim de ressaltar a mudança de paradigma, o constituinte teve o cuidado de catalogar os direitos fundamentais logo no início do texto constitucional, mais precisamente nos incisos do art. 5º. Ainda assim, do art. 1º ao 4º foram preceituados os *valores* que devem nortear a sua compreensão. Nesses dispositivos – art. 1º a 4º – estão plasmados os princípios fundamentais e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁷²⁹, valores que formatam o arcabouço jurídico dentro do qual devem ser concebidos os direitos fundamentais⁷³⁰.

O valor-mor é de que o novo sistema jurídico arquitetado pela Constituição de 1988 é o democrático-constitucional, pois, tal como asseverado no art. 1º, o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Assim, o sistema jurídico em si deve ser democrático-constitucional, o que implica dizer que o processo penal ademais de ser democrático impondo-se, devido sua origem sob a batuta da Constituição de 1937, a desconstrução de seu vies ditatorial e policialesco –, é orientado e deve ser compreendido em compasso com a função *hegemônica, estruturante e interpretativa* dos direitos fundamentais.

Como se verá, a Constituição de 1988 não apenas manteve a tradição no âmbito do Direito Comparado de conferir atenção especial aos direitos fundamentais como forma de reger-limitar e, assim, *legitimar* o dever-poder de punir do Estado, como é a nossa carta política que encartou o rol mais extenso dessa classe de direitos. São nada mais nada menos do que 78 (setenta e oito) incisos,

⁷²⁸ Cf. item 8.2 e segs., infra

⁷²⁹ Cf. item 8.3 e segs., infra.

⁷³⁰ Cf. capítulo 7, infra.

nos quais estão catalogados os direitos fundamentais, sendo que, em alguns incisos, há mais de um direito fundamental declarado⁷³¹.

Merece consideração, ainda, que exame mais atento revela que, da mesma forma como as Constituições brasileiras anteriores e mesmo as de países como Alemanha, França, Espanha, Itália, Portugal e, do common law, dos Estados Unidos, o maior número dos direitos fundamentais declarados em forma de princípios na Constituição de 1988 expressam garantias processuais penais. Com efeito, se 40 (quarenta) desses incisos declaram direitos essenciais pertinentes ao Direito Criminal⁷³², apenas 5 (cinco) são estritamente de Direito Penal (art. 5º, incisos XXXIX, XL, XLII, XLVI e XLVII), enquanto 24 (vinte e quatro) são exclusivamente de Direito Processual Penal (art. 5º, incisos III, XI, XII, XXXVIII, XLIV, XLVII, XLIX, L, LI, LII, LIV, LVII, LVII, LIX, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXXV, LXVI, LXVII, LXVIII e LXXV)⁷³³.

O conjunto desse extenso catálogo de direitos fundamentais inerentes ao sistema processual penal, diante da força normativa e da posição hegemônica emprestada pela Constituição de 1988, expressa a teoria constitucional do processo penal. Para fins dogmáticos, nesse estudo, classificamos os direitos fundamentais relativos ao processo penal, tal qual declarados na Constituição, em seis categorias: (a) princípio do devido processo legal em sentido estrito; (b) princípio da presunção de não culpabilidade; (c) princípio acusatório; (d) princípio do direito à intimidade em geral; (e) princípio da ampla defesa; e (f) princípio da liberdade.

Cada um desses princípios será objeto de estudo detalhado no capítulo 9, infra.

⁷³¹ Por exemplo, no inciso X, além da intimidade em geral, ainda consta a garantia da *vida privada* e da *imagem* das pessoas, ao passo que o LXIII, além de assegurar o direito ao silêncio, garante que, no âmbito do processo penal, a assistência jurídica será prestada, independentemente de o acusado ter condições financeiras para contratar advogado.

⁷³² Isto é, referentes ao Direito Penal e/ou ao Processual Penal.

⁷³³ Exclusivamente de Direito Processual Civil são apenas 7 (sete), mais precisamente os incisos XXIV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII e LXXIV do art. 5º da Constituição.

CAPÍTULO 5

TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O exame da origem dos direitos fundamentais denota que eles, em um primeiro instante, foram pensados como de origem divina, dados por Deus ao homem, existentes devido à caridade Daquela. Por isso mesmo esses direitos seriam *eternos, imutáveis, absolutos e inalienáveis* além de independentes da *vontade* do Estado. Em contraposição ao direito positivo, posto e escrito pelo homem, haveria esse direito natural, assim denominado porque, ao invés de criado pelo homem, seria imposto por alguém – Deus – que se encontra acima de tudo⁷³⁴.

Com a secularização, procurou-se outra fundamentação para a existência de direitos que, embora não escritos em nenhuma lei, podem ser invocados pelo homem e devem ser respeitados por todos, até mesmo pelo Estado. Aqui, aparece a filosofia *jusnaturalista*, que se contrapõe à ideia de um Estado absoluto, que não se pauta por certos limites. Sem necessidade de voltar muito na história, desde a concepção *lockeana* de Estado, os direitos do homem passam a ser vistos como algo que faz parte da condição humana e, em razão disso mesmo, devem ser garantidos e respeitados pelo ente estatal. Essa foi a tônica do discurso liberal iluminista, que só conhece a autoridade do Estado dentro da concepção do pacto social, instrumento com o qual o povo, o efetivo detentor do poder, dá *representatividade e legitimidade* à ação governamental. O poder estatal, por conseguinte, prescinde do *consentimento* do povo que, ao outorgar o mandato para que a autoridade estatal aja em seu nome, fá-lo sem abrir mão dos direitos universais que, se sob a perspectiva concreta, mesmo sendo *inalienáveis*, não são *absolutos*. O Estado, na concepção democrático-constitucional focada nos direitos essenciais da pessoa humana, é para *servir* ao cidadão, e não ser *servido* por este. Os direitos do homem, por conseguinte, além de *universais e preexistentes* ao Estado, estão, até mesmo, acima deste⁷³⁵.

Não foi sem propósito que os ideólogos da Revolução Francesa, de 1789, como primeiro ato mais denso, ao contrário de cuidarem da feitura de uma Constituição, trataram de elaborar uma *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Com isso, se quis deixar claro que os direitos do homem eram as bases da construção do Estado e, portanto, da própria Constituição, de modo que o conteúdo dela deveria ser elaborado tendo como norte a primazia dos direitos universais, dos quais eram detentores todos os povos⁷³⁶. Por isso mesmo, eles seriam direitos que deveriam ser reconhecidos não apenas pelo Estado e pela Constituição francesa, mas por todos os Estados. LOCKE já tinha especificado com a sua doutrina, principalmente na parte em que justificava o direito de resistência, que os direitos do homem eram pré-estatais e mesmo supra-estatais⁷³⁷. Note-se que DUGUIT, filósofo francês, defendia que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, era irrevogável e tinha o condão de vincular até mesmo os futuros constituintes⁷³⁸.

⁷³⁴ BOBBIO argumenta que a expressão direito natural vem do pensamento filosófico clássico expressado por PLATÃO e ARISTÓTELES (*O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 16).

⁷³⁵ Nessa linha de pensamento, até mesmo, o poder constituinte, instaurado em virtude da ruptura da ordem de um determinado Estado, encontra-se subordinado a esses direitos declarados com caráter de universalidade.

⁷³⁶ BOBBIO, em seu livro *A era dos direitos*, alerta que a diferença da declaração de direitos americana para a francesa, dentre outras coisas, residia no fato de aquela ter sido imaginada apenas para o cidadão americano, enquanto esta com um caráter universal: extensiva a todos os cidadãos, franceses ou não (p. 85-104). Cf. itens 3.2 e 3.3, supra

⁷³⁷ MIRANDA, Pontes. *Comentários à constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 4. p. 632.

⁷³⁸ Apud LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 174. Sobre a divergência filosófica

A filosofia iluminista liberal, defendida por MONTESQUIEU e BECCARIA, vazada em uma forma de Estado que deve, antes de tudo, respeito aos direitos do homem, de permeio, transborda para uma extrema valorização à norma, dando início ao dogma da *onipotência do legislador*⁷³⁹. BOBBIO, *com inteira procedência, em suas lições sobre as raízes do positivismo jurídico*, anota que MONTESQUIEU e BECCARIA “... estão entre os maiores expoentes das concepções político-jurídicas de inspiração iluminista e que exerceram enorme influência nos ambientes político-culturais liberais”⁷⁴⁰. Os dois, em suas obras fundamentais, defendem que o juiz não pode ser mais do que a *boca da lei*, não lhe sendo dado, sequer, a possibilidade de interpretá-la⁷⁴¹. Para evitar o absolutismo vivido durante o regime anterior, o poder seria organizado de acordo com a técnica da divisão, entre órgãos independentes, das funções de legislar, executar e julgar/aplicar as leis, assegurada a *representatividade* na feitura das normas jurídicas, com a escolha dos membros do Legislativo pelo próprio povo. Assim, na ideia liberal democrática, fundamentada por ROUSSEAU em *O contrato social*, a legitimidade do governo advinha de sua submissão à lei, daí o primado liberal de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em razão da lei*.

Os direitos do homem, embora considerados naturais, sob a ótica *juspositivista* encontram fundamento na lei, diante do argumento de que o legislador possui legitimidade, proveniente do fato de ter sido escolhido pelo povo para representá-lo na feitura das normas, para dispor sobre o assunto do modo que lhe pareça mais pertinente para atender o interesse coletivo. Na concepção *juspositivista*, direitos fundamentais do homem são apenas aqueles declarados na Constituição e, ainda assim, não são normas, mas apenas princípios, que ficam à mercê de sua regulamentação pelo legislador subconstitucional. Os direitos fundamentais, por conseguinte, nessa visão *juspositivista*, ostentam uma posição subalterna em relação à norma jurídica, que deve socorrer-se do enunciado principiológico da declaração encartada na Constituição, apenas e quando necessário para uma melhor compreensão da *vontade do legislador* infraconstitucional.

Em suma, na doutrina *normativista*, os direitos fundamentais são apenas aqueles reconhecidos e prescritos na lei. Ainda assim, até mesmo HOBBS⁷⁴², considerado o precursor do *juspositivismo*, defendia que, sendo impossível ao legislador, que não tem o dom da presciência, *prever todas as controvérsias* possíveis de surgir no grupo social, nos casos “... não contemplado(s) pelas leis escritas, se deve seguir a lei da equidade natural, que ordena atribuir a pessoas iguais coisas iguais.” De qualquer maneira, o *juspositivismo ortodoxo*, ao argumento de que, em verdade, o sistema jurídico é *coerente e completo*, de modo que nele não há lacuna, negava a existência do direito natural, ainda que sob esse enfoque residual⁷⁴³.

Será demonstrado que, no paradigma do Estado democrático-constitucional, modelo adotado pela Constituição de 1988, a visão positivista é desfocada, mormente porque a base de nosso sistema é constituída de regras jurídicas com força normativa de ordem principiológica, cujo norte exegético é ditado por um preceito implícito que emerge do entendimento de que o arcabouço da Constituição em vigor contempla uma *cláusula geral de tutela do homem*. Identifica-se, segundo a ótica democrático-constitucional, uma incompatibilidade mesmo entre os direitos fundamentais e a doutrina *juspositivista*.

quanto à existência de limitação material do poder constituinte, merece registro a posição de RAUL MACHADO HORTA (Cf. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 27-31).

⁷³⁹ BOBBIO, ao investigar as raízes históricas do positivismo jurídico, mostra que ele foi uma consequência lógica da formação do Estado Moderno. Conforme o referido filósofo, em contraposição ao Estado Medieval, que conferia maior relevância ao *direito natural* escrito por *Deus no coração dos homens*, pensou-se em um *Estado monista*, que concentrasse em si todos os poderes, principalmente quanto à criação do direito. Assim, no Estado moderno liberal, a produção do direito fica submetida à regência de um dos órgãos estatais, o legislativo que, por congrega representantes do povo, possui supremacia sobre o juiz, de modo que este deve contentar-se em aplicar a lei e, quando esta não for clara, tanto quanto possível, tentar descobrir a *vontade do legislador* (*O positivismo jurídico*, p. 25-37).

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p.39.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p.39.

⁷⁴² Apud BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 43

⁷⁴³ *Ibid.* p. 43.

5.1 – Incompatibilidade dos direitos fundamentais no paradigma do Estado democrático-constitucional com a doutrina juspositivista.

O positivismo jurídico, corrente de pensamento que teve os primeiros passos ensaiados com as ideias iluministas da onipotência do legislador, pode ser considerado sob três *nuanças fundamentais*: *o modo de abordar o estudo do Direito*; a teoria do Direito e a sua ideologia. Quanto ao primeiro aspecto, o direito deve ser visto como um *fato*, e não como um *valor*. Dessa forma, o jurista deve abordá-lo tal como ele está exposto por meio da norma jurídica, sem imiscuir-se na sua valoração. Ele existe porque está posto, independentemente de seu conteúdo. O operador jurídico estuda a realidade normativa, abstendo-se de formular juízos de valor: “... o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”⁷⁴⁴. Como acrescenta BOBBIO, esse modo de encarar o direito dá origem à Teoria da validade do direito, a qual homenageia a sua estrutura formal, em detrimento do próprio conteúdo⁷⁴⁵.

Na teoria jurídica sob o viés juspositivista, a definição do Direito é exposta em função da coação, de modo que este é a legitimação do uso da força para que o seu comando normativo seja respeitado por todos. É o consentimento do uso da força, a fim de que o ordenamento jurídico seja respeitado. A sua *definição*, portanto, possui como elemento integrativo a coerção, o que dá margem à *teoria da coatividade do direito*. Nessa ótica, Direito só pode ser considerado como tal o que é imposto com suporte em uma força heterônoma, que é a ameaça da sanção. O Direito, assim, exprime-se por meio de normas feitas para valer pela força do Estado.

Por outro lado, na doutrina positivista, a fonte primária do Direito é a norma e, em segundo plano, o costume, desde que *secundum legem* e, em determinados casos, *praeter legem*, mas nunca contra *legem*. Se a fonte do Direito é essencialmente o Estado, que se exprime por meio da feitura da *norma*, em certa medida, esta e aquele se confundem. Um e outro não existem senão em conjunto. A norma jurídica é a própria origem do Direito. Sem ela, não há de falar-se nele. Sendo o próprio direito, em sua exteriorização, a norma jurídica, na lição juspositivista, é um comando, uma *ordem imperativa*, que contém como elemento indispensável – e, para alguns, até mesmo principal – a *sanção*⁷⁴⁶. Ainda na dimensão positivista, a *teoria do ordenamento jurídico* firma-se na concepção de que o sistema tem como características ínsitas a unidade, a *coerência* e a *completude*, ou seja, é um sistema lógico, de modo que, mesmo, implicitamente, tem resposta para todas as situações eventualmente traduzidas por meio do conflito entre as pessoas, não havendo, assim, lacunas no Direito⁷⁴⁷. Além da plenitude do ordenamento jurídico, ele é coerente e, apenas aparentemente, contém antinomias, subsistindo fórmula técnico-jurídica para resolver, dentro do próprio sistema, as aparentes incongruências entre as diversas normas que integram o sistema.

Por fim, como ideologia juspositivista, tem-se a *teoria da obediência*, no sentido de que a lei deve ser observada sem tergiversações, nada sendo oponível ao Direito posto, que deve ser aplicado, ainda que pareça injusta a solução alvitada pela norma jurídica. É a manifestação do aforismo *dura lex sed lex*. Essa doutrina, como se vê, é pertinente para o Estado autoritário, que inibe a construção/reconstrução do pensamento com o estabelecimento de espaços e fóruns legítimos para o desenvolvimento pluralístico das ideias. Após a Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países abandonou essa forma de *abordar, teorizar e idealizar* o Direito, com uma importante volta ao jusnaturalismo, ou a uma concepção de Estado limitado, na extensão vertical, pelos direitos fundamentais e, na horizontal, pela separação das funções políticas entre os três poderes, apresentando-se aqueles com uma formulação principiológica com força normativa e hegemônica.

⁷⁴⁴ BOBBIO. *O positivismo jurídico*. p. 131

⁷⁴⁵ *Ibid.* p. 131.

⁷⁴⁶ A teoria da norma jurídica, justificada na ideia *imperativista do direito*, encontra obstáculo quanto à explicação das chamadas *normas permissivas* e mesmo daquelas que, ao invés de elencar como hipótese da incidência de seus efeitos o descumprimento, estabelece um prêmio para quem cumpre o que ela assinala. No âmbito criminal, podemos fazer referência aos institutos da transação, no Juizado Especial, da suspensão condicional do processo e do perdão judicial. Note-se que, no ambiente criminal, cada vez mais se tem previsto a figura da delação premial, assunto que será tratado no item 9.5.2.5, *infra*, aqui tratado como forma indireta de materialização do primado do direito à ampla defesa

⁷⁴⁷ BOBBIO, no destaque conferido a essas três propriedades do ordenamento jurídico de acordo com a ótica positivista, esclarece que a *completude* do sistema significa que sempre há uma norma para regular qualquer situação, ou seja, ela não possui, ao contrário do que se sustenta, *lacuna* alguma, de modo que “... o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema” (*Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 115).

Na arquitetura do Estado democrático-constitucional, a Constituição possui força normativa, de modo que a base do ordenamento jurídico se concentra na tutela dos direitos fundamentais, inseridos em declarações enunciadas por meio de normas constitucionais de cunho principiológico, com prevalência sobre as normas subconstitucionais, na medida em que servem de fundamento a estas, e não apenas como regra a ser seguida quando verificada uma lacuna ou incompreensão de seu conteúdo. Nesse modelo, a interpretação e aplicação da Constituição têm uma *função política transformadora*⁷⁴⁸, de modo que ao jurista não cabe apenas manipular o ordenamento jurídico com vista a solucionar os problemas jurídicos, mas, primordialmente, participar da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O modelo do Estado *democrático-constitucional* recusa o *positivismo jurídico* sem renegar o Direito posto⁷⁴⁹, mas realça que este deve ser compreendido de acordo com as orientações exegéticas emanadas das normas plasmadas na Constituição, especialmente aquelas que alicerçam e anunciam os direitos fundamentais. Esse assunto volta a ser explorado, no presente estudo, na segunda parte, no capítulo que trata da teoria do processo penal, que revela o novo modelo do Estado brasileiro – o *constitucional-democrático* –, inaugurado com a edição da Constituição de 1988, que se acosta ao que a doutrina estrangeira chama de *neoconstitucionalismo*⁷⁵⁰. Ademais, a premissa do Estado democrático-constitucional funda-se na assertiva de que os direitos fundamentais, porquanto inerentes à própria condição humana, têm força normativa independentemente da *vontade legislativa*, de modo que eles, expressos ou implícitos, devem ser respeitados. O que se opera com o texto constitucional é somente a declaração dos direitos fundamentais, *não a sua constituição* propriamente dita. Vale dizer, a norma constitucional não os *cria*, antes os revela, enfim, apenas promove a sua declaração. Assim, a despeito de não declarado expressamente, um direito fundamental pode ser reconhecido pelo intérprete, porque, em rigor, o fato de ele não estar formalmente contemplado em uma regra jurídica não infirma a sua existência: ele é decorrência da própria condição humana, sendo, por isso, considerado *direito essencial*⁷⁵¹.

5.2 – Direitos fundamentais na estrutura do Estado democrático-constitucional.

Os direitos fundamentais, categoria especial de direito de cidadania, consistentes na própria delimitação do poder político, podem ser explicados sob a visão de várias teorias. Comprometido com a missão de esboçar uma teoria para os direitos fundamentais, ROBERT ALEXY⁷⁵² alerta que tais teorias, existentes na atualidade, resumem-se em: “*la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrático-funcional y la del Estado social de los derechos fundamentales*”.

No arcabouço do Estado democrático, os direitos fundamentais, ao lado da tripartição dos poderes, constituem-se instrumentos basilares da limitação do poder político. Nos contornos democráticos, o Estado deve comportar-se, qualquer que seja a sua ação, sob a perspectiva de que nem tudo pode ou deve fazer, pois a sua atuação encontra parâmetros no respeito aos direitos declarados na *Lei Maior*. Até porque, como o povo é o dono do poder – que é e deve ser exercido em seu nome, por meio de um representante –, não pode haver ação estatal legítima quando não se observam os direitos que existem em razão da própria condição humana, esculpidos na Constituição

⁷⁴⁸ Em sua doutrina constitucionalista, LENIO STRECK, com propriedade, defende que “... o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, *como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.*” (*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29)

⁷⁴⁹ Não se pode confundir *Direito positivo* com *positivismo*, nem muito menos dogmática jurídica com dogmatismo. A dogmática jurídica é necessária, até porque, em caso contrário, seria contrassenso escrever algo sob o título de teoria.

⁷⁵⁰ Cf. itens 6.1 e 6.2, *infra*.

⁷⁵¹ Cf. item 5.4, *infra*.

⁷⁵² *Teoría de los derechos fundamentales*. 4. ed. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. p. 36.

em forma de princípios, cujos enunciados em textos constitucionais começaram – pelo menos – a partir da Constituição americana, após as dez primeiras emendas que lhe foram enxertadas.

A orientação principiológica dimanada da declaração dos *direitos fundamentais* tem o condão de giz o agir do Estado, fazendo com que o exercício do poder político se conforme dentro das suas linhas estruturantes. Como se observou, não foi sem motivo que os iluministas emitiram solenemente, como *primeiro ato político revolucionário mais importante*, antes mesmo da elaboração da Constituição, a declaração dos direitos do homem, alvitando a sua validade para todos os povos, independentemente de os demais Estados, em documento próprio, ratificarem, ou não, o enunciado dela extraído. A pretensão foi a de realçar que esses direitos do homem eram universais e existiam, estivessem, ou não, escritos, fossem, ou não, reconhecidos pelo Estado. Isso simplesmente porque essa espécie de direitos são supra-estatais, encontrando-se acima, até mesmo, do poder constituinte. Assim, caso eventualmente um direito reconhecido como inerente ao homem, não tenha sido declarado na Constituição de um determinado Estado, perdendo, assim, no aspecto formal, a sua categoria de fundamental, nem por isso procede a assertiva de que ele não pode ser reconhecido como tal pelo cientista do Direito, aí se incluindo, naturalmente, o juiz⁷⁵³.

Por outro lado, e aqui é que é o mais importante, em verdade, os direitos fundamentais não são constituídos com a sua inclusão no texto constitucional, porém apenas declarados⁷⁵⁴. Se os direitos fundamentais não são constituídos por meio dos textos constitucionais, é possível que eles sejam conhecidos em interpretação que os identifica implícitos no sistema jurídico e, ainda, que o exegeta, especialmente o juiz, vá reconhecê-los tendo como auxílio o anúncio contido em diplomas internacionais, especialmente quanto aos que tenham merecido a ratificação do governo brasileiro. Por conseguinte, os direitos fundamentais previstos em nosso sistema não são apenas os que estão contemplados na Constituição de 1988, mas igualmente aqueles que foram ratificados em tratados internacionais, tese que, embora não tenha sido aceita pelo *Supremo Tribunal Federal*, agora, em razão da *Emenda Constitucional nº 45, de 2005*, está sufragada no § 3º do art. 5º de nosso Texto Maior. Ademais, sem que esquecida a sua dimensão histórica, cultural, social e política em nosso meio, a interpretação dos direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988 deve ter em conta a forma como eles são tratados em diplomas internacionais e, igualmente, nas Constituições estrangeiras, especialmente aquelas que serviram de paradigma para a elaboração de nossa Carta Política.

5.3 – Natureza jurídica dos direitos fundamentais: regra, princípio ou norma jurídica principiológica?

Os direitos fundamentais, conforme visto, são os direitos do homem declarados de forma explícita ou implícita em um texto escrito. Não há diferença ontológica entre os direitos do homem e os fundamentais, senão a característica de designarem-se como estes os direitos reconhecidos em um estatuto próprio, especialmente aqueles trabalhados no texto constitucional. O que era *direito natural* não-escrito tornou-se, com os textos declaratórios, *direitos do homem* e, com a inscrição nos textos constitucionais, passaram a ser denominados *direitos fundamentais*. Adotando essa orientação, LORCA NAVARRETE⁷⁵⁵ diz que é mais correto usar a expressão direitos naturais quando se quer referir a “... *derechos que encuentran su fundamento en la naturaleza humana inserta en el orden universal que tiene a Dios como autor*”. De outra banda, diz ainda o citado autor que esses direitos

⁷⁵³ Do alto de sua sabedoria, PONTES DE MIRANDA anota que há direitos fundamentais que são apenas constitucionais, mas não são supra-estatais. Com efeito, os direitos supra-estatais, concebidos como anteriores ao Estado, fundamentam-se em si mesmos, razão pela qual, para existirem, não dependem de lei expressa e não existem conforme os cria ou regula a lei. Ora, se não resultam das leis, pois precedem a elas, o seu conteúdo, igualmente, não é ditado pelas normas que os regulamentam, posto que decorrem do seu conceito principiológico (Op. cit., p. 625). Se assim é, se os efetivos direitos do homem não se criam nem se determinam na lei, em princípio, esta não tem substância para transformar ontologicamente um determinado direito em direito fundamental do homem. Mas forçoso é reconhecer que a inserção de um direito no rol dos direitos fundamentais pode possuir contornos históricos, políticos, sociais e culturais peculiares a um determinado país. Assim, quando se faz a inclusão de uma nova cláusula, a regra é de que, pela vontade constituinte, ela, embora não esteja dentre os indispensáveis à dignidade da pessoa humana.

⁷⁵⁴ Veja-se a sabedoria dos americanos e dos franceses. Eles não disseram que *estavam* criando os direitos do homem, *senão* que os estavam declarando

⁷⁵⁵ *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1999. p. 12

essenciais ou naturais, quando declarados no texto constitucional, passam à categoria de direitos fundamentais, com conseqüente força normativa⁷⁵⁶. Por conseguinte, quando se fala em direito fundamental, quer-se referir a um determinado direito humano natural plasmado, de modo explícito ou implícito, em tratado internacional ou na Constituição de um determinado país. A distinção, por conseguinte, é apenas essa, de ordem formal.

Cabe indagar, nesse momento, se os direitos fundamentais têm a natureza de princípio ou de norma jurídica. Comumente, diz-se que essa espécie de direitos expressa princípios e, assim, eles devem ser compreendidos. Vários são os critérios adotados pelos doutrinadores a fim de dizer se um determinado enunciado encerra uma norma ou um princípio. Nessa perspectiva, norma e princípio seriam diferentes e, numa visão juspositivista, este teria uma função subalterna, qual seja, a de auxiliar na pesquisa do efetivo enunciado da norma, quando aquela não fosse clara ou houvesse, diante das peculiaridades especiais do caso concreto, dificuldade na sua aplicação. Nessa conjuntura, o princípio não teria força normativa, seria apenas uma orientação a ser buscada em situações excepcionais.

Contudo, na atualidade, há certo consenso no sentido de que o princípio, em sua essência, trata-se de uma norma jurídica⁷⁵⁷. Nesse sentido, assinala RUY ESPÍNDOLA que, no pensamento jurídico contemporâneo, há mesmo unanimidade "... em se reconhecer aos princípios jurídicos o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica"⁷⁵⁸, de modo que eles detêm "... positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas"⁷⁵⁹.

Com o costumeiro brilho, PAULO BONAVIDES⁷⁶⁰, após fazer notar que a doutrina estrangeira moderna tem-se inclinado a reconhecer a força normativa dos princípios, sustenta que assim é porque eles "... dirigidos a direta e imediata disciplina de certas matérias, ou destinados a disciplinar desde o início e de modo direto, determinadas relações, entram na categoria das normas de eficácia imediata, ou seja, das normas imediatamente preceptivas"⁷⁶¹, e possuem "... uma dupla eficácia na medida em que servem também de regra vinculativa de uma legislação futura sobre o mesmo objeto"⁷⁶². Consoante essa teoria, em verdade, a norma jurídica é o gênero, que se divide em regras e princípios⁷⁶³. Exatamente tendo em conta essa premissa dogmática, ALEXY esclarece que são possíveis três teses para fundamentar a distinção entre regras e princípios. A primeira, não dá relevância ao assunto, pois a diferença entre uma e outra norma jurídica é patente, residindo a problemática mais na identificação de qual é o verdadeiro alcance da norma-princípio. A segunda, ainda segundo ALEXY, põe em relevo que a diferença entre a regra e o princípio é apenas de grau, ou seja, a maior generalidade dessa segunda categoria de norma. Por fim, a terceira corrente vê, na divisão entre regras e princípios, não só uma diferença de grau como de qualidade mesmo, pois os princípios ostentam uma posição hegemônica no sistema, servindo não só para orientar o exegeta, mas mesmo fundamentá-lo na interpretação da norma.

Na teoria de ALEXY, hoje predominante em razão do neoconstitucionalismo ou Estado constitucional⁷⁶⁴, o princípio é uma espécie de norma jurídica, distinguindo-se da regra, que também é norma, pelo fato de aquele servir de bússola para a compreensão do sistema jurídico e, por

⁷⁵⁶ Ibid., p.20.

⁷⁵⁷ Não parece ter sido outra a intenção do constituinte senão realçar que os direitos fundamentais possuem força normativa, ao preceituar, no § 1º do art. 5º da Constituição, que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Querer tirar desse dispositivo outra interpretação parece tarefa ingrata, senão impossível.

⁷⁵⁸ *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

⁷⁵⁹ Ibid. p.55.

⁷⁶⁰ *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 222.

⁷⁶¹ Ibid. p.222

⁷⁶² Ibid. p.222

⁷⁶³ Evidencia RUY ESPÍNDOLA que, na metodologia jurídica tradicional, distinguam-se os princípios das normas, de modo que essas duas categorias jurídicas eram tratadas como tipos conceituais diferenciados, sob a perspectiva de que "... a ideia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, à ideia de princípio" (Op. cit., p. 61). Todavia, agrega o citado autor, posteriormente, "... devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito" (Ibid. p. 222).

⁷⁶⁴ Cf. item 6.1, infra, parte na qual se faz o esboço doutrinário do *neoconstitucionalismo ou Estado constitucional*.

consequente, de todas as regras que o compõem. Nessa perspectiva, os princípios são normas que submetem a validade das regras jurídicas encartadas no ordenamento subconstitucional à sua coerência com os ditames daqueles, constituindo-se os direitos fundamentais o arcabouço do sistema. O filósofo americano DWORKIN defende que os princípios constitucionais não se prestam apenas para definir o modo de fazer as leis e quem é competente para editá-las, mas, igualmente, servem de padrão, especialmente nos *hard cases*, para a escolha da decisão certa em um caso concreto, de modo que, em verdade, a diferença entre estes e as regras jurídicas é de natureza lógica, posto que, embora ambas as categorias apontem para decisões particulares acerca de qual obrigação jurídica deve ser estabelecida em determinadas circunstâncias específicas, distinguem-se apenas quanto à natureza da orientação que oferecem, e não quanto à força normativa.

Atento a esse novo constitucionalismo, o emérito professor de Coimbra GOMES CANOTILHO⁷⁶⁵ ensina que o sistema daí decorrente exige que se faça a classificação do bloco normativo, tendo em conta que as normas são um gênero, do qual os princípios e as regras são espécies, e sugere, em auxílio à complexa tarefa de distingui-los, os seguintes critérios:

- a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) "proximidade" da ideia de direito: os princípios são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (DWORKIN) ou na "ideia de direito" (LARENZ); as regras podem ser normas circulatorias com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Merecem destaque, dentre os critérios distintivos elencados por CANOTILHO, as características de fundamentalidade e de natureza normogénica exibidas pelos princípios, o que lhes confere importância estruturante no sistema jurídico e fazem com que eles se constituam a própria *ratio* das demais normas que se apresentam como regras jurídicas. Com suporte nessa dogmática hodierna, pode-se dizer que o nosso sistema jurídico nacional, afinado ao modelo democrático-constitucional, que se esteia nos direitos fundamentais, faz com que os princípios constitucionais, especialmente os que declaram os direitos fundamentais, não apenas sejam normas como possuam predominância na ordem jurídica. Assim, em nosso meio, os princípios, além de conterem força normativa, ainda ocupam destaque especial no sistema, de modo a determinar a validade e alcance do ordenamento ordinário, sendo escorreito arrematar que os preceitos constitucionais, notadamente os que enunciam os direitos fundamentais, não são apenas normas destinadas a regulamentar o sistema, são normas-princípios, que possuem função de orientação e comando do sistema, uma vez que são normas de grau jurídico superior⁷⁶⁶.

5.4 – Atipicidade dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, conquanto não seja razoável apresentá-los em *numerus clausus*, podem ser conceituados como normas de proteção da estruturação física, psíquica e moral da pessoa,

⁷⁶⁵ *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 172-173.

⁷⁶⁶ O mestre cearense PAULO BONAVIDES ministra que a *norma-princípio*, em que pese o seu alto grau de generalidade, é dotada de eficácia jurídica, razão pela qual "... o vínculo programático do princípio geral contido porventura em lei constitucional não somente obriga como prevalece sobre a norma da lei ordinária, reconhecendo-lhe também eficácia interpretativa sobre a norma cativa, que não deve contradizer o princípio donde emana" (Op. cit., p. 221).

tendo em conta a condição de ser individual ou de ser social⁷⁶⁷. Existem a esse respeito duas teorias: uma identificada como *positiva e outra, naturalista*. Em consonância com a teoria positiva, os direitos fundamentais são direitos essenciais relacionados com os atributos inerentes à condição humana, plasmados na Constituição. Essa doutrina defende a tipicidade dos direitos fundamentais, de modo que só existem aqueles que estão escritos ou positivados no sistema legal.

Em posição divergente, a teoria naturalista sufraga o entendimento de que os direitos fundamentais são *direitos insitos* à condição humana, que existem independentemente de previsão normativa, cujo escopo é tutelar o valor em si da pessoa. Defende a atipicidade dos direitos fundamentais, até por ser impraticável definir todos eles.

Sem muito esforço, em nosso meio, pode-se encontrar o fundamento para o deslinde da controvérsia doutrinária com suporte no arcabouço jurídico sobre o qual se assenta a Constituição de 1988. Nesse diapasão, apresenta-se adequado afirmar que, ao erigir à categoria de princípio fundamental do Estado brasileiro o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, a Constituição de 1988 criou uma cláusula geral de tutela do homem⁷⁶⁸, adotando, assim, claramente, a teoria naturalista. Por outro lado, como é da nossa tradição constitucional, a Carta Política de 1988, no intuito de deixar essa questão devidamente esclarecida, acrescentou, na primeira parte do § 2º do art. 5º, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”. Como se vê, de forma peremptória, o próprio texto constitucional assevera a possibilidade de que, com base no comando normativo encartado no art. 5º, § 2º, da Constituição, seja invocada a existência de direitos fundamentais implícitos.

Agregue-se, ainda, que o positivismo jurídico faz parte do passado, assim como os regimes de governo totalitários, de modo que o compromisso do operador jurídico, no ambiente democrático, não é com a lei, conformadora e legalizadora do Estado, mas com a justiça, devendo servir-se do Direito como instrumento de vida, via expedita para a plena realização dos valores mais caros e indispensáveis ao ser humano. Ademais, uma constituição de forte conteúdo principiológico, como a de 1988, inviabiliza a exegese positivista, sem falar que um Estado democrático de direito, como solenemente proclama a nossa Carta Política, privilegia a justiça que decorre do amplo alcance dos direitos fundamentais, pelo que, embora muitos deles se encontrem positivados de forma cogente, é plenamente possível, e mesmo desejável, que, por meio do processo interpretativo levado a efeito tendo em vista a avaliação de todo o sistema jurídico, sejam descortinados princípios cuja existência está apenas sob a forma implícita.

Seguindo as pegadas dessa orientação jurídica, o pleno do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, no julgamento do Habeas Corpus nº 71373/RS, relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO⁷⁶⁹, *leading case* sobre a permissibilidade de exigir-se da pessoa a submissão a exame de DNA, invocou, para fins de resolução da questão, não apenas direitos fundamentais explícitos, vazados nos enunciados principiológicos da preservação da dignidade humana e da intimidade, como cláusulas implícitas, consubstanciadas nos preceitos que determinam o império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer. A ementa daquele aresto restou assim redigida⁷⁷⁰:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feita do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

⁷⁶⁷ Na feliz definição de PAULO LOBO NETTO, os direitos da personalidade – que são os direitos fundamentais vistos sob a perspectiva das relações interpessoais “...são todos os direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa humana” (Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro. v. 6, abr/jun, 2001).

⁷⁶⁸ Essa é a posição assumida por PAULO LOBO NETTO (Op. cit., p. 85).

⁷⁶⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, Data da decisão: 10/11/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/juris.asp. Acesso em: 1º ago. 2005.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

Desse modo, consoante a jurisprudência da Colenda Suprema Corte, a teoria aceita, em relação aos direitos fundamentais, é de que eles estão encartados na Constituição de forma explícita e implícita, cabendo ao exegeta, nos casos concretos, dar a solução ao caso que for mais adequado ao sentido protecionista. Por via de consequência, com suporte no entendimento sufragado pelo STF, o nosso sistema jurídico tem como característica a atipicidade dos direitos fundamentais.

5.5 – Classificação dos direitos fundamentais.

Várias são as classificações dos direitos fundamentais emprestadas pelos doutrinadores. Isso porque, como se não bastasse a complexidade de sua estrutura interna, eles se apresentam com uma enorme variedade de tipos⁷⁷¹. Muitos critérios podem ser adotados, pois pode ser feita a distinção tendo como suporte a (1) *titularidade e os sujeitos*, (2) *o conteúdo ou o objeto*, (3) *a estrutura*, (4) *o modo de proteção* e (5) *a força jurídica*. EDILSOM DE FARIAS, tendo em conta a *teoria dos status* de GIORGIO JELLINEK subsidiada pela *teoria das posições jurídicas fundamentais*, elaborada por ALEXEY, classifica os direitos fundamentais em (1) *direitos de defesa, que se confundem com os chamados direitos de primeira geração, os quais impõem limitações aos poderes do Estado*; (2) *direitos fundamentais de prestação, que se identificam com os denominados direitos de segunda geração, os quais reclamam do Estado não uma abstenção, mas uma ação no sentido de materializar as garantias*; e (3) *direitos fundamentais de participação, os quais se referem à reserva de espaços públicos para que o cidadão possa atuar na vida política do país*.

De todo modo, para o escopo deste livro, impõe-se realçar a distinção entre os *direitos fundamentais*, que é feita em consonância com o bem *jurídico tutelado*, critério segundo o qual eles podem ser classificados em grupos de preceitos que se prestam a preservar a inviolabilidade dos direitos *à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. Assim, *dogmaticamente*, os *direitos fundamentais* podem ser distribuídos em três espécies distintas, uma vez que, da sua análise sistêmica, observa-se que há um conjunto de princípios que dizem respeito à integridade física (vida, corpo no todo e/ou em partes), outros que tratam de resguardar a integridade psíquica (direito de liberdade) e, por fim, aqueles que se prestam a tutelar a integridade moral (honra).

Seguindo essa orientação, pode-se sugerir a classificação dos direitos fundamentais, tendo em conta três vertentes. Primeiramente, os direitos pertinentes à integridade física (direitos físicos), que se referem aos componentes materiais da estrutura humana, como o corpo em seu todo, os órgãos, os membros e, até mesmo, o cadáver. Em segundo lugar, os direitos que dizem respeito à integridade psíquica (direitos psíquicos), que dão proteção aos elementos intrínsecos da personalidade, consubstanciados no direito à liberdade, à intimidade, à privacidade, ao sigilo, à imagem, ao segredo etc. Por último, mas não menos importantes, os direitos de integridade moral (direitos morais), que servem para salvaguardar os atributos valorativos da pessoa na sociedade, formando o seu patrimônio moral, materializado no direito à identidade, à honra etc.

Essa classificação pode orientar o intérprete a ter presente, ao se defrontar com a colisão de *direitos fundamentais*, qual o bem jurídico que, no caso concreto, diante das circunstâncias específicas da situação, deve prevalecer. Todavia, não serve, por si só, para dizer qual o direito que deve predominar em tese, pois isso depende das circunstâncias que permeiam o caso concreto. É comum que, em determinado caso, diante das circunstâncias, um *direito fundamental* pertencente ao grupo dos direitos físicos prevaleça sobre outro da categoria dos que estão classificados como direito psíquico, todavia, em outra hipótese concreta, ocorra exatamente o inverso. Sobre o assunto, RONALD DWORKIN chama a atenção para o mau vezo de decidirem-se esses *hard cases* com pré-conceitos de prevalência, fazendo com que as decisões sejam tomadas “... apenas por um cálculo utilitarista de rotina”⁷⁷². Ademais, como se disse, não há, *a priori*, um direito fundamental que seja sempre mais relevante do que outro, de modo que, nos casos de colisão entre direitos fundamentais, situação que é bastante frequente, a solução exige a *técnica da ponderação* contextualizada com a situação concreta⁷⁷³.

⁷⁷¹ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 101.

⁷⁷² *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 109.

⁷⁷³ Cf. item 7.2.6, infra, no qual está exposta a doutrina sobre a colisão dos direitos fundamentais.

Outra classificação importante para os fins do estudo aqui desenvolvido é a que leva em conta as características dos direitos fundamentais, hipótese em que eles podem ser enxergados e especificados segundo as nuances das regras gerais que, conquanto se manifestem com algumas diferenças quanto ao alcance, são comuns entre os direitos que integram essa mesma categoria. Nessa concepção, esses direitos são classificados em intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, inapropriáveis, imprescindíveis, vitalícios, relativos e universais.

A lógica que comanda essa classificação é a de que, sendo os direitos fundamentais os direitos mínimos necessários à dignificação da pessoa humana, eles, em rigor, devem acompanhar a existência da pessoa, desde o nascimento até o falecimento, em qualquer parte em que se encontre, não se admitindo, sequer, a renúncia ao exercício de um desses direitos pelo seu próprio titular.

Levando-se em consideração a sua natureza, os *direitos fundamentais* podem, ainda, ser classificados como *direitos fundamentais propriamente ditos e direitos de personalidade*, conforme seja a perspectiva sob a qual eles são vistos, isto é, tendo em conta as relações horizontais, encetadas entre o Estado e os cidadãos – normas de direito público –, ou as relações mantidas pelos indivíduos e grupos econômicos entre si – normas de direito privado. A importância dogmática dessa distinção impõe que o assunto seja destacado, tarefa que será cumprida mais adiante, no item 5.8, *infra*.

Essas classificações, conquanto sejam importantes, e sirvam de orientação, não vão ser, propriamente, adotadas no Capítulo 9 deste trabalho, momento estabelecido para o exame dos *direitos fundamentais do processo penal brasileiro*. *Naquela parte do trabalho, tendo em conta a função e os bens jurídicos tutelados* pelos direitos fundamentais no ambiente do processo penal, será adotada uma classificação consentânea à exposição dogmática da teoria constitucional do Direito Processual Penal, na sequência necessária para um desenvolvimento lógico do pensamento exposto. Tendo em consideração essa preocupação, a classificação singular anunciada neste livro diz respeito aos direitos fundamentais relativos: (1) *ao devido processo legal*; (2) *à presunção de não culpabilidade*; (3) *ao princípio acusatório*; (4) *à preservação da intimidade*; (5) *à ampla defesa*; e (6) *à liberdade*. Com essa divisão dos direitos fundamentais, serão analisadas e discutidas, sob a luz da doutrina nacional e estrangeira, assim como da jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, as cláusulas constitucionais estampadas na Constituição que têm pertinência ao Direito Processual Penal.

Certamente que a classificação aqui esboçada não é indene de críticas, a começar mesmo pelo aparente paradoxo de contemplar, dentre as categorias de direitos fundamentais, o devido processo legal, quando se sabe que, em rigor, o conjunto de todos esses direitos pertinentes ao ambiente criminal constitui a *legitimidade e legalidade* do processo⁷⁷⁴. Assim, em verdade, todos os direitos classificados do número 2 ao 6 fazem parte do que se convencionou chamar de *due process of law*. Ainda assim, a classificação se justifica, porquanto vem a ser apresentada com inquietação mais de cunho dogmático, na tentativa de fornecer ao leitor uma visão sistemática do assunto, ademais de inserir, no contexto do devido processo legal, institutos que, comumente, não são observados sob essa ótica. Por outro lado, o método adotado para a exposição teve em mira tratar, de modo específico, os direitos fundamentais que, sem embargo de serem incluídos no contexto do devido processo legal e dele serem indissociáveis, possuem conformação de todo singular.

5.6 – Universalidade como característica ínsita aos direitos fundamentais.

Conquanto se tratem de garantias inatas à própria natureza do homem, os direitos fundamentais se fazem sentir a partir do nascimento, estendendo sua proteção ao longo de toda a vida, com efeitos até mesmo após a morte⁷⁷⁵. Em comum pensamento, a doutrina clássica costuma erigir, entre as suas *características, a intransmissibilidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a inapropriabilidade, a imprescindibilidade e a vitaliciedade*, além de sua *natureza absoluta*. Como será aqui comentado, além de esses direitos não serem absolutos, porém *relativos*, essa forma tradicional de enxergar e classificar os direitos fundamentais padece de omissão quanto a aspecto

⁷⁷⁴ Cf. item 9.1, *infra*.

⁷⁷⁵ Há proteção ao cadáver, no todo e em partes, e à imagem. Observe-se que, no processo penal, a revisão criminal serve para enfrentar a coisa julgada, mesmo quando o condenado já tenha falecido. Nesse caso, ao assegurar o direito de revisar a sentença condenatória, o ordenamento processual penal está conferindo guarida ao direito que os familiares do falecido possuem de ver resgatada a honra e a imagem deste, solapada com a sua condenação.

extremamente relevante sobre as características dos direitos fundamentais, qual seja, a sua *universalidade*⁷⁷⁶. Com efeito, conforme acentuado no exame quanto ao processo de normatização dos direitos do homem⁷⁷⁷, o que distinguiu a declaração de direitos da Revolução Francesa daquela que restou inserida na Constituição americana foi menos a substância do que a circunstância de aquela, diferentemente desta, ter sido expressa no firme propósito de que os seus preceitos fossem adotados e respeitados por todos, independentemente da pessoa e do lugar no qual esta se encontre⁷⁷⁸.

O insigne constitucionalista PAULO BONAVIDES⁷⁷⁹ assinala que o racionalismo francês revolucionário, ao fazer a “... vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá, sem óbices, ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”, para, mais adiante, depois do exame dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações, forte em outra perspectiva com a qual essa característica dos direitos fundamentais se manifesta, arrematar:

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade⁷⁸⁰.

Essa característica que faz parte da própria história dos direitos essenciais do homem anima o operador jurídico a consignar como linha de pensamento a premissa de que os direitos fundamentais do sistema jurídico não são apenas aqueles que emergem de forma explícita ou implícita da Constituição, mas igualmente aqueles que estão anunciados em declarações internacionais, a despeito de eles se encontrarem ou não ratificados pelo Brasil. É válido, assim, que, na análise de um caso concreto, para a solução da querela, o juiz ou intérprete vá buscar, em textos constitucionais estrangeiros ou outros documentos internacionais que contêm declarações de direitos, o substrato jurídico para melhor decidir.

Com isso, se quer dizer que o legislador e, sobremaneira, o juiz e o operador jurídico, em geral, devem ter em conta que as declarações internacionais, plasmadas em textos constitucionais ou outros diplomas, servem de baliza orientadora para revelar a existência de direitos fundamentais que não foram, no plano interno, formalmente, insertos no sistema jurídico.

5.7 – Relatividade como característica inerente aos direitos fundamentais.

Como reminiscência da discussão em torno da existência de um direito que subsista em virtude da própria natureza do ser humano, indispensável à satisfação das necessidades do homem, NOBERTO BOBBIO, em *A era dos direitos*, com lucidez, enfrenta a temática, ao desenvolver o seu pensamento sobre o assunto, partindo da premissa de que não há direito absoluto⁷⁸¹. A seu sentir, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são realidades históricas, surgidos em razão de determinadas condições de vida, sendo, portanto, apenas relativos, não resultando, como defendiam os jusnaturalistas, da própria natureza do homem. Em sua concepção, os direitos do homem podem ser definidos por naturais tão-somente sob a ótica de assim considerados porque cabem a ele pela sua própria condição de ser, independentemente da vontade do soberano. Isso não quer dizer, porém, adverte BOBBIO, que sejam absolutos, no sentido de não conhecerem limites⁷⁸².

⁷⁷⁶ Cf. item 3.4, supra.

⁷⁷⁷ Cf. item 3, supra.

⁷⁷⁸ BOUTMY, apud PAULO BONAVIDES, com estilo irretorquível, em poucas palavras, esclarece a diferença entre uma e outra declaração de direitos: “Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações” (*Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 474).

⁷⁷⁹ Ibid., p.474.

⁷⁸⁰ Ibid., p.483.

⁷⁸¹ Op. cit., p. 20.

⁷⁸² Lembra BOBBIO que os direitos fundamentais, erroneamente definidos como absolutos, são fruto da criação das declarações dos direitos do homem, que foi uma necessidade histórica, sendo ampliados ou restringidos ao sabor das circunstâncias da vida. Depois, vieram os direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais, e, agora, os de terceira, ainda heterogêneos e vagos, a exemplo do direito a um meio ambiente puro (Op. cit., p. 5).

A assertiva do filósofo italiano não merece retoques, pois os direitos, na realidade prática, não são absolutos, até porque eles não nascem de uma só vez, porquanto resultam da luta pela melhor qualidade de vida, sendo gerados quando devem, ou mesmo podem nascer, sendo passíveis de modificações com o tempo, em compasso com a evolução das necessidades crescentes do ser humano. De acordo com o pensamento de KANT, mencionado por BOBBIO⁷⁸³, o único direito irresistível seria a liberdade, na categoria de direito inerente ao ser humano, tais como o direito de comer, beber, casar, namorar, trabalhar etc., porquanto os direitos do homem, considerados como categorias insitas à condição humana, seriam aqueles que pertencem ou deveriam pertencer aos indivíduos, indispensáveis ao aperfeiçoamento da pessoa individual ou para o desenvolvimento da civilização. De qualquer forma, reconhecia KANT que a extensão do direito de liberdade de uma pessoa tem os seus limites determinados pela necessidade de obediência ao direito de liberdade dos demais indivíduos.

Sem embargo desse aspecto, na visão de BOBBIO⁷⁸⁴, manifesta-se extremamente complexo definir os direitos do homem, uma vez que o alcance do enunciado fica à mercê dos valores cultivados pelo intérprete. Ademais – e aqui penso que a ideia de BOBBIO atinge o âmago da questão –, os direitos insitos à condição humana, caso entendidos como absolutos, não poderiam ser cumpridos de forma global, a um só tempo, porque, a fim de que fossem observados num mesmo instante, seria necessária a conciliação dos direitos de todas as pessoas que formam o grupo social, para permitir a interação de forma sistêmica e evitar que uns anulem os outros.

Ainda assim, como os direitos do homem são históricos, eles pertencem a uma classe variável, que se cria no tempo, modifica-se com ele e continua a modificar-se com a alteração das condições históricas, com base nos interesses e necessidades das classes no poder, no surgimento ou desaparecimento dos meios indispensáveis à realização dos direitos e, sobretudo, nas inovações de ordem tecnológica, o que nos leva a supor que, no futuro, poderão surgir direitos inimagináveis na época de agora⁷⁸⁵. Por isso mesmo, muito do que se apresenta como direito fundamental para uma determinada era histórica e numa certa civilização não o é em relação a outras épocas e em outras culturas ou mesmo, às vezes, não tem conteúdo idêntico.

Atento para essas peculiaridades, malgrado reconheça a existência de alguns direitos que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente, como o caso do direito de não ser escravo ou de não ser torturado, adverte BOBBIO que eles são heterogêneos e, muitas vezes, incompatíveis entre si, daí por que possuem fundamentos tão diversos e devem ser limitados quando sopesados entre si, no desiderato de que todos sejam observados, perfazendo um sistema harmônico⁷⁸⁶.

Por fim, realça o *filósofo italiano* que, além de notar-se em muitos casos o contraste entre o direito substancial de uma categoria e de outra, deve-se verificar que, não raro, exsurge antinomia entre direitos invocados pelas mesmas pessoas, acrescentando que, paradoxalmente, à medida que os poderes dos indivíduos aumentam, mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos, visto que “... os direitos fundamentais garantidores da liberdade consistem em poderes, exigindo dos outros (incluídos os poderes públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos, ou então obrigações positivas.”⁷⁸⁷

Tem-se assim que, para fins de preservação da cidadania e da dignidade humana, há a necessidade de ser prevista uma gama de direitos fundamentais, sendo que muitos deles guardam certa antinomia entre si, de modo que o gozo de um limita ou restringe o usufruto do outro. Dessa forma, não há um direito fundamental absoluto, mas *direitos essenciais relativos*, tidos, historicamente, diante

⁷⁸³ Ibid., p. 17.

⁷⁸⁴ Ibid.

⁷⁸⁵ Ibid., p. 18. BOBBIO agrega, com inteira procedência, que, assim como “... direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações” (Ibid.), não “... é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens” (Ibid., p. 18-19). Essa realidade, para BOBBIO, demonstra que *não existem direitos fundamentais por natureza*, pois o que pode ser *fundamental* em uma época histórica de uma determinada civilização, pode não ser assim considerado em outras épocas e em outras culturas (Ibid., p. 19).

⁷⁸⁶ Ibid., p. 18.

⁷⁸⁷ Ibid., p. 21-22.

de certas circunstâncias, como imprescindíveis para o desenvolvimento da pessoa humana e da civilização.

SUZANA TOLEDO DE BARROS⁷⁸⁸, forte na doutrina de CANOTILHO, não põe dúvidas quanto à existência de limites ou restrições para os direitos substanciais, que podem estar expressos diretamente pela Constituição, indiretamente pela lei e implícitos, uma vez que imanentes devido à coexistência de princípios opostos. Pondera a autora que os limites imanentes se justificam na medida em que as normas de direitos substanciais influem na relação mantida entres os próprios cidadãos, titulares de garantias que merecem igual proteção e, não raro, essa colisão se destaca entre direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, como a *saúde pública, segurança pública, defesa nacional*⁷⁸⁹.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, emitiu pronunciamento sufragando a tese de que não há, no nosso sistema jurídico, garantia constitucional absoluta, apresentando-se, todas elas, apenas de forma relativa, daí por que é válido afirmar que, como regra de princípio, os direitos substanciais possuem limites, quando não expressos, que lhes são imanentes. Com efeito, ao deferir medida liminar no Mandado de Segurança nº 23.452-RJ, o Ministro CELSO DE MELLO, na ementa de seu perecuente voto, afirmou:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁷⁹⁰

Conclui-se, assim, que o sistema constitucional brasileiro, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, sufraga a tese da relatividade dos direitos fundamentais, de modo que sempre é possível haver a limitação quanto ao gozo dessa espécie de direito, exigindo-se, apenas, que a determinação provenha de decisão que contemple a justificativa para a adoção da medida de força⁷⁹¹.

5.8 – Distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Os *direitos da personalidade* possuem a mesma raiz (cidadania e dignidade da pessoa humana) dos direitos fundamentais e embora conjuntamente com estes formem os direitos civis de cidadania, com eles não se confundem, uma vez que, malgrado se tratem dos mesmos direitos, são vistos sob o ângulo das relações entre os particulares, ou seja, representam proteção nas *relações interpretadas*, enquanto os direitos fundamentais se apresentam como limitações ao Estado em suas relações com os administrados.

A concepção dos direitos da personalidade encerra a instigante discussão iniciada na doutrina alemã, quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos, como seus efeitos externos ou na qualidade de eficácia horizontal. Na relação entre particulares, salvo quando se trate de pessoa jurídica com detenção de alguma parcela do poder público, não há de falar-se, tecnicamente, em direitos fundamentais, mas sim em direitos da personalidade.

Diferentemente, os direitos fundamentais são normas de proteção referentes às relações entre o Estado e o indivíduo, razão pela qual perfazem o que se convencionou denominar *liberdades*

⁷⁸⁸ *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 160.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 169.

⁷⁹⁰ Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/informativos. Acesso em: 24 jan. 2005.

⁷⁹¹ Cf. itens 7.2.2 e 7.2.3, *infra*.

públicas. Sob uma determinada ótica, pode-se dizer que os direitos fundamentais representam o gênero, do qual se extraem duas espécies, quais sejam, os direitos fundamentais propriamente ditos, que cuidam de estabelecer os limites políticos do Estado em relação aos indivíduos, e os *direitos da personalidade* que, malgrado provenientes da mesma raiz daqueles, tratam de resguardar os valores essenciais da condição humana nas relações interpessoais.

Em um primeiro instante – leia-se aí a concepção dada à declaração dos direitos humanos com a Revolução Francesa –, tinha-se que os direitos fundamentais deveriam ser objeto de posituação na Constituição, como normas limitadoras do poder político estatal na esfera da sociedade coletiva e individual, enquanto os direitos da personalidade seriam tratados na codificação infraconstitucional civil, à qual caberia pré-traçar a disciplina das relações interpessoais. Os direitos fundamentais seriam normas de Direito Público, encartadas na Constituição, ao passo que os direitos da personalidade compreenderiam normas de Direito Privado, plasmadas na legislação subconstitucional.

O Código Civil, nessa perspectiva, era uma espécie de *constituição do cidadão*, no que diz respeito às relações com os seus iguais, que traduzia a ideologia liberal da época. Esse pensamento fomentou a sedimentação da ideia de que o Código Civil era o estatuto fundamental dos direitos civis do cidadão, servindo as normas constitucionais de fonte subsidiária interpretativa, uma vez que o campo próprio de incidência dos dispositivos das Cartas Políticas seria a esfera pública, ou melhor, a seara envolvendo o Estado e o cidadão.

Nesse contexto histórico-liberal do Século XIX e do início do Século XX, editou-se o *Código Civil de 1916*. A necessidade de adequar o Código Civil à ideologia da terceira fase do Estado Moderno⁷⁹² – que sempre foi uma das justificativas apresentadas pelos mentores do projeto do Código Civil em vigor⁷⁹³ – tornou-se imperiosa diante da mudança profunda trazida a nosso ordenamento jurídico com a promulgação da *Constituição de 1988*.

Os doutrinadores nacionais têm destacado que o fenômeno da publicização do Direito Civil, em voga nos anos setenta, cedeu espaço ao movimento de constitucionalização do Direito Civil, que tem como marco decisivo a *Constituição de 1988*. Atento a essa realidade, FRANCESCO GALGANO, ao lembrar que, do fim do século XVII, quando teve início o processo de constitucionalização, até o início do Século XIX, as Constituições foram elaboradas em consonância com a ideia de assegurar mecanismo de defesa da sociedade burguesa em relação ao despotismo político do Estado, arremata que a mudança de paradigma teve início em 1919, com a edição da Constituição da República de Weimar⁷⁹⁴. Acrescenta o doutrinador italiano que o processo de constitucionalização teve como norte o desmonte do Estado Absolutista e a consequente edificação do Estado de Direito, de maneira que, quando se referia ao Direito Privado, como no caso do direito de propriedade, era apenas no sentido de disciplinar a relação entre o indivíduo e o Estado, ou seja, estabelecer os casos e o modo de desapropriação e de livrar aquele do arbítrio deste. Em razão disso, naquele momento histórico, pensava-se que, para preservar a liberdade da sociedade e, assim, assegurar a cidadania, seria suficiente impor limites ao poder do Estado⁷⁹⁵.

Por isso mesmo, como acentua FRANCESCO GALGANO, não havia preocupação quanto à possibilidade de que a liberdade econômica da sociedade pudesse fazer surgir outras relações de poder, ditadas pelo poder econômico, e que a garantia da liberdade civil pudesse ser fonte de profundas desigualdades entre os homens. Esse liberalismo desenfreado, porém, fez exsurgir outro tipo de relação de domínio, agora envolvendo as relações privadas.

Nessas circunstâncias, na Carta de Weimar e nas Constituições europeias, apareceu uma nova ideia do constitucionalismo, qual seja, a de limitar o despotismo econômico e mesmo todos os poderes de fato da sociedade civil, tutelando as próprias relações entre os cidadãos, a fim de não deixar as relações intersubjetivas ao alvedrio das normas subconstitucionais. A partir daí, as Constituições

⁷⁹² As três fases do Estado Moderno, de acordo com a doutrina tradicional, compreendem os Estados absolutista, liberal e social. Resta considerar que, a despeito da globalização e da patente crise do Estado Social clássico, não se pode perder de vista que, nos dias atuais, ainda que se fale em Estado neoliberal, em verdade, houve uma mudança de paradigma do modo de direção estatal da vida privada. Com efeito, conquanto o Estado-providência não tenha satisfeito as exigências de garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social etc., no campo econômico, ele permanece intensamente intervencionista, por meio da regulamentação do mercado.

⁷⁹³ LOBO NETTO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no código do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, p. 189, abr/jun, 2002.

⁷⁹⁴ *Il dirritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli Editore, 1988, p. 58.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p.58.

deixaram de se ater apenas a traçar normas referentes ao Direito Público, não se contentando mais em disciplinar só as formas de governo e as garantias de liberdade dos cidadãos nas relações com o Estado, para tornarem-se as leis fundamentais de todo o sistema jurídico, tendo em mira incidir, igualmente, sobre as relações interpessoais⁷⁹⁶.

⁷⁹⁶ FRANCESCO GALGANO leciona que os princípios fundamentais da Constituição italiana espelham a consciência de que há poderes privados do homem sobre o homem, o que se denota da leitura do art. 2º, ao atribuir à República a tarefa de garantir a inviolabilidade do homem nas relações privadas. Invoca, igualmente, o autor o § 2º do art. 3º da Constituição italiana, que confere à República a missão de remover os obstáculos à liberdade e à igualdade do homem nas relações com o poder econômico (Ibid., p. 88/1 e 2).

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO 6

TEORIA DO PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

De conformidade com o conceito clássico – puramente dogmático –, o processo penal pode ser tido como um conjunto de atos necessários ao exercício da atividade jurisdicional, ao passo que o Direito Processual Penal, concebido como o ramo da ciência jurídica que se ocupa do estudo dos princípios e institutos que dizem respeito ao exercício da atividade jurisdicional. Engajado na tarefa de dar um conceito abrangente do processo penal, PEDRO ARAGONESES⁷⁹⁷ diz que o processo “... *é uma estructura heterónoma estatal para la realización coactiva e imparcial de la justicia penal, por la que se satisfacen las pretensiones acusadoras que unos sujetos actúan frente a outro, afirmando su fundamento jurídico y siguiendo al efecto um procedimiento contradictorio previamente establecido.*” Por outro lado, sob a ótica de uma ciência, o processo penal, nas palavras de CLARÍA OLMEDO⁷⁹⁸, é o ramo do Direito “... *que estudia um conjunto sistemático de principios y de normas referentes a la actividade judicial que mediante el proceso cumplen los órganos predisuestos del Estado y demás in tervenientes para la efetiva realización del derecho sustantivo*”.

Porém, para se rebuscar a teoria do processo penal é preciso, mais do que a pura investigação jurídica, ir além dessa área restrita para resgatar e compreender as suas raízes político-filosóficas. Sem embargo dessa consideração, mister se faz ter presente a nova configuração dos Estados contemporâneos e a função desempenhada pelas Constituições, com os reflexos daí decorrentes na forma de abordar o Direito infraconstitucional. O neoliberalismo, embasado em premissas constitucionais, ao contrário de promover a desmistificação das Constituições, acarretou um novo paradigma de constitucionalismo, fomentando uma forma diferente de olhar para o ordenamento jurídico. Esse novo paradigma constitucional dá suporte para falar-se daquilo que se convencionou, entre os doutrinadores estrangeiros, denominar *Estado neoconstitucional*.

Tendo em consideração essas nuances, o processo penal pode ser definido como o instrumento com o qual se exerce a jurisdição, atuando o Judiciário na composição do conflito de interesses entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, representadas, de um lado, pelo dever-poder de punir, exalado do dever do Estado de conferir proteção eficiente aos direitos essenciais à condição humana e, de outro, pelo direito do acusado de que a persecução criminal seja pautada em consonância com o *devido processo legal*, notadamente quanto à ampla defesa, o direito à liberdade e à preservação da honra e da imagem da pessoa a quem imputada a prática do crime.

⁷⁹⁷ *Curso de derecho procesal*. Madrid: ER, p. 27.

⁷⁹⁸ *Derecho procesal*. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. 1. p. 9.

6.1 – Neoconstitucionalismo estatal ou estado constitucional.

O constitucionalismo, que deita raízes com a derrocada do Estado Absolutista, já faz tempo, vem sendo observado sob um novo paradigma. Se é verdade que, a partir de então, a Constituição passou a desempenhar papel político fundamental, manifestando-se como a fonte de legitimidade do poder político, não menos verdade é que, na atualidade, o movimento constitucionalista ostenta uma configuração diferente. Essa guinada, embora tenha custado a ser notada e ainda não tenha sido devidamente esgarçada quanto ao seu conteúdo, passou a evidenciar-se a partir da Segunda Guerra Mundial, a ponto de ser mais apropriado falar-se agora em *Estado Constitucional de Direito ou em neoconstitucionalismo do que em Estado de Direito*. Nessa visão, se, em seguida ao Estado Absolutista, surgiu o Estado de Direito, após a Segunda Guerra Mundial, veio o Estado Constitucional. É apropriado mencionar que, agora, na Europa, esboça-se um outro modelo de Estado – Estado absolutista, Estado de Direito, Estado Constitucional – que seria o Estado de Direito Constitucional ampliado ao plano supranacional, por força da adoção de uma Constituição única para vários países, como se está tentando fazer na Comunidade Europeia.

O constitucionalista italiano LUIGI FERRAJOLI⁷⁹⁹ no trato da matéria, expõe que, se a primeira mutação do paradigma do Direito adveio com o nascimento do Estado moderno, “*un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último médio siglo com la subordinación de la legalidad misma – garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad – a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez*”. Com isso, se quer dizer que, mercê desse segundo movimento constitucionalista, a validade do ordenamento jurídico infraconstitucional não está subordinada apenas à obediência quanto à forma de sua produção, mas igualmente, nas palavras de FERRAJOLI⁸⁰⁰, à coerência de seu conteúdo com os princípios constitucionais, de maneira que uma norma pode ser tida como *formalmente válida*, entretanto, *substancialmente considerada inválida, devido ao fato de não se coadunar com os direitos fundamentais*⁸⁰¹.

Adotando a mesma orientação, ao analisar o sistema jurídico alemão, ROBERTO ALEXY⁸⁰² relata que o ordenamento normativo tedesco está compreendido naquilo que ele denomina *Estado constitucional-democrático*⁸⁰³, visto que se pauta pela proteção dos direitos fundamentais⁸⁰⁴, com a submissão da validade do ordenamento normativo infraconstitucional a sua plena conformação com a essência principiológica dessas normas de grau superior, que ocupam posição hegemônica em todo o sistema jurídico. ALEXY realça, com inteira procedência, que, no Estado constitucional, os direitos fundamentais se exprimem por meio de quatro características bem singulares: (a) são as normas de maior grau no sistema, de modo que todas as demais lhe devem conformação; (b) possuem a máxima força jurídica, no sentido de que vinculam não apenas o Executivo e o Judiciário, mas igualmente o Legislativo, o que implica dizer “... que cada juez debe tener en cuenta em cada decisión los derechos fundamentales”, (c) têm como objeto bens jurídicos da mais alta importância para o grupo social, não só do ponto de vista individual como coletivo; e (d) alto grau de indeterminação, o que exige acurado trabalho interpretativo, pois o seu conteúdo somente é possível de ser identificado caso se some ao enunciado normativo a jurisprudência consolidada sobre os mais diversos aspectos pertinentes a sua abordagem.

Por conseguinte, sob a batuta do Estado constitucional ou do *neoconstitucionalismo*, o juiz, ao se debruçar sobre um caso concreto, qualquer que seja o assunto levado a seu deslinde, deve orientar-se, na solução da querela, pela ideia jurídica dimanada da compreensão do alcance exegético das dicções normativas que enunciam os direitos fundamentais. ALEXY⁸⁰⁵ reconhece que essa forma

⁷⁹⁹ Pasado y futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003. p. 18.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, p.18.

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003. p.31.

⁸⁰³ Na dissertação de mestrado intitulada Poder judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura, o autor, em posição que se mostra, agora, afinada com a tese do jurista alemão, defende que, segundo o nosso texto constitucional, a nomenclatura mais adequada não é Estado democrático de direito, mas sim Estado democrático-constitucional. Mais à frente, no tópico 6.2, esse assunto será retomado.

⁸⁰⁴ *Los derechos fundamentales em el estado constitucional democrático*, p. 34-36.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 2804.

de abordar o sistema jurídico conduz àquilo que alguns doutrinadores criticam e identificam como *constitucionalização do direito em sua totalidade, porém, de outra banda, aplaudem por permitir la realización plena de los derechos fundamentales*.

Aderindo a esse movimento *neoconstitucional*, RICARDO GUASTINI⁸⁰⁶ repara que, às mais das vezes, quando se fala em constitucionalização, quer-se referir à edição de uma primeira constituição. Entretanto, hodiernamente, vislumbra-se uma nova onda constitucional que se direciona para a constitucionalización del ordenamiento jurídico, o que representa uma transformação no sistema de modo que o ordenamento subconstitucional “*resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales*”⁸⁰⁷. Nesse passo, CARBONELL⁸⁰⁸ define o neoconstitucionalismo como fenômeno de múltiplas dimensões, que alcança mudanças de três níveis: o surgimento das novas constituições (textos elaborados pós-segunda guerra); práticas jurisprudenciais inovadoras dos Tribunais e Cortes Constitucionais; e construções de novos aportes teóricos sobre esses textos e práticas jurisprudenciais.

Parece, assim, que, no contexto dessa nova ideia de Estado – o chamado Estado Constitucional, se mostra mais adequado hoje perquirir a teoria constitucional de um determinado ramo do Direito do que a *teoria geral*, até porque esta se subordina àquela, especialmente no campo do Direito Processual Penal, cujo perfil tutelar dos direitos fundamentais é um corolário lógico do ideário firmado pelo Estado democrático com raízes fincadas em uma Constituição, uma vez que este texto possui posição hegemônica no sistema jurídico e tem a sua inteireza positiva, autoridade e uniformidade de interpretação assegurada mediante ampla jurisdição constitucional. Nesse aspecto, no sistema jurídico brasileiro a *jurisdição constitucional*, na qualidade de instrumento de defesa da Constituição, é exercitada pelos meios difuso e concentrado. O critério difuso foi obra do constitucionalismo americano, que esprou, entre todos os órgãos jurisdicionais, a função de exercer o controle de constitucionalidade das leis, erigindo, dessa forma, como principal atribuição do juiz, preservar os postulados da Norma Maior. Em contranota, o sistema europeu desenvolveu o sistema concentrado, com a atribuição dessa função a apenas um órgão. O Brasil, com a primeira Constituição republicana, seguiu a ideia americana, porém, paulatinamente, adotou também o sistema europeu, desenvolvendo, assim, um sistema eclético e peculiar. Com isso, no nosso sistema, o controle de constitucionalidade é mais amplo do que nos países em que se adota um ou outro modelo⁸⁰⁹.

O controle de constitucionalidade como função primeira da magistratura, pouco importando o grau de jurisdição, servem para dar efetividade aos direitos fundamentais na sua função fundamentadora, interpretativa e supletiva do ordenamento jurídico processual penal, mesmo em relação àqueles que estão estampados em convenções e tratados internacionais. Essa nuance do controle de convencionalidade é outra faceta do neoconstitucionalismo, gerando a concepção daquilo que MARCELO NEVES⁸¹⁰ denomina *transconstitucionalismo*. A respeito desse aspecto, em comentário sobre a reforma do processo penal operada na Itália, MARIO CHIAVARIO afirma que, no preâmbulo da lei que delegou ao governo a redação do novo código, ficou ressaltado que um dos objetivos principais seria, além do respeito aos princípios constitucionais, a observância das cláusulas das convenções internacional⁸¹¹.

⁸⁰⁶ La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 49.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 49.

⁸⁰⁸ CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo, In: *Neoconstitucionalismo*, Colección Estructuras y procesos. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta 2005. p. 9-12.

⁸⁰⁹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁸¹⁰ Cf. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Cf. item 7.2.7, infra.

⁸¹¹ Processo penal na Itália. O processo penal na França. In: *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.)

6.2 – O modelo brasileiro: estado democrático constitucional.

Ao revelar a organização do Estado alemão tal qual desenhado na Constituição, ALEXYS⁸¹² afirma que ele se apresenta como um Estado constitucional-democrático, porquanto se baseia nos princípios fundamentais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e dos princípios relativos à estrutura e aos fins do Estado de Direito, democrático e social. RICARDO GUASTINI,⁸¹³ explorando a caracterização do fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico, cuida de apresentar uma lista de sete itens que, embora não seja exaustiva, é idônea para descortinar o Estado constitucional.

Nos termos da doutrina de GUASTINI, o primeiro elemento preponderante à consideração do Estado democrático é a circunstância de a Constituição ser considerada rígida. A rigidez que se reclama é quanto à forma, qual seja, a sua manifestação escrita e a previsão de um processo legislativo qualificado para que seja possível a sua alteração. Outro aspecto a merecer distinção é a existência de mecanismo de controle, seja concentrado ou difuso, de constitucionalidade das leis ordinárias, a fim de que seja mantida a sua supremacia no sistema jurídico⁸¹⁴. A terceira condição é que os princípios gerais e as disposições programáticas sejam consideradas normas jurídicas genuínas, “... *vinculantes para todos sus destinatários y, sobre todo, jurídicamente eficaces, es decir, capaces de producir efectos jurídicos.*”⁸¹⁵, ou em outras palavras, “... *que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.*”⁸¹⁶ A quarta condicionante é que a Constituição seja interpretada de forma extensiva, de modo que de sua leitura sejam extraídas normas implícitas com idoneidade para regular os mais diversos aspectos seja da vida civil, seja da política.

Por conseguinte, o alcance normativo da Constituição não se basta em sua interpretação literal, o que faz com que, mesmo nos eventuais vazios normativos, uma lei ou um ato seja examinado tendo em conta a sua adequação a um princípio implícito⁸¹⁷. Outra singularidade do Estado constitucional é o controle de constitucionalidade exercido por todos os juízes, qualquer que seja a controvérsia.⁸¹⁸ Como consequência da condição antecedente, tem-se que o Estado constitucional submete a atividade interpretativa do juiz a sua conformidade com o Texto Maior, isto é, dentre dois ou mais modos de interpretar um caso concreto, o escolhido deve ser aquele que melhor se adequar à orientação da norma constitucional⁸¹⁹. Por fim, como último item, GUASTINI coloca o delicado problema da sujeição das ações políticas à análise de sua validade constitucional, arrematando que “La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo – frente a una doble posibilidad interpretativa – el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución”⁸²⁰.

Na França, conforme revelam SEGE LASVIGNES e MARCEL LEMONDE⁸²¹ a constitucionalização do direito processual penal ocorreu, efetivamente, com a adoção do Código de Processo Penal, em 1974, devido a “... importância demasiada dada ao controle de constitucionalidade das leis, e a sua internacionalização consagrada especialmente pela ratificação da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e dos Pactos da ONU”.

Infelizmente, no Brasil esse *neoconstitucionalismo* demorou a se incorporar a nossa cultura política e jurídica, até porque, se, com a Constituição de 1946, era possível que ele vicejasse, qualquer pretensão, nesse sentido, foi soterrada, mercê do golpe de 1964 e da Constituição outorgada de 1967. O Brasil, mesmo após a Segunda Guerra Mundial, ao contrário dos países europeus e dos Estados Unidos, continuou com a cultura do Estado de Direito, paradigma sob o qual os preceitos constitucionais eram materializados pela legislação infraconstitucional. Imperava a ideologia

⁸¹² *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*. p. 31.

⁸¹³ *La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico*. p. 50-51.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 51-2.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 83.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 54.

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 55-56.

⁸¹⁹ *ibid.*, p. 56-57.

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 57-58.

⁸²¹ O processo penal na França. In: *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

positivista-normativa, segundo a qual o alcance das regras constitucionais era alvitado pelas normas ordinárias, de maneira que a eficácia do conteúdo principiológico daquelas somente se fazia sentir nos vazios infraconstitucionais, vale dizer, a força normativa da Constituição se restringia ao exercício de uma função de complementaridade do sistema jurídico⁸²².

O *Direito subconstitucional nacional* permaneceu com a sua função hegemônica do ordenamento jurídico, razão pela qual o intérprete, na busca das respostas jurídicas para os casos concretos sobre os quais tinha que se posicionar, olhava o sistema de *cima para baixo*, porém, tendo como a parte de cima e fonte principal a legislação ordinária e, a de baixo, o texto constitucional. A norma constitucional, dessa forma, tinha uma função complementar, e não propriamente *fundamentadora, interpretativa e supletiva* do sistema jurídico, como se dá no modelo de Estado Constitucional, exurgido após a Segunda Guerra Mundial.

A virada copérnica – para usar as palavras de LÊNIO STRECK – em nosso meio, adveio com a *redemocratização* do Brasil e a consequente edição da Constituição de 1988. Seguindo a ideia de outros países, a nova ordem jurídica instaurada no Brasil adotou os fundamentos daquilo que se convencionou chamar de Estado Constitucional. Estreme de dúvidas, do exame da Constituição de 1988, facilmente se observa que o nosso modelo de Estado é o constitucional. Realmente, a Constituição proclama, com ênfase, que a República Federativa do Brasil constitui um *Estado Democrático de Direito*. De conformidade com a advertência de JOSÉ AFONSO, com essa nomenclatura, não se operou apenas uma reunião formal dos elementos constitutivos dos Estados de Direito e Democráticos. Mais do que isso, Estado Democrático de Direito “... *revela um conceito novo que os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo*”⁸²³.

Esse conceito novo, mencionado por JOSÉ AFONSO, corresponde, em outras palavras, ao clássico Estado de Direito sendo visto sob o prisma constitucional, com a consequente eleição das cláusulas constitucionais como normas de foros de efetividade e de orientação para a interpretação de todo o sistema jurídico, aliado à ideia democrática. Em outras palavras, é “... um Estado orientado pelos preceitos constitucionais”⁸²⁴. Exatamente por isso, o autor, em outro trabalho, defendeu que a nomenclatura mais correta seria Estado Democrático de Direito Constitucional ou, como prefere o mencionado autor, Estado Democrático-Constitucional⁸²⁵.

Malgrado a expressão eleita pela Constituição para identificar o Estado brasileiro como sendo o democrático de direito – o que, em verdade, qualifica-o de *Estado Democrático-Constitucional* –, tenha-se presente que todo o arcabouço normativo do texto de 1988 é centrado na valorização do postulado da dignidade humana, cujas principais cláusulas estão esmiuçadas nos dispositivos que cuidam de declarar, em forma de princípios, o elenco dos direitos fundamentais. Nessa nova configuração, conquanto esses direitos sejam anunciados sob a forma de regras de conteúdo principiológico, nem por isso, eles deixam de possuir força normativa, pelo contrário, são considerados normas de grau mais elevado do que aquelas que compõem o *Direito infraconstitucional*.

Na sequência dessa ordem de ideias, com o novo modelo do Estado brasileiro, as normas constitucionais, especialmente as que expressam valores essenciais, habitam, efetivamente, a pirâmide do sistema jurídico, nos sentidos formal e material, daí por que elas passam a exercer a função hegemônica da ordem jurídica, relegando a segundo plano a legislação infraconstitucional. Realçando a supremacia das normas constitucionais, principalmente as de conteúdo principiológico, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece força normativa, também, aos princípios implícitos, como forma de controlar, até mesmo, as iniciativas legislativas do Parlamento. Por fim, como mais uma evidência de que o modelo do Estado brasileiro se afina com o que os doutrinadores estrangeiros chamam de Estado Constitucional, tem-se que o controle de constitucionalidade é amplo, seja na forma concentrada, seja na difusa, de modo que a missão primeira do magistrado é fazer a

⁸²² Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Salvador: IBDP. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 9, março/abril/maio 2007. Disponível em: www.grupos.com.br. Acesso em 5 dez. 2012.

⁸²³ *Ibid.*

⁸²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 99.

⁸²⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 53.

interpretação do ordenamento jurídico de conformidade com os valores emanados das normas constitucionais⁸²⁶.

Diante dessas considerações, observa-se que o modelo brasileiro é o do Estado Constitucional, quer dizer, do Estado Democrático- Constitucional, segundo o qual o sistema jurídico é arquitetado e interpretado em consonância com a plataforma principiológica plasmada no Texto Maior, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais que, diante da profusão de normas dessa categoria pertinentes ao ordenamento processual penal, manifestam-se como a espinha dorsal desse ramo do Direito.

6.3 – Dimensão constitucional da teoria do processo penal.

O constitucionalismo contemporâneo, exurgido após a Segunda Guerra Mundial, possui como norte a democracia e os direitos fundamentais, o que é revelado por meio da proclamação de que a Constituição, com as suas disposições normativas, cria e orienta o Estado *Democrático-Constitucional*⁸²⁷. Como visto, a despeito do neoliberalismo, o constitucionalismo não morreu, vige como a força motriz da legitimação dos governos, permanecendo corretas as noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária. Isso fica muito claro na Constituição portuguesa que, de forma peremptória, no art. 2º, diz textualmente que a “República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais...” Embora inspirada na Carta portuguesa e não tenha o constituinte nacional redigido dispositivo similar de forma tão expressa, ele deixou patente essa premissa logo na primeira norma encartada no texto da Constituição de 1988, quando tratou de dizer que os fundamentos do nosso Estado são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político. E assim é porque no paradigma do *Estado Democrático-Constitucional*, a Constituição é a ordem jurídica global e concreta que estabelece a base teórica de todo o ordenamento jurídico.

Com perspicácia, LENIO LUIZ STRECK, em sua obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, ao apontar vários fatores que conduzem à propagação da crise do Direito como instrumento de qualidade de vida, identifica como um dos males a concepção de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente⁸²⁸. O que o respeitável constitucionalista quer dizer com a sua linguagem é que, posicionando-se a norma constitucional como a fonte de validade do ordenamento jurídico – a norma jurídica é válida tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição –, não há como o exegeta interpretar um texto jurídico (dispositivo, lei, código etc.), sem uma prévia compreensão da Constituição.

A afirmação do professor, expendida em linguagem fácil, parece óbvia, principalmente quando ele demonstra que, no plano da ontologia da compreensão, o processo hermenêutico não se desenvolve em fases *-conhecimento, interpretação e aplicação-*, porém em um só momento, o da *aplicação*. Se na explanação de um texto o intérprete deve encontrar-se em um movimento *antecipatório da compreensão*, que tem como condição ontológica o círculo hermenêutico, disso resulta que “... nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um ser sem o ente, ou uma categoria ou uma hipótese”⁸²⁹.

Seguindo essa linha de pensamento, mais importante do que perquirir a teoria geral do processo, deve-se investigar a *teoria constitucional* do processo, principalmente o criminal, uma vez que a história dos direitos fundamentais mostra que a razão de ser destes repousa em movimento iniciado no sentido de impor limites ao poder do Estado, aí inserido o de punir por meio do exercício da jurisdição penal. Com efeito, na primeira parte deste trabalho, ressaltou-se que estudo mais aprofundado do pensamento esboçado por BECCARIA mostra que coube ao venerado italiano sedimentar a teoria do processo penal de conformidade com os direitos fundamentais do homem, o

⁸²⁶ Ibid., p. 53.

⁸²⁷ Sobre a evolução do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 982-1262.

⁸²⁸ Op. cit., p. 19.

⁸²⁹ Ibid., p.22.

que lhe confere o título de primazia pela construção do Direito Criminal, adotando uma perspectiva democrática⁸³⁰.

Em reforço a essa tese, lembre-se que aqui já foi dito que, conforme verberava o pensamento *lockeano*, adotado com contornos peculiares pela Constituição americana e, depois, espreado com a Revolução Francesa para todo o mundo por meio das cartas constitucionais, os direitos essenciais da pessoa humana e a tripartição dos poderes são os principais instrumentos de limitação do poder político exercido pelo Estado, daí por que, na ótica de BECCARIA, desenvolvida em seu livro *Dos delitos e das penas*, o processo penal há de ser visto como o instrumento adequado para exercer essa função no que diz respeito à atuação estatal na persecução criminal.

Não foi por outra razão que, em sua doutrina, BECCARIA defendia, a par da separação da função de elaboração da lei e do respeito aos direitos essenciais da pessoa, a divisão entre aquele que acusa e o órgão encarregado de proferir a decisão. Quanto à separação dos poderes na persecução criminal, para que ficassem bem delimitadas as três funções estatais, sem embargo de propugnar pela adoção do princípio da reserva legal, no sentido de que não poderia alguém ser punido sem que, antes do acontecimento funesto, a conduta fosse tipificada como um ilícito penal por obra de uma norma elaborada pelo Parlamento, a doutrina beccariana, forte em MONTESQUIEU, defendia que o juiz teria de guardar a devida independência em relação ao Executivo. Como, naquele momento histórico do Absolutismo, o juiz era uma espécie de delegado do soberano, que agia, portanto, em nome da autoridade deste, não havia a necessária imparcialidade, comprometido que estava o magistrado com a pretensão punitiva. À época, a forma eficaz imaginada para obviar essa dependência do julgador à vontade do soberano foi a adoção, à semelhança do que ocorria na Inglaterra, do tribunal do júri, em que a imparcialidade do julgamento era assegurada mediante o recrutamento dos juizes entre pessoas do povo, que eram chamadas para exercer o poder jurisdicional.

Certamente, essa doutrina motivou os Estados Unidos, na sua declaração de direitos, a fazer referência ao tribunal do júri e, até hoje, ao lado da Inglaterra, a manter esse modelo de julgamento como característica fundamental de seu sistema criminal. A França mesma, no primeiro momento, logo depois da Revolução Iluminista, sob a influência dessas ideias, também adotou o tribunal do júri como a regra para o julgamento dos crimes. No Brasil, também, foi assim, sendo que, mais tarde – devido à maior imparcialidade do Judiciário em decorrência do aprimoramento da forma de seleção dos juizes –, as hipóteses em que a apreciação dos ilícitos é confiada a esse modelo de julgamento ficaram restritas aos casos classificados, tecnicamente, como *crimes dolosos contra a vida*⁸³¹.

Todavia, para evitar os abusos estatais, na doutrina de BECCARIA, a pedra angular do processo penal não poderia residir, apenas, na garantia da independência do Poder Judiciário, mas, acima de tudo, no esquadramento dos direitos essenciais que deveriam ser respeitados pelo poder estatal, como forma de limitação ao legítimo exercício do direito de punir.

Assim, se o processo penal é um instrumento que legitima o uso da força do Estado no cumprimento de sua função punitiva, ele se manifesta, por outro lado, como uma limitação quanto ao uso desse dever-poder. O processo penal foi pensado e existe como uma forma de freio ao poder de punir do Estado, daí por que, desde as primeiras cartas constitucionais, com especial destaque para a americana⁸³² e a brasileira de 1824⁸³³, dentre os direitos fundamentais, encontram-se catalogadas várias disposições referentes à persecução criminal, como a delimitação dos bens jurídicos que devem ser respeitados quando se quer perquirir a punição ou mera investigação de alguém. Por isso mesmo, os direitos fundamentais, preceituados na Constituição e nas declarações de direitos internacionais, cuidam de estabelecer os bens jurídicos que devem merecer a atenção do Estado quando do exercício do dever-poder de punir os agentes que praticaram condutas ilícitas.

Na perspectiva de um Estado Democrático de Direito – a nomenclatura mais correta, como já se disse ao longo deste estudo, é Estado Democrático-Constitucional –, não há espaço para o modelo liberal-individualista-normativista de Direito, uma vez que a Constituição é editada com suporte em

⁸³⁰ Cf. item 1.3.3.1, *supra*.

⁸³¹ De acordo com a Constituição de 1988, o que está preceituado, na qualidade de direito fundamental, é a competência mínima do tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII). Assim, outros crimes, desde que essa seja a vontade do legislador ordinário, poderão ser destinados para a alçada do júri popular.

⁸³² Cf. item 3.2, *supra*.

⁸³³ Cf. item 4.1, *supra*.

uma normatividade principiológica⁸³⁴. A propagada revolução copernicana no Direito – “... a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* a uma fase em que se aplica (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações de vida”⁸³⁵ –, comandada pelo novo constitucionalismo, importa em asseverar que “... a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade em seu conjunto e a isso corresponde uma concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio que atuam em todos os âmbitos do Direito”⁸³⁶.

Da mesma forma como não há de falar-se em processo penal sem que haja a independência do Poder Judiciário⁸³⁷, o mesmo se diga caso ele não seja pensado e criado à imagem e à semelhança da teoria que informa e alicerça os direitos fundamentais. Com isso, se tem que a teoria do processo penal é, substancialmente, constitucional, encontra-se deduzida nos direitos fundamentais declarados na carta política e em outros documentos internacionais ratificados pelo Brasil, cujo alcance dos enunciados somente é possível com a cosmovisão sobre o tema, obtida mediante a compreensão do arcabouço constitucional que lhes dá alicerce.

Na esteira desse movimento de *constitucionalização do ordenamento* subconstitucional, sente-se a necessidade de a doutrina esboçar a *teoria constitucional do processo penal*, principalmente porque, como já foi visto antes, esse ramo do Direito trata da proteção da maioria dos direitos fundamentais, que detém função *fundamentadora, interpretativa e supletiva* desse microsistema jurídico.

6.3.1 – Finalidade garantista dos direitos fundamentais do processo criminal.

No estudo das correntes de pensamento criminal, percebe-se que a jurisdição estatal, tal como ela é ainda hoje presente nos Estados modernos, surgiu como uma necessidade para impedir a *vindita* na área criminal, pois essa forma de resolução dos conflitos não conhecia limites, mostrava-se cruel e, ademais, longe de solucionar o problema, perpetuava e incrementava a crise na sociedade⁸³⁸. Para fins de manutenção da ordem e evitar os excessos praticados com a autodefesa, o Estado Absolutista, fomentado, também, pela sua ideologia de ter tudo sob o seu controle, chamou para si o monopólio das punições. Porém, isso não diminuiu os abusos das punições, pois o Estado, sem conhecer limites no exercício da jurisdição, exerceu o direito de punir sem o mínimo respeito aos infratores, praticando toda sorte de violência. A prática dos abusos mudou apenas de mãos.

No Estado absoluto, portanto, as punições eram estatais, mas ela era exercida sem regras. Somente para ficar em alguns exemplos de como era arbitrária a persecução criminal estatal, basta lembrar que não era assegurado o direito de defesa, e o acusado não tinha sequer o direito de saber dos atos praticados na apuração dos fatos; era tudo secreto, sendo pública apenas a execução da sanção aplicada (os açoites, a pena de morte etc.), e a tortura, sob as suas mais diversas formas, era amplamente utilizada como forma de descobrimento da verdade.

Em um primeiro estágio, o monopólio criminal pelo Estado concentrava, em um mesmo órgão, a pretensão punitiva e o poder de decidir quanto a esta. Nessa etapa, conquanto houvesse alguns rudimentos, não há de falar-se, propriamente em processo. Isso porque, no verdadeiro alcance da expressão devido *processo legal*, tem-se como imprescindível a separação entre quem é parte e aquele encarregado de julgar o caso. Assim, só mais tarde, quando houve a separação entre o órgão do Estado com a incumbência de deduzir a pretensão punitiva – o Ministério Público – e o órgão ao qual é confiada a função de julgar – o Judiciário –, é que, efetivamente, pode-se afirmar que exurgiu o processo, tal como hoje nós o *conhecemos*.

⁸³⁴ Cf. item 5.1, supra.

⁸³⁵ Ibid.

⁸³⁶ Apud STRECK; CITTADINO, Gisele. Pluralismo: direito e justice distributiva. In: *Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 32.

⁸³⁷ Em verdade, a independência do Poder Judiciário é um direito fundamental do cidadão. Na declaração de direitos americana, assegurou-se a separação entre o órgão acusador e o julgador, justamente para conferir à pessoa a garantia de que o seu julgamento seria feito com imparcialidade. Como já se disse, o mecanismo engendrado na Constituição americana, e que ainda hoje perdura, é o reconhecimento do direito ao julgamento pelo tribunal do júri.

⁸³⁸ Cf. item 1.1.2, supra.

O processo, pode-se dizer sem receio, foi concebido para controlar e estabelecer regras quanto ao exercício da jurisdição. Com as regras do processo, esta, que era ilimitada, passou a conhecer limites, sendo o primeiro deles em relação à jurisdição penal, no que diz respeito ao fato de a obediência ao seu método impedir que o Estado faça a autoexecução da norma criminal. Diante das regras do processo, no caso da ocorrência do crime, para que possa o Estado punir o infrator, ele tem de, por meio do ajuizamento da ação penal, exercer a pretensão punitiva e pedir que ela seja aceita pelo juiz⁸³⁹. TOURINHO FILHO ressalta esse aspecto, ao lembrar que a jurisdição surgiu, por um lado, para impedir a autodefesa descomedida e imoderada e, ao mesmo tempo, para garantir a liberdade contra os excessos praticados na pretensão de punir.

Sem embargo de ter de utilizar-se do processo para pedir e conseguir obter a permissão para punir o infrator, o Estado tem de obedecer às regras basilares estabelecidas para a validade dos atos processuais, cujas principais são aquelas que resguardam os direitos fundamentais da pessoa acusada de ter perpetrado o ilícito. Com razão aclara TOURINHO FILHO que, com a determinação de que a jurisdição criminal deve ser exercida de acordo com as regras do processo, “... o Estado autolimitou o seu poder repressivo”⁸⁴⁰. Em rigor, o Estado não se autolimitou, isso foi imposto em razão dos movimentos humanitários, mais precisamente o que foi fomentado pelos iluministas, que trouxe como consequência o surgimento da primeira Escola Penal – a Clássica – e, com ela, um amplo movimento reformista, cuja tônica era a humanização da apuração e julgamento dos crimes.

Como já foi aqui acentuado, o grande mérito de BECCARIA, ao esboçar a sua doutrina, foi pensar no Estado moderno sob a perspectiva do processo penal. Ele observou que o absolutismo do Estado se manifestava, sobretudo, quando do exercício do direito de punir, daí por que no seu livro *Dos delitos e das penas* desenvolveu o seu pensamento voltado a assegurar ao acusado, na seara criminal, um tratamento adequado a sua condição humana. Ele transpôs, para o âmbito do processo penal, a teoria política de LOCKE, forte na assertiva de que, por mais legítima que seja a ação do Estado, ela tem de se pautar pelo respeito aos direitos essenciais da pessoa humana.

Os princípios esgarçados nas lições *beccarianas* serviram para enunciar, no âmbito da relação processual penal, os direitos essenciais do acusado que deveriam ser protegidos, sem embargo do tipo de crime praticado. A pertinência de seu pensamento foi de tal ordem que a declaração de direitos agregada à Constituição americana por meio das suas 10 (dez) primeiras emendas reproduziu os princípios processuais – se não todos, os mais importantes – elencados por BECCARIA. Ademais, mostra-se tão atual aquele pensamento político-filosófico que, atualmente, ele se encontra consagrado na maioria dos países, por meio da enunciação dos direitos fundamentais, como é o caso do Brasil.⁸⁴¹

Conforme foi visto na revisitação histórico-constitucional dos direitos fundamentais no nosso sistema, desde a Constituição Imperial de 1824, a doutrina de BECCARIA, no que diz respeito ao seu pensamento central sobre o processo penal, vem sendo mantida. Tem-se, assim, que os *fundamentos do Direito Processual Penal ou a teoria do Direito Processual Penal* confunde-se, em certa medida, com a dos direitos fundamentais.

Se o processo penal regula o dever-poder de punir do Estado na perspectiva democrática, ele é um instrumento de tutela dos direitos fundamentais do cidadão. Nessa visão, embora o processo sirva de instrumento para que o poder público, tendo em mira manter ou restaurar a ordem social, exercite a persecução criminal com autoridade e legitimidade, por outro lado, ele tem como principal missão estabelecer os limites do uso da força estatal na busca da punição do agente infrator.

6.3.2 – Distinção ontológica entre a teoria do processo criminal e a teoria do processo civil.

Note-se que a teoria do processo penal não se confunde com a do processo civil. Se a perspectiva do processo civil. Conforme analisado, a existência do processo penal é conquista civilizatória moderna pós-revolução francesa, quando foram pensados os limites aos poderes do Estado por meio da declaração de direitos inerentes à condição humana e à tripartição dos poderes, que consistem nas limitações vertical e horizontal. Até então, a punição pela prática do crime era uma atividade autoexecutória, enfeixada nas mãos do soberano.

⁸³⁹ *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 53.

⁸⁴¹ Cf. item 4, *supra*.

O Estado só se interessava em relação àquilo que dizia respeito ao seu poder, de modo que as questões envolvendo os particulares eram resolvidas pelos próprios envolvidos. Cabia aos próprios indivíduos, envoltos no conflito, o direito de resolvê-lo. Se *A* tinha uma prestação para com *B*, ele possuía o direito subjetivo de praticar os atos que se fizessem necessários a fim de angariar a satisfação de seu crédito. Porém, desde logo, restou evidenciado de que as *querelas intersubjetivas sociais* não podiam ser resolvidas ao alvedrio dos particulares, pois a *justiça privada* originava instabilidade jurídica profunda e mesmo muita injustiça. Até porque, no império da justiça privada, o direito sempre pertencia ao mais forte.

No escopo de coibir os abusos verificados na autocomposição das controvérsias, o próprio homem, através do pacto social, outorgou ao Estado o poder-dever de tomar conhecimento e dirimir as contendas judiciais relacionadas a questões privadas. De outra banda, ao receber e abarcar para si a solução das querelas intersubjetivas verificadas no grupo social, o Estado-Juiz fez exusrgir para os jurisdicionados o direito público subjetivo de pleitear (o direito de ação) ao órgão judicante a tutela jurisdicional quanto à lesão ou ameaça ao seu direito.

O direito de ação, dessa forma, é invocado contra o órgão judicante, porquanto a este em consequência do monopólio estatal da jurisdição, é que compete o poder, e acima de tudo o dever, de tutelar o direito vindicado, compondo a lide a fim de dirimi-la. Por isso mesmo, são elementos estruturantes do processo civil a *jurisdição, ação e o processo*⁸⁴². Assim, a jurisdição, que o poder dirimir a lide, dizendo o direito, opera por meio do processo⁸⁴³, que por sua vez só tem início com o ajuizamento da ação. É a ação que faz com que a jurisdição, dever do Estado, seja exercida para resolver um problema que não pode ser equacionado pelo particular com o uso das suas próprias mãos.

A jurisdição civil limita o particular, razão pela qual gira em torno do direito de ação, que é a forma de garantir autor o acesso à justiça. Nessa ordem de ideias, a norma processual tem o desiderato de regular o litígio que se desenvolve perante a autoridade do juiz, de modo que às partes seja assegurada a *paridade de armas* na defesa do direito que cada uma entende merecer o agasalho jurisdicional. Mesmo quando um dos integrantes da relação processual é o próprio Estado, na qualidade de autor ou de réu, este deve ser tratado com igualdade, conquanto se admita, em certas circunstâncias, algum tratamento específico, diante de sua natureza jurídica⁸⁴⁴. Até porque o processo civil foi – e é – pensado para o tratamento de litígio envolvendo interesses intersubjetivos, ou seja, entre pessoas físicas e/ou jurídicas privadas.

Não se pode perder de vista que, se a finalidade do Estado é a promoção do bem comum, compete-lhe, antes de tudo, realizar a *justiça* com o desenvolvimento da macropolítica que deve ser imaginada para efetivar os direitos incrustados no sistema jurídico. Partindo-se dessa ordem de coisas, não se concebe, em primeiro plano, que o Estado, na área cível, tenha como regra litigar contra as pessoas, a ponto de gerar a maioria dos conflitos judiciais⁸⁴⁵. Ademais, como na seara cível a

⁸⁴² Sobre esses elementos estruturante do processo civil, Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

⁸⁴³ Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo, p. 236.

⁸⁴⁴ Diante do interesse público que subjaz em processo civil que tem o poder público como uma das partes, em alguns casos, é justificável o tratamento especial dado pela norma processual, como a que, em homenagem ao princípio da indisponibilidade da coisa pública, não admite que do silêncio sobre os fatos assacados pela parte contrária decorra a presunção de veracidade quanto ao afirmado. Mas nem sempre a natureza jurídica da fazenda pública dá azo a tratamento protecionista pela norma processual civil, pois, em alguns casos, isso pode fazer com que o beneficiado seja a parte contrária. Por exemplo, no âmbito da prova, se o particular diz que não houve o processo administrativo ou que este, conquanto existente, não observou o direito à ampla defesa, cabe ao órgão administrativo exibir a prova da plena observância do mandamento constitucional. Vários outros exemplos podem ser acrescentados, como é o caso da desnecessidade de demonstração de culpa, para a obtenção do direito à indenização, na hipótese de dano praticado por agente do Estado.

⁸⁴⁵ Infelizmente, há uma grave crise de justiça no âmbito dos poderes públicos no Brasil. Segundo dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2010, foram iniciados 24,2 milhões de processos nas três esferas da Justiça, somando-se aos já 59,2 de processos pendentes, totalizando 83,4 milhões de processos. A série histórica do Justiça em Números do CNJ revela que o número de processos novos e o acervo cresceram até 2017. Ademais de em 2017 não ter havido aumento do acervo, em 2018 houve pela primeira vez uma queda dos processos pendentes – cerca quase um milhão de processos. Seguindo essa tendência, em 2019 houve a constatação da redução do acervo em 117%, fazendo com que voltasse para o patamar do ano de 2015, ou seja 77,1 milhões de casos pendentes. Como se vê, apesar da redução, o número ainda é muito alto. Infelizmente, o Poder Público apresenta-se como o litigante-mor na seara forense, na qualidade de réu. Ou seja, além de não fazer a justiça, que é a sua ratio essendi, os órgãos públicos ainda estão sendo demandados perante o Judiciário, emperrando o funcionamento deste. (*Justiça em números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ,

administração, para a consecução de seus fins, possui como atributo a autoexecutoriedade, a não ser em raríssimas hipóteses, não precisa pedir ao Judiciário o cumprimento do que o administrador está obrigado a fazer, a deixar de fazer ou a não fazer. Assim, afora os casos em que o Estado queira compelir o particular a fazer algo, ele não precisa do socorro do Poder Judiciário para fazer valer o direito que entende dever ser respeitado.

Por isso mesmo, no processo civil, com ressalva quanto à execução, especialmente a fiscal –, hipótese em que está presente na lide como autor, o Estado ocupa, geralmente, o polo passivo da relação processual, o que explica a razão pela qual as normas específicas a respeito da participação deste no processo de conhecimento, de execução em geral e cautelar, postadas no ordenamento processual civil ou em leis especiais, sempre se referem a um modo particular de defesa – prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, duplo grau de jurisdição, impenhorabilidade dos bens, execução específica, pagamento por meio da expedição de precatório etc.⁸⁴⁶

No processo penal, a situação se inverte⁸⁴⁷. Até porque, a não ser que se conceba o poder público como autor da prática de crime, não há situação em que ele seja acusado⁸⁴⁸. Isso explica por que o processo penal, ao contrário do civil, foi engendrado tendo como premissa o Estado na qualidade de autor, aquele que, por meio do aforamento da ação, quer a punição do incriminado. O festejado processualista italiano FRANCESCO CARNELUTTI⁸⁴⁹, meditando sobre o tema, com a sua inegável autoridade, descortina essa realidade, ao dizer, quando tratou de definir a natureza jurídica da jurisdição penal, que o “... *que yo he llamado aqui hasta ahora poder jurisdiccional se conoce bajo el nombre corriente del derecho de castigar*”, de modo que, para ele, “... *poder de castigo o poder de jurisdicción penal quieren decir, pues, la misma cosa*”. Ao contrário do que, à primeira vista, as palavras de CARNELUTTI⁸⁵⁰ dão a entender, em outro escrito, ele cuida de esclarecer que o direito de punir não é do juiz, mas sim de quem exerce a pretensão punitiva, no caso, o Ministério Público.

O processo penal, por conseguinte, antes de qualquer outra coisa, serve para disciplinar essa pretensão acusatória e punitiva, visto que, ao contrário do que ocorre no espaço cível, na arena criminal o Estado não possui autoexecutoriedade, razão pela qual, quando alguém pratica uma conduta ilícita, ainda que este queira sujeitar-se à vontade da lei, para que seja possível a declaração de sua responsabilidade penal e consequente aplicação da sanção, será necessária a instauração do processo e a comprovação da culpa⁸⁵¹.

LEO ROSENBERG⁸⁵², professor titular da Universidade de Munique, ao extremar a distinção entre a jurisdição penal e a civil, anota que a primeira “... *sirve para la resolución sobre el derecho perteniente al Estado de imponer una pena (criminal), fijada para un delito, y para su ejecución*”, enquanto a segunda “... *se trata de la declaración y realización de derechos y relaciones jurídicas (entre las partes) de derecho privado, a veces también de derecho público*”. Atento a esse aspecto, o reverenciado processualista civil alemão assevera, em reforço ao que aqui vem de ser sustentado, que a circunstância de a jurisdição penal reger o *interés público en el castigo del culpable, ao passo que a civil o interés del particular en la imposición de su derecho* é o que fundamenta e explica “... *la distinta construcción de ambos procesos y la vigencia en ellos de principios procesales distintos*”.

Se o fim precípua do processo civil é a composição da lide envolvendo interesses de particulares e, eventualmente, do poder público, no processo penal o que se disciplina é o exercício

2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021).

⁸⁴⁶ Diante desses excessivos mecanismos de proteção, a Fazenda Pública – aqui considerada de acordo com o conceito emprestado pelo Código de Processo Civil –, é estimulada a litigar na qualidade de ré.

⁸⁴⁷ O habeas corpus é uma excepcionalidade.

⁸⁴⁸ Parte dos doutrinadores – se não a maioria – entende, com apoio no art. 225, § 3º, a possibilidade de as pessoas jurídicas praticarem infração penal, chegando, alguns deles, a admitir, em consonância com a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a hipótese de o poder público também figurar como réu.

⁸⁴⁹ *Lecciones sobre proceso pena*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Chile/Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América/Bosch y Cía. Editores, 1950, p. 149.

⁸⁵⁰ *Principios del proceso penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 35 e segs.

⁸⁵¹ Sobre a dimensão diferente do princípio do *due process of law* no processo penal, cf. 9.1.1, infra.

⁸⁵² *Tratado de derecho procesal civil*. 4. ed. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 70.

do dever-poder de punir do Estado, que somente pode aplicar a lei mediante o auxílio do Judiciário. O processo penal, por conseguinte, limita o exercício do poder de punir os ilícitos criminais, porque a sanção não pode ser imposta senão mediante autorização judicial, formada em um procedimento no qual sejam respeitados os direitos fundamentais encartados na Constituição e as demais regras processuais complementares. Isso faz com que os direitos fundamentais, declarados sob a forma de princípios na Constituição, sejam vistos e tenham alcance no processo penal diferenciado daquele que lhes é emprestado no processo civil. O conteúdo de alguns princípios, como o da igualdade, embora a dicção normativa seja idêntica para ambas as espécies de processo, em um e outro, diante da singularidade das espécies de jurisdição, é distinto e, como se verá, acarreta consequências especiais no processo penal⁸⁵³. Outros, como é o caso do princípio da ampla defesa, por força da própria redação emprestada ao dispositivo pelo constituinte, têm conotação específica em cada um dos tipos de processo.

Por outro lado – enfatize-se uma vez mais –, a investigação da teoria do processo penal não se pode conter na análise da legislação subconstitucional, principalmente no sistema jurídico brasileiro, que é baseado em uma Constituição calcada nos direitos fundamentais, dirigente e compromissária. Infelizmente, em virtude do pensamento jurídico-dogmático dominante, fomentado pela cultura *positivista e privatista*, há, em nosso meio, certa idolatria pelo Direito infraconstitucional, de modo a procurar-se adaptar a Constituição às leis ordinárias, e não o contrário⁸⁵⁴.

Atento à distinção ontológica entre os processo penal e civil, em julgamento sobre o recebimento de queixa criminal, o Ministro do Supremo Tribunal Federal CESAR PELUSO⁸⁵⁵ pinçou, com régua e compasso, as nuances entre os dois ramos do direito, partindo da premissa de que, enquanto neste o que está em debate é a *liberdade jurídica* dos contendores, naquele, em relação ao réu, trata-se de discutir a própria *liberdade física e moral* da pessoa. Por isso mesmo, se a relação jurídica processual civil pode ser instaurada sem que a parte autora agregue à exordial elementos probatórios, ainda que perfunctórios, a respeito do fato que dá causa ao pedido, o mesmo não ocorre com o processo penal, pois a mera existência deste já se presta pelo menos para ameaçar o direito de liberdade⁸⁵⁶ e comprometer severamente a honra e a imagem do acusado⁸⁵⁷. Tal fato explica a razão pela qual se identifica, ao lado dos pressupostos de admissibilidade das ações em geral – interesse de agir e legitimidade e possibilidade jurídica –, um terceiro pressuposto para a ação penal, qual seja, a justa causa, que é a demonstração probatória de que o fato delituoso, realmente, ocorreu e de que os indícios revelam a possibilidade de o acusado ter sido o seu autor, em conduta praticada com culpa, no sentido *lato sensu*. A justa causa, nesse aspecto, flexibiliza o princípio da presunção de inocência, em consonância com a distinção aqui feita, mais precisamente no item 9.2.2, *infra*.

⁸⁵³ Cf. itens 9.2.3 e 9.2.5, *infra*.

⁸⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30-31. Cf. capítulo 9, *infra*.

⁸⁵⁵ Essa cultura dogmática – salienta STRECK – explica por que a Constituição e, de permeio, o constitucionalismo em si ainda não ocupam “... o devido lugar de destaque (portanto, cimeiro) no campo jurídico brasileiro” (Ibid., p. 31). Essa afirmação do Ministro foi feita em sessão do STF transmitida pela TV Justiça, no Inq. 2033/DF, Relator Ministro NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16 de junho de 2004.

⁸⁵⁶ Observe-se que a doutrina e a jurisprudência nacional, de forma uníssona, entendem que a instauração de inquérito ou a admissibilidade de ação penal sem que haja a justa causa caracteriza constrangimento ilegal, sanável, até mesmo, por meio da interposição de habeas corpus. A esse respeito, verifique-se que a ementa da decisão do STF no Inq. 2033/DF, assim ficou redigida: “EMENTA: INQUÉRITO. CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL. RECEBIMENTO DE QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE PROVA. QUEIXA-CRIME REJEITADA. Para o recebimento de queixa-crime é necessário que as alegações estejam minimamente embasadas em provas ou, ao menos, em indícios de efetiva ocorrência dos fatos. Posição doutrinária e jurisprudencial majoritária. Não basta que a queixa-crime se limite a narrar fatos e circunstâncias criminosas que são atribuídas pela querelante ao querelado, sob o risco de se admitir a instauração de ação penal temerária, em desrespeito às regras do indiciamento e ao princípio da presunção de inocência. Queixa-crime rejeitada” (Supremo Tribunal Federal. Classe: Inq – Processo: 2033, UF: DF, Data da decisão 16 jun. 2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em 11 jan. 2007).

⁸⁵⁷ A despeito do princípio da presunção de não culpabilidade, basta a pessoa ser indiciada em inquérito policial para que ela tenha maculada, não raro, de forma permanente, a sua imagem perante a sociedade. CARNELUTI, no ensaio *As misérias do processo penal*, com percuciência, dizia que um dos maiores erros judiciais ocorre, justamente, quando é reconhecida a inocência do acusado, pois, nesse caso, ele não só se submeteu a um constrangimento indevido, como ficará estigmatizado perante o grupo social.

Por conseguinte, o processo civil gira em torno do direito de ação, enquanto no criminal a situação se inverte, pois a razão de ser do processo penal é o direito de defesa. O direito de defesa é *o coração* do processo penal. Para além disso, enquanto no processo civil a ação é um direito, no processo penal a ação penal, quando de iniciativa pública, cuida-se de um dever⁸⁵⁸.

Assim, se é certo definir a ação no processo civil como o direito público subjetivo de provocar a atuação do Poder Judiciário na proteção a uma lesão ou ameaça de direito, no ambiente criminal a ação penal de iniciativa pública é o dever reconhecido ao Ministério Público para, em nome da sociedade, promover a persecução criminal na defesa dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva, pertencentes ao grupo social, aí incluída a vítima direta e a sua família. Ação penal, portanto, dimana do *dever de proteção eficiente* do estado que exala da compreensão dos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva, conforme salientado no item 7.2.4, *infra*.

Tendo em consideração esse *distinguish*, enquanto o processo civil pode ser conceituado como o conjunto de atos levados a efeito para compor a lide relacionado a direitos intersubjetivos, tem-se que o processo penal é o instrumento com o qual se exerce a jurisdição, atuando o Judiciário na composição do conflito de interesses entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, representadas, de um lado, pelo dever-poder de punir, exalado do dever do Estado de conferir proteção eficiente aos direitos essenciais à condição humana e, de outro, pelo direito do acusado de que a persecução criminal seja pautada em consonância com o *devido processo legal*, notadamente quanto à ampla defesa, o direito à liberdade e à preservação da honra e da imagem da pessoa acusada.

Por isso mesmo, o processo na seara criminal é, antes de tudo, garantia, daí que não se há de aplicar a *teoria da instrumentalidade das formas* que é inerente ao processo civil, conforme exposto no item 9.1.1, em que se assevera que o devido processo legal criminal ostenta o *status* de garantia da processualização da persecução acusatória, detendo função de instrumentalidade constitucional.

Como se observa, o processo penal tem raízes próprias e distintas do processo civil, de modo que os seus elementos estruturantes são diferentes. De outra banda, notadamente os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e de não culpabilidade, acusatório, da inviolabilidade da intimidade, da ampla defesa e da liberdade conferem um colorido específico ao processo penal, que o distingue, substancialmente, do processo civil.

6.4 – Perspectiva democrática do processo penal.

Um Estado forjado sob um regime antidemocrático, naturalmente, serve-se de vários instrumentos para fazer valer essa filosofia política. O Estado ditatorial possui como uma de suas principais características o seu teor repressivo, com consequente restrição dos direitos fundamentais. Nessa dimensão, o processo penal, ao invés de limitar o exercício do poder de punir os crimes, passa a ser utilizado como forma de aparelhar o Estado de mecanismo eficiente a permitir a mais ampla utilização de sua força, em detrimento mesmo de direitos consagrados ao longo dos tempos⁸⁵⁹. De escudo transforma-se em arma.

Por isso mesmo, muito embora a história mostre que a ciência criminal, surgida a partir das ideias principiológicas de BECCARIA, tenha vindo a lume como forma de limitar o poder absoluto do Estado, que não tinha limites, essa perspectiva democrática restou comprometida com a doutrina da defesa social, criada pela Escola Positiva, como justificativa político-filosófica para um Estado forte na matéria criminal. Embalado por essa ideologia, consoante ressaltado supra, o Código de Processo Penal em vigor foi elaborado sob a regência da Constituição de 1937, a mais reacionária da história constitucional brasileira, cuja base era a desconfiança na democracia como sistema de governo. No arcabouço ideológico da Constituição de 1937⁸⁶⁰, o Estado tinha de possuir força para impor a ordem, comprometida, naquela época, pela instabilidade política interna e mundial, agravada sobremaneira com a deflagração da *Segunda Guerra Mundial*. Dentro dessa lógica, como foi

⁸⁵⁸ Sobre a ação penal de iniciativa privada, conferir o item 9.3.3.3, *infra*, em que se defende a incongruência da ação penal de iniciativa privada com o sistema processual democrático.

⁸⁵⁹ Note-se que foi, com esse fundamento, que surgiu a chamada Escola Positiva (Cf. item 1.3.4, *supra*).

⁸⁶⁰ Cf. itens 1.4.4 e 4.2.3, *supra*.

examinado, os direitos fundamentais foram, sensivelmente, restringidos na Constituição de 1937, ademais de seu gozo pelas pessoas restar subjugado à *vontade do Estado*⁸⁶¹.

Com o redirecionamento político-filosófico experimentado após a Segunda Guerra Mundial e a consequente volta ao prestígio dos direitos fundamentais, a redemocratização dos Estados implicou, por via de consequência, nova perspectiva do processo penal, cuja estrutura deve estar afinada com o respeito aos direitos fundamentais. Todavia, enquanto a maioria dos países, ao final da Segunda Guerra, orientada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, experimentou uma volta ao culto aos direitos fundamentais, o Brasil não teve tempo suficiente para modificar a cultura do processo penal. Até porque a Constituição de 1946, embora tenha reeditado a supremacia dos direitos fundamentais em relação à vontade do Estado, teve vigência efêmera, uma vez que foi revogada pela Constituição de 1967, que, em relação a essa espécie de direitos, teve representação meramente simbólica. Para se ter uma ideia disso, basta ter presente, como já foi lembrado, que no anteprojeto da Constituição de 1967 não havia, sequer, uma declaração de direitos, circunstância que foi apontada por MIGUEL REALE aos redatores da Carta Política, quando então, vendo a heresia jurídica cometida, providenciou-se a referida declaração, apenas como retórica. Não é de admirar-se, consequentemente, que, sob a vigência da Constituição de 1967, o Poder Executivo tenha podido cometer a mais ampla sorte de perseguição e arbitrariedade às pessoas que ousavam não concordar com a ideologia de governo, implantando uma ditadura cuja marca registrada era suprimir os mais salutares dos direitos fundamentais, assim como registram diversos livros que contam, embasados na verdade dos fatos, os acontecimentos que ainda envergonham a nação brasileira⁸⁶².

Esse estado de coisas, contudo, a partir da segunda metade dos anos oitenta, começou a modificar-se e solidificou-se com a Constituição de 1988, marco da *(re)tomada* da democracia como ideologia política do poder político nacional. Assim, conquanto o *neoconstitucionalismo*, na maioria dos países estrangeiros, tenha começado a tomar corpo logo após a Segunda Guerra Mundial, no Brasil, esse movimento, efetivamente, só teve início a partir da segunda metade dos anos oitenta. Até então, vigorou, com força cogente, o ideário do Estado de Direito, muito próprio para os fins da Ditadura Militar que imperou no país, durante longos 21 anos. Doravante, o processo penal, na esteira do ideário democrático, que tem como valor supremo os direitos fundamentais, passou a *(re)estruturar-se* sob a perspectiva do conteúdo normativo e democrático dessas normas constitucionais, e não mais como um instrumento de *força do Estado*.

Ao acentuar a distinção normativa entre as Constituições brasileira e portuguesa, pois nesta se diz que o modelo de Estado é o pertinente ao *Estado de Direito Democrático*. Nesse caso, o democrático qualifica o Direito, não o Estado. De outra banda, a Constituição afirma que a República Federativa do Brasil se constitui um *Estado Democrático de Direito (Constitucional)*, pelo que JOSÉ AFONSO⁸⁶³ enaltece a escolha do constituinte nacional, porquanto, ao dizer que o nosso país é um Estado Democrático de Direito, a expressão democracia "... qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica". Agrega o citado constitucionalista que o Direito, em seu todo, *imantado por esses valores*, deve conformar-se com o estilo democrático.

Transplantando essa argumentação para o campo criminal, tem-se que o texto em vigor do Código de Processo Penal, mesmo em relação aos dispositivos que, por não terem sido objeto de alteração, permanecem com a sua redação originária, deve ser enxergado sob uma nova perspectiva, a democrática, perquirida, principalmente, com a compreensão dos valores que alicerçam os direitos fundamentais⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ Cf. item 4.2.3., supra.

⁸⁶² Vários livros contam os absurdos praticados em detrimento dos direitos fundamentais, ao longo dos 21 anos da última ditadura militar do país, que, ainda hoje, mancham a imagem de nosso país. Cf.: GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002; SOUZA, Percival de. *Autópsia do medo: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury*. São Paulo: Globo, 2000; TAVARES, Flávio. *Memórias do esquecimento*. 3. ed. São Paulo: Globo, 1999; GORENDER, Jacob. *Combate nas trevas – A esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada*. 4. ed., São Paulo: Editora Ática, p. 1990; BETTO, Frei. *Batismo de sangue: os dominicanos e a morte de Carlos Marighella*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1985; *Brasil: nunca mais*. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

⁸⁶³ Op. cit., p. 105.

⁸⁶⁴ Para estabelecer as bases dos direitos fundamentais tal como eles estão concebidos em nosso ordenamento jurídico, antes de mais, há necessidade de explicitar as premissas nas quais se escora a investigação interpretativa nessa área, a

6.5 – Função política do processo.

O processo não é um mero mecanismo de solução de conflitos. Ele é, antes de tudo, um *locus* para a discussão e desenvolvimento de políticas públicas, com espaço para a participação das pessoas mais diretamente interessadas no assunto levado à discussão. Note-se que, seguindo a teoria da tripartição dos poderes, preconizada por MONTESQUIEU⁸⁶⁵, o poder político é espreado entre o Legislativo, Executivo e Judiciário. Nada obstante, na medida em que se assegura aos interessados o direito de provocar o Judiciário para que este dirima os conflitos gerados na sociedade – o que não raro envolve questões sobre as relações dos indivíduos com os poderes públicos –, é mais frequente do que se imagina a imiscuição do órgão jurisdicional no debate sobre políticas públicas. Na seara criminal, então, isso é mais do que evidente, como se observa da repercussão e efeitos dos processos relacionados à chamada *Operação Lava Jato*.

Por isso mesmo, essa técnica de descentralização do poder estatal, longe de afastar o Judiciário das questões que dizem respeito às políticas públicas, alça o juiz à categoria de *agente político*, conferindo-lhe o ministério de ter voz ativa nos atos governamentais da mais significativa importância para a sociedade. MÁRIO GUIMARÃES⁸⁶⁶, em profundo estudo sobre o Poder Judiciário, ainda hoje, considerada uma obra de consulta obrigatória sobre os contornos desse segmento do poder político, realça que, no Recurso Extraordinário nº 13.848, tendo como Relator o então Ministro BARROS BARRETO, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Constituição de 1946, esclareceu que “... os juízes não são considerados funcionários públicos no sentido próprio ou restrito da expressão” uma vez que eles são agentes do Poder Judiciário, e não meros *prepostos de outro poder*.

Sem embargo da vasta literatura que vem sendo produzida na doutrina nacional sobre o tema a partir da década de 1990, com posicionamentos favoráveis e contrários, o fenômeno da *judicialização da política* – também denominado *ativismo judicial*⁸⁶⁷ – é uma realidade brasileira, especialmente na seara federal, na medida em que a maioria dos processos se ocupa de debates sobre as políticas governamentais previdenciária, habitacional, tributária e quanto ao tratamento dispensado aos servidores públicos, não só civis como militares.

Em um sistema jurídico como o nosso, em que a principal missão conferida ao Judiciário é a guarda da Constituição – isto é, o controle de constitucionalidade –, essa dimensão política da atividade judicante é sobremaneira realçada⁸⁶⁸. Essa característica do ordenamento jurídico brasileiro, que se identifica com o modelo americano, ficou evidenciada desde a primeira Constituição Republicana do Brasil, editada em 1891. Com efeito, na dissertação de mestrado, o autor⁸⁶⁹, no esboço histórico da estrutura do Poder Judiciário no Brasil, anota que “O primeiro aspecto a chamar a atenção na análise do Poder Judiciário do período republicano é que ele passou, em consonância com o sistema americano, a ter como missão principal o *controle de constitucionalidade das leis* e dos atos do Governo, papel a ser desempenhado em todas as instâncias judiciais, realçando assim a sua característica de exercício de *função política*”. Agora, com o arcabouço democrático da Constituição de 1988, manifesta-se de forma bem mais clara.

Se é comum, na seara do processo civil, a discussão envolver políticas públicas, no processo penal, diante de suas características, isso sempre ocorre. Note-se que, se o processo penal, de um lado, serve para que se descortine a verdade processual sobre um fato qualificado de criminoso, sob outra perspectiva, é o meio pelo qual, em determinado caso concreto, procura-se estabelecer a política nacional de segurança pública. Na essência, a principal função do processo criminal não é, efetivamente, descobrir a verdade e punir, se for o caso, aquele que praticou a ação ilícita, mas, sim, preservar o devido processo legal, assegurando que a persecução criminal se faça de forma legítima,

fim de estabelecer a efetiva perspectiva de um processo penal democrático, orientado pela doutrina dos direitos essenciais. Essa tarefa será objeto do capítulo seguinte. (Cf. capítulo 8, *infra*)

⁸⁶⁵ A teoria da tripartição do poder político foi concebida por MONTESQUIEU com esteio na premissa de que *todo poder induz ao abuso*. (SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. *Poder Judiciário democrático-constitucional*. p. 61).

⁸⁶⁶ *O juiz e a função jurisdicional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 38.

⁸⁶⁷ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸⁶⁸ O controle de constitucionalidade das leis, avisa ZAFFARONI, “... é o melhor indicador da dimensão política do Judiciário” (*Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 36).

⁸⁶⁹ SILVA JÚNIOR; Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional*, p. 138.

com respeito às garantias constitucionais e às regras legais. De outra banda, o processo criminal há de instrumento para a aplicação da política criminal inserida no contexto de um Estado democrático-constitucional, que tem como norte a proteção e o respeito aos direitos fundamentais, nas perspectivas objetiva e subjetiva.

É importante que a política criminal seja discutida amplamente com os mais diversos atores desse programa. Se a macropolítica criminal delineada na legislação específica elaborada pelo Legislativo cabe ao Executivo implementá-la por meio das mais diversas ações sociais, não se pode deixar de ter em mente que ao Judiciário é reservada uma participação ativa, pois a ele caberá dizer, nos casos concretos, qual é, propriamente, a medida a ser adotada naquela relação jurídica submetida ao exame judicial. Afora isso, nos reiterados julgamentos do Judiciário, com a formação de sua jurisprudência sobre esse assunto, é estabelecida a política criminal do Judiciário. Por conseguinte, tanto quanto possível, respeitada a esfera de independência das instâncias dos poderes envolvidos, é de fundamental importância que o projeto político criminal seja pinçado a partir de discussões amplas que envolvam os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário. Mas não é só. Em um sistema jurídico como o nosso, no qual o Ministério Público, embora pertencente ao Executivo, possui independência funcional e representa a sociedade nessa área de atuação, ele também precisa participar do debate. Afinal, é o Ministério Público que, por meio do exercício da ação penal, deduz a pretensão acusatória em juízo

Na noção de Estado democrático que se organiza tendo em conta a consagração dos direitos fundamentais, o processo criminal não é utilizado como *arma repressiva*, mas sim como *instrumento que dá respaldo à dignidade humana*, a despeito do delito praticado ou de o agente ser, ou não, considerado culpado. Em outras palavras, a função efetiva do processo criminal, nessa linha garantista, é a preservação da dignidade da pessoa humana contra o exercício do legítimo direito de o Estado/sociedade perseguir a responsabilidade penal, sem se descurar, é claro, do papel que ele tem de desempenhar quanto ao tratamento da criminalidade. Essa peculiaridade do processo penal denota a sua natureza política, que se faz sentir sempre no debate tendente à solução judicial quanto ao conflito instaurado tendo como suporte um crime praticado, com muito mais ênfase do que se nota no processo civil, mesmo quando neste se tem a discussão de temas que dizem respeito à forma como deve ser implementada determinada política pública, por uma ou mais entidades federativas.

Mas não é apenas esse aspecto que dá sinais da função política do processo penal. Sob outra perspectiva, convém verificar que, consoante a tese aqui defendida, o arcabouço dogmático do processo penal se confunde com a própria teoria dos direitos fundamentais, daí por que, na realidade, a sua base teórica se encontra alicerçada na Constituição. Essa singularidade, igualmente, revela, com força cogente, a sua dimensão política, pois – e isso é inescandível – a Constituição é uma carta política, de modo que os preceitos nela incorporados, notadamente aqueles que elencam os direitos fundamentais, traduzem princípios políticos que norteiam o Estado. O próprio caráter revolucionário das declarações dos direitos do homem, gérmen dos direitos fundamentais esculpido nas Constituições, denuncia que esses postulados são formulações com densidade política, de modo que, ao tratar dessa questão, está-se diante de questões de ordem política, na acepção mais grega da palavra.

O saudoso FRANCISCO CAMPOS, com a sabedoria que lhe era peculiar, ao aprofundar-se sobre a essência da missão de controle de constitucionalidade atribuída aos juizes, chamava a atenção para o detalhe de o juiz, nessa tarefa, exercer a função de *limitador do poder do Governo*, além de, com esse trabalho, permanentemente, reformular, conceitualmente, o texto da Constituição, o que, em outras palavras, eleva o magistrado, no sentido material, à categoria de uma espécie de *constituente pontual e efetivo*⁸⁷⁰. Esta função política, sobremaneira destacada no exercício da jurisdição criminal pelo fato de a teoria do processo penal se concentrar na compreensão dogmática dos direitos fundamentais, é, sem sombra de dúvidas, a honra, autoridade e responsabilidade maior conferida ao Poder Judiciário⁸⁷¹. Ou seja, o juiz, no controle de constitucionalidade, especialmente diante da porosidade dos princípios, finda sendo uma espécie de *poder constituente permanente*.

⁸⁷⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 65.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 65.

PAULO BONAVIDES⁸⁷², na abordagem sobre a forma de interpretação das normas constitucionais, adverte que o caráter político da Constituição obriga o exegeta a adicionar à crítica jurídica a dimensão política da *vexata quaestio*. Na censura procedente assacada quanto ao exame apolítico dos preceitos constitucionais, o constitucionalista em referência, após insistir que, a fim de conseguir-se o adequado *equilíbrio desses dois pratos da balança constitucional*, a tarefa interpretativa exige a reunião dos componentes jurídicos e políticos, acrescenta que isso é necessário para somarem-se ao processo investigativo os meios auxiliares de interpretação das normas constitucionais, que passam, necessariamente, por considerações sobre a história do Direito, o Direito Comparado, a política propriamente dita e a história política⁸⁷³.

Em apertada síntese, tem-se que a função política do processo penal se evidencia pela circunstância de ele servir de instrumento, sob uma visão garantista, para a implementação da política nacional de segurança pública em um caso concreto e, ademais, em razão da base teórica dessa ciência identificar-se com a própria teoria dos direitos fundamentais, formada com esteio em cláusulas principiológicas de nítido caráter político.

6.6 – Plano nacional de política criminal e penitenciária – PNPCP.

No escopo de estabelecer uma política criminal no país, a Lei de Execução Penal, no art. 64, inciso I, atribui ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP a missão de elaborar as diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, à administração da justiça criminal e à execução das penas e das medidas de segurança. O CNPCP não é propriamente um órgão do Executivo, pois se trata de um órgão técnico e consultivo integrado por 13 (treze) membros, indicados e nomeados pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, dentre professores, juizes, promotores de justiça, defensores públicos, advogados, agentes da área de segurança pública e pessoas com formação em outras áreas de conhecimento, como engenharia, economia, serviço social etc. (art. 63 da LEP). Não possui estrutura administrativa, razão pela qual cabe ao DEPEN dar-lhe apoio administrativo e financeiro (art. 71 da LEP)⁸⁷⁴.

Como se disse acima, trata-se de um órgão consultivo do Ministro da Justiça e Segurança Pública, sendo subordinado ao Ministério da Justiça (art. 62 da LEP). Essa subordinação prevista em lei, no entanto, não desnatura a sua autonomia institucional. Pelo contrário, na categoria de órgão consultivo, o CNPCP delibera livremente sobre as matérias da sua competência, sem que isso, naturalmente, vincule o Ministério da Justiça. Enfim, como salientado, cuida-se de órgão técnico-consultivo, sendo da essência de organismos dessa natureza a autonomia deliberativa.

A Resolução do CNPCP nº 16, de 17 de dezembro de 2003, dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança. Lá está escrito que os princípios norteadores da política criminal são (i) o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana; (ii) concepção do Direito Penal como última instância de controle social; (iii) valorização da criatividade na busca de alternativas à prisão; (iv) articulação e harmonização dos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal; (v) absoluto respeito à legalidade e aos direitos humanos na atuação do aparato repressivo do Estado; (vi) humanização do sistema de justiça criminal; (vii) comprometimento com a qualidade na prestação do serviço, para incremento da eficiência e da racionalidade do sistema de justiça criminal (art. 2º).

Ainda são pinçadas as diretrizes a serem observadas na atividade legislativa, que deve se pautar na (i) descriminalização e despenalização de condutas à luz da concepção de intervenção mínima do Direito Penal; (ii) defesa do instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação de liberdade, que deve ser imposta excepcionalmente, qual *ultima ratio*; (iii) manutenção do regime progressivo de cumprimento de penas, independentemente da natureza do crime praticado; (iv) oposição ao alargamento das hipóteses de incidência da prisão sem condenação, medida sempre

⁸⁷² *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993. p. 399-380.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 380.

⁸⁷⁴ O Regimento Interno do CNPCP foi editado pela Portaria do Ministério da Justiça nº 1.107, de 5 de junho de 2008, servindo, em síntese, para disciplinar a forma de funcionamento do conselho e de deliberação do colegiado, além de definir que as reuniões ordinárias serão mensais (art. 8º, caput).

excepcional; (v) adoção de medidas que objetivem o desarmamento; e (vi) proteção e amparo às vítimas e testemunhas de crimes (art. 3º da Resolução nº 16, de 2003).

Sob a orientação dessas diretrizes, a cada quatro anos, o CNPCP elabora e apresenta ao Ministro da Justiça o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – PNPCP. O atual PNPCP foi editado em setembro de 2019, com vigência para o período de 2020 a 2023⁸⁷⁵.

O PNPCP 2020-2023 foi concebido tendo como norte alvitrar um plano que sirva de orientação para (a) reduzir os índices de violência; (b) ampliar a sensação de segurança da população; (c) diminuir a impunidade. Para tanto, preceitua *diretrizes, estratégias e ações* (i) preventiva, no sentido de evitar a ocorrência de atos de violência, especialmente os que resultam em mortes e comprometem a obediência à Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz da Organização das Nações Unidas – ONU; (ii) quanto à investigação na apuração dos ilícitos violentos, a fim de que se tenha mais eficiência quanto à identificação dos responsáveis; (iii) em relação ao tratamento a ser dispensado aos crimes violentos pelo sistema de justiça, especificamente em relação ao processamento e julgamento, abrangendo os mecanismos de autocomposição, a exemplo da transação, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, colaboração premiada e o *plea bargain*; (v) quanto à aplicação e cumprimento de medidas alternativas e penas, incluída a governança do sistema prisional e a adequação às regras mínimas definidas pela Organização das Nações Unidas – ONU, com destaque para os programas educativos e oferta de trabalho aos internos; e (vi) relativas às pessoas que deixam as unidades prisionais, os chamados egressos, voltadas a estabelecer rede de assistência e proteção para fins de diminuição da reincidência.

Em suma, o plano possui como pilares a *prevenção, a investigação, o processamento, a execução e a reintegração*. Trata-se de um planejamento que estabelece medidas anteriores à prática do ilícito e se estende até após o cumprimento da pena. Tem em consideração que a segurança pública é, indubitavelmente, um direito fundamental necessário ao pleno desenvolvimento das atividades da sociedade e de cada indivíduo a ela pertencente, considerando que a pessoa humana carece de um mínimo de segurança para viver dignamente e com tranquilidade. O que é um direito assegurado a todos, na perspectiva do Estado, se traduz no dever de proteção⁸⁷⁶. Esse dever de proteção tem sua ideia inicial pinçada da dicção normativa do art. 5º, caput, da Constituição, ao assegurar que “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 segurança e à propriedade...”. A complementação está no art. 144 da Constituição, ao aduzir que “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 (...)”. A expressão *Estado* deve ser compreendida aqui não apenas como União, Estados e Municípios, mas, igualmente, como todo e qualquer órgão público. Por qualquer órgão público entenda-se todos os entes, especialmente os que estão envolvidos no desenvolvimento das políticas de saúde, educação, assistência e de oportunidades de trabalho. No campo da educação, para além da assistência educacional como trava ao ingresso no amplo e atrativo mercado da criminalidade, as universidades, especialmente as públicas, possuem a obrigação institucional de contribuir em relação a essa temática, com aquilo que é de sua especialidade, qual seja, mediante o desenvolvimento de projetos de pesquisa e de extensão, tendo como foco o fenômeno da violência.

Em relação aos estabelecimentos prisionais, o PNPCP, tendo em consideração o exponencial crescimento da população carcerária, formada prioritariamente por jovens, sem qualificação educacional e afastados do mercado do trabalho, sugere, como medida preventiva de novos crimes e para fins de redução da alta taxa de reincidência, (a) uma melhor governança do sistema penitenciário, especialmente mediante a implementação de ações no sentido de promover o ensino, a integração dos presos com a família e a oferta de trabalho e (b) a disseminação da adoção da política de contratação

⁸⁷⁵ O PNPCP 2020-2023 foi elaborado por uma comissão de Conselheiros do CNCP, composta por Márcio Schiefler Fontes (Presidente); Pery Francisco Assis Shikida (Relator-Geral); Walter Nunes da Silva Júnior (relator das diretrizes, estratégias e ações anteriores ao crime: prevenção); Fernando Pastorelo Kfoury e Wilson Sales Damázio (relatores das diretrizes e medidas logo após o crime e investigação eficiente nos inquéritos); Paulo Eduardo de Almeida Sorci (relator das diretrizes e medidas em relação ao processamento e julgamento); Danilo Pereira Júnior (relator das diretrizes e medidas de cumprimento da pena: medida e prisão); Pery Francisco Assis Shikida e Vilobaldo Adelfido de Carvalho (relatores das diretrizes e medidas em relação ao egresso); e Juliana Zappalá Porcaro Bisol.

⁸⁷⁶ Cf. item 7.2.4, *infra*.

de presos pelos órgãos públicos da administração direta (Legislativo, Executivo – incluindo o Ministério Público – e Judiciário) e indireta, nos termos do art. 28, § 2º, da Lei de Execução Penal, com a retenção entre 25% a 30% da remuneração para fins de recolhimento ao fundo penitenciário, a título de ressarcimento das despesas com a manutenção do sistema prisional (art. 29, § 1º, “d”, da Lei de Execução Penal).

Alvitra-se o balanceamento das políticas de descriminalização e de despenalização com a proteção efetiva, mediante a reorganização do sistema prisional como medida urgente e imperativa. A sugestão inicial é quanto à realização de *censo prisional* no escopo de permitir melhor conhecimento de quem efetivamente é o preso, ademais da criação de um Sistema Nacional Eletrônico de Informações, como instrumento essencial para o planejamento e gestão eficiente das políticas penitenciárias. De outra banda, propõe-se um novo desenho da estrutura do sistema progressivo e, por consectário, dos estabelecimentos prisionais, com a eliminação do regime aberto, que seria substituído pelo monitoramento eletrônico, além de cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. Desse modo, os regimes seriam o semiaberto e fechado, que seriam cumpridos, respectivamente, em estabelecimentos de segurança média e máxima, estes destinados para os presos por crimes violentos e graves, integrantes de facções criminosas ou incluídos no Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. Merece destaque, ainda, o aprimoramento construtivo, com adoção de monitoramento audiovisual nas áreas comuns, automação prisional, recursos tecnológicos para videoconferência, *body scan* e a estruturação dos Departamentos de Inteligência prisionais, a fim de que auxiliem os órgãos da segurança pública, notadamente com informações sobre a atuação das organizações criminosas.

Por fim, mas obviamente não menos importante, são estabelecidas as diretrizes e ações para a implementação de uma política efetiva de reintegração social do egresso, com destaque para (a) a inclusão no Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (SISDEPEN) dos dados e informações sobre egressos do sistema prisional; (b) a realização de pacto interinstitucional entre os Poderes Executivo e Judiciário, com a definição de programas e projetos de âmbito nacional com metas e recursos definidos, objetivando a reinserção social do egresso; (c) a criação, por meio do DEPEN, de estruturas institucionais voltadas para o atendimento/orientação e assistência ao egresso do sistema prisional nos órgãos de gestão dos Sistemas Prisionais locais; (d) a realização de levantamento nacional sobre existência de patronatos e conselhos da comunidade, incentivando-os a desenvolver ações voltadas para o atendimento do egresso; (e) a adoção do *observatório do egresso*, com o objetivo de monitoramento de ações voltadas para a reintegração social em cada órgão de execução penal; (f) a formação de parcerias com instituições públicas e privadas e organizações da sociedade civil para a oferta de trabalho e educação para egressos do sistema prisional; (g) a disseminação da política de contratação de egressos em obras públicas, nos termos da previsão contida na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993; (h) o incentivo aos municípios na estruturação de programas e projetos voltados para o egresso com foco na diminuição da reincidência criminal; (i) a instituição dos mecanismos de monitoramento e avaliação de programas e projetos voltados para o egresso com foco na diminuição da reincidência criminal; e (j) a criação de banco de dados referentes a egressos em cada órgão dos Sistemas Prisionais locais.

Merece menção, ainda, a Resolução do CNPCP nº 9, de 18 de novembro de 2011 (2011), aprovou as Diretrizes Básicas para a Arquitetura Penal, documento que cuida de definir ainda os estabelecimentos penais, a população máxima de cada uma de suas espécies e a quantidade máxima de presos por cela, dentre outras questões importantes⁸⁷⁷. Com esse ato normativo, o CNPCP cumpre a missão que lhe é outorgada no art. 64, inciso VI, da LEP.

⁸⁷⁷ Cf. item 2.2.1, infra.

CAPÍTULO 7

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

O exame da teoria constitucional do processo penal não prescinde do descortinamento das premissas que devem nortear o exegeta na interpretação dos direitos fundamentais. A investigação sistêmica da Constituição revela que os princípios constitucionais reitores do processo penal, embora estejam concentrados nos direitos fundamentais e sejam aqueles a própria base teórica desta ciência jurídica, estão espalhados em diversos preceitos, a começar mesmo pelo sistema de governo, que é o democrático-constitucional. Ademais, nessa perspectiva, evidencia-se que a compreensão dos direitos fundamentais sofre influência – diante da sua característica de universalidade, direitos pertencentes a todo o gênero humano, independentemente do espaço por este ocupado –, até mesmo, dos direitos essenciais que estão catalogados em tratados e convenções internacionais, ainda que não tenham sido ratificados pelo Brasil. A circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter entendido que, a despeito do preceito contido no art. 5º, § 2º, da Constituição, os tratados ou convenções internacionais não estão incluídos no rol dos direitos fundamentais, não infirma a tese de que esses devem ser levados em consideração no exercício da arte de interpretar. Ademais, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, os tratados e convenções internacionais contendo declaração de direitos inerentes à condição humana passam, agora, a pertencer à categoria dos direitos fundamentais, desde que aprovados, no Parlamento, pela maioria qualificada de 3/5.

O arcabouço constitucional no qual estão inseridos os direitos fundamentais esboça os parâmetros sob os quais deve ser arquitetada a doutrina dessa categoria de direitos. Conforme será salientado no capítulo seguinte, as *premissas interpretativas* dos direitos fundamentais têm acento nas cláusulas constitucionais que salientam o *caráter democrático-constitucional brasileiro, nos princípios fundamentais* de nosso Estado e nos seus *objetivos* perante a ordem interna e internacional, até porque elas são as linhas mestras do desenho teórico desses direitos, vazados em nosso ordenamento jurídico na categoria de princípios.

Dessa forma, os princípios constitucionais do processo penal, em uma visão mais ampla, não podem ser verdadeiramente compreendidos com suporte na análise apenas daqueles declarados sob a forma de direitos fundamentais, pois se faz necessário o exame dos postulados que informam a ossatura da formação do Estado brasileiro e outros que se encontram dispersos no texto constitucional, como, por exemplo, as normas constitucionais que disciplinam a organização e o funcionamento do Poder Judiciário, do Ministério Público, da advocacia e dos órgãos de segurança pública. Mas não é só. A leitura atenta da Constituição brasileira vigente denota o respeito e a incorporação das declarações de direitos internacionais em nosso sistema como regras mínimas que dão suporte à proteção à dignidade humana.

Tendo em conta essas considerações, mostra-se indispensável examinar as *premissas interpretativas* dos direitos fundamentais, o que será feito no capítulo seguinte. Isso porque, antes de ocupar-se dessa tarefa, apresenta-se imprescindível debruçar-se sobre a técnica de interpretação da Constituição, vale dizer, investigar a existência, ou não, de uma hermenêutica peculiar ao processo de interpretação dos direitos fundamentais. Com efeito, na doutrina clássica preconizada por SAVIGNY, os métodos de interpretação são o *gramatical, lógico-sistemática, histórica e teleológica*. Sobre essas modalidades de interpretação muito já se escreveu, não havendo,

naturalmente, necessidade de exploração desse tema neste estudo⁸⁷⁸. Ao longo das observações aqui feitas, a interpretação se servirá desses modelos, procurando dar a importância devida a cada um deles, tendo em conta as circunstâncias das hipóteses tratadas. Sobre a aplicação desses métodos tradicionais na interpretação. Nesta passagem da argumentação aqui desenvolvida será apresentada a doutrina tradicional que, conquanto defenda a aplicação no campo constitucional dos métodos de interpretação clássicos desenvolvidos por SAVIGNY, concorda com a assertiva quanto à observação de regras hermenêuticas específicas nesse processo, informadas não só pela própria natureza da tessitura constitucional, mas igualmente pelos fins perquiridos pela Carta Fundamental. A esse respeito, deve-se levar em consideração que, na visão da doutrina moderna, salientada por GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET⁸⁷⁹, em verdade,

(...) a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos e de princípios, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares, o que só confirma o já assinalado caráter unitário da atividade interpretativa”.

A par das regras consagradas pela doutrina sobre a hermenêutica constitucional, o estudo acrescentará, ainda, outras considerações que devem ser sopesadas pelo intérprete, notadamente o juiz, quando for o caso de investigar e determinar o alcance dos preceitos constitucionais em um caso concreto. Até porque, como advertem GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET⁸⁸⁰, “Fica claro que os direitos fundamentais não compelem os indivíduos da mesma forma e na mesma intensidade com que se impõem como normas diretoras das ações dos Poderes Públicos.” Essas outras regras aqui agregadas podem ser sumariadas nas assertivas de que os direitos fundamentais (1) são normas de proteção à dignidade da pessoa humana que, no espaço do processo penal, manifestam-se como limitações ao exercício do direito/dever de punir do Estado; (2) embora essenciais, não são absolutos, mantêm relação sistemática; (3) não raro, apresentam colisão entre si; e (4) possuem dimensão internacional.

7.1 – Interpretação das normas e princípios constitucionais.

O Estado Constitucional ou o fenômeno do neoconstitucionalismo, que traz como consequência a *constitucionalização da ordem jurídica, erige a interpretação da constituição*, especialmente quanto aos direitos fundamentais, como o núcleo central para a efetiva compreensão do alcance de seus enunciados. Iniciando no nosso meio o debate sobre o assunto, o referenciado CARLOS MAXIMILIANO⁸⁸¹, em obra até hoje citada, há muito tempo, ensinava que a técnica de interpretação sofre mutação, conforme se esteja analisando um texto constitucional ou um diploma normativo infraconstitucional, não só porque aquele é de alcance mais amplo, mas também devido ao seu *objetivo* e ser redigido de *modo sintético, em termos gerais*.

PAULO BONAVIDES⁸⁸², embora com a ressalva de que não tinha a pretensão de estabelecer uma *técnica interpretativa especial* para as leis constitucionais, chama a atenção para a peculiaridade de a interpretação constitucional mover-se em dois planos: o jurídico e o político. Aqui já foi dito que as normas constitucionais, mais do que qualquer outra, além dos aspectos jurídicos, devem ser investigadas e interpretadas em consonância com a ideia política que acompanha a sua formulação. Além de CARLOS MAXIMILIANO e PAULO BONAVIDES, vários outros doutrinadores nacionais tecem considerações a respeito das peculiaridades inerentes à interpretação das normas constitucionais. NAGIB SLAIB FILHO, por exemplo, ancorado nas lições hauridas de CARLOS MAXIMILIANO, deixa assentado que “*A Constituição tem caráter sui generis pois é uma transição entre o ato político e o ato jurídico, levando sua interpretação a peculiaridades*

⁸⁷⁸ Cf. DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004. p. 235- 240.

⁸⁷⁹ *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 268.

⁸⁸¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. p. 304.

⁸⁸² *Op. cit.*, p. 297.

*especiais*⁸⁸³. Disso resulta que o exegeta, para bem interpretar a norma constitucional, precisa encontrar o eixo ideal da questão sopesando os aspectos jurídicos e políticos, sem perder de vista que a *teoria da interpretação da constituição* guarda íntima identidade com a *teoria da interpretação dos princípios e valores constitucionais*. Nesse sentido, DAVI DINIZ acentua que, na atualidade, a *teoria da interpretação* é o núcleo central da teoria da Constituição. Ele defende, com acerto, que assume grande relevância a chamada *interpretação principialista*, segundo a qual o papel do intérprete, mormente do juiz, não se contém na análise da validade formal das normas, vai muito além, no intuito de encontrar subsídios justificadores de soluções aceitáveis socialmente, ou seja, buscar a *validade axiológica*⁸⁸⁴.

Vale registrar a advertência feita por DWORKIN⁸⁸⁵ de que, a bem da verdade, o juiz, ao decidir um caso difícil com suporte em norma constitucional, faz uso, na arena política, de dois tipos de argumentos. Argumentos de política propriamente ditos, que “... justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.”⁸⁸⁶ Por outro lado, pode enveredar por “... argumentos de princípio que justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”⁸⁸⁷.

De toda maneira, não se há de negar que a *interpretação constitucional* é espécie do gênero *interpretação*, de modo que é válido afirmar-se, sem rodeios, que não há *diferença ontológica* entre uma e outra, até porque, para todos os efeitos, a Constituição, assim como os demais diplomas infraconstitucionais, compõe-se de normas, desdobradas em *regras e princípios*. Todavia, se a Constituição, especialmente no contexto do neoconstitucionalismo, é o espelho do ordenamento jurídico, não apenas no aspecto formal, mas principalmente no pertinente à substância, parece claro que a sua interpretação assume particular relevância. DWORKIN, partindo da premissa de que a Constituição é o fundamento para a criação das demais leis do sistema, defende que a sua interpretação deve ser de molde a possibilitar a *interação e justificação* de suas normas com o poder político da comunidade, peculiaridade que exige a busca de sua fundamentação – mais do que ocorre no exame das demais normas da ordem jurídica – nos aspectos mais filosóficos da teoria política⁸⁸⁸.

Além disso, consoante adverte DAVID DINIZ, na exegese das normas constitucionais – mais do que na interpretação de qualquer outro texto legal –, devido mesmo à *plasticidade* das formulações linguísticas empregadas na Constituição, verifica-se uma maior amplitude de possibilidades semânticas, daí por que “... a compreensão de cada uma das palavras e frases dos enunciados normativos não é algo definitivo que permita ao intérprete utilizar o termo ou frase sempre exatamente na mesma acepção”. É preciso partir do pressuposto de que a Constituição é uma Carta Política que trata de todo o ordenamento jurídico, de modo que, com alguma frequência, ao utilizar uma expressão, ela não está sendo empregada no sentido técnico-jurídico com o qual é concebido em um determinado ramo específico do Direito.

Exemplo por demais pertinente para exemplificar o que está sendo afirmado, veja-se a dicção normativa do direito ao silêncio. Na redação do texto (art. 5º, LXIII), o constituinte fez uso da expressão *preso*, o que levou alguns, em malferição a essa regra de hermenêutica constitucional, a defender que o princípio constitucional alcançava apenas as pessoas que se encontrassem com o direito de liberdade suprimido. A doutrina e a jurisprudência nacional, porém, adequadamente, compreenderam que a expressão *preso* deve ser entendida como toda e qualquer pessoa a quem esteja sendo imputada a prática de um ilícito, seja na esfera processual ou não⁸⁸⁹.

7.2 – Regras basilares da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais.

Conforme salientado, ainda que haja a concordância de que os critérios de interpretação do Direito em si sejam aplicados na interpretação constitucional, a maioria dos doutrinadores defende

⁸⁸³ *Anotações à constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.73.

⁸⁸⁴ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*, p. 190-191.

⁸⁸⁵ Op. cit. p. 129.

⁸⁸⁶ Ibid.

⁸⁸⁷ Ibid.

⁸⁸⁸ Apud DANTAS. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*, p. 192.

⁸⁸⁹ Cf. item 9.5.2., infra.

que as peculiaridades inerentes às normas constitucionais permitem que se estabeleça uma *hermenêutica constitucional*. DAVID DINIZ, forte na doutrina clássica, delinea três elementos diferenciadores da interpretação constitucional. Para o autor, o primeiro deles é o *caráter evolutivo e aberto* do texto constitucional. Nesse aspecto, o intérprete deve observar o Direito não apenas do ponto de vista da *atualidade*, mas igualmente, que o enfoque não pode ser estático, mas evolutivo e, ademais, para que seja mantida a unidade da Constituição, é preciso que a leitura das normas seja *aberta e diferente*, a fim de comportar leituras legítimas, passíveis de adaptações às mudanças sociais. O segundo é o *caráter político*, o que fomenta a *discricionariedade exegética* e mesmo a *criatividade judicial*. Por fim, o *caráter axiológico*, uma vez que a interpretação consista em processo voltado à concretização de princípios constitucionais, faz-se necessária a *compreensão dos valores* contidos nas normas constitucionais⁸⁹⁰.

Nesse contexto, resta considerar que a hermenêutica se distingue da interpretação, pois ela é a ciência que fornece a técnica para a interpretação, que é o ato de compreensão da norma jurídica. A *hermenêutica*, por conseguinte, ocupa-se em estudar e sistematizar os processos aplicáveis para definir não apenas o sentido, mas também o alcance das expressões jurídicas⁸⁹¹. Ela serve de bússola no sentido de guiar o intérprete por meio de parâmetros que servem de orientação para o exercício da arte de interpretar.

BARACHO⁸⁹², socorrendo-se da síntese feita pelo argentino LINARES QUINTANA, expõe que a análise das assertivas consagradas na doutrina e na jurisprudência do Direito Comparado permite que sejam preconizadas as seguintes regras de hermenêutica constitucional:

1. Na interpretação constitucional, deve prevalecer o conteúdo teleológico ou finalista da Constituição;
2. Deve ser interpretada com critério amplo, liberal e prático, não apenas estrito, limitado e técnico;
3. As palavras que a Constituição emprega devem ser entendidas em seu sentido geral e comum;
4. Deve ser interpretada como um conjunto anômico;
5. Como instrumento de governo permanente, a flexibilidade e generalidade devem tornar possíveis suas adaptações ao tempo e às circunstâncias;
6. Os privilégios e as exceções, se existem, devem ter interpretação restritiva;
7. Os atos públicos devem ser presumidos como constitucionais, desde que razoável interpretação constitucional possa conciliá-los com o texto maior.

Em excelente livro sobre a interpretação e a aplicação da Constituição, LUÍS ROBERTO BARROSO ensina que, a par de os princípios, pelo fato de serem normas jurídicas, servirem-se dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral, devido as suas peculiaridades, superioridade jurídica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político –, possuem, eles próprios, *princípios instrumentais de interpretação*⁸⁹³, reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, a saber: (1) princípio da supremacia da Constituição; (2) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; (3) princípio da interpretação conforme a Constituição; (4) princípio da unidade da Constituição; (5) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; e (6) princípio da efetividade⁸⁹⁴. GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET⁸⁹⁵ ampliam esses princípios instrumentais para oito espécies: princípio da (1) unidade da Constituição; (2) concordância prática ou da harmonização; (3) correção funcional; (4) eficácia integradora; (5) força normativa da Constituição; (6) máxima efetividade; (7) interpretação conforme a Constituição; (8) proporcionalidade ou da razoabilidade.

Esclarece BARROSO que esses *princípios instrumentais* não são princípios no sentido do conteúdo, estrutura ou *aplicação* mediante ponderação – ou seja, não são princípios como

⁸⁹⁰ Cf. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*, p. 206-227.

⁸⁹¹ SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 73.

⁸⁹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 360.

⁸⁹³ *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 370.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 369-374.

⁸⁹⁵ *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, p. 113.

formato prescritivo que a Constituição, geralmente, utiliza para consagrar os Direitos Fundamentais; mas sim princípios no sentido de constituírem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que atuam previamente no processo de interpretação.

As regras *hermenêuticas* acima elencadas, consideradas neste trabalho como válidas para a exegese constitucional, são pertinentes à interpretação de toda e qualquer norma inserta na Lei Maior. Isso quer dizer que, na análise *dos direitos fundamentais como fundamentação teórica* do processo penal, essas regras hermenêuticas devem servir de orientação no processo interpretativo empregado ao longo deste trabalho.

Ao lado delas, porém, é o momento de analisar, com mais vagar, outras regras de cunho *hermenêutico* que exsurgem, na seara do processo criminal, específicas para a abordagem dos direitos fundamentais.

7.2.1 – Direitos fundamentais como limitações ao dever-poder de punir.

As garantias constitucionais penais, enunciadas em forma de princípios na Constituição, na perspectiva subjetiva, apresentam-se como limitações ao exercício do dever-poder de punir, no que diz respeito não só à aplicação da sanção penal como também à forma mediante a qual se busca demonstrar a responsabilidade do agente. O devido processo legal, representado pelo conjunto das normas constitucionais processuais penais, na qualidade de regras que devem ser observadas pelo Estado no exercício do dever-poder de punir, tem a feição de garantia aos direitos mais importantes do cidadão que, em suma, se traduzem no direito à vida, à liberdade, à intimidade e à honra, seja nas relações com o poder público, seja nas relações interpessoais.

Como aqui já foi ressaltado mais de uma vez, note-se que o estudo da história dos povos permeada pelos movimentos sociais iniciados na sociedade primitiva até a formação do Estado contemporâneo, revela que se percebeu a necessidade de estabelecer limites ao exercício do poder por parte do governante, utilizando como um dos instrumentos mais importantes a declaração dos direitos do homem inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos detentores do *poder de plantão*⁸⁹⁶. Esses direitos, porquanto indispensáveis para o ser humano, eram considerados naturais e ocuparam as preocupações mais profundas dos grandes filósofos, sendo catalogados, desde o início, como garantias delimitadoras dos poderes do Estado.

Por mais repugnante e hediondo que seja o comportamento daquele que violou a norma penal, ainda assim, na persecução quanto à aplicação da pena, só poderá o Estado agir dentro dos parâmetros gizados desde a Lei Fundamental. Os contornos da atuação do Estado no sentido de buscar a responsabilidade criminal estão plasmados nas garantias constitucionais e perfazem o que se convencionou chamar de *devido processo legal*. Sem a observância dessas regras, a atuação jurisdicional se dá fora do perfil do Estado Democrático-Constitucional, modelo escolhido pela Constituição de 1988.

Os direitos fundamentais têm o seu comando voltado no sentido de expandir a garantia do direito à inviolabilidade da vida, integridade física, intimidade, vida privada e, até mesmo, da honra e da imagem, quanto à violação a que esses bens jurídicos estão sujeitos, não só por parte dos órgãos públicos, como também das pessoas físicas e jurídicas de direito privado⁸⁹⁷. Em primeira nota, a norma seria destinada, tão-somente, aos que pautam o seu agir de conformidade com as normas jurídicas postas perante o grupo social, não socorrendo aqueles que agem de forma ilegal, trazendo prejuízos à coletividade. Porém, não é assim. As garantias constitucionais expostas pelo constituinte têm incidência em todas as situações, sejam elas originárias de ações lícitas ou ilícitas⁸⁹⁸.

Conforme exposto em outra passagem deste livro, os direitos fundamentais, germinados da declaração de direitos do homem, foram pensados como instrumento de patrulhamento da força do Estado, quando este pretende exercer o seu dever-poder de punir⁸⁹⁹. Por isso mesmo, a maioria dos direitos fundamentais foi pensada e possui aplicação no campo criminal sob a modalidade de

⁸⁹⁶ O tema foi explorado no capítulo 1, supra.

⁸⁹⁷ Os direitos da personalidade são os mesmos direitos fundamentais, porém vistos sob a perspectiva das relações interpessoais (Cf. o item 5.8, supra).

⁸⁹⁸ Cf. itens 7.2.3, 7.2.3.1 e 7.2.3.2, supra.

⁸⁹⁹ Aqui vale relembra o que foi dito sobre a contribuição de BECCARIA para a construção jurídica do processo penal (Cf. itens 1.3.3, 1.3.3.1 e 1.3.3.2, supra).

garantias processuais asseguradas ao acusado. Sendo assim, a premissa que se deve observar é que a defesa do agente é a mais ampla possível, mas o Estado tem de conformar o seu agir dentro daquilo que for previsto pela norma, daí por que não poderá levar em consideração uma prova obtida de forma ilícita, a fim de condenar quem quer que seja, independentemente do crime praticado. A regra aqui é similar ao *princípio da legalidade* do Direito Administrativo, de modo que ao Estado somente é permitido fazer aquilo que se conforta com os princípios constitucionais, ao passo que o acusado, no exercício do seu direito fundamental de defesa, à primeira vista, tudo pode, exceto o que está vedado por lei.

Como as normas constitucionais penais representam, antes de tudo, limitações ao direito de punir do Estado, as cláusulas encartadas na Lei Fundamental e que perfazem, sob uma perspectiva abrangente, o devido processo legal criminal, são contempladas para o acusado, a fim de que este possa ter reconhecidos os direitos que são inerentes a sua condição humana, mesmo quando o Estado esteja no legítimo exercício do dever-poder de punir. Em outras palavras, diz-se que, ao contrário do que ocorria nos ensaios do Estado contemporâneo, o poder/dever de punir do Estado pauta-se pelos limites pré-traçados pela compreensão dos direitos fundamentais.

Outra ótica que se desdobra da regra de hermenêutica de que as garantias constitucionais penais traduzem comandos relativos à limitação do dever-poder de punir do Estado é que o agente do Estado ou a quem atribuída a função de coibir a prática de crime pode, nada obstante as normas constitucionais, independentemente de autorização judicial, no exercício do poder de polícia, agir a fim de embargar conduta ilícita. Isso porque, em princípio, quando a ação estatal se faz, no sentido estrito, em cumprimento do dever de polícia, não se está atuando para investigar ou punir quem quer que seja, porém no sentido de que seja mantida a ordem social.

Não seria razoável, por exemplo, que o agente do Estado precisasse ter como escudo uma autorização judicial, a fim de poder ingressar em uma residência e, assim, coibir a prática de um ilícito. Exatamente em razão dessa consideração é que a Constituição, a par de assegurar a inviolabilidade do domicílio, permite, expressamente, que o agente estatal, desde que esteja ocorrendo um crime em seu interior, quebre essa garantia constitucional, independentemente de autorização judicial. Do mesmo modo, a norma fundamental assegura o direito de liberdade, mas possibilita que o agente do Estado, ou quem suas vezes fizer, restrinja essa garantia, independentemente de autorização judicial, quando o autor do ilícito for surpreendido em flagrante delito.

7.2.2 – Relatividade dos direitos fundamentais até mesmo em relação ao direito à vida.

Na discussão sobre as características intrínsecas dos direitos fundamentais, ficou estabelecido que essa categoria de direitos não pode ser vista como absoluta, porquanto, a despeito das ressalvas que podem constar do próprio preceito constitucional, eles possuem limitações que são imanentes⁹⁰⁰. Essa posição se mostra afinada com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita pelo povo francês, constituída em Assembleia Nacional, no dia 26 de agosto de 1789, que, expressamente, admite o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais, desde que previstos em lei.

A Constituição da Espanha remete à lei a especificação das hipóteses que excepcionam a garantia do sigilo e confere ao juiz a possibilidade de examinar, no caso concreto, se é pertinente, ou não, dotar o Estado de força maior na investigação do caso que está sob apreciação. Devido a essas circunstâncias, alerta NAVARRETE que o tratamento dos direitos fundamentais no sistema jurídico espanhol, adverte o autor espanhol que, em todos os ramos do Direito daquele país, há de ter-se presente duas etapas bastante distintas: uma antes e outra depois da criação do Tribunal Constitucional Espanhol, que veio a lume com a Constituição de 1978. A partir de então, o mencionado tribunal passou a exercer grande influência no panorama jurídico, promovendo, com as suas decisões de extremo rigor técnico e alto conteúdo jurídico, o reengajamento social e mesmo popular espanhol, desde que as suas posições sejam acompanhadas com intenso interesse pelos cidadãos, devido à adequação à realidade sociopolítica⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ Cf. 5.7, supra.

⁹⁰¹ NAVARRETE, José F. Lorca. Op. cit., p. 19.

Tal entendimento denota que a jurisprudência espanhola parte da premissa de que os direitos fundamentais, por mais importantes que sejam, são relativos, passíveis de limitações, especialmente quando ocorre a colisão entre eles, devendo-se ter em conta, na solução do problema teórico e prático, o conceito de relação de precedência condicionada, manifestada por ALEXY⁹⁰², no desiderato de formular a solução do caso com suporte na chamada lei de colisão.

Em interpretação da Constituição portuguesa, leciona CANOTILHO⁹⁰³ que os direitos fundamentais são relativos, e não absolutos, e dogmatiza três tipos distintos de restrições, a saber:

1. Limites constitucionais directos ou imediatos = limites directamente estabelecidos pela própria constituição;
2. Limites estabelecidos por lei, mediante autorização expressa da constituição (reserva da lei restritiva);
3. Limites imanentes ou implícitos (= limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos e bens).

Ancorado na doutrina de ALEXY, CANOTILHO⁹⁰⁴ expõe que os direitos fundamentais são informados pela *cláusula da comunidade* ou dos *limites originários ou primitivos*, de modo que eles, ainda quando não haja previsão constitucional, longe de serem tidos como absolutos, sofrem limites originários ou primitivos, ínsitos a todos eles, que se justificam porque são *limites constituídos* pelos *direitos dos outros* de modo que “*Haverá, pois, uma ‘cláusula da comunidade’ nos termos da qual os direitos das liberdades e garantias estariam sempre ‘limitados’, desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade*”. O constitucionalista lusitano adita que o exame da jurisprudência do Tribunal Constitucional português revela que, muito embora sem o *background* teórico formado sobre o assunto e sem uma uniforme retórica argumentativa, adotou-se a ideia dos *limites imanentes* dos direitos fundamentais⁹⁰⁵.

De todo o exposto, não restam dúvidas de que a doutrina e a jurisprudência da França, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal firmam passo no entendimento de que os direitos fundamentais, ainda que inspirados nos direitos naturais, não são absolutos, mas tão-somente relativos, de modo que, mesmo quando não haja expressa previsão constitucional, nada impede que sejam colocados freios ao seu exercício, porquanto é aplicável a cláusula dos limites *imanentes*⁹⁰⁶.

Conquanto a regra seja a de que os direitos fundamentais devem ser preservados, circunstâncias excepcionais verificadas no caso concreto podem servir de justificativa para que haja uma flexibilização do bem jurídico protegido. Em alguns casos, há cláusula expressa no direito fundamental permitindo que a garantia seja excepcionalizada. Com efeito, é comum o constituinte declarar a garantia, a exemplo da que assegura a inviolabilidade do domicílio, mas, em contranota, no próprio texto, ressaltar que esse direito pode ser restringido, nas hipóteses nele mesmo previstas. Com efeito, ao tempo em que o constituinte diz que a casa é asilo inviolável, ele assevera, igualmente, que o ingresso sem consentimento de quem de direito na habitação é permitido, em caso de desastre, de flagrante delito ou de prestação de socorro ou, durante o dia, quando houver ordem judicial.

Tendo em conta o mesmo exemplo, observe-se que o constituinte, em determinadas hipóteses – casos de desastre, flagrante delito e para prestação de socorro –, permite que a inviolabilidade do domicílio seja flexibilizada, independentemente de ordem judicial. Ou seja, não há necessidade de intervenção do Judiciário para que seja autorizada a invasão do domicílio e qualquer do povo possa agir legalmente. Por outro lado, o constituinte deixa claro que, nas demais hipóteses, até poderá vir a ser restringida a garantia da inviolabilidade do domicílio, porém a imiscuição na casa ou habitação haverá de ser precedida de autorização judicial.

Em outras situações, o constituinte faz referência ao direito fundamental, mas não diz como nem muito menos em que hipóteses se admite a sua flexibilização. Veja-se o princípio constitucional que preceitua serem *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*, fixado no art. 5º, inciso X, da Constituição de 1988. Nesse caso, o texto constitucional não fez nenhuma ressalva quanto à possibilidade de restringir-se a garantia contra a violação desses direitos

⁹⁰² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Tercera reimpresión, 2001. p. 56.

⁹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 615-616.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 619.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 622.

⁹⁰⁶ Cf. item 5.6, supra.

fundamentais. A impressão que daí decorre é a de que os direitos fundamentais anunciados na norma em destaque seriam absolutos, de modo que, qualquer que fosse a circunstância, não se poderia restringi-los. Porém, se essa for a conclusão, por via oblíqua, seria o mesmo que reconhecer o caráter absoluto desses direitos, o que não parece, diante das considerações oportunamente apresentadas neste livro, ser razoável, ademais de contrapor-se ao pensamento da doutrina dominante nacional e estrangeira e da jurisprudência sufragada pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁰⁷.

Nem mesmo os direitos à vida e à liberdade, direitos fundamentais – permita-se dizer – mais fundamentais ao ser humano, que constituem a base de toda e qualquer constituição democrática, são absolutos, pois se admite, ainda que implicitamente, a possibilidade de serem tergiversados. Observe-se que, conquanto a Constituição torne defesa a pena de morte, em prestígio à autodefesa do Estado e do cidadão, tem como lícita a reação que pode consistir em levar à morte uma pessoa que esteja praticando um delito, o que torna válida a conclusão de que nem mesmo o direito à vida, por mais fundamental que o seja, tem-se como absoluto. A Constituição da República, quando assegura o direito à vida, em nenhum momento, faz a ressalva de que o Estado ou quem agir em seu nome pode legitimamente matar quem quer que seja, daí por que uma conclusão lógica seria que o direito à vida, nos termos da Constituição, seria absoluto.

Essa faculdade do Estado de até mesmo eventualmente, quando necessário, retirar a vida de quem é flagrado no momento em que está praticando crime, está implicitamente regulada na Constituição e, expressamente, no art. 23, III, do Código Penal, ao incluir, dentre as causas de justificação, o estrito cumprimento de dever legal. O mesmo se diga no plano das relações interpessoais (direitos da personalidade), em razão dos institutos da legítima defesa e do estado de necessidade. FERNANDO BARCELLOS⁹⁰⁸, com esteio nessas considerações, chega a admitir não apenas a existência, no limite, de um legítimo *direito de matar*, como ocorre nos casos de legítima defesa, mas igualmente o dever de matar, “... quando há guerra e o indivíduo se torna soldado e assume a obrigação de matar o inimigo, sob pena de ser penalizado, às vezes até mesmo com a pena de morte, pelo chamado crime de traição à pátria ou de covardia diante do inimigo.”

Adequando o pensamento de FERNANDO BARCELLOS ao que aqui se tem sustentado, chega-se à conclusão de que, quanto às relações entre os particulares, melhor dizendo, aos direitos da personalidade, em contraposição ao direito à vida, existe, no limite, nas hipóteses de legítima defesa ou de estado de necessidade, quando não exigível conduta em outro sentido, o *direito de matar*, que é conferido a alguém como medida extrema de defender um direito fundamental. Assim, para preservar o seu direito à vida, a pessoa pode, até mesmo, em situação extrema, matar outrem, sendo essa conduta considerada, para todos os efeitos, como lícita.

Nas tratativas do poder público com o cidadão, na seara, por conseguinte, dos direitos fundamentais propriamente ditos, satisfeitas as condições exigidas, o agente incumbido da manutenção da ordem não só pode, mas deve, como medida extrema, até mesmo matar. Ou seja, aquilo que para o particular se traduz em um direito de matar, para o poder público, observadas as circunstâncias que justificam o uso da força extrema, apresenta-se como *dever de matar*. Um exemplo serve para melhor compreensão. Imagine-se a situação de uma pessoa que, fugindo do agressor que está com arma em punho querendo matá-la, encontra um policial e lhe pede socorro. O agente policial tem o dever de proteger a pessoa que está na iminência de perder a vida, podendo, no exercício de sua atribuição legal, se for o caso, como atuação extrema, retirar a vida do agressor. Observe-se que aqui

A existência de um tal dever de matar, revelado do exercício extremo do dever-poder de polícia, mostra-se em toda a sua evidência, quando se analisa o teor da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Nesse diploma legal, mas precisamente no art. 303, § 2º – redação determinada pela Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998 –, está dito que a aeronave em situação irregular no espaço aéreo brasileiro, esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

⁹⁰⁷ Cf. item 5.7, supra, em que consta a ementa do aresto do STF sufragado no MS 23.452-RJ, cujo relator foi o Ministro CELSO DE MELLO.

⁹⁰⁸ *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 63.

De acordo com o Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, a aeronave caracterizada como hostil ou assim considerada (a suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não observe as medidas coercitivas de *averiguação, intervenção e persuasão*, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, as quais têm como objetivo fazer com que a aeronave sob suspeita proceda a pouso no local indicado pela autoridade), está sujeita à medida de destruição. A medida coercitiva de persuasão, que precede a de destruição, consiste “... no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas” (art. 3º, § 3º).

Não surtindo efeito os atos dissuasórios, é o caso da autorização de destruição, ação restrita aos casos de aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins (art. 5º do Decreto nº 5.144, de 2004) e que “... consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra” (art. 5º do Decreto nº 5.144, de 2004).

Quando a lei permite a destruição da aeronave, ela autoriza, por mais dura que seja a afirmativa, que se mate quem está dentro dela. Do mesmo modo, quando a lei diz que essa medida de destruição da aeronave e, por consequência, da vida humana que está dentro dela só será executada após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada, ela não apenas expressa o poder de autorizar a destruição da aeronave, como igualmente o de autorizar que se mate quem está a bordo, como se extrai da leitura da última parte do art. 5º do Decreto nº 5.144, de 2004⁹⁰⁹.

Na imprensa, surgiram vozes contra os termos do referido decreto, taxando-o, pejorativamente, de *lei do abate* e que a sua edição revela uma opção *utilitarista*, em detrimento de princípios político-constitucionais sufragados nos direitos fundamentais, que se esteiam na valorização da vida humana. No entanto, a crítica não procede, até porque essa possibilidade de exercício do poder de polícia pela força ostensiva resultar em perdas humanas faz parte, infelizmente, da natureza das coisas. A ideia de que o mais razoável seria que a medida mais contundente se restringisse à perseguição da aeronave com disparos de advertência até o seu pouso e, aí, proceder-se à apreensão do que estivesse sendo transportado ilícitamente e a prisão dos tripulantes, não seduz. Até porque essas aeronaves são de pequeno porte e conseguem pousar em pistas muito precárias, no meio da selva, a quilômetros das cidades, em que não há condições de pouso de uma aeronave militar e o acesso de agentes da polícia é muito difícil. Isso sem falar que no local de pouso da aeronave pode existir um aparato bélico para enfrentar a força policial.

A visão sistêmica da Constituição possibilita afirmar-se não só que o direito à vida não é absoluto, como há mesmo, desde que observadas determinadas circunstâncias justificadoras, o *direito de matar* e o *dever de matar*, por mais delicadas que sejam essas afirmações⁹¹⁰. O que o Estado não pode é aplicar a pena de morte ou, então, para investigar um crime, torturar o agente até a morte, no desiderato de fazê-lo confessar e, assim, descobrir a verdade. Agora, se uma pessoa está praticando um crime, ainda que não o tenha consumado, se preciso for, o agente do Estado pode, independentemente de autorização judicial – ou mesmo, ainda que a Constituição não apresente ressalva –, desde que necessário, usar da violência para expungir o ato ilícito e coartar o direito de liberdade, o que no limite pode justificar que a proteção ao direito fundamental implique em trazer como consequência a ofensa a outro direito de igual categoria, que pode ser até mesmo o direito à vida. Essa concepção de direitos fundamentais relativos encontra respaldo na proteção internacional dos direitos humanos. A própria Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José) estabelece em seu capítulo IV, art. 27, as hipóteses de suspensão de garantias, ainda que circunstanciais.

No entanto, surgiu em nosso meio polêmica diante da afirmação do Governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, um ex-juiz federal, de orientação a policiais atiradores de elite para alvejar pessoas que forem vistas conduzindo armas de grosso calibre, a exemplo de fuzis. A argumentação

⁹⁰⁹ Essa autorização de destruição estava pendente de regulamentação, o que somente veio a ocorrer em julho de 2004, no Governo de Luiz Inácio Lula da Silva

⁹¹⁰ Cf. item 7.2.3.1.3, 7.2.3.1.3.1 e 7.2.3.1.3.2., infra.

aqui exposta em relação à existência, como medida extrema, de um *dever de matar* não legitima a orientação em foco. Ora, em verdade, o que a autoridade policial tem é o dever de agir, ou melhor, cumprir o seu dever legal de proteção. Isso não quer dizer que o dever de deter uma pessoa que está cometendo ou na iminência de praticar um crime, sempre e sempre, respalde a medida extrema dessa atuação que é tirar a vida de alguém. O dever essencial de qualquer agente do estado é no sentido de proteção, que há de ser eficiente, e tanto quanto mais eficiente é o cumprimento dessa tarefa quanto menor for o sacrifício dos direitos fundamentais envolvidos.

Até porque, em casos que tais, seja como direito, seja como dever, a eventual legitimação de ação que, ao fim e ao cabo, tem o condão de tirar a vida de outrem, é situação em que não há preservação de porção mínima ou do núcleo essencial do direito fundamental sacrificado. Fixada a ideia de que os direitos fundamentais são relativos, cabe, agora, enfrentar a *vexata quaestio* de gizar as hipóteses, os momentos e formas em que podem ser flexibilizadas as garantias constitucionais, partindo, todavia, da consideração de que o norte interpretativo a guiar os passos do intérprete é o de que o rompimento de uma garantia constitucional é um acontecimento excepcional, que somente se justifica em casos extremos. Sendo assim, sempre que possível, deve ser buscada uma outra forma de resolver o problema, sem que haja necessidade de se tergiversar com um direito fundamental.

7.2.3 – Garantia dos direitos fundamentais como regra a ser observada no processo penal, somente podendo ser autorizada a supressão ou suspensão temporária quando houver justificativa para a determinação.

Os direitos fundamentais, no aspecto processual criminal, são garantias asseguradas ao cidadão que está submetido a inquérito ou a processo. Eles devem servir de limite tanto à atuação persecutória do Estado quanto à investigação da alçada da polícia e à atuação do Ministério Público e do juiz. De ordinário, quando a perseguição criminal se defronta com um direito fundamental do cidadão, aquela cede a este. O direito fundamental, por sua magnitude e relevância política, deve ser privilegiado em detrimento mesmo daquela.

Todavia, tendo em consideração a gravidade do delito, o órgão encarregado da perseguição criminal pode, e deve, pedir que o Estado seja autorizado a utilizar instrumentos mais contundentes necessários à elucidação do fato e à aplicação da resposta penal adequada para o caso. Com isso, se quer dizer que, se em regra os direitos fundamentais limitam sob um aspecto absoluto a perseguição criminal, esse fato só ocorre quando se trata de crimes de menor gravidade. Com efeito, nos crimes de menor potencial ofensivo, não se mostra razoável comprometer ou flexibilizar um direito fundamental para, assim, permitir que seja produzida ou admitida uma determinada prova ou mesmo se imponha a prisão preventiva. Por outro lado, quando o crime é de maior gravidade, diante da relevância da apuração do fato criminoso, admite-se que a polícia judiciária⁹¹¹ ou o Ministério Público, não possuindo outros meios de prova, peça ao Poder Judiciário que seja autorizada a quebra de uma garantia constitucional.

Aqui vigora uma regra de ponderação. Há dois direitos fundamentais: um que diz respeito mais diretamente à esfera do cidadão que está sendo investigado, mas não somente a ele, e outro do interesse que a sociedade possui quanto à busca da responsabilidade penal, como forma de manter a segurança social. Não há, propriamente, um conflito entre um direito fundamental individual – do cidadão acusado – e outro coletivo – da sociedade quanto à perseguição criminal. Ambos são direitos coletivos, pois as garantias asseguradas ao acusado não dizem respeito somente a ele, pois, além de históricas⁹¹², é do interesse da sociedade, em gênero, que, no agir criminal, o Estado adote métodos que não se contraponham aos direitos que informam o conteúdo da cláusula da dignidade humana.

⁹¹¹ Há uma crítica procedente quanto a essa nomenclatura – polícia judiciária —, utilizada pelo legislador do Código de Processo Penal em vigor. Isso subentende que a polícia investigativa seja um órgão vinculado ao Poder Judiciário, o que, em nosso sistema jurídico, não corresponde à realidade. Ao que parece, o legislador nacional adotou essa expressão da legislação estrangeira originária de países em que a polícia está vinculada ao Judiciário, assim como o próprio órgão do Ministério Público. É o caso da legislação italiana, que inspirou a nossa, consoante aqui já foi demonstrado. Cf. item 1.4.4., supra.

⁹¹² Os direitos fundamentais possuem raiz histórica e pertencem, em uma visão mais elástica, a todas as pessoas que fazem parte da sociedade.

Com isso, não se quer afirmar que não haja o conflito entre direitos fundamentais. Longe disso. Ele existe, sim, mas a orientação para a resolução da *vexata quaestio* não passa pela consideração de que um é individual, enquanto o outro é coletivo. Ambos, em última análise, pertencem à sociedade e fazem parte da história da humanidade e dizem respeito aos direitos fundamentais, a pretensão acusatória sob a perspectiva objetiva, enquanto a defesa na dimensão objetiva⁹¹³. Pode-se estabelecer, em determinadas circunstâncias, qual deles deve preponderar.

Nessa linha de argumentação, consoante visto, diante da menor gravidade do crime, não se mostra adequado flexibilizar a garantia constitucional. Sendo o crime de alta consequência maléfica para a sociedade, aliada à imprescindibilidade da produção da prova, deve ser, aí, sim, determinada a quebra da garantia constitucional. Nessa parte, tem plena aplicação o *princípio da proporcionalidade*. Com base na noção que emerge desse postulado, a título de exemplo, não parece haver dúvida de que malferia a razoabilidade deferir-se a quebra da garantia da inviolabilidade do domicílio para apurar um crime de furto de um relógio cujo valor, embora não seja insignificante, não é de molde a justificar o uso de força mais extremada na persecução criminal.

Sente-se a necessidade de esclarecer que crime de maior gravidade a permitir a flexibilização de direito fundamental estampado na Constituição não compreende afirmar que determinados crimes, por si sós, têm a sua maior potencialidade lesiva intuída pelo legislador, de modo que, em se tratando de delito dessa natureza, é admissível vulnerar-se, por meio de autorização judicial, a garantia das comunicações, por exemplo, apenas pelo fato de tratar-se de crime hediondo. É preciso que a medida seja adequada e necessária para a investigação. Em todo caso, portanto, impõe-se que haja *justificativa* para que seja adotada uma medida judicial drástica e invasiva, como é aquela que importa na flexibilização de uma garantia constitucional.

Em síntese, tem-se de ter presente que a quebra de uma garantia constitucional é uma exceção, posto que a regra é a sua preservação, daí por que como excepcionalidade ela deve ser tratada. Assim, a flexibilização de um direito fundamental é um recurso de reserva, uma medida excepcional, que somente deve ser adotada quando ela for imprescindível, conforme bem orienta o Superior Tribunal de Justiça⁹¹⁴. Na mesma passada, o Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, tem consignado essa tese⁹¹⁵.

Por outro lado, caso seja possível obter-se o resultado processual por outra forma, não se deve lançar mão dessa medida de força. Além de ser excepcional, ela é sempre temporária, de modo que somente deve vigorar a restrição ao gozo do direito fundamental se e até quando ela for necessária. Mais do que isso é força desnecessária, aplicada sem justificativa.

Com essas considerações, podem ser pinçadas, a *priori*, as condições imprescindíveis para que seja tomada a decisão pela quebra de um direito fundamental: (1) a regra é que a responsabilidade penal seja perquirida sem que haja a necessidade excepcional de flexibilizar direitos fundamentais; (2) o crime deve ser de certo grau de gravidade, de modo a justificar o uso de uma força maior por parte do Estado; (3) a medida, diante da necessidade do uso dessa força excepcional, deve ser imprescindível, sob pena de comprometimento da eficácia da ação estatal; e (4) a impossibilidade de se obter a eficácia do processo de outra maneira.

⁹¹³ Cf. Capítulo 2 e itens 7.2.1 e 7.2.4, *supra*.

⁹¹⁴ Essa é a posição da jurisprudência brasileira. No julgamento do AGP 1611/RO, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO, ao ponderar sobre a razoabilidade da determinação da flexibilização de direito fundamental, lembrou que "... A quebra dos sigilos bancário e fiscal é medida excepcional. Só há de ser concedida quando os fatos demonstrem a absoluta necessidade da sua realização e nos limites da competência do órgão investigador..." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em 3 ago. 2004).

⁹¹⁵ No julgamento do Habeas Corpus nº 85455/MT, relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como suporte os precedentes contidos nos Habeas Corpus nºs 80487, 82561 e 83510, ressaltou que "A excepcionalidade que marca a quebra do sigilo bancário exacerba a exigência constitucional de os pronunciamentos judiciais se fazerem suficientemente fundamentados" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. FUNDAMENTAÇÃO DO ATO. Data da decisão: 08/03/2005. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp.. Acesso em: 7 out. 2005).

7.2.3.1 – Órgãos legitimados a decidir sobre a possibilidade de quebra das garantias constitucionais.

Se observadas as condições estabelecidas acima, há justificativa para que se determine a flexibilização de um direito fundamental, restando indagar quem detém a palavra para decidir, no caso concreto, quando é pertinente haver a quebra da garantia constitucional. De fato, diante da conclusão de que os direitos fundamentais, por mais essenciais que sejam, são apenas relativos, de maneira que, embora em caráter de excepcionalidade, é admissível a sua quebra, a questão que se impõe é definir a quem é confiada a missão de decidir em quais situações há justificativa plausível para que isso ocorra.

A Constituição, salvo raras hipóteses, não diz – nem deveria mesmo – quem é o órgão incumbido de determinar a flexibilização dos direitos fundamentais. Apenas em alguns poucos casos, o constituinte foi expresso nesse sentido, deixando claro que a quebra do direito fundamental prescindiria de *ordem, determinação ou decisão judicial*⁹¹⁶. Um exame aligeirado da redação emprestada aos dispositivos constitucionais que albergam os direitos fundamentais, poderia levar à conclusão de que o Judiciário só poderia intervir na área dos direitos fundamentais quando o constituinte estabelecesse a previsão de que, para a sua flexibilização, seria exigível ordem, determinação ou decisão judicial.

Contudo, conclusão nesse sentido não seria razoável. Isso porque, se assim fosse, praticamente todos os direitos fundamentais ficariam sem proteção, na medida em que, para flexibilizá-los, bastaria o órgão público ou qualquer pessoa fazê-lo. Primeiro de tudo, há de convir-se que, se a tutela dos direitos fundamentais não ficar confiada a um órgão capacitado e imparcial para definir os casos de flexibilização, de nada adiantariam as declarações plasmadas na Carta Política. Evidentemente que o órgão ao qual é cometida a atribuição de decidir, no caso concreto, se as circunstâncias que singularizam a situação tornam razoável, ou não, a quebra do direito fundamental, não deve ser parte interessada pelo assunto, como é o caso do Ministério Público que, para todos os efeitos, ainda para quem não admita que ele não seja, tecnicamente, parte no processo, não deixa de ser *interessado* no atendimento de seu pleito condenatório. Portanto, para a efetiva garantia dos direitos fundamentais, o *dever-poder* de decidir sobre a questão deve recair em um terceiro que não faz propriamente parte da relação travada entre quem quer a flexibilização do direito fundamental, o Ministério Público, e o seu titular, suspeito/investigado, indiciado ou acusado. Até porque, na hipótese de a legitimidade de decidir sobre o assunto recair sobre aquele que pretende obter a flexibilização do direito fundamental, parece manifesto que, dessa forma, a proteção conferida aos cidadãos pela Constituição não passaria de mera retórica.

Estreme de dúvidas que, em um Estado Democrático-Constitucional, cuja característica basilar, dentre outros aspectos, pronuncia-se mediante a existência de forte mecanismo de controle de constitucionalidade por parte do Judiciário, quem deve deter a incumbência para dirimir essas questões é o juiz. Cabe ao Judiciário apreciar e decidir os casos em que, devido à excepcionalidade que envolve a questão, se evidencia justificativa para que um direito nobre individualizado, mas que, nem por isso, deixa de ser caro à sociedade, venha a ser tergiversado.

Com isso, se quer dizer que, via de regra, em nosso sistema jurídico, o único órgão legitimado a decidir pela quebra da garantia processual apoiada em direito fundamental é o Poder Judiciário. O órgão jurisdicional exerce o monopólio da atividade judicante e, de permeio, o controle de constitucionalidade⁹¹⁷, de modo que, em rigor, somente ele detém a autoridade para autorizar a flexibilização desse direito.

⁹¹⁶ Essas expressões são encontradas nos incisos XI, XII, XIX e LXI do art. 5º da Constituição.

⁹¹⁷ NAGIB SLAIBI coloca, dentre as regras de hermenêutica, a assertiva de que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, valendo a sua interpretação, ainda que não seja vinculativa em todos os casos, como orientação para todos os outros órgãos públicos (art. 102, caput)” (Op. cit., p. 78). Note-se, entretanto, que a missão de guarda da Constituição, no nosso sistema, não é afeta apenas ao Supremo Tribunal Federal, pois se estende, igualmente, a todos os órgãos jurisdicionais, por meio do controle difuso, de modo que a principal função judicial, independentemente do segmento da magistratura à qual esteja afeta a demanda, é a de preservar os valores encartados no texto da Lei Fundamental.

7.2.3.1.1 – Comissões Parlamentares de Inquérito.

Conquanto o Judiciário seja, no contexto do Estado Democrático- Constitucional, o órgão ao qual, ordinariamente, se atribui o ofício de dizer, nos casos concretos, se é cabível a flexibilização de um direito fundamental, no nosso sistema jurídico, ele não é o único que possui competência para tanto. Já faz parte da história constitucional do Brasil entregar esse dever, também, ao Legislativo, mais precisamente às Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs. Sabe-se que essas comissões tiveram origem no constitucionalismo inglês, no escopo de que, a par da sua clássica função quanto à feitura das normas, ao Legislativo fosse outorgada a não menos nobre missão investigatória sobre fatos relevantes para a vida constitucional do País⁹¹⁸. Previstas no constitucionalismo brasileiro a partir da Constituição de 1934, desde então, elas sempre constaram dos textos seguintes. No nosso sistema jurídico, os poderes da CPI são sobremaneira amplos, a fim de que elas possam bem desempenhar as suas atribuições.

Se a finalidade precípua da Comissão Parlamentar de Inquérito é investigar, claro que a ela são conferidos os necessários e úteis instrumentos para o exercício dessa atividade. Diante da peculiaridade de essa atividade ser exercida por parlamentares – agentes políticos na essência da palavra –, como uma das funções principais do Legislativo, os poderes investigatórios passados à Comissão são superiores àqueles inerentes à autoridade policial. Em verdade, para bem desempenhar essa alta função investigatória, o constituinte lhe outorgou parcela de jurisdição⁹¹⁹. Assim, além de poderes imanentes ao natural exercício de suas atribuições, consistentes em realizar interrogatórios, inquirir testemunhas, coletar provas e determinar a condução coercitiva⁹²⁰ das testemunhas que se neguem a comparecer perante ela, a CPI pode, até mesmo, ao contrário de uma autoridade policial, decidir e determinar a quebra de um direito fundamental, como se órgão jurisdicional fosse, pois, para tanto, possui parcela de jurisdição. Essa elasticidade da atividade investigatória que a CPI possui decorre da dicção normativa emanada da Constituição brasileira que, de forma expressa, comete-lhe *poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais*.

Portanto, no nosso sistema jurídico, os poderes da Comissão Parlamentar de Inquérito são sobremaneira alargados, a fim de que elas possam bem desempenhar as suas atribuições. Evidentemente que, por mais amplos que sejam os poderes das CPIs, eles não são universais, porquanto há limites para o seu exercício e, além do mais, esse órgão do Legislativo é passível do monitoramento judicial⁹²¹, até porque, em um regime democrático como o brasileiro, no qual a missão principal do Judiciário é o controle de constitucionalidade, todos os poderes constituídos passam pelo seu crivo⁹²².

⁹¹⁸ SILVA JÚNIOR; Walter Nunes da. *Poder Judiciário democrático-constitucional*, p. 97.

⁹¹⁹ SILVA JÚNIOR; Walter Nunes da. *Poder Judiciário democrático-constitucional*, p. 97.

⁹⁰⁹ O art. 58, § 3º, da Constituição é suficientemente transparente ao conferir parcela de jurisdição às Comissões Parlamentares de Inquérito: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais ...”

⁹²⁰ Observar que nas ADPFs nº 395/DF e 444/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou que o art. 260 do CPP encontra-se revogado no que pertine à condução coercitiva para fins de interrogatório.

⁹²¹ No acerto que formulou o paradigma a respeito dos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito, lavrado no MS 23452-RJ, o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime do plenário, ocorrida em 16.9.99, tendo atuado como Relator o Ministro CELSO DE MELLO, em relação à extensão desses poderes, assim expôs: “OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. – Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito – precisamente porque não são absolutos – sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. Doutrina. Precedentes” (Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Expressão de busca: CPI e poderes e limitação. Acesso em 3 ago. 2004).

⁹²² Realçando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em outra passagem do voto plasmado na apreciação do MS 23452-RJ, aqui já referido, especificamente a respeito do controle jurisdicional sobre essa atividade investigatória, preceituou: “O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. – O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República

Como decorrência dessa característica de nosso sistema, sem embargo da existência de limites à atuação da CPI, a parcela de função jurisdicional a ela conferida é passível de impugnação na via judicial. E não são poucos os questionamentos e as decisões judiciais sobre os contornos do exercício dessa função parlamentar. A análise dos vários pronunciamentos do *Supremo Tribunal Federal* denota que a jurisprudência assente de nossa Corte Constitucional é de que essas Comissões, porque possuem, por atribuição do próprio texto da Norma Fundamental, *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, detêm, nos casos que estão sob a sua investigação, poder para determinar a flexibilização de direitos fundamentais. Nesses casos, não há necessidade de ser pedida a quebra da garantia fundamental a uma autoridade judiciária, porquanto à própria Comissão é dada a atribuição jurisdicional de decidir sobre a espécie, desde que o faça mediante decisão fundamentada.

Tem-se, assim, que, no sistema jurídico brasileiro, de regra, não apenas o Judiciário como igualmente as CPIs podem decidir sobre a flexibilização das garantias fundamentais. Logicamente que o Judiciário é o órgão que tem essa atribuição como função típica, pois a fração de jurisdição confiada a esse órgão do Legislativo é um apêndice a sua missão investigatória. Ademais, esta é restrita, ao passo que vários são os órgãos jurisdicionais e inúmeros os processos nos quais a discussão sobre a flexibilização dos direitos fundamentais é o tema. Porém, de todo modo, pelo menos em tese, de regra, as Comissões Parlamentares de Inquérito, tais como os órgãos jurisdicionais, possuem competência para decidir sobre a quebra de garantia constitucional.

7.2.3.1.2 – Reserva de jurisdição quanto à flexibilização de direitos fundamentais.

Se a regra do nosso sistema jurídico é de que, em tese, tanto os órgãos jurisdicionais quanto as CPIs podem determinar a flexibilização de direitos fundamentais, qual teria sido a intenção do constituinte ao explicitar, na dicção normativa de três desses direitos, que, naqueles casos específicos, a quebra da garantia somente poderia ser feita mediante ordem, determinação, decisão judicial ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial?⁹²³ A leitura atenta dos dispositivos constitucionais nos quais estão *insculpidos os direitos fundamentais* mostra que, ao garantir a inviolabilidade da casa, o constituinte esclareceu que, exceto os casos de desastre e de flagrante delito, para ingressar na casa sem o consentimento do morador, exige-se que haja determinação judicial dando a devida autorização para o uso da força (art. 5º, XI, da Constituição). No mesmo passo, ao tratar da inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, o constituinte deixou consignado que a quebra da garantia ali prevista seria possível desde que, satisfeitas as condições vazadas na própria norma constitucional, haja ordem judicial (art. 5º, XII, da Constituição). Por último, ressaltou-se, ao garantir o direito de liberdade, que, salvo nos casos de flagrante delito, para alguém ser preso, faz-se de mister ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária (art. 5º, LXI).

Na discussão sobre o alcance dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais que são outorgados pela Constituição às CPIs (art. 58, § 3º), o Supremo Tribunal Federal cuidou de esclarecer o alcance dessa distinção contida nos preceitos acima citados. De fato, em reiteradas vezes, a Suprema Corte sufragou a tese de que, quando a Constituição estabelece o direito fundamental, mas, expressamente, diz que ele somente pode ser restringido mediante ordem, autorização, decisão judicial ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária⁹²⁴, apenas o juiz, no exercício da atividade tipicamente judicante, pode determinar a sua relativização, como ocorre nos casos de

sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória” (Ibid. p. 60).

⁹²³ Ao assegurar o livre funcionamento das associações, na norma constitucional ficou assentado que elas somente poderão ser dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por *decisão judicial* (art. 5º, XIX). Todavia, essa não é uma garantia relativa ao campo do processo penal.

⁹²⁴ A Constituição não usa uma terminologia uniforme. Quando tratou do sigilo das comunicações, o constituinte utilizou a expressão ordem judicial. Ao se reportar à prisão cautelar, preferiu a terminologia ordem escrita e fundamentada, ao passo que, ao cuidar do sigilo do domicílio, escolheu determinação judicial. Sem embargo da nomenclatura empregada, em todos esses casos em que se exige a prévia manifestação do Judiciário, o pronunciamento do juiz se faz por meio de decisão, necessariamente escrita ou reduzida a termo e, obviamente, fundamentada.

determinação de prisão cautelar e de quebra da inviolabilidade do domicílio. É o que se chama de reserva de jurisdição.

De outro lado, quando o direito fundamental está previsto, mas não há nenhum tipo de ressalva, antes disso querer dizer que ele não tem limite, em verdade, não apenas o juiz pode determinar a quebra da garantia como, até mesmo, a Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que o faça de forma fundamentada. Por isso mesmo, a CPI não pode determinar a invasão domiciliar, a prisão cautelar nem a interceptação de comunicação telefônica, porquanto as normas que garantem esses bens jurídicos contêm cláusula de reserva de jurisdição. Mas esse órgão do Legislativo pode, por exemplo, quebrar os sigilos fiscal, bancário e determinar o rastreamento dos contatos telefônicos, pois a preservação desses dados encontra-se plasmada no art. 5º, X da Constituição, que não contém cláusula de *reserva de jurisdição*.

O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, tergiversou quanto à aplicação da cláusula de *reserva de jurisdição* quando se trata de investigação levada a efeito por Comissão Parlamentar de Inquérito. Porém, no Mandado de Segurança 23.452-RJ, aqui já mencionado, na parte referente à invocação da citada cláusula, o Ministro CELSO DE MELLO, relator do processo, escreveu:

POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. – O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal – Min. CELSO DE MELLO (Relator), Min. MARCO AURÉLIO, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Min. NÉRI DA SILVEIRA e Min. CARLOS VELLOSO (Presidente) – não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do writ mandamental, a falta de motivação do ato impugnado⁹²⁵.

O acórdão ao qual agora se fez referência foi julgado em data de 16 de setembro de 1999. Posteriormente, voltando a debater sobre a aplicação do princípio da *reserva de jurisdição*, o Supremo Tribunal Federal, enfim, enfrentou a matéria com o pronunciamento de todos os seus membros, oportunidade em que firmou o entendimento de que a referida cláusula impede que, nas hipóteses dos incisos XI, XII e LXI, a Comissão Parlamentar de Inquérito determine a flexibilização de direito fundamental. À guisa de comprovação ao asseverado, na análise do julgamento exarado no Mandado de Segurança 23.652-DF, no qual funcionou como Relator também o Ministro CELSO DE MELLO, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, por sua composição plenária, com votação sem discrepância entre os seus pares, na sessão do dia 22 de novembro de 2000, em percuciente distinção sobre os poderes das CPIs, além de realçar a necessidade de fundamentar-se a determinação da quebra do sigilo, fixou, com régua e compasso, quais são as hipóteses que se incluem naquilo que se convencionou chamar de *princípio da reserva de jurisdição*. Carece de transcrição a parte da ementa daquele aresto que assim está vazado:

⁹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – Relator Ministro Celso de Mello, Classe MS – Processo: 23.452, UF: RJ, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 16/09/99. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

... A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedente: MS 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI. – O princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) – não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. (...) ⁹²⁶

Comprimindo ainda mais os limites da porção de jurisdição que é concedida às CPIs, acentuou o Ministro CELSO DE MELLO, no voto exarado no Mandado de Segurança em referência, que ela se restringe “... ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais”. Por conseguinte, não pode esse órgão estatal fazer uso do poder geral de cautela conferido ao juiz, de modo que não possui poder para decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes aos investigados nem muito menos punir ou decretar a prisão, salvo em caso de flagrante delito ⁹²⁷ Por conseguinte, ao conferir às Comissões Parlamentares de Inquérito *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, a Constituição, em verdade, estabeleceu limites a essa atribuição dada ao órgão do Legislativo, deixando expresso que, para todos os efeitos, a parcela de jurisdição a ela confiada deve conter-se apenas ao campo investigatório, daí por que não lhe é dado, para ficar no exemplo fornecido pelo Ministro CELSO DE MELLO, decretar a indisponibilidade de bens. A despeito de a atuação jurisdicional das citadas Comissões se comprimir naquilo que for inerente ao papel investigatório, mesmo assim não podem elas decidir sobre flexibilização das normas constitucionais que asseguram a inviolabilidade do domicílio e das comunicações, assim como quanto à que assegura o direito de liberdade, pois, a respeito desses direitos fundamentais, o constituinte, expressamente, impôs *cláusulas específicas de reserva de jurisdição*. Sendo assim, chega-se à conclusão de que há, de um lado, (1) uma *cláusula geral* de reserva de jurisdição, plasmada no art. 58, § 3º, da Constituição, na medida em que somente permite à CPI decidir sobre aquilo que é próprio e pertinente à atividade investigatória, e, de outro, (2) *cláusulas específicas* de reserva de jurisdição, escritas nos incisos XI, XII e LXI do art. 5º da Constituição.

7.2.3.1.3 – Flexibilização dos direitos fundamentais em decorrência do exercício do poder de polícia, sem a prévia autorização judicial.

Não se há de olvidar que a principal função do Estado é garantir a segurança das pessoas e bens. A segurança, nesse sentido, como pronuncia CRETELLA JÚNIOR com amparo no ensinamento de LORENZO STEIN, constitui-se “... elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana.” ⁹²⁸ Para desincumbir-se desse significativo dever, o Estado exerce aquilo que a doutrina convencionou denominar *poder de polícia*. Em linha de rigor, o objeto dessa atividade policial compreende todo

⁹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: MS – Processo: 23.652 – UF: DF, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 22/11/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005. Na linguagem usada na jurisprudência do STF, interceptação de comunicação telefônica não se confunde com quebra do sigilo telefônico, uma vez que esta diz respeito apenas ao acesso ao registro dos contatos telefônicos, sem que se tenha conhecimento do conteúdo da comunicação. No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados: MS 23639-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 16.11.2000; MS 23452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 16.09.1999; HC 75232-RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 7.5.97. (Ibid.)

⁹²⁷ Op. cit. No mesmo sentido, STF, Rel. Min. PAULO BROSSARD, RDA 1999/205.

⁹²⁸ *Tratado de direito administrativo: polícia administrativa*. Rio-São Paulo: Forense, 1968. v. 5. p. 14.

tipo de relação que se refere ao convívio dos integrantes do grupo social, assim como se ocupa de patrulhar toda espécie de atos que venham a ameaçar ou a transgredir a ordem na sociedade⁹²⁹.

Com o que vem de ser dito, nota-se que essa atividade de polícia do Estado, que vai além da questão afeta propriamente à segurança pública, que é uma de suas modalidades, tem duas dimensões: (1) uma relativa às pessoas, na medida em que concede tutela à vida, à honra, à liberdade e ao patrimônio, bem como aos direitos e interesses valorados pelo sistema jurídico, pertencentes ao ser humano não apenas em razão dessa condição, mas também tendo em consideração a vida da pessoa em sociedade. Sob outra perspectiva, (2) o poder de polícia leva em consideração a figura do Estado, dimensão na qual esse atributo estatal “... tutela a livre função dos órgãos públicos, a honra, o patrimônio e todos os demais direitos e interesses respeitáveis, ao mesmo tempo que garante, principalmente, a própria existência do Estado e de sua forma de governo”⁹³⁰. No ponto, em definição jurídica lapidar da expressão polícia, CRETELLA JÚNIOR arremata que se trata do “Conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo Estado sobre atividades dos administrados, através de medidas impostas a essas atividades, a fim de assegurar a ordem pública”⁹³¹.

Esse poder de polícia, tradicionalmente, distingue-se em duas espécies bem precisas: polícia administrativa e polícia judiciária⁹³². A primeira, igualmente denominada polícia preventiva, possui como escopo impedir as transgressões às normas jurídicas e manter a ordem pública, mediante a intervenção imediata nas relações, com a finalidade de evitar ou sustar a ocorrência de ilícitos. A segunda, impropriamente conhecida como polícia judiciária⁹³³, ocupa-se em investigar os crimes que escaparam do patrulhamento preventivo e interventivo da polícia administrativa. De qualquer sorte, ainda que se trate de atividade jurídica, a chamada polícia judiciária, conquanto exerce função de natureza *jurídica*, como deixam claro as Leis n.ºs. 12.830, de 2013, e 13.407, de 2014, a sua atuação é meramente administrativa⁹³⁴.

Entendida a polícia administrativa como a atividade com a qual o Estado não apenas procura impedir a prática dos delitos e manter a ordem pública, como também, por meio de ações educativas e de comando da convivência em sociedade, trata de orientar e emitir ordens e determinações para serem cumpridas por todos, tem-se que ela é executada pelos mais diversos órgãos públicos. A Constituição de 1988, porém, ao preceituar as normas afetas à segurança pública, cuidou de especificar que essa atividade se trata de dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, mediante os órgãos que ela especifica (art. 144, caput).

Na ótica reducionista empregada pelo constituinte, por segurança pública devem ser compreendidas as ações desenvolvidas pelos órgãos públicos na proteção aos direitos que se referem às pessoas em si, aí se incluindo aqueles inerentes à vida, à intimidade e à honra, e aos que dizem respeito ao seu patrimônio⁹³⁵. De todo modo, veja-se que a Constituição de 1988, no capítulo que trata da segurança pública, teve o cuidado de extremar as duas faces dessa função: aquela que é *prévia* e mesmo exercida para sustar a ação delituosa de um lado e, de outro, a investigativa ou de apuração dos *ilícitos praticados*. Na qualidade de órgão policial, cuja ocupação se concentra na apuração das infrações, ou melhor, de polícia judiciária, o constituinte elegeu a polícia federal⁹³⁶ e as civis. Para o exercício da *função de polícia* administrativa, ou seja, para encetar as ações *preventivas e repressivas* quanto à prática dos crimes, o constituinte concebeu de ordinário a *polícia militar* e, para casos

⁹²⁹ Ibid., p. 16

⁹³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: polícia administrativa*. p. 16.

⁹³¹ Ibid., p. 31.

⁹³² Há outras classificações dessa função de polícia, porém a mais clássica é a que faz a divisão entre polícia administrativa e judiciária. Cf. itens 9.3.2. e 9.3.2.1, *infra*.

⁹³³ A terminologia é imprópria porque causa a falsa impressão de que se trata de um tipo de poder de polícia exercido por um órgão constituído dentro da estrutura administrativa do Poder Judiciário.

⁹³⁴ A Lei 12.830, de 20 de junho de 2013, define que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado (art. 2º, caput). Por sua vez, a Lei nº 13.047, de 2 de dezembro de 2014, esclarece que o cargo de delegado de polícia federal executa função de *natureza jurídica e policial*.

⁹³⁵ Atipicamente, a polícia federal recebeu também a competência para prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho e para exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras (art. 144, §1º, II e III, da Constituição). Portanto, além da função de polícia judiciária, a polícia federal exerce, em alguns casos, a função de polícia administrativa, isto é, preventiva e repressiva

⁹³⁶ Na interpretação da norma, deve-se perceber que a expressão *pessoa* abrange as físicas e jurídicas e, em relação a estas, as públicas e privadas.

específicos, as polícias rodoviária e ferroviária federais, além dos corpos de bombeiros e mesmo das guardas municipais⁹³⁷.

Quanto à segurança pública – que não é, propriamente, um poder, mas um dever do Estado, até porque se trata de um direito assegurado a todos os cidadãos –, impõe-se distinguir essas duas atividades: (1) a ostensiva e de preservação da ordem pública, levadas a efeito, de ordinário, pela polícia militar, cuja missão é (1a) *prevenir* para evitar a prática dos crimes que podem ou estão na iminência de serem executados e (1b) *reprimir*, no sentido de intervir para sustar o delito que está ocorrendo; (2) a *investigatória*, exercida pela *polícia judiciária* – leia-se polícia federal ou civil –, que atua de regra após a ocorrência do crime, tendo em vista apurar os elementos probatórios pertinentes à materialidade e indícios da autoria e, assim, municiar a ação a ser ofertada pelo Ministério Público perante o Judiciário.

A distinção possui fundamental importância para o exame da questão, uma vez que, se o Estado se encontra no exercício da função de *polícia judiciária*, qualquer que seja o órgão incumbido da tarefa, caso a investigação precise flexibilizar um direito fundamental, a autoridade responsável terá, necessariamente, de solicitar autorização ao Judiciário. O mesmo, porém, nas mais das vezes, não se pode dizer quando a atuação estatal se faz por meio da polícia administrativa, ou seja, quando ela é ostensiva ou se presta à preservação da ordem pública. Na atuação preventiva e repressiva, a ação estatal é marcada pela prerrogativa da *autoexecutoriedade*.

A autoexecutoriedade é uma das prerrogativas do Estado-administração, até como expressão de sua autonomia em relação aos demais poderes Legislativo e Judiciário. Não seria razoável que, quando o Estado-administração fosse agir para prevenir ou reprimir um crime, ele tivesse de obter, antes, uma autorização judicial. Se assim fosse, além de torná-lo inerte nessa área, importaria a ineficácia geral de suas ações nesse campo de atuação. Por isso, tolera-se que, no efetivo cumprimento do poder de polícia administrativa, o Estado, sem o correspondente título do judiciário, interfira nas relações dos particulares, mesmo que isso implique restrição de direitos e interesses conferidos aos cidadãos⁹³⁸. Sobre o assunto, CRETELLA JÚNIOR⁹³⁹ seguindo as orientações de DUEZ e DEBEYRE, esclarece: “A necessidade de manter a ordem pública exige, às vezes, medidas materiais de execução rápida, que não se compadecem com a morosidade do processo judiciário, como, por exemplo, a remoção imediata de veículo que impeça o trânsito na via pública”. Exatamente por isso é que, na seara do poder de polícia administrativa, mais se sente presente o atributo da autoexecutoriedade, o que não se verifica no caso da polícia judiciária⁹⁴⁰.

Para bem demarcar a diferença dessas duas atividades desenvolvidas por órgãos policiais, vale ilustrar as duas situações. Imagine-se a situação em que, durante uma investigação conduzida pela polícia judiciária – polícia federal ou civil, portanto –, a autoridade dirigente do inquérito sinta a necessidade de entrar na casa da pessoa indiciada, a fim de verificar se, no interior dela, se encontra, ou não, a arma do crime. Nesse caso, havendo resistência por parte do *morador*, como é de praxe, a autoridade somente poderá adentrar a residência se obtiver do juiz um mandado de busca e apreensão. Suponha-se, agora, que esteja ocorrendo um crime no interior de uma residência. A polícia administrativa ostensiva e de preservação da ordem pública, tomando conhecimento, pode, e deve mesmo, ingressar na casa, no desiderato de evitar o crime ou prender em flagrante o agente, mesmo sem o consentimento de quem de direito e sem autorização judicial. Nessa segunda hipótese, seria desarrazoado e comprometeria mesmo a ação policial no sentido de manter a ordem pública exigir que o policial, previamente, buscasse munir-se de um mandado de busca e prisão para só então poder agir. A urgência desse segundo tipo de ação policial faz com que seja legítima a ação estatal que flexibiliza um direito fundamental, ainda que não haja autorização judicial.

⁹³⁷ Às polícias rodoviária e ferroviária federais coube o *patrulhamento ostensivo*, respectivamente, das rodovias e ferrovias federais, ao passo que aos corpos de bombeiros, a execução de *atividades de defesa civil*, além de outras que lhe sejam atribuídas por lei, e às guardas municipais, a proteção dos bens, serviços e instalações dos Municípios (art. 144, §§ 2º, 3º e 5º, da Constituição).

⁹³⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. v. 10. p. 61

⁹³⁹ *Ibid.*, p.62.

⁹⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR finaliza: “No vasto campo do poder de polícia, explicitado nos diversos ramos em que se desdobra a polícia administrativa, a autoexecutoriedade aparece com toda sua força, legitimando as providências rápidas do poder Executivo, quando edita atos administrativos e imediatamente os faz atuar, no mundo jurídico”. (Op. cit. p. 63.)

O afirmado supra, entretanto, não valida o entendimento de que a atividade de polícia administrativa ostensiva e de preservação da ordem pública, exercida, de ordinário, pela polícia militar, porque impregnada da prerrogativa estatal de *autoexecutoriedade*, sempre pode ser conduzida no sentido de flexibilizar um direito fundamental, mesmo sem a prévia permissão jurisdicional. Não é assim. É preciso que haja uma *justificativa*. Resta indagar em que circunstâncias o agente da polícia militar, no exercício da função preventiva e repressiva, pode flexibilizar um direito fundamental, sem a prévia licença do Judiciário.

7.2.3.1.3.1 – Casos expressos na Constituição em que, no exercício do poder de polícia, é possível a flexibilização de direitos fundamentais, sem a prévia autorização judicial.

Como já foi visto no item 7.2.1, deve-se partir da ideia de que os direitos fundamentais na seara criminal são garantias que limitam o exercício do dever-poder de punir do Estado. Por isso mesmo, conquanto sejam válidas para o exercício de todo e qualquer poder de polícia, em relação aos órgãos que tratam da polícia ostensiva e de preservação da ordem, elas possuem uma coloração diferente, justamente devido à especificidade desse tipo de atividade, porquanto esta, além de não ter a função de punir, mas sim de prevenir ou sustar a prática de um crime, de regra, é desempenhada em situações que reclamam imediata intervenção. Isso porque, em decorrência mesmo do atributo da autoexecutoriedade que acompanha esse tipo de ação administrativa, quando necessário, o próprio agente estatal pode quebrar a garantia constitucional, sem que haja necessidade de prévia autorização judicial.

Em alguns casos, o próprio constituinte deixou expresso que, para quebrar a garantia constitucional, não haveria a necessidade de ser invocada a autorização judicial. Percebe-se, na seara criminal, tal afirmativa em três hipóteses. A primeira ocorre quando o constituinte, mantendo a tradição do constitucionalismo brasileiro, assegura a casa como asilo inviolável (art. 5º, XI, da Constituição). Com efeito, sem embargo de garantir à pessoa que ninguém poderá penetrar em sua casa sem o seu consentimento, a norma excepciona não só a hipótese em que haja determinação judicial, mas igualmente nos casos de flagrante delito ou desastre, ou em que haja necessidade de prestar socorro. Isso quer dizer que, sem o consentimento da pessoa, existem quatro possibilidades de ocorrer a invasão da casa de alguém: (a) uma delas exige autorização judicial, que é quando se pretende fazer uma diligência no local, seja para localizar algum elemento probatório de ilícito em investigação ou para prender alguém; (b) nas outras três hipóteses, consignadas na norma que expressa esse direito fundamental, é prescindível a prévia autorização judicial. Na primeira delas, reclama-se, apenas, que um fato esteja acontecendo no interior de uma casa e que, tecnicamente, caracterize a situação de flagrante delito. Na outra, para a qual, também, não se exige prévia autorização judicial para que ocorra a invasão da casa, basta que lá tenha se verificado um desastre. Por fim, o preceito constitucional permite, ainda, que se dê o ingresso na casa sem o consentimento da pessoa, quando isso for necessário para prestar socorro a alguém.

Outra situação contemplada expressamente pela norma constitucional, quanto à possibilidade de flexibilização do direito fundamental sem a prévia permissão judicial, é a de uso de propriedade particular pela autoridade competente, mesmo contra a vontade do titular do bem, no caso de *iminente perigo público* (art. 5º, XXV). Essa situação se aplica à hipótese em que, para empreender perseguição a alguém que esteja praticando ou tenha acabado de praticar um crime, a autoridade policial necessite, por exemplo, pegar, para uso, o veículo de um transeunte.

Por fim, a última hipótese prevista, explicitamente, pelo constituinte está encartada no art. 5º, LXI, que trata da prisão em flagrante delito. A cláusula constitucional garante ao cidadão que, de regra, para a validade de sua prisão, faz-se necessária uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. Porém, excepcionalmente, caso a pessoa se encontre em situação de flagrância delituosa, o agente policial pode, mesmo sem prévia ordem judicial, efetuar a prisão.

A nota peculiar a essas três hipóteses nas quais o constituinte previu a possibilidade de ocorrer a flexibilização do direito fundamental, mesmo sem a prévia autorização judicial é que ele sempre levou em consideração uma circunstância de excepcionalidade, qual seja: para a primeira, levou em conta a existência de flagrante delito ou desastre, ou a necessidade de prestação de socorro; para a segunda, a constatação de iminente perigo público e, para a última, novamente a ocorrência de

flagrante delito. Em síntese, em alguns casos, elegeu-se como fator determinante o flagrante delito e, em outros, uma situação de perigo a recomendar uma pronta reação do poder público. Essa situação de perigo, no sentido de justificar a atuação da polícia na seara criminal, confunde-se com o próprio flagrante delito.

Por conseguinte, a conclusão que se tem é que a única hipótese a justificar a ação da polícia ostensiva e de manutenção da ordem, no sentido de flexibilizar um direito fundamental sem prévia permissão judicial, nos três casos previstos, expressamente, na Constituição, ocorre quando a hipótese se enquadra na situação conhecida como flagrante delito.

7.2.3.1.3.2 – Outras hipóteses em que, no exercício do poder de polícia, é possível a flexibilização de direitos fundamentais, sem a prévia autorização judicial.

Será que, além daquelas três hipóteses estudadas acima – violação de domicílio, prisão e uso de propriedade particular –, há outros casos em que a autoridade pública, no exercício da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, pode flexibilizar um direito fundamental, sem que antes esteja munida de um título judicial dando-lhe poder para tanto? Essa pergunta se impõe, pois um primeiro exame direciona o intérprete a intuir que, quando o constituinte quis, ele mesmo se encarregou de gizar as hipóteses nas quais a flexibilização do direito fundamental pode ocorrer sem o prévio consentimento do juiz.

Todavia, investigação mais acurada da questão parece conduzir o operador jurídico a uma resposta positiva à pergunta formulada acima. Com efeito, análise mais detalhada permite validar a assertiva de que, em princípio, qualquer que seja o direito fundamental, em tese, há a possibilidade de sua flexibilização em decorrência do exercício da atividade de polícia ostensiva e de proteção à ordem pública, desde que haja justificativa para tanto.

Antes de mais, é preciso dar os argumentos com os quais se chega à conclusão de que não são apenas aquelas três hipóteses, expressamente contempladas pelo constituinte, em que se admite a flexibilização de direito fundamental pela polícia ostensiva e de preservação da ordem.

Cumpre notar que, ao considerar a relatividade dos direitos fundamentais, aqui se defendeu que até mesmo o direito à vida não é absoluto e que o texto constitucional permite que se enxergue a existência de um direito de matar e mesmo um dever de matar⁹⁴¹.

Se um direito fundamental, como o que assegura o direito à vida, pode ser, em casos extremos, ceifado pelo estrito cumprimento de dever legal, não se mostra despropositado que, sob o mesmo fundamento, outros direitos fundamentais sejam limitados. Tome-se, como exemplo, o caso da carta-bomba. Sem se imiscuir, por hora, na discussão quanto à possibilidade, ou não, de determinar-se, por meio de autorização judicial, a violação de correspondência, não parece haver dúvidas de que uma autoridade policial, ciente de que uma carta enviada pela via postal contém artefatos químicos sujeitos à explosão com a sua abertura, pode, e deve, atuar no sentido de evitar a ocorrência do crime⁹⁴². Veja-se: na suposição aqui aventada, a correspondência é utilizada como o próprio instrumento hábil para a prática do delito. Neste caso, é óbvio, não há necessidade de que seja violada em si a correspondência, mediante a abertura da carta. Basta sustar a sua circulação, atitude justificada pela efetiva situação de perigo ou de flagrante delito. Não estando a autoridade policial segura de que aquela carta que teve a sua circulação sustada efetivamente se trata de um artefato explosivo, o que se recomenda é que ela peça a autorização judicial para fazer a abertura, procedimento similar ao que ela faz, nos casos de invasão de domicílio.

Outra situação é mais clara. Em que pese a autoridade policial, quanto da atuação investigatória, para filmar alguém ou determinado local necessite de prévia autorização judicial, o mesmo não ocorre na hipótese da realização de uma diligência na atuação ostensiva de manutenção da ordem. Aliás, é cada vez mais comum a documentação pela própria polícia de operações realizadas com o fito de evitar ou sustar a prática de crimes. Inclusive, expressamente, o art. 277, § 2º, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, com a redação determinada pela Lei nº 12.760, de 2012, permite que, quando se trata da infração prevista no art. 165, a autoridade de trânsito pode documentar a

⁹⁴¹ Cf. item 7.2.2, supra

⁹⁴² Cf. item 9.4.6.5, infra, onde o assunto está desenvolvido.

abordagem ao condutor do veículo mediante imagem, vídeo ou a constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

No intuito de esboçar as situações nas quais os demais direitos fundamentais podem vir a ser flexibilizados, sem prévia autorização judicial, no exercício da atividade de polícia ostensiva e de manutenção da ordem pública, pode-se socorrer dos critérios escolhidos pelo constituinte para anunciar os casos em que ele, explicitamente, admite que isso ocorra. Assim, para todos os efeitos, nos demais casos, o agente policial somente está autorizado a agir para tergiversar com um direito fundamental sem autorização judicial, nos casos de flagrante delito.

Essa conclusão leva à indagação: se, por hipótese, uma pessoa estiver praticando um crime sob o comando de sua voz enviada por uma linha telefônica, poderia, no caso, ocorrer a interceptação telefônica, mesmo sem autorização judicial? Não se pode perder de foco que a *escuta telefônica* em si não poderia, em hipótese alguma, nessa situação, ser considerada uma atuação ostensiva da polícia, no sentido de obstar ou fazer cessar a prática criminosa. De certa maneira, essa indagação, feita na edição anterior deste livro, mereceu a resposta do legislador, por meio da edição da Lei nº 13.444, de 6 de outubro de 2016, que incluiu os arts. 13-A e 13-B no Código de Processo Penal. No ponto, o § 4º do art. 13-B do Código de Processo prevê que, no curso do desenvolvimento de crime relacionado a tráfico de pessoas, caso o juiz não decida, no prazo de 12 horas, sobre o pedido de acesso a informações quanto à localização da vítima ou de suspeitos, a autoridade responsável pela diligência poderá requisitá-las diretamente a empresa prestadora de serviço de telecomunicações e/ou telemática, ficando no dever de comunicar imediatamente essa providência ao juiz.

Ao contrário do que se pode pensar à primeira vista, não procede a afirmação de que a exposição desse entendimento põe em risco a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que os coloca vulneráveis à ação da polícia de patrulhamento. Os casos de flagrante delito a justificar a intervenção da polícia independentemente de autorização judicial são uma dedução lógica e suficiente para impedir generalizações.

7.2.3.1.3.3 – Inidoneidade do Ministério Público para determinar a flexibilização de direito fundamental.

Quanto à segurança pública, em linha de rigor, o Estado tem duas atividades bem distintas. Uma prévia, que consiste na atividade mantenedora da ordem social desenvolvida pelos aparelhos policiais, com os quais se procura evitar que os crimes ocorram. Para esse fim, cada Estado-membro cria e mantém os seus órgãos de segurança, conferindo-lhes a função policial ostensiva. Essa é a atribuição das polícias militares. A outra investigatória, a cargo da polícia federal, em se tratando de crime da competência da justiça federal⁹⁴³, ou da polícia civil, quando o ilícito chama a intervenção da justiça estadual. Como se vê, a persecução criminal tem início na esfera policial, que é quem detém, de ordinário, a legitimidade para proceder à apuração pré-processual do delito para, depois de coletar os elementos probatórios acerca da materialidade e dos indícios da autoria, subsidiar a atuação do Ministério Público perante o Judiciário, no que diz respeito à dedução da pretensão criminal.⁹⁴⁴

Muito embora o Ministério Público não tenha um interesse em si na causa, ou seja, ele não tenha compromisso com a acusação, mas sim em realizar a justiça – pelo que, nesse sentido, é correto dizer que ele é imparcial –, não se pode deixar de ter em consideração que o representante ministerial é, para todos os efeitos, parte no processo criminal. Como já foi aqui salientado, a ação penal é uma espécie de ação coletiva, cujo direito coletivo à segurança e à ordem da coletividade é deduzida pelo Ministério Público em nome da sociedade. Sendo O Ministério Público parte na relação processual, não se mostra razoável que ele tenha o poder de decidir se há justificativa, ou não, para que seja flexibilizado um direito fundamental da parte adversária.

⁹⁴³ Note-se que a polícia federal, de conformidade com o disposto no art. 144, § 1º, I, da Constituição, destina-se não apenas a apurar as infrações penais da competência da justiça federal, mas também as que caracterizam crimes eleitorais e políticos propriamente ditos, “... assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei” e mesmo, nos termos do inciso II da mesma norma, atuar nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente de haver, ou não, conexão internacional

⁹⁴⁴ Cf. item 9.3.2.2 e 9.3.2.2.1, infra.

Se assim fosse, o direito fundamental daquele que está sujeito a inquérito ou a processo judicial seria resolvido por quem é o seu adversário na questão. Nesse caso, o Ministério Público teria o poder de decidir sobre aquilo que ele mesmo almeja obter como parte interessada no assunto. Não é preciso dizer que, dessa forma, a proteção dos direitos fundamentais seria apenas aparente, porquanto esses direitos inerentes a uma das partes seriam decididos pela outra. Os direitos fundamentais somente serão devidamente garantidos, caso o órgão ao qual é confiada a tarefa de decidir sobre a sua flexibilização não seja um dos contendores. Essa particularidade foi, percutientemente, esmiuçada pelo Ministro CARLOS VELLOSO⁹⁴⁵ no julgamento do Recurso Extraordinário nº 215301/CE, ocorrido em 13 de abril de 1999, perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Ao longo de seu voto, o Ministro, de forma irresponsável, asseverou:

Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte – advogado da sociedade – a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ele próprio, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição?⁹⁴⁶

Na Itália, a despeito de constar da norma constitucional que a limitação de direito fundamental pode ocorrer por determinação da autoridade judiciária, o novo Código de Processo Penal italiano permite que o Ministério Público, em caso de urgência, execute a diligência sem a prévia intervenção do juiz, devendo este, em exame posterior, convalidar, ou não, a medida. Confirmando essa peculiaridade do sistema italiano, CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO e ANTÔNIO TOMÁS BENTIVOGLIO⁹⁴⁷ afirmam que o Código de Processo Penal italiano de 1998 admite, em casos excepcionais, a quebra da garantia constitucional por ordem do Ministério Público, sem a prévia autorização do Judiciário, sendo exercido o controle judicial apenas a *posteriori*.

Na ordem jurídica brasileira, porém, na esteira do sistema acusatório que está implícito na Constituição como decorrência lógica da forma como foram organizados o Poder Judiciário e o Ministério Público e conferidas as suas respectivas competências, o órgão ministerial é tratado como parte, de modo que não lhe é atribuído poder decisório, mas sim legitimidade para agir, por meio de sua capacidade postulatória, em nome da sociedade, no exercício da persecução criminal. Assim, não lhe cabe *decidir* sobre o direito fundamental da parte adversa, senão pedir ao juiz, quando for o caso, a sua flexibilização.

Ademais, sendo o respeito aos direitos fundamentais a regra de um sistema criminal democrático, tem-se que a restrição a um desses direitos somente deve ocorrer em situação de excepcionalidade, ou seja, quando demonstrada a imprescindibilidade da medida, a fim de permitir o exercício da pretensão persecutória. Como já observado, a tergiversação quanto ao direito fundamental, como consequência mesmo do princípio da ponderação, apenas se justifica nos casos de crimes de maior gravidade⁹⁴⁸.

Aqui já foi exposto que, em três preceitos fundamentais que dizem respeito a garantias processuais na área criminal (XI, XII e LXI do art. 5º da Constituição), o constituinte fez uso de expressões como *ordem judicial*, *determinação judicial* e *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária*. Há diferença ontológica entre ordem judicial e determinação judicial e entre estas e ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária? Se não há, o que motivou o constituinte a fazer essa distinção? Antes de dar as respostas, é preciso fazer algumas considerações.

⁹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I, Relator Ministro Carlos Velloso, Classe: RE – Processo: 215.301, UF: CE, SEGUNDA TURMA, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005

⁹⁴⁶ Ibid. A ementa do acórdão está assim redigida: “CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. – A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. – R.E. não conhecido” (Ibid.).

⁹⁴⁷ *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 143

⁹⁴⁸ Cf. 7.2.3, supra.

Primeiramente, note-se que as ressalvas introduzidas nas normas constitucionais que tratam da inviolabilidade do domicílio e das comunicações não constavam da Constituição de 1967. Elas foram uma inovação da Constituição de 1988.

A expressão *ordem judicial*, enxertada na garantia da inviolabilidade do domicílio, serviu para deixar claro que, segundo a nova ordem constitucional, a quebra desse direito fundamental somente seria admissível com a intermediação do juiz, o que não ocorria no sistema anterior (XI do art. 5º da Constituição). Quanto às comunicações, a par de fazer referência a novos métodos tecnológicos de transmissão de mensagens entre as pessoas, excepcionou-se a possibilidade de quebra da garantia, desde que assim consignada em *determinação judicial* (XII do art. 5º da Constituição). Por fim, em relação à prisão, na Constituição de 1967, constava que, salvo no caso de flagrante delito, o encarceramento teria de ser precedido de *ordem escrita de autoridade competente*, permitindo-se, assim, que agentes administrativos tivessem a competência para determinar prisões. O constituinte de 1988 cuidou de especificar que a autoridade competente seria a judiciária, mas acrescentou, sem a menor necessidade, que a ordem, além de escrita, teria de ser *fundamentada* (LXI do art. 5º da Constituição).

No contexto técnico-processual, quando o constituinte fala, nas cláusulas constitucionais aqui destacadas, em ordem judicial, determinação judicial e ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, ele está referindo-se à decisão com a qual o magistrado, ao analisar o caso concreto e enxergar a presença de justificativa para autorizar a flexibilização de um direito fundamental, pronuncia-se nesse sentido, expondo, para tanto, os fundamentos que o levaram a concluir dessa forma. Não importa que a nomenclatura do pronunciamento do juiz seja denominada pela Carta Constitucional de *ordem judicial, determinação judicial ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária*. Em todas as hipóteses, trata-se de uma decisão judicial que tem como objeto a discussão a respeito do alcance interpretativo do núcleo duro do texto constitucional. Se toda decisão judicial, como quer o art. 93, IX, da Constituição para que seja válida, precisa ser fundamentada, o que não dizer quando ela se dá na análise de um caso em que se pondera quanto à existência, ou não, de justificativa para que seja determinada a flexibilização de um direito fundamental?

Isso implica estabelecer que, a despeito da forma como o constituinte redigiu as cláusulas nas quais estão escritos os direitos fundamentais, qualquer que seja a situação, impõe-se a plena fundamentação da decisão com a qual se determina a quebra de uma dessas garantias constitucionais. Nessa direção, o Supremo Tribunal Federal, ao debruçar-se sobre o assunto, em mais de uma assentada, esclareceu que a quebra de uma garantia constitucional, seja ela decretada pela autoridade judicial, seja por Comissão Parlamentar de Inquérito, deve estar apoiada em decisão fundamentada, na qual haja a indicação concreta da causa provável idônea para a medida determinada, sob pena de nulidade. Em uma dessas oportunidades, no exame do MS 23.851-DF, relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO⁹⁴⁹, o pleno do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, assim decidiu:

E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – QUEBRA DE SIGILO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL – NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. – A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de causa provável – revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. Não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca

⁹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CIVIL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – QUEBRA DE SIGILO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL – NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: MS – Processo: 23.851, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 20/09/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

generalizada, que daria, ao Estado – não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos – o poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar, mediante a ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a dado supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos. (...)

Aqui, quando se fala em *decisão fundamentada* e consequente demonstração da premente necessidade da medida imposta, deve-se entender a apreciação do caso concreto sob os fundamentos do *devido processo legal*. Isto é, imprescindível que a determinação, além de embasada em decisão fundamentada, seja tomada por um juiz que não esteja vinculado à investigação e que ela tenha sido exarada antes da realização da diligência.

7.2.3.2 – Impossibilidade de supressão da exigência da decisão fundamentada pela realização da diligência investigatória pelo próprio juiz.

Por mais óbvio que pareça, não é bizantina a discussão quanto à exigência de que a flexibilização de direito fundamental deva ser, previamente, estabelecida em uma decisão fundamentada. Como decorrência lógica, também se mostra muito claro que essa decisão deve ser naturalmente escrita, pois, a despeito dos avanços tecnológicos, o processo judicial, nem que seja virtualmente, quanto aos seus principais atos, deve observar a forma escrita, por exigência mesmo da regra da publicidade e do princípio da ampla defesa. Ora, não sendo reduzida a escrito, como é que a pessoa que sofre os efeitos dela poderá impugná-la? A decisão pode, até mesmo, ser dada oralmente, porém ela precisa ser, evidentemente, reduzida a escrito. Isso ocorre, com frequência, nos casos em que o magistrado profere a sentença em audiência.

É importante essa ressalva, pois era comum alguns juízes, eles mesmos em pessoa – notadamente os que trabalham em Varas da Infância e da Juventude –, participarem das diligências, no sentido de *autorizar e legitimar* a ação policial em locais protegidos pela inviolabilidade do domicílio. Pensa-se que, pelo fato de o juiz encontrar-se participando da diligência e dar a determinação verbal, isso, por si só, seria suficiente para *autorizar e legitimar* a invasão de local protegido como domicílio.

Esse procedimento não está correto, porquanto a decisão tem de ser escrita e prévia⁹⁵⁰. Isso é suficiente para demonstrar a inadmissibilidade de que a ordem de quebra da garantia constitucional seja feita no momento mesmo da diligência, ainda quando determinada pelo juiz que esteja participando da missão, pois, quando assim ocorre, tem-se o problema de ela não ser prévia, muito menos fundamentada com serenidade. Pode-se até dizer que a decisão pode ser fundamentada, verbalmente, pelo juiz, com a sua posterior redução a termo. Não obstante assim seja, quer parecer que o mandamento constitucional reclama, mesmo de forma implícita, a livre apreciação do pedido de quebra de um direito fundamental sem a sua vinculação com a atividade investigatória, sendo válido acreditar que a decisão deva ser prévia e não tomada no calor de uma diligência da qual o próprio juiz está fazendo parte, o que pode comprometer a serenidade que se espera na apreciação de questão tão delicada.

Por decisão fundamentada e prévia para fins de flexibilização de direito fundamental, deve-se entender aquela que é prolatada antes de realizar-se a ação que se ocupa em materializar a determinação contida na ordem judicial, e não aquela que é dada no momento em que a diligência está sendo realizada por um de seus protagonistas ou mesmo posteriormente. Pelo menos quanto à fundamentação posterior, elaborada com o fito de conferir validade jurídica à determinação que se resente de motivação, o Supremo Tribunal Federal já expressou a sua palavra, deixando consignado que essa forma de decidir está evitada de vício que contamina a legitimidade do ato determinante de flexibilização do direito fundamental. Naquele mesmo Mandado de Segurança de registro cronológico 23.851-DF, o Ministro CELSO DE MELLO⁹⁵¹, em outra passagem de seu voto, abordou a situação em que a Comissão Parlamentar de Inquérito, no afã de sanar o vício de falta de fundamentação na decisão com a qual determinou a quebra de sigilo, em momento posterior ao

⁹⁵⁰ No item seguinte, será deduzido que essa forma de flexibilizar preceitos constitucionais não se coaduna, ainda, com o *sistema acusatório* e com o princípio da *imparcialidade do juiz*.

⁹⁵¹ *Ibid.*

cumprimento do que ela havia ordenado, teve a preocupação de externar os motivos pelos quais havia decretado a flexibilização do direito fundamental. Sobre a matéria, disse o STF:

A FUNDAMENTAÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO HÁ DE SER CONTEMPORÂNEA À PRÓPRIA DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA QUE A DECRETA. – A exigência de motivação – que há de ser contemporânea ao ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que ordena a quebra de sigilo – qualifica-se como pressuposto de validade jurídica da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, não podendo ser por este suprida, em momento ulterior, quando da prestação de informações em sede mandamental. Precedentes.

Em compasso com a orientação haurida dessa parte da ementa do acórdão, pode-se dizer que a ordem de flexibilização de direito fundamental, dada pelo juiz verbalmente e no ato da diligência, não atende ao requisito da *contemporaneidade*, tracejado pela pena do Ministro CELSO DE MELLO e que contou com a adesão dos demais membros integrantes da Excelsa Corte. Primeiro porque a sua forma escrita somente será apresentada depois da quebra da garantia constitucional. De outra banda, mesmo que se admita a possibilidade de que ela fosse reduzida a termo no próprio momento em que fosse dada a ordem, para todos os efeitos, ela não seria anterior à diligência realizada para materializá-la. No mínimo, esse tipo de decisão poderia ser considerado como exarado durante a diligência, ou melhor, em um determinado momento de uma diligência que já teria se iniciado; nunca antes. Isso resta muito claro nos casos em que alguns juízes, na companhia de membros do Ministério Público e de agentes policiais, saem às ruas, com destino aos motéis, na tentativa de flagrar adultos que estejam praticando sexo com menores de idade⁹⁵².

7.2.3.3 – Malferição ao princípio da imparcialidade do juiz, quando a flexibilização de direito fundamental, ao invés de determinada em decisão judicial, é materializada pelo próprio julgador, em diligência por ele comandada.

Sem embargo de afronta à compreensão de que a flexibilização de direito fundamental reclama decisão motivada, *escrita e prévia*, a participação do magistrado na diligência compromete outro princípio basilar do devido processo legal, qual seja, o da *imparcialidade* do juiz. A participação do juiz na diligência faz com que ele perca a imparcialidade que se exige da autoridade a quem atribuída a missão de, caso a caso, examinar as hipóteses que podem ensejar a quebra de uma garantia constitucional. No momento em que o juiz se desloca de sua função judicante no escopo de auxiliar na coleta dos elementos de prova para servirem de base para o oferecimento da ação ou para a prolação de sentença condenatória, tem-se o desequilíbrio entre autor e réu.⁹⁵³ Veja-se que, a fim de preservar essa imparcialidade do juiz, de vital importância em um sistema processual penal democrático, sem embargo da proposta do novo Código de Processo Penal, seguindo a ideia do Direito Comparado, a Lei nº 13.964, de 2019, incorporou ao CPP em vigor a figura do *juiz das garantias*⁹⁵⁴.

Por linhas transversas, permitir que o magistrado responsável pelo julgamento participe da fase investigatória é como se previsto ou admitido fosse em nosso sistema o *juízo de instrução*. Sobre o assunto, a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente do juízo de instrução é a vinculação do juiz – ainda que inconsciente – às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção todas as provas pertinentes à elucidação do caso. A procedência dessa assertiva se revela ao observar-se que, em alguns países nos quais se adota o juízo de instrução, a exemplo da Espanha e da Argentina, o juiz que julga é diferente daquele que investiga.

No exame realizado quando do julgamento da ADI 1570/DF, a tese de inconstitucionalidade do então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, cujo vício apontado residia na circunstância de a norma ter atribuído ao juiz a função de participar da diligência de coleta de provas, foi acolhida sob o

⁹⁵² Na abordagem sobre o alcance da expressão *casa*, utilizada pelo constituinte no inciso XI do art. 5º da Constituição, será defendida a posição, com apoio na doutrina formada a respeito, de que os quartos dos motéis se inserem na proteção constitucional. (Cf. item 9.4.5.2, infra).

⁹⁵³ Cf. item 9.3.2.3, infra.

⁹⁵⁴ Cf. item 1.4.6, supra.

argumento, dentre outros, de que essa previsão vulnera o princípio da *imparcialidade* do juiz. Segundo o entendimento sufragado naquela oportunidade, o dispositivo em foco criou procedimento excepcional e estranho à cláusula do devido processo legal, na medida em que conferiu ao juiz a tarefa de ele próprio proceder a diligência investigatória, a fim de colher provas pertinentes à persecução criminal, elementos probatórios que, fatalmente, servirão, posteriormente, como *fundamento fático-jurídico de sua própria decisão*⁹⁵⁵. O Ministro MAURÍCIO CORRÊA, relator do processo, em seu voto, ponderou que “Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade”. Em socorro a esse pensamento, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA invocou precedente registrado no Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do ex-Ministro ADHEMAR MACIEL, fazendo menção à parte em que este verberou:

Essa atividade coletora de provas do juiz, creio, viola a cláusula do “due process of law”. Viola, porque compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade. E a imparcialidade, como sabemos, é virtude exigida de todo e qualquer magistrado (...)

E coletando provas, não paira dúvida, ele será fatalmente influenciado. Talvez valesse para um juiz preparador, nunca para um juiz julgador. Ademais, o princípio da ação, do ne procedat iudex ex officio, impede e, na prática, desaconselha o magistrado na fase administrativa de colher provas, como o desaconselha a ajuizar ações penais de ofício. Esse não é o papel institucional e constitucional reservado ao magistrado.⁹⁵⁶

Em apertada síntese, tem-se que o juiz não pode, ao invés de apreciar, previamente, os eventuais pedidos de quebra de uma garantia constitucional, dispensar essa formalidade e deslocar-se para a arena dos fatos acompanhado de outros agentes públicos, no escopo de proferir, no local, a ordem verbal necessária para revestir a diligência de validade.

7.2.3.4 – Inconstitucionalidade do então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, ao impor ao juiz que ele, sempre que houvesse a possibilidade de comprometer sigilo constitucional, realizasse a diligência de coleta das provas.

Diante de tudo o que foi expandido, apresenta-se manifesta a inconstitucionalidade do comando normativo plasmado no então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, na medida em que o referido dispositivo fazia recair sobre o juiz a tarefa de realizar, pessoalmente, a diligência concernente à quebra de sigilo protegido por norma constitucional⁹⁵⁷. Em trabalho sobre o assunto, intitulado *Crime organizado*: a nova lei, elaborado logo após a edição do diploma legal em destaque, defendemos, com veemência, a inconstitucionalidade de vários dos seus dispositivos, notadamente do art. 3º, da Lei nº 9.034, de 1995⁹⁵⁸. Como esclarecemos no citado artigo, tendo em mira preservar as garantias

⁹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Classe: ADI – Processo: 1.570-2, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 12/02/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005. O Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO foi vencido, sob o argumento de que “A figura do juiz estático, espectador, do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada” (Ibid.). Não há como deixar de concordar com a premissa explicitada acima, porém ela não tem o condão de conduzir à conclusão de que, em nome dela, o juiz está autorizado, em nosso sistema jurídico, a levar a cabo diligência tendente à coleta de provas, conduzida por ele próprio. A função do juiz é apreciar o pedido de quebra de uma garantia constitucional para, caso entenda presente justificativa plausível, determinar que a diligência seja realizada pela autoridade policial.

⁹⁵⁶ Ibid.

⁹⁵⁷ O art. 3º da Lei nº. 9.034/95 está assim redigido: “Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”.

⁹⁵⁸ Cf. Revista Forense, v. 333, 1996. No texto em referência, faz-se uma crítica contundente à lei, chegando mesmo a afirmar-se que o efeito prático da intenção do legislador, ao exigir a participação indevida do juiz na realização de diligências, foi restringir a atuação policial e do Ministério Público na investigação de atos ilícitos praticados pelas organizações criminosas. Assim, ao invés de criar mecanismo eficaz de combate à criminalidade, foram elencados

constitucionais, o legislador resolveu estabelecer que, nos casos em que a instrução criminal enveredasse para o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, observada a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, nada obstante ainda na fase de inquérito policial, a diligência a ser desenvolvida deveria ser realizada pelo juiz, pessoalmente, dentro do mais rigoroso segredo de justiça. Ora, tal previsão normativa não era correta, pois, em nosso sistema, não se admite esse tipo de atividade investigatória com a participação do juiz, porquanto não se coaduna com o princípio acusatório encartado em nosso sistema jurídico.

Não se pode negar que a previsão normativa sob apreciação instaurava, entre nós, o juízo de instrução, deixando o magistrado a posição de inércia antes do oferecimento da ação penal, para se transformar em agente investigador, quanto a procurar coletar elementos de prova imprescindíveis para que o Ministério Público oferecesse a denúncia⁹⁵⁹. Em outras palavras, ao fundamento de preservar o sigilo estampado na Constituição ou na lei, a norma questionada transfigurava a função que é inerente ao juiz, para transformá-lo em colaborador do Ministério Público.

Essa proposição normativa examinada não se coadunava com o sistema acusatório, instaurado no nosso ordenamento jurídico após a Constituição ora em vigor. É verdade que, antes da Constituição de 1988, vigorava o sistema misto, admitindo-se, nos homicídios e lesões corporais culposas, assim como nas contravenções penais, o início do processo mediante portaria da autoridade judiciária ou policial. Contudo, na medida em que a Constituição em vigor expressamente outorgou ao Ministério Público o monopólio na promoção da ação penal pública, na atualidade, não se admite mais a existência de processo criminal sem que tenha havido provocação pela parte legitimada para a propositura da ação.

Certamente, seria possível argumentar-se que o conteúdo do art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, não dava origem, propriamente, a um juízo de instrução, pois o que se atribuiu ao juiz foi a missão de conceder medidas cautelatórias. Mas, à evidência que não se tratava disso, pois a intervenção judicial disciplinada na norma não era apenas para decidir sobre a quebra do sigilo protegido pelo texto constitucional ou subconstitucional, à semelhança do que ocorre quando o juiz é chamado para se pronunciar, nos demais casos não disciplinados pelo dispositivo em foco, sobre a flexibilização de direito fundamental. De todo modo, "... observe-se que essa assertiva não merece prosperar, pois se assim fosse, suficiente seria que o Judiciário fizesse a intervenção apenas no sentido de se pronunciar determinando a requisição das diligências, e não o próprio juiz realizar a diligência investigativa"⁹⁶⁰.

O nosso pensamento expendido no artigo *Crime organizado: a nova lei*, em que pese o tempo passado, findou sendo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1570/DF, ocorrido em 12/02/2004, ajuizado pela Procuradoria-Geral da República, cujo relator foi o Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Com a decisão da Excelsa Corte, determinou-se a suspensão da eficácia do art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, sendo invocado o argumento de que o seu comando normativo não se coaduna com o princípio acusatório adotado em nosso sistema jurídico, porquanto ali se transferiu para o juiz a possibilidade de sair da posição de julgador e cair em campo em busca das provas necessárias para comprovar a ocorrência de fato ilícito que será por ele mesmo decidido⁹⁶¹.

entraves à persecução criminal. Nas conclusões do artigo em foco, o autor arrematou: "O melhor seria que não existisse, mas já que foi editada, para expungir os malefícios dela dimanados, de duas uma: ação direta de inconstitucionalidade pedindo a sustação da aplicação de diversos de seus dispositivos, ou, então, o que seria melhor, a sua revogação, pura e simplesmente, o que seria cívico e engrandeceria o Legislativo" (Ibid.). A inconstitucionalidade, pelo menos parcial, foi declarada e, agora, enfim, a Lei nº 12.850, de 2013, revogou a Lei 9.034.

⁹⁵⁹ Ibid.

⁹⁶⁰ Ibid.

⁹⁶¹ O Ministro MAURÍCIO CORRÊA, em seu voto, dentre as transcrições do artigo do autor, deu destaque para a seguinte afirmação: "Nesse passo, entendo que o art. 3º da Lei nº 9.034 /95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Classe: ADI – Processo: 1.570-2, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 12/02/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005).

Finalmente, a Lei nº 12.850, de 2013, revogou a Lei nº 9.034, de 1995, o que era por nós defendido desde a primeira hora.

7.2.4 – Direitos fundamentais como dever de proteção (eficiente) pelo Estado.

Consoante consignado no capítulo 2 deste livro, os direitos fundamentais, ademais da perspectiva subjetiva, hodiernamente, são abordados ainda sob a dimensão objetiva. Dessa maneira, conquanto os direitos fundamentais, no ambiente criminal, tenham surgido no escopo de limitar o exercício do dever-poder de punir do Estado, na visão moderna, essa persecução criminal encontra lastro, igualmente, nos direitos fundamentais.

Isso porque os bens jurídicos tutelados pela norma penal de ordem material são a *ratio essendi* dos direitos fundamentais, que é garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput, da Constituição), o que compreende, também, a proteção dos direitos que são reflexos desses postulados, como a garantia à integridade física, à honra, à intimidade, à vida privada, inviolabilidade das mais diversas formas de comunicação etc.

Por conseguinte, se ao Estado é defeso desrespeitar os direitos fundamentais, o que corresponde à obrigação de agir dentro dos limites impostos por essa categoria de direitos, em contranota, isso implica que este, na qualidade de órgão incumbido de promover a segurança pública, possui o dever de buscar a responsabilização de quem viole essas normas. É o *dever de proteção*.

A missão que decorre do *dever de proteção* não é confiada unicamente ao Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas, sim, a *todos*, sejam órgãos estatais, pessoas jurídicas e até mesmo aos indivíduos, por meio de ações coletivas ou individuais, pois essa *obrigação* está implícita no caput do art. 5º da Constituição, ao dispor que “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 segurança e à propriedade...”, e expresso, de modo cogente, no caput do art. 144, ao preceituar, em sua primeira parte, que a segurança pública é “... dever do Estado, direito e *responsabilidade de todos* ...”, (grifos acrescentados), devendo ser “... exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio ...”

Essa compreensão bem revela que, em verdade, mais do que o direito de punir, o Estado detém o *dever-poder* de punir⁶⁶². Essa nuance é revelada pelo jurista alemão JÜRGEN BAUMANN⁶⁶³, ao argumento de que, se “La pretensión penal del Estado surgida del derecho penal material, es una pretensión de derecho público de la comunidad frente al individuo”, o que se tem é que “... la imposición de consecuencias penales no constituye solamente un derecho, sino también un *deber* del Estado.”

Nessa linha de pensamento, o Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES, no voto exarado na ADI 3112/DF, em compasso com a doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, asseverou que os direitos fundamentais, na dimensão objetiva, podem ser assim classificados: (a) *dever de proibição (verbotspflicht)*, consistente no dever de proibir determinadas condutas; (b) *dever de segurança (sicherheitspflicht)*, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; e (c) *dever de evitar riscos (risikopflicht)*, que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especial.

O reconhecimento dessa dupla dimensão dos direitos fundamentais deu suporte a uma nova vertente do princípio da proporcionalidade. Assim, se na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade traz como consequência a proibição de excesso (*übermassverbot*) por parte do Estado, na ótica objetiva dessa classe de direitos o preceito da proporcionalidade, como corolário lógico do *dever de proteção*, existe para o Estado a *proibição de omissão ou de proteção insuficiente (untermassverbot)*.

No que nos interessa mais de perto, cabe salientar que o exercício da pretensão punitiva, exercida em nome da sociedade, dimana do *dever de proteção* do Estado, de modo que, em consonância com a cláusula da proporcionalidade como *proibição de proteção insuficiente*, é preciso

⁶⁶² Cf. capítulo 2, supra.

⁶⁶³ *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Traducción Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 6.

que sejam adotadas medidas adequadas e com certo grau de eficiência para que, nessa perspectiva, sejam preservados/concretizados os direitos fundamentais.

O processo penal, por conseguinte, como instrumento para o exercício do dever-poder de punir do Estado, que atua em nome da sociedade, quando arquitetado em consonância com os direitos fundamentais, ademais de ser pautado por regras que respeitem os direitos dos acusados, há de conter outras tantas pertinentes para estabelecer um *standart* de eficácia na tutela do dever de proteção.

Atento a essa questão, AMÉRICO BEDE⁹⁶⁴ e GUSTAVO SENNA⁹⁶⁵, em denso estudo sobre o ponto de tensão no processo penal entre o garantismo e a efetividade da sanção, observam que

... a Constituição Federal brasileira, como de resto a maioria das constituições dos países ocidentais, adota um modelo de Estado Democrático de Direito, que também tutela os direitos fundamentais de segunda e quarta dimensão. Logo, modernamente, deve-se também trabalhar com a concepção de um garantismo positivo, que tutela de igual forma a segurança pública, enquanto direito fundamental de segunda dimensão, essencial para a garantia da qualidade de vida da população e, portanto, para a tutela da própria dignidade da pessoa humana.

Tendo em conta essa *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais, assevera LUCIANO FELDENS⁹⁶⁶ que o garantismo, único modelo de sistema criminal compatível com o Estado Democrático Constitucional, não pode ser compreendido a partir de uma visão reducionista, pois,

... ademais de direitos subjetivos, e sem deixar de sê-los, os direitos fundamentais passaram a operar como *princípios objetivos* fundamentais da comunidade. Nessa condição, os direitos fundamentais orientam o funcionamento de todo o ordenamento jurídico (público e privado), reclamando *prestações positivas (legais e judiciais)* do Estado destinadas a sua proteção frente a ataques de terceiros.

Esse dever de proteção impõe a existência de instrumentos de ordem legislativa, executiva e jurisdicional necessários para concretizar os direitos fundamentais, enquanto a proibição de proteção insuficiente, oriunda do princípio da proporcionalidade, reclama que esses instrumentos sejam hábeis e eficazes no amparo ao desempenho dessa função estatal.

Note-se que, além do reconhecimento do Supremo Tribunal Federal da existência do dever de proteção do Estado como decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no ambiente internacional, têm, sob a figura da *positive obligation*, condenado Estados ante a ausência de efetividade no cumprimento do dever de obrigação.

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS⁹⁶⁷ salienta que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no art. 1.1, ao preceituar que cabe ao Estado zelar pelo respeito dos direitos humanos, faz exsurgir uma *obrigação de não fazer* e, de outra banda, uma obrigação de fazer, “... que consiste na organização pelo Estado, de estruturas capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana”, de modo que, “Toda vez que o Estado falha com este comando, emerge sua responsabilidade internacional”.

7.2.5 – Colisão e flexibilização de direitos fundamentais.

Nenhuma norma jurídica existe isoladamente, pois o Direito é sistema, devendo os preceitos constitucionais ser interpretados de modo que seja levada em consideração a unidade do ordenamento jurídico. A norma, ainda que editada isoladamente em uma lei específica, não tem vida própria, pertence ao sistema jurídico e em consonância com ele, o que implica relacionamento com as demais normas, daí por

⁹⁶⁴ Disponível em: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁹⁶⁵ Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

⁹⁶⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. ver. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47.

⁹⁶⁷ *Direitos humanos em juízo: comentários em casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 72.

que a sua interpretação há de ser feita tendo em conta a sua compreensão sistêmica. O legislador, ainda que se trate do constituinte, ao elaborar o sistema, concebe normas, especialmente as de caráter principiológico, que, quando incidentes a um só tempo sobre um determinado caso, entram em rota de colisão entre si, cabendo ao juiz ou operador jurídico debruçar-se sobre a melhor forma de equacionar o problema que se lhe apresenta. Por conseguinte, embora a Constituição e, aí, evidentemente, incluída a declaração de direitos fundamentais sob a forma de princípios, tenha como característica a sua unidade, a relação sistêmica entre as cláusulas nela encartadas leva, muitas das vezes, à colisão de direitos fundamentais.

A visão do constituinte, ao elaborar os direitos fundamentais, muito embora trate de direitos que se autolimitam mutuamente, é preconcebida de acordo com a concepção garantista, sem se preocupar em dizer como deverá o intérprete, no caso concreto, solucionar eventuais antinomias entre esses preceitos, especialmente em relação à tensão entre as perspectivas subjetivas e objetivas dessa classe de direitos⁹⁶⁸. O que se quer dizer é que, nesses casos de colisão entre direitos fundamentais, o verdadeiro alcance de uma norma não está de pronto revelado com o seu enunciado, mas sim quando se examina a extensão com que deve ser interpretada, tendo em conta o sopesar do aparente conflito entre normas dentro de um determinado contexto fático.

Os direitos fundamentais são muitos e convivem em interrelação entre eles, de modo que essa coexistência sistêmica implica, no final das contas, que eles se autolimitam. Dessa forma, os direitos fundamentais possuem autolimitações que são imanentes ao sistema jurídico por eles criado⁹⁶⁹. Daí é certo dizer que a relatividade desses direitos essenciais sobressai, naturalmente, da autolimitação por eles mesmos imposta. Assim, o direito à intimidade de A, em certa medida, impõe restrições ao direito de defesa (produzir prova) de B e, assim, sucessivamente. Tal ocorre, até mesmo, em relação a direitos fundamentais de mesma espécie, pois o mesmo direito de liberdade de um cidadão, em contranota, serve para limitar o que é conferido a outro. Nessas hipóteses, o que se verifica é o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, o que é sobremaneira frequente. Aliás, esse é um dos temas mais instigantes que gravita sobre a órbita dos direitos essenciais. São os *hard cases* dos quais tanto fala DWORKIN⁹⁷⁰.

A doutrina tem se debruçado na tarefa de demonstrar a distinção ontológica entre *conflito ou colisão de regras e conflito ou colisão de princípios*, a fim de demarcar as diferenças ínsitas às regras e aos princípios. A esse respeito, ao cuidar de acentuar a diferença entre princípios e regras jurídicas, DWORKIN⁹⁷¹ disse que a distinção é simplesmente de natureza lógica, pois as regras são válidas à maneira do tudo-ou-nada, de modo que ela é válida ou não é. Ou seja, quando duas regras entram em conflito, isso implica que uma delas pode não ser válida⁹⁷². Nesse caso, dá-se o que se chama de antinomias jurídicas próprias, em que o confronto entre normas se resolve pela conclusão de que uma, a considerada válida, afasta do campo de aplicação a outra, excluindo-a do sistema⁹⁷³.

De outro lado, para DWORKIN⁹⁷⁴, quando ocorre conflito entre dois princípios, pelo fato de eles terem a peculiaridade de possuir o que o professor de Oxford chama de dimensão de peso ou importância, a solução do problema tem de ser encontrada de acordo com a premissa de que cada um deles detém força relativa, de modo que, ao final do processo interpretativo, não se tem como resultado a validade de um em detrimento do outro. Aqui se dá o fenômeno jurídico cunhado por RUY ESPÍNOLA⁹⁷⁵ como *antinomias jurídicas impróprias*, uma vez que, em verdade, o conflito é apenas aparente. Em outras palavras, a colisão entre princípios não se resolve com a consequente

⁹⁶⁸ Cabe ao exegeta enxergar o direito como um sistema organizado, fazendo as distinções necessárias para adequar a norma aos seus verdadeiros fins, de modo que se, diante das circunstâncias, são feitas as distinções desafortunadamente, com a consequente valoração inadequada, o erro é do operador jurídico, e não da norma em si. Até porque o Direito é instrumento de vida, forma de pacificação social, que ordena o desenvolvimento e as realizações das necessidades humanas dentro dos valores colimados pelo grupo social, de modo que nunca conduz ao absurdo, a não ser, é claro, que o operador jurídico trilhe o caminho errado.

⁹⁶⁹ Cf. item 5.7, supra.

⁹⁷⁰ *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.176.

⁹⁷¹ *Levando os direitos a sério*, p. 49.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 43.

⁹⁷³ Cf. ESPÍNOLA, Ruy Samuel. *Op. cit.*, p. 69.

⁹⁷⁴ *Levando os direitos a sério*. p. 42-43.

⁹⁷⁵ *Op. cit.*, p. 69.

exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes⁹⁷⁶. O caso é de incompatibilidade no caso concreto, e não de exclusão.

ALEXY⁹⁷⁷, doutrinador alemão que é referência obrigatória no trato dos direitos fundamentais, ao elaborar consistente teoria sobre essa espécie de direitos, com desenganaada inteligência, deduziu as bases científicas para a solução da colisão entre eles. Certo de que a aplicação independente de duas regras fundamentais conduz o intérprete a resultados incompatíveis, “*es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios*”, ensina o festejado jurista que, quando há o atrito entre dois princípios fundamentais, como no caso em que um encerra uma permissão e o outro uma proibição, o deslinde da questão não enseja a escolha de eficácia de um com a consequente conclusão de que o outro é inválido, como ocorre na colisão de normas jurídicas, mas sim que, diante das circunstâncias que permeiam o caso concreto, um deles tem de ceder diante do outro⁹⁷⁸. Com suporte na análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão em um caso no qual se discutia a colisão entre o direito à instrução do processo penal e o direito à integridade física do acusado, ALEXY⁹⁷⁹, em concordância com a decisão alvitrada pela Corte, arremata:

Tomados em sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. *La determinación de la precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.*

Embasado nessas considerações, ALEXY⁹⁸⁰ assevera, mais adiante, que os direitos fundamentais, ainda que tais, estão sujeitos a restrições, de modo que podem ser delimitados ou limitados, encontrando-se superada a doutrina defendida por KLEIN, segundo a qual, de acordo com a lógica pura, isso não seria possível. A esse respeito, ressalta ALEXY que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em casos de colisão de direitos fundamentais, adota a *teoria da ponderação*, concebendo a possibilidade de haver a restrição de princípios⁹⁸¹.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã, forte na dogmática da proporcionalidade, adota a *ponderação de interesses*⁹⁸² como orientação hermenêutica nos seus pronunciamentos, certa de que, na correta compreensão do sistema “... há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade.”⁹⁸³

Em exame do *leading case* julgado em 21 de fevereiro de 1964 pela Suprema Corte Constitucional Alemã, conhecido como o caso do diário, MANUEL ANDRADE⁹⁸⁴ informa que ali ficou assentado que o princípio geral de ponderação coloca, em primeiro plano, a efetivação da justiça penal, cuja realização justifica e legitima o sacrifício de direitos fundamentais, daí por que

[...] à semelhança do que acontece para as escutas telefônicas, também para os demais meios de prova a Constituição oferece ao legislador ordinário um campo considerável de possibilidades de compressão dos direitos fundamentais para, à luz do princípio da ponderação, dar resposta adequada à ameaça da criminalidade mais grave.

⁹⁷⁶ Ibid. p. 69.

⁹⁷⁷ ALEXY. Op. cit. p. 87.

⁹⁷⁸ Ibid., p. 89.

⁹⁷⁹ Ibid., p. 268.

⁹⁸⁰ ALEXY, Op. cit., p. 268.

⁹⁸¹ Ibid., p. 269.

⁹⁸² Cf. item 7.2.5.2, infra.

⁹⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 28.

⁹⁸⁴ Ibid., p. 31.

De acordo com a doutrina acima exposta e mesmo da leitura do art. 10, 2, primeira parte, da Constituição da Alemanha, no Direito germânico, a fim de facilitar a efetivação da justiça penal, que é alçada à categoria de bem jurídico de dignidade constitucional próprio do Estado de Direito, o legislador ordinário tem ampla liberdade de prever, para os crimes mais graves, a possibilidade de restrição das garantias fundamentais. De todo modo, a Carta alemã estabelece como dogma, no art. 19, 2, a doutrina segundo a qual, conquanto seja admissível a sua limitação, “Em caso algum poderá ser afectado o conteúdo essencial de um direito fundamental”. Essa doutrina também foi agasalhada expressamente nos textos das Cartas Constitucionais espanhola e portuguesa⁹⁸⁵.

Esse é um aspecto importante a ser homenageado pelo exegeta, toda vez que se defrontar com situação em que houver a colisão de direitos fundamentais. É verdade que a Constituição brasileira se descurou de contemplar, na declaração de direitos, esse princípio da *proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais*. Porém, como bem expõe SUZANA TOLEDO⁹⁸⁶, “... não há dificuldade técnica em hauri-lo da própria natureza destes direitos, uma vez que não faria sentido uma intervenção do legislador no âmbito de um direito fundamental para destruí-lo”. Acrescente-se que assim como não é dado ao legislador ordinário, a pretexto de estabelecer uma restrição legal ao exercício de um direito fundamental, elaborar a norma infraconstitucional a ponto de atingir o núcleo essencial de um direito fundamental, o mesmo se diga em relação ao intérprete, aí, especialmente, o juiz, quando tem sob a mesa caso dessa natureza para decidir.

Em consistente trabalho sobre o assunto, EDILSON PEREIRA DE FARIAS⁹⁸⁷ observa que, em regra, a solução do conflito de direitos fundamentais possui duas vertentes. Em uma delas, quando o próprio texto constitucional comete à lei a função de restringir o direito fundamental, a tarefa é confiada ao legislador, devendo, nesse caso, levar em consideração o princípio da reserva do núcleo essencial dos direitos fundamentais sopesados na feitura da norma. Na outra ponta, quando se trata da solução de colisão entre direitos fundamentais que não estão sujeitos à reserva da lei, a solução recai sobre os juízes⁹⁸⁸. Em verdade, até em razão da cláusula constitucional do amplo acesso à justiça, em todos os casos, a análise da colisão de direitos fundamentais, quando há litígio, passa pelo crivo do Judiciário, cabendo a este dar a última palavra interpretativa sobre a matéria, missão que, embora desempenhada por todos os juízes, em última instância, por envolver assunto de ordem constitucional, pertence, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em obra que já se tornou clássica em nossa doutrina, SUZANA TOLEDO⁹⁸⁹ faz percuciente incursão dogmática sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, chamando a atenção para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a esse respeito que, embora a passos lentos, vem mostrando-se favorável à aplicação desse princípio.

Impende notar que temos uma Constituição jovem que contempla extenso catálogo de direitos fundamentais vazados em forma de princípios e com força normativa, ademais de, a despeito de nossa história constitucional ser marcada, desde a primeira Carta Política, pela declaração de direitos, alguns nunca tinham sido escritos como tais em nosso sistema, ao lado de outros tantos que, embora já tradicionais em nosso sistema jurídico, passaram a ser concebidos dentro de um novo modelo de Estado – Estado Democrático-Constitucional.

7.2.5.1 – Princípio da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais.

Embora com frequência, em matéria de colisão de direitos fundamentais, a *proporcionalidade* seja utilizada como sinônimo de ponderação, para fins dogmáticos, uma coisa não se confunde com a outra. Com efeito, cabe considerar que a proporcionalidade é, antes de mais, um critério de controle

⁹⁸⁵ SUZANA TOLEDO chama a atenção que, assim como a Constituição alemã, a portuguesa “... refere-se à garantia do núcleo essencial em seu art. 18.3, segundo o qual “as leis restritivas de direitos, liberdade e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (Op. cit., p. 98), enquanto a espanhola, no art. 53.1, seguindo o mesmo passo, preceitua que os direitos fundamentais, cuja restrição depende de lei, devem, em todos os casos, ter respeitado o seu conteúdo essencial (Ibid.).

⁹⁸⁶ Op. cit., p. 99.

⁹⁸⁷ Op. cit., p. 118-119.

⁹⁸⁸ Ibid., p. 119.

⁹⁸⁹ Op. cit., p. 102-128.

da conduta do Estado, seja ela legislativa, administrativa ou jurisdicional, no escopo de proteger os direitos fundamentais⁹⁹⁰.

Para todos os efeitos, a proporcionalidade trata-se de um critério de concretização de normas constitucionais, sendo a ponderação um dos seus elementos integrantes. Em outras palavras, a proporcionalidade é o procedimento pelo qual, em uma de suas etapas, é feita a ponderação, a fim de possibilitar a resolução de um problema ocasionado pela tensão entre direitos fundamentais, em um determinado caso concreto.

Consoante entendimento doutrinário dominante, a proporcionalidade possui três elementos parciais, a saber: (a) *adequação* ou *idoneidade*; (b) *necessidade* ou *exigibilidade*; e, (c) *proporcionalidade em sentido estrito*.

De acordo com a primeira regra, questionada determinada medida estatal em razão da restrição ou sacrifício de direito fundamental, deve-se verificar se o agir estatal está guiado por um fim constitucionalmente legítimo e se o meio escolhido é hábil para que esse fim seja alcançado. Ou seja, deve-se identificar se a medida está em sintonia com a pauta de valores dimanada da declaração de direitos fundamentais e se serve para que eles sejam concretizados. Nesse caso, deve ser inquirida, pelo Judiciário, a validade em si do ato, tendo em conta se ele detém legitimidade constitucional, mediante a verificação se possui fim constitucionalmente legítimo e se o meio é expedito para a proteção dos direitos fundamentais.

A segunda regra, consubstanciada na necessidade ou exigibilidade, estabelece como diretriz observar se o meio adotado pelo Estado é o que causa o menor dano possível aos direitos fundamentais, uma vez que não há medida menos restritiva tanto ou mais eficiente para alcançar o fim constitucionalmente legítimo. Agregue-se que, se existem meios alternativos idôneos para alcançar o fim imediato, sem, porém, o mesmo grau de eficácia, rapidez, amplitude e probabilidade de resultado, isso não quer dizer, *a priori*, que deva ser rejeitada a violação à proporcionalidade.

A terceira e última regra, denominada proporcionalidade em sentido estrito, preceitua que o sacrifício de um direito fundamental precisa estar justificado pela maior relevância do fim que se pretende alcançar. Aqui, é realizada uma ponderação dos bens, interesses, valores contidos nos direitos fundamentais em colisão, a fim de, diante das circunstâncias relevantes do caso concreto, estabelecer dentre eles qual ou quais devem prevalecer e em que medida⁹⁹¹.

Olavo Hamilton⁹⁹² defende um quarto elemento do princípio da proporcionalidade, definido por ele como *menor ofensividade social*. Salienta o autor em referência que, especialmente na seara criminal, deve-se levar em consideração a menor ofensividade social da posição adotada, apontamento que há de ser observado pelo exegeta no balanceamento dos direitos fundamentais envolvidos.

Como se observa, uma medida estatal adotada pode ser considerada inconstitucional sem que haja necessidade de se recorrer à ponderação, assim como pode-se chegar a esse resultado mediante *ponderação autônoma*⁹⁹³.

Importa realçar que a proporcionalidade, embora inicialmente tenha sido enxergada como mecanismo de controle contra os excessos estatais, em virtude da visão dos direitos fundamentais também sob a dimensão objetiva, impõe que o exegeta, quando da observância das suas três regras básicas, tenha em conta que a interpretação há de ser compatível com o dever de proteção eficiente. Essa é a *dupla face da proporcionalidade*, corolário lógico da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais/dever de proteção (eficiente)⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ A proporcionalidade surgiu no Século XVIII, com a derrocada do estado absolutista, que não conhecia limites, inicialmente circunscrita, apenas, ao ambiente criminal. No Século XIX, na Alemanha, o princípio da proporcionalidade passou a ser empregado, igualmente, para reger o exercício do poder de polícia e a discricionariedade administrativa. Na segunda metade do Século XX, o princípio da proporcionalidade ingressou no campo do direito constitucional, como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

⁹⁹¹ A técnica da ponderação está desenvolvida no item seguinte.

⁹⁹² *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. 4. ed. Natal: OWL, 2019, p. 67-75.

⁹⁹³ RODRIGO TELLES, embora asseverar que a proporcionalidade é o procedimento pelo qual a ponderação se realiza, ressalta que "... existe ponderação, autônoma ou isolada, independente da proporcionalidade" (SOUZA. Rodrigo Telles. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012, p. 271).

⁹⁹⁴ Sobre os direitos fundamentais como dever de proteção (eficiente) pelo Estado, cf. item 7.2.4, supra. Cf., ainda, STF, ADI 3096/DF, Relatora Ministra CÁRMEM LÚCIA, e RE 418.376-5/MS, Relator p/ o acórdão Ministro Joaquim Barbosa.

7.2.5.2 – Ponderação como técnica para equacionar a colisão de direitos fundamentais.

Esse novo cenário do ordenamento jurídico brasileiro, instaurado com a Constituição de 1988, colocou em evidência a problemática da colisão de direitos fundamentais, já bastante usual em outros sistemas jurídicos. A respeito, a doutrina estrangeira, com suporte na assertiva de que os critérios clássicos adotados para a solução de antinomias no ordenamento jurídico – (i) hierarquia; (ii) cronologia; e (iii) especialidade –, não se mostram adequados para equacionar a colisão de direitos fundamentais, criou três orientações técnicas assim denominadas: (i) *categorização*; (ii) *hierarquização*; e (iii) *ponderação*.

HABERMAS⁹⁹⁵, ao tempo em que se apresenta como um dos expoentes na crítica à técnica da ponderação, defende que seja adotada a técnica da categorização, de modo que os direitos fundamentais sejam vistos como regras que tutelam um bem jurídico determinado e específico. A dificuldade dessa técnica é que as Constituições modernas, notadamente a brasileira, são essencialmente principiológicas, possuindo, assim, texto aberto, no qual há extensa gama de preceitos plasmando valores, de modo a inviabilizar que se pretenda da atividade interpretativa a definição da norma adequada dentre as aplicáveis, pertinente para solucionar outros casos.

Por sua vez, a técnica da hierarquização tem como premissa a definição, a priori e em tese, de uma *tabela hierárquica* entre os bens, interesses e valores tutelados pela Constituição, o que, como observado, não se conforta com a visão moderna dos direitos fundamentais⁹⁹⁶. O que se admite, apenas, é o estabelecimento de uma hierarquização relativa ou *soft*, a qual, em que pese formulada abstratamente, não inibe que, tendo em consideração as circunstâncias fáticas, não seja seguida. Com essa ressalva, como será a seguir visto, resta claro que a hierarquização comedida se aproxima – e com ela é compatível – da técnica da ponderação.

A técnica da ponderação, por conseguinte, é a única, dentre as concebidas pela doutrina, pertinente para orientar o interprete na solução do conflito entre direitos fundamentais, os quais, declarados em forma de princípios, por conseguinte, vazados em textos polissêmicos, trazem embutidos valores que precisam ser sopesados.

Como salientado no tópico anterior, a ponderação preceitua que os eventuais conflitos das normas constitucionais, em verdade, são apenas aparentes e devem ser resolvidos em consonância com as circunstâncias de cada caso concreto, exigindo-se do intérprete o adequado balanceamento dos bens, interesses e valores tutelados pelos direitos fundamentais.

Uma primeira crítica que se faz à ponderação como técnica para solucionar, no caso concreto, a colisão de direitos fundamentais, é que, por meio dela, o juiz, não raro, ao fazer exame dos valores contidos nas normas constitucionais, inova no ordenamento jurídico, como se fora legislador, sem que tenha legitimidade para tanto⁹⁹⁷. Essa afirmação, sem embargo de outras considerações, não se sustém, pois o juiz, embora não ingresse na magistratura por meio de eleição direta, é escolhido mediante processo seletivo democrático, ademais de, no exercício da atividade jurisdicional, exercer um poder que não lhe pertence, mas, sim, ao povo, tal como preconizado no art. 1º, parágrafo único, c/c o art. 2º, ambos da Constituição.

A outra crítica é que a técnica da ponderação, para fins de concretização de preceitos constitucionais, é sobremaneira *aberta e subjetiva*, de forma a permitir que o julgador apresente solução sem marcos objetivos e de racionalidade, impossibilitando, assim, o seu controle. Todavia, conquanto a ponderação seja campo aberto e fértil para que o magistrado faça o sopesamento entre os direitos fundamentais em conflito, ela é uma técnica que tem lastro na *razão prática*, sendo possível, por meio de regras relativas à *argumentação*, a definição de marcos regulatórios.

Nessa senda, a doutrina, tendo em consideração que a ponderação não se realiza em um ato só, cuida de esmiuçar as diversas fases do *raciocínio ponderativo*, de maneira a permitir a *compreensão e explicitação da estrutura* em si dessa técnica de solução de conflito. Com isso, a técnica da ponderação adquire maior *objetividade e racionalidade*, possibilitando melhor controle da

⁹⁹⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

⁹⁹⁶ Cf. item 5.5, supra.

⁹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 313-322.

argumentação desenvolvida pelo intérprete e, de permeio, reduzindo a crítica que lhe é feita por parte da doutrina.

A partir da concepção de uma estrutura para a argumentação ponderativa, tem-se que a técnica da ponderação é dotada de racionalidade e, por via de consequência, de objetividade, pois, conforme ressalta ANIZIO PIRES⁹⁹⁸, “O ponderar exige o conhecimento de todos os seus passos e o cumprimento de todas as suas exigências”, daí por que “Uma decisão judicial fundamentada na ponderação somente irá descansar em uma justificação racional se explicitar todos os passos e cumprir todas as exigências colocadas para a racionalidade da ponderação mesma”⁹⁹⁹.

Para a doutrina, a estrutura da ponderação compreende 3 (três) fases lógicas e necessárias, sendo que as duas antecedentes não se tratam, propriamente, da ponderação, mas, apenas, de etapas preparatórias. Na primeira fase, deve-se fazer a identificação dos direitos fundamentais em conflito, o que compreende o exame dos bens, interesses ou valores tutelados constitucionalmente, elementos que compõem o *âmbito de proteção* da norma constitucional. Essa é uma etapa lógica, pois, só há de recorrer-se à técnica da ponderação quando houver conflito entre direitos fundamentais, daí que, no primeiro momento, exige-se a identificação correta de todos os preceitos normativos que precisam ser sopesados em uma determinada situação, sob pena de comprometida a validade da argumentação emprestada para equacionar o caso¹⁰⁰⁰.

Na fase seguinte, a segunda, cabe ao intérprete identificar as circunstâncias do caso concreto em compasso com as suas *repercussões sobre os elementos normativos*¹⁰⁰¹. Em outras palavras, a par das diversas particularidades da situação fática, impõe-se que sejam especificadas aquelas que, efetivamente, são as mais importantes, que determinam se deve ser conferida maior ou menor satisfação ao objeto tutelado pelas normas jurídicas em conflito.

Essas duas primeiras fases representam a etapa de preparação da ponderação, munindo o intérprete dos elementos que devem ser sopesados por meio da decisão, que é a terceira e última fase. O momento decisório representa, propriamente, a ponderação e, mercê de sua complexidade, também obedece a um processo racional de justificação, que compreende 3 (três) estágios.

Primeiro, é preciso verificar a intensidade do sacrifício, no caso concreto, dos bens, interesses ou valores tutelados por um dos direitos fundamentais em conflito. Segundo, deve ser avaliado o grau de importância da concretização dos bens, interesses ou valores embutidos no outro direito fundamental. Terceiro, procede-se à comparação entre a intensidade da restrição ou sacrifício de um direito fundamental e o grau de concretização ou satisfação do outro direito fundamental, fazendo, a partir daí, relação de prevalência condicionada entre eles, conforme a seguinte equação: (a) intensidade da restrição ou sacrifício do direito fundamental y maior do que o grau de concretização ou satisfação do direito fundamental x, prevalece y; (b) intensidade da restrição ou sacrifício do direito fundamental y menor do que o grau de concretização ou satisfação do direito fundamental x, prevalece x; (c) intensidade da restrição ou sacrifício do direito fundamental y igual ao grau de concretização ou satisfação do direito fundamental x, não há prevalência de y sobre x ou de x sobre y.

A estrutura da formação da técnica ponderativa é esmiuçada por ALEXY, a partir do estudo dogmático de aresto do Tribunal Constitucional alemão, com o qual se decidiu o caso LEBACH. Na hipótese, ante a intenção de uma rede de televisão alemã em exibir um documentário sobre *o assassinato de soldados em Lebach*, um dos condenados pelo crime, que estava prestes a encerrar o cumprimento da pena, tentou impedir que o programa fosse veiculado, ao fundamento de que isso violava o seu direito à preservação da intimidade e comprometia a sua ressocialização. A súplica, desacolhida tanto perante o Tribunal Provincial quanto pelo Tribunal Provincial Superior, chegou à Corte Constitucional alemã. Para solucionar a colisão entre os direitos fundamentais à inviolabilidade da intimidade e à liberdade de

⁹⁹⁸ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 260.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ ANA PAULA DE BARCELLOS chama a atenção para a relevância da identificação de *todos os elementos normativos* que permeiam o exame de um determinado caso, a fim de evitar que a ponderação seja contaminada por *distorções*, pois “É fácil perceber que, se um dispositivo – relevante para o caso – for ignorado pelo intérprete, os elementos que sugerem uma solução contrária à que a disposição ignorada indicaria assumirão um peso artificialmente maior ao longo da argumentação” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92-93).

¹⁰⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 115.

informação, a Corte Constitucional desenvolveu a sua argumentação em 3 (três) graus: primeiro, identificou os preceitos constitucionais em conflito, ou seja, *“una situación de tensión entre la protección de la personalidad, garantizada en el artículo 2 párrafo 2 en conexión con el artículo 1 párrafo 1 LF, y la libertad de información de acuerdo con el artículo 5 párrafo 1 frase 2 LF”*¹⁰⁰².

Isto é, considerado isoladamente, o princípio da inviolabilidade da intimidade veda a exibição do programa, ao passo que, em sentido contrário, sem a tensão, o princípio do direito à informação permite a veiculação do documentário. Portanto, os dois princípios, considerados isoladamente, conduzem a resultados contraditórios e, ao mesmo tempo em que as duas cláusulas constitucionais são válidas, nenhuma possui precedência determinada.

Na segunda operação discursiva, o Tribunal Constitucional concluiu que há uma relativa precedência da liberdade de informação¹⁰⁰³ em relação à inviolabilidade da intimidade, quando se trata de *“una información actual sobre hechos delictivos”*¹⁰⁰⁴. Note-se que, nas circunstâncias do caso concreto, a informação contida no documentário era a respeito de crimes que, conquanto considerados graves, não eram atuais, mas praticados fazia algum tempo, o que, naturalmente, foi levado em consideração, por se tratar de peculiaridade de alta relevância para a solução da *vexata quaestio*.

Na terceira etapa da argumentação, o Tribunal Constitucional realizou, propriamente, a ponderação, para asseverar que *“em caso de la ‘repetición de una información sobre un delito grave, que no responde ya a intereses actuales de información’ que ‘pone en peligro la ressocialización del autor (C1), tiene precedencia la protección de la personalidad (P1), frente a la libertad de información (P2), lo que en el caso que hay que decidir significa que esta última está prohibida”*¹⁰⁰⁵. Atente-se que, conforme assinalado por ALEXY, isso não quer dizer que, sempre e sempre, quando se tratar de informação sobre fatos ocorridos em um passado distante, deve preponderar o direito à inviolabilidade da intimidade. Mesmo aqui, a prevalência estabelecida não é absoluta, mas adequada às circunstâncias do caso concreto. Ante a crítica de que, dessa forma, essa máxima da ponderação de ALEXY é uma fórmula oca, LUIS PREITO SANCHÍS¹⁰⁰⁶ responde:

Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso.

A harmonização prática na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, perquirida com o emprego da técnica da ponderação, resulta na definição da norma que deve prevalecer para fins de regência do caso concreto¹⁰⁰⁷, preservando-se, no entanto, o núcleo essencial do direito sacrificado ou colocado em segundo plano.

Malgrado nem sempre essas diversas fases da ponderação estejam expressamente fundamentadas nas decisões com as quais são solucionados esses conflitos entre direitos fundamentais – o que é de se lamentar, uma vez que inibe o controle do processo interpretativo levado a efeito e, conseqüentemente, da sua razoabilidade –, no Inquérito nº 2424/RJ, julgado pelo Pleno do

¹⁰⁰² ROBERT, Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 96.

¹⁰⁰³ ALEXY tem a preocupação de esclarecer que essa cláusula de preferência não é absoluta, nem poderia – acrescenta-se –, de modo que *“... no toda información actual está permitida”* (Ibid, p. 97). Essa preferência estabelecida, em verdade, como realça o autor, não passa de uma cláusula *ceteris paribus*, permitindo, assim, exceções, a depender da situação concreta analisada.

¹⁰⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁰⁵ ROBERT, Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 97.

¹⁰⁰⁶ SANCHÍS, Luiz Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 191. Na sequência, acrescenta SANCHÍS que *“se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno y otro”* (Ibid.).

¹⁰⁰⁷ Conforme a lei de colisão de ALEXY, *“Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constityen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”* (ROBERT, Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 94).

Supremo Tribunal Federal, o Ministro CEZAR PELUSO¹⁰⁰⁸, na qualidade de Relator, fez uso, com bastante acuidade, da ponderação de valores, a fim de entender que, nada obstante a Constituição, no art. 5º, XI, expressamente, vede a invasão de domicílio, mediante autorização judicial, durante a noite, diligência nesse período noturno, respaldada em expressa determinação do juiz, não se atrita com o preceito constitucional em foco, se, não sendo viável a medida em outro horário, o local, nesse momento, não é habitado (escritório de advocacia) e a ação policial não cuida de busca e apreensão, mas, apenas, da colocação de equipamentos para obtenção de escuta ambiental.

Conforme o julgado em destaque¹⁰⁰⁹, a cláusula da inviolabilidade do domicílio e o poder-dever (dever-poder) de punir do Estado “... devem ser sopesados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os preceitos da concordância”, tendo em conta que o bem jurídico tutelado pelo art. 5º, XI, da Constituição (a intimidade, privacidade e a dignidade humana) demonstra não ser razoável a “... equiparação entre escritório vazio com domicílio *stricto sensu*, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem”, razão pela qual não se há de enxergar ilicitude na prova questionada, uma vez que

... as medidas adotadas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição consequente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está segundo os enunciados em que desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimo de ordem pública¹⁰¹⁰.

Como se observa, houve, no primeiro momento, uma efetiva identificação dos preceitos constitucionais colocados em situação de colisão/tensão, a cláusula da inviolabilidade do domicílio e o dever-poder de punir do Estado (perspectiva objetiva dos direitos fundamentais), em seguida, a identificação das peculiaridades do caso concreto e, por fim, a definição de que, em se tratando de escritório, e não de residência propriamente dita, e consistindo a diligência policial apenas na colocação de equipamentos eletrônicos de escuta ambiental, não é inválida a autorização judicial para que a operação seja realizada no período noturno, prevalecendo, nessas circunstâncias, o dever-poder de punir.

7.2.6 – Os direitos fundamentais, declarados em forma de princípios constitucionais do processo criminal, na qualidade de normas que ocupam a posição hegemônica no sistema jurídico.

No modelo de Estado Democrático-Constitucional, desenhado pela Constituição de 1988, o sistema jurídico é criado em torno da teoria dos direitos fundamentais, de modo que a orientação principiológica deles emanada, além de possuir força normativa, é o instrumento interpretativo de todo o ordenamento infraconstitucional, que deve ser criado à sua imagem e semelhança. Sob o *paradigma* dessa forma de *organização* os princípios não apenas são normas, como deixam de ocupar a posição subalterna de complementação de eventuais lacunas ou espaços vazios do ordenamento jurídico, a fim de ocupar posição hegemônica em todo o sistema.

Com essa concepção e adotando essa orientação na abordagem do Direito, no instigante estudo *Constitucionalização do direito civil*, PAULO LOBO NETTO, com bastante acuidade, centrando a sua atenção para o fenômeno jurídico que ocorreu no âmbito do Direito Civil nos últimos anos, demonstra que o movimento constitucionalista instaurado no Brasil fez com que aquele ramo do Direito perdesse a sua condição de Direito Comum a todos os Direitos, cedendo espaço para que a Constituição ocupasse a posição hegemônica no sistema jurídico¹⁰¹¹.

Na feliz expressão de RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, “... os princípios saltaram dos códigos para as Constituições”¹⁰¹² e hoje possuem hegemonia no ordenamento jurídico. São normas de primeira categoria, que ocupam posição de destaque no sistema jurídico, principalmente no nosso, no

¹⁰⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 19 e 20 nov. 2008. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo. Acesso em: 10 jan. 2013.

¹⁰⁰⁹ Ibid.

¹⁰¹⁰ Ibid.

¹⁰¹¹ Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 141, jan/mar, 1999. p. 100.

¹⁰¹² *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 60.

qual a Constituição, como ressalta PAULO BONAVIDES, é eminentemente principiológica, forjada na feição de uma Carta de Princípios¹⁰¹³.

Não mais guardando posição servil em relação à lei, passaram os preceitos constitucionais a exercer função fundamentadora, interpretativa e supletiva do sistema jurídico em si. Constituindo-se normas de primeira categoria, que ocupam posição de destaque no sistema jurídico, isso imprimiu substancial mudança de paradigma para o exegeta, uma vez que, doravante, as regras expostas no ordenamento infraconstitucional devem ser lidas a partir da Constituição, e não esta com suporte naquelas, como se alvitrava anteriormente.

Por conseguinte, os preceitos constitucionais, deduzidos em forma de princípios, que alicerçam e anunciam os direitos fundamentais são normas jurídicas e possuem força normativa de categoria especial, posto que ostentam posição hegemônica no sistema jurídico, pondo sob a sua subordinação todas as regras jurídicas.

7.2.7 – Incidência das declarações internacionais entre as garantias constitucionais mínimas.

Consoante foi visto anteriormente, a característica ínsita à declaração de direitos do homem, gérmen dos denominados direitos fundamentais, diz respeito a sua universalidade¹⁰¹⁴. Com efeito, a nota distintiva entre a declaração de direitos francesa da americana residiu, exatamente, na circunstância de a primeira ter sido enunciada não apenas para o povo francês, mas para o homem em geral, independentemente de sua nacionalidade ou local onde habite. De todo modo, mercê do processo de normatização da declaração de direitos, cada Constituição passou a conter a sua declaração de direitos fundamentais, daí fazendo grassar o entendimento quanto à inaceitação sob essa qualificação de outros direitos que, embora catalogados em diplomas internacionais ratificados pelo país, não constam do seu texto constitucional. Contudo, esse modo de ser passou por mutação, especialmente com a concepção de novos Estados no Leste Europeu, que foram levados a aderir aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas¹⁰¹⁵.

Esse processo de transformação, segundo CANÇADO TRINDADE¹⁰¹⁶, forjou um novo constitucionalismo e, de permeio, fomentou a *abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos*. Essa tendência, porém, já se fazia notar em Constituições europeias, como são os casos das Cartas alemã e portuguesa, na medida em que a primeira estabelece a integração com supremacia ao direito federal das normas gerais do Direito Internacional Público (art. 16, 1 e 2) e a segunda, a necessidade de que as cláusulas pertinentes aos direitos fundamentais sejam *interpretadas e integradas* em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 25).

A Constituição de 1988 seguiu essa orientação¹⁰¹⁷. Até então, as Cartas Nacionais, tradicionalmente, deixavam consignado que os direitos e garantias expressos não excluía outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. A de 1988 não só manteve essa nossa tradição constitucional, ao fazer o referido esclarecimento na primeira parte do § 2º do seu art. 5º, como ainda inovou na matéria, ao cuidar de acrescentar que não somente os direitos e garantias oriundos do regime e dos princípios adotados no texto principal inserem-se entre os direitos essenciais, como também aqueles provenientes dos “...tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como se isso não fosse suficiente, antes, ao tratar dos princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais, o constituinte deixou consignado que a conduta do Estado nacional deve

¹⁰¹³ *Curso de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

¹⁰¹⁴ Cf. item 5.6, supra.

¹⁰¹⁵ TRINDADE. Op. cit. p. 404.

¹⁰¹⁶ *Ibid.* p. 404.

¹⁰¹⁷ Melhor teria sido se o constituinte tivesse adotado o método da Constituição Nacional da Argentina, que, no art. 75, inc. 22, expressamente, citou as declarações de direitos internacionais, dentre eles a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Político, possuem hierarquia constitucional e devem ser tidos como complementos dos direitos e garantias reconhecidos pelos sistema argentino. Esse dispositivo, incluído pela reforma de 1994, criou uma espécie de *sistema constitucional integrado* por de igual hierarquia, originários de duas fontes: nacional e internacional. (NORES. José I. Cafferata. *La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional em el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. 2000, p. 4)

possuir como norte a *prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* (art. 4º, incisos II, III, VIII e IX). Comentando essa postura normativa, FLÁVIA PIOVESAN¹⁰¹⁸ assegura que “... a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnando para a ordem internacional”¹⁰¹⁹. Segundo a autora, a bem da verdade, “... invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos”¹⁰²⁰, não apenas no sentido de determinar o engajamento do país no processo legislativo de produção das normas relativas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois “... implica a busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira.”¹⁰²¹

Consagrou-se, assim, a incorporação, em nosso ordenamento, como direitos fundamentais, revestidos pelo manto protetor da Constituição, de outros direitos e garantias declarados em documentos internacionais dos quais o Brasil seja parceiro. Esse sentimento é compartilhado por CANÇADO TRINDADE que revela ter sido ele o autor da proposta de inserir a segunda parte do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, regra que “... se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados”, de modo que, a partir de então, não há mais necessidade de intermediação do Poder Legislativo para que passem a vigor, no plano do ordenamento jurídico interno, desde que tenha havido a adesão do Brasil, os direitos fundamentais que estejam previstos em tratados de proteção internacional dos direitos humanos.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal, chamado para se pronunciar sobre a matéria, não sufragou a tese da incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, na medida em que entendeu ser necessária a manifestação do Legislativo a fim de que, então, a norma passe a ter validade no plano interno¹⁰²². E não foi somente isso, porquanto a Suprema Corte, em outra oportunidade, no julgamento do Recurso Extraordinário 253071/GO, relatado pelo Ministro MOREIRA ALVES¹⁰²³, através da Primeira Turma, à unanimidade, deixou consignado “... que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.”

Essa posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal fez com que, na propagada reforma do Judiciário, obra realizada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, fosse enxertado o § 3º ao art. 5º da Constituição, de modo a preceituar que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Essa disciplina merece aplauso de um lado, pois põe fim à discussão a respeito da natureza de direito fundamental interno dos tratados e convenções sobre direitos humanos, mas, de outro, reforça a tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal em relação à ausência de efetividade interna dessas normas, enquanto elas não forem convalidadas pelo Legislativo.

Por conseguinte, para todos os efeitos, as declarações de direitos insertas em tratados e convenções somente passam a ostentar a categoria de direitos fundamentais no ambiente interno na medida em que forem aprovadas, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, por três quintos dos componentes das respectivas casas. Isso, porém, não impede que se defenda a necessidade de o intérprete, ao buscar o alcance efetivo dos direitos fundamentais catalogados na Constituição, levar

¹⁰¹⁸ *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 61.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Classe: HC – Processo: 79785, UF: RJ, TRIBUNAL PLENO, un. Data da decisão: 29/03/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

¹⁰²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL. Data da decisão: 29/05/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 1 ago. 2005.

em consideração os enunciados internacionais, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras formadas a seu respeito, mesmo que o tratado ou convenção, conquanto tenha sido ratificado pelo Brasil, não tenha ainda sido aprovado pelo Parlamento e, tendo sido, não tenha obtido o quórum qualificado exigido pela norma constitucional.

Duas questões, porém, avultam: a primeira é quanto a saber se as declarações de direitos constantes de tratados ou convenções, em caso de atrito inconciliável com preceitos de mesma hierarquia previstos na Constituição de 1988, devem prevalecer ou se, nessas hipóteses, em nome da soberania nacional, elas devem ser relegadas a segundo plano. Note-se que o Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, no julgamento do Recurso Extraordinário 253071/GO acima mencionado, ao discutir a aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil e chancelado pelo Legislativo, naquilo em que ele veda a possibilidade de prisão civil, entendeu que tal norma não se mostra válida no plano interno, pois a Constituição contém regra diametralmente oposta admitindo, expressamente, que essa medida seja adotada¹⁰²⁴. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 88.240, em acórdão lavrado pela Ministra ELLEN GRACIE, esclareceu que diplomas internacionais sobre direitos humanos, embora não estejam acima de preceitos contidos na Carta de 1988, possuem *lugar específico* no sistema jurídico brasileiro, *estando abaixo da Constituição porém acima da legislação interna, ou seja, possuem status normativo supralegal*, de modo que tornam inaplicável regra infraconstitucional com eles conflitantes¹⁰²⁵.

De toda sorte, acredita-se que agora, diante da nova norma vinda a lume com o § 3º do art. 5º da Constituição, a solução do assunto comporte maior complexidade. De fato, para todos os efeitos, os tratados ou convenções aprovadas pelo quórum qualificado das duas Casas do Parlamento adotam não só o processo legislativo pertinente às emendas constitucionais como são a elas equiparados, daí por que eventual confronto inconciliável com outra norma constitucional deverá ser resolvido pela sua prevalência, sob a qualidade de norma nova que dispõe em sentido contrário à anterior.

Outra indagação que se impõe é quanto à situação dos outros tratados e convenções já aprovados pelo Parlamento. O ideal era que o constituinte derivado tivesse previsto uma norma de transição em relação a eles, a fim de permitir que fossem submetidos a nova apreciação pelo Legislativo para, com isso, conferir a oportunidade de que viessem a ser aprovados, ou não, perante o Legislativo com o quórum qualificado. Como infelizmente assim não procedeu o constituinte, persiste a *vexata quaestio*. Uma ideia a ser defendida seria a de que, de todo modo, os tratados e convenções já aprovados pelo Legislativo deveriam ser recepcionados com o quórum qualificado, assim como se deu em relação a alguns diplomas normativos que, editados como lei ordinária, em razão de o assunto por eles tratado ter sido alterado pela Constituição para disciplinamento por meio

¹⁰²⁴ Ibid.

¹⁰²⁵ Eis a ementa do acórdão: “DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. O julgamento impugnado via o presente habeas corpus encampou orientação jurisprudencial pacificada, inclusive no STF, no sentido da existência de depósito irregular de bens fungíveis, seja por origem voluntária (contratual) ou por fonte judicial (decisão que nomeia depositário de bens penhorados). Esta Corte já considerou que o depositário de bens penhorados, ainda que fungíveis, responde pela guarda e se sujeita a ação de depósito (HC 73.058/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 2a. Turma, DJ de 10.05.1996). Neste mesmo sentido: HC 71.097/PR, rel. Min. Sydney Sanches, 1a. Turma, DJ 29.03.1996). 3. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o., 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 4. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5o., §2o., da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 5. Habeas corpus concedido” (Disponível em: direitoparatos.com/nao-cabe-acao-penal-por-apropriacao-indebita-contra-arrendatario-em-atraso. Acesso em 19 mar. 2013).

de lei complementar, passaram a ser considerados como recepcionados sob a natureza desta última, a exemplo do que ocorreu com o Código Tributário Nacional.

Essa tese, porém, não tem maior consistência. A situação referente aos tratados e convenções é bem diferente daquela vivenciada pelo Código Tributário Nacional, pois não se requer o quórum qualificado para que haja a aprovação pelo Legislativo de um tratado ou convenção ratificado pelo Brasil, mas sim que, para adquirir a qualidade de emenda constitucional, ele seja chancelado pelo processo legislativo reclamado para a revisão constitucional¹⁰²⁶. Para todos os efeitos, com a nova regra do § 3º do art. 5º da Constituição, os tratados e convenções já aprovados pelo Legislativo continuam válidos, porém como normas infraconstitucionais, porém, com caráter supralegais, ou seja, hierarquia superior à da legislação ordinária.

Conquanto em razão da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, formalmente as declarações de direitos internacionais só passem a constituir direito fundamental interno após o crivo do Parlamento brasileiro, não se há de olvidar que o exegeta, ao se deparar com um caso concreto, deve apresentar a solução envolvendo direitos fundamentais sincronizando as declarações de direitos nacionais com as que estão plasmadas no ambiente internacional.

Como observa MARCELO NEVES¹⁰²⁷, a *sociedade moderna* não se contém nas organizações políticas territoriais, apresenta-se, por isso mesmo, mais propriamente como uma *sociedade mundial* que se constitui "... como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementariedade", de modo que a ordem internacional é, apenas, uma de suas dimensões.

De mais a mais, um mesmo problema de direitos fundamentais pode ser submetido a deslinde perante uma determinada ordem estatal, local, internacional, supranacional ou transnacional (no sentido estrito), ou perante mais de uma dessas ordens, o que exige diálogo e aprendizagem recíprocos, sem hierarquia entre as ordens jurídicas da sociedade mundial, para fins de construção de pontes de transição entre elas.

Para vencer os novos desafios da chamada *sociedade moderna* ou *sociedade mundial*, é necessário conceber um espaço constitucional que ultrapassa as fronteiras dos respectivos Estados, pelo que há de se rejeitar a ideia do nacionalismo, internacionalismo, supranacionalismo, transnacionalismo e do localismo, pois são espaços estreitos para solucionar os problemas constitucionais, "... levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente"¹⁰²⁸.

A necessidade de construção de pontes de transição ou da promoção de conversações constitucionais entre as várias ordens jurídicas, leva à concepção de um novo modelo, que MARCELO NEVES identifica como *transconstitucionalismo*, "... modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas"¹⁰²⁹, critério mais conveniente para a solução de problemas constitucionais, por ser mais adequado às relação entre ordens jurídicas da sociedade mundial.

¹⁰²⁶ Note-se a diferença. Os tratados e convenções, até então firmados pelo Brasil, caso não seja aceita a ideia da recepção com foros de emenda constitucional nos termos da redação do art. 5º, § 3º, da Constituição, ainda assim, permanecerão vigentes como normas infraconstitucionais. No caso do Código Tribunal, não: ou a lei ordinária nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, era recepcionada como lei complementar ou, então, ela não mais estaria em vigor.

¹⁰²⁷ *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 26 e 27.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 131.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

CAPÍTULO 8

PREMISSAS INTERPRETATIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na primeira parte deste trabalho, restou esclarecido que os direitos fundamentais são a versão moderna das declarações de direitos que se encontram normatizadas em um determinado sistema jurídico, mediante a sua positivação em forma de enunciados de raiz principiológica, enxertados no próprio texto constitucional. Foram germinados dos chamados direitos naturais e, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, possuem características universais, de modo que eles não são apenas aqueles que estão expressamente declarados na Constituição, mas igualmente aqueles outros “... decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”¹⁰³⁰. Por conseguinte, guardando similitude com a teoria constitucional americana, os textos políticos brasileiros têm, ao longo dos tempos, deixado expresso que os direitos fundamentais amparados pela Constituição não são apenas aqueles que figuram no rol da declaração de direitos, mas também outros que se exprimem como corolário lógico do *arcabouço constitucional* que informa o regime e o *sistema principiológico* adotado pela Constituição.

Com isso, se quer dizer que, ao lado dos direitos fundamentais explícitos, há os implícitos, deduzidos do tipo de regime do Estado e dos demais princípios dele decorrentes e encampados no texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, expressou o entendimento de que, a par dos direitos fundamentais explícitos, há os direitos implícitos, argumento que serviu para fundamentar a existência de princípios como os da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer, dando guarida, assim, à tese de que a pessoa não pode ser obrigada, em investigação de paternidade, a ser submetida ao exame de DNA¹⁰³¹. Porém, não é só. O dispositivo constitucional revigorado na primeira parte do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 anima o exegeta a ter em conta que o regime de Estado e os demais princípios constitucionais referentes a sua estrutura servem de guia para, em uma visão sistêmica, firmar o alcance dos direitos fundamentais declarados.

O que o texto constitucional brasileiro deixa claro é algo que, embora não seja despicando, evidencia-se por si só. Ora, naturalmente que o princípio da igualdade, por exemplo, em uma Constituição democrática como a de 1988, possui um alcance bem mais elástico do que aquele sob a batuta da Constituição de 1937, a despeito de guardar a mesma dicção normativa¹⁰³². O arcabouço democrático confere, desenganadamente, maior magnitude e amplitude à declaração dos direitos fundamentais, dando ensejo, no mínimo, a uma interpretação mais extensiva, sob viés liberal de maior envergadura.

Forte na doutrina de JORGE MIRANDA, para quem os princípios possuem *função ordenadora*, de modo que servem de *critério de interpretação* e integração no desiderato de conferir

¹⁰³⁰ Essa ressalva sempre esteve presente em todas as constituições brasileiras republicanas. Em verdade, a despeito do silêncio da Constituição Imperial de 1824, já na Constituição Republicana de 1891, seguindo o modelo americano (Nona Emenda), o constituinte brasileiro deixou claro que os direitos fundamentais expressamente declarados não eram os únicos reconhecidos aos homens, posto que a eles se juntavam os direitos e garantias decorrentes da principiológica adotada no texto da Carta Política (art. 72, § 22). A Constituição de 1934, no art. 114, incorporou aos direitos fundamentais outros que, embora não declarados expressamente, são decorrência lógica da estrutura principiológica da Constituição, tradição constitucional que restou consagrada, também, nos textos constitucionais de 1946 e de 1967.

¹⁰³¹ HC 71.373-RS, in DJ de 22.11.96.

¹⁰³² Isso sem levar em consideração, ainda, a pertinente doutrina de BOBBIO quanto à historicidade dos direitos fundamentais, o que faz com que o alcance de alguns preceitos seja limitado pela conjuntura social e política de um determinado momento, enquanto outros que, em épocas anteriores, não eram sequer possíveis de serem imaginados, de pois se tornem por demais evidentes e mesmo imprescindíveis.

coerência geral ao sistema jurídico, JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁰³³. Seguindo essa orientação metodológica, o autor assoma que

A afirmativa de que a “República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito” não é uma mera promessa de organizar esse tipo de Estado, mas a proclamação de que a Constituição está fundando um novo tipo de Estado, e, para que não se atenha a isso apenas em sentido formal, indicam-se-lhe objetivos concretos, embora programáticos, que mais valem por explicitar conteúdos que tal tipo de Estado já contém ...

A par dessas considerações, a compreensão dos direitos fundamentais exige, necessariamente, que sejam observadas as premissas interpretativas que são fornecidas pela própria estrutura constitucional, manifestada, sobretudo, com a declaração solene de que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Dessome-se dessa assertiva constitucional que os direitos fundamentais devem ser contextualizados na perspectiva de um Estado Democrático-Constitucional. No caso brasileiro, a tarefa do exegeta, de certa forma, torna-se facilitada, porquanto, embora polissêmica e vaga a expressão Estado Democrático de Direito, o constituinte cuidou de estabelecer sobre quais *fundamentos* (art. 1º, I a V e parágrafo único) e objetivos (art. 3º, I a IV) se desenham as linhas mestras da política a ser desenvolvida pelo ente estatal para se adequar à nomenclatura em foco.

Por conseguinte, não só o sistema democrático serve para orientar o intérprete dos direitos fundamentais, como igualmente os fundamentos e os objetivos do Estado brasileiro se prestam para tal. Contribuem, ainda, para a temática em foco os princípios estampados no art. 4º da Constituição, na medida em que, no seu inciso II, ficou promulgado que, nas relações internacionais, dar-se-á a *prevalência dos direitos humanos*, preceito que, obviamente, não o compromete nesse sentido apenas no trato de ordem internacional, mas, outrossim, nas questões internas, principalmente quando se percebe que esse dispositivo, em sua essência, confunde-se com o respeito à dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da nossa República Federativa.

8.1 – Sistema Democrático-Constitucional.

O sistema orientador da interpretação dos direitos fundamentais é o democrático-constitucional, método que estabelece um Estado obediente aos preceitos constitucionais e concebe o ordenamento como instrumento de defesa dos reais valores históricos, culturais, sociais e políticos do povo que, a despeito do poder de direção dos órgãos públicos, possui espaços políticos próprios para a ampla participação popular. Com efeito, a expressão *Estado Democrático de Direito* significa que se trata de uma organização política que privilegia a soberania popular, ou seja, a participação do povo, representada ou direta, quanto à escolha dos governantes e à definição dos planos de governo e o respeito aos preceitos jurídicos, com especial destaque para aqueles estampados na Constituição que exercem uma função hegemônica em todo o sistema nacional. Na precedente análise de PINTO FERREIRA¹⁰³⁴, o enunciado em foco “Significa o Estado subordinado ou submetido à legalidade constitucional, ao regime constitucional”. Não se compromete apenas com a legalidade, senão com algo mais, a legitimidade, porquanto democracia quer dizer autoridade exercida em razão da aceitação das decisões tomadas pelo poder. Em percuciente enfoque, RAIMUNDO FAORO¹⁰³⁵ esclarece que, sob o viés democrático, “A autoridade existe não porque emita ordens peremptórias, mas porque é aceita. As decisões dos dirigentes são válidas e eficazes unicamente pelo fato de os destinatários as aceitarem”.

A *democracia direta*, com a qual o poder político seria exercido pelo próprio povo, conquanto seja o ideal, não é possível de materializar-se e mesmo não seria desejável, principalmente em relação à tomada de decisões que precisam ser vistas sob o prisma técnico, sem perda da noção política. Ainda que querida a participação direta do povo na formulação de todas as decisões, isso somente

¹⁰³³ *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 85.

¹⁰³⁴ *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 32.

¹⁰³⁵ *Assembleia constituinte e legitimidade democrática*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 52.

seria possível em comunidades pequenas e sob condições sociais simples¹⁰³⁶ e, mesmo assim, quando não houvesse urgência maior para a resolução do problema¹⁰³⁷. Sequer nas democracias diretas registradas na história mercê das experiências vividas pelas tribos germânicas e pela Grécia antiga, a participação popular nas deliberações feitas por meio das assembleias contemplava todos os integrantes da coletividade, conquanto excluídas as crianças e mulheres e até mesmo os escravos¹⁰³⁸.

Inviabilizada – como regra – a democracia direta, resta a materialização da autodeterminação política do povo por meio da representação, sistema com o qual se escolhem pessoas capacitadas para, em seu nome, comandar o Estado na defesa de seus interesses. A chamada *democracia representativa ou indireta*, em um sistema no qual o povo tem a possibilidade de eleger as pessoas para ocupar os cargos políticos, importa em dizer que os escolhidos, uma vez investidos no mandato, devem exercer a função de acordo com os verdadeiros interesses sociais, sempre tendo em mente a realização da justiça. O Estado democrático, na esfera legislativa, executiva e judiciária, não age em nome próprio, mas como representante do povo, tendo como escopo prover o bem comum. Por conseguinte, quem está na titularidade de um desses poderes atua *para o e em nome* do povo.

Sob esse viés político, o processo penal, mais do que um conjunto ordenado de normas com as quais se tem em mira estabelecer a verdade com a conseqüente absolvição ou punição do acusado, é um instrumento que serve à dedução, em um caso concreto, do pensamento criminal, cuja atenção há de ser voltada ao sentido protecionista, tanto nas perspectivas subjetiva quanto objetiva dos direitos fundamentais. Por meio da ação penal, mais do que a mera dedução do direito de punir, o Ministério Público, em nome da sociedade, coloca em ação a política criminal do Estado, a fim de concretizar, na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais, cumprindo, assim, com o seu *dever de proteção*¹⁰³⁹. Do mesmo modo, para além da simples apreciação do caso concreto, o juiz, ao apreciar a pretensão acusatória, guia os seus passos de acordo com a política criminal que deve ser seguida¹⁰⁴⁰.

O Processo Penal, a par de ser visto como uma garantia dos direitos fundamentais, única forma de legitimar o uso da força do Estado na pretensão punitiva, deve ser construído, igualmente, de acordo com o sistema democrático-constitucional. Até porque, conforme foi examinado anteriormente, se o nosso sistema é o democrático-constitucional, a própria política criminal, na qual se insere a ação legislativa a respeito da elaboração do Código de Processo Penal, deve fazer homenagem a essa orientação.

Por outro lado, a relação processual instaurada com a pretensão punitiva do Estado não é apenas o instrumento que coordena a ação política deste, uma vez que se caracteriza, igualmente, como uma forma de participação política do cidadão, servindo de espaço para a dedução, de um lado, do direito de ver imposta a responsabilidade penal pela prática da conduta lesiva aos interesses da coletividade e, de outro, o respeito aos direitos fundamentais na dimensão subjetiva, dentre os quais sobreleva, a despeito de não ser o único, o respeito à dignidade humana.

O Ministério Público age em nome da sociedade, fazendo com que, mediante a persecução penal, o agente que tenha malferido o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra ou ao patrimônio de outrem seja responsabilizado pelos seus atos, porém com o amplo respeito aos direitos fundamentais. O processo penal, assim, é uma forma de atuação política cujo esteio é a cidadania, seja sob a visão de *garantia* dos direitos fundamentais, seja quanto ao *locus* legítimo para a participação do indivíduo na formação da vontade funcional do poder jurisdicional¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990, p. 282.

¹⁰³⁷ Sem levar em consideração que determinadas decisões políticas, principalmente as econômicas, não podem ser debatidas antes de propriamente formatadas e implementadas, sob pena de perderem a eficácia ou estimularem sobressaltos nas mais diversas áreas produtivas, a exemplo do que se verifica no Brasil, com as meras especulações quanto à possibilidade de alteração no plano de ação do governo em relação à política de juros.

¹⁰³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 282.

¹⁰³⁹ Cf. capítulo 2 e item 7.2.4, *supra*.

¹⁰⁴⁰ Em outro texto, anoto que, no sistema democrático, a judicatura é um cargo político também representativo, de modo que o juiz, no exercício de sua função, atua em nome do povo (*Poder judiciário democrático-constitucional*, p. 71). Advirto que "... se o poder é do povo, e em seu nome é exercido por meio de representantes, tem-se que a *função jurisdicional*, embora desempenhada pelo juiz, *pertence ao povo*, e em atenção a ele deve ser executada. O juiz é apenas o representante do povo, pois que, afóra na hipótese do tribunal do júri, é ele quem exerce o poder jurisdicional" (Ibid).

¹⁰⁴¹ Por *vontade funcional*, entenda-se o livre-arbítrio do juiz quanto a sua decisão, pautada pelos parâmetros estabelecidos na Constituição, nas leis, na doutrina, na jurisprudência e no conteúdo dos autos.

8.2 – Fundamentos do sistema Democrático-Constitucional.

Na raiz do Estado Democrático-Constitucional subjaz a ideia de que o *Direito deve ser visto como instrumento de transformação social, e não de mera conformação do status quo*. O constitucionalista cearense PAULO BONAVIDES¹⁰⁴², esgarçando a diferença básica entre o Estado de Direito, que se caracterizou pela preocupação em realçar a separação entre os poderes, e o Estado Democrático de Direito, que ele chama de *novo Estado de Direito*, adiciona que este “... pertence aos direitos fundamentais e primordialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais; é mais o Estado da legitimidade do que propriamente o da legalidade em sua versão clássica.” O sistema democrático-constitucional, assim, é aquele que se embasa na legitimidade e que ostenta como bem jurídico maior tutelado os direitos fundamentais. Nesse panorama, a essência do Estado de direito não se comprime na ideia do cumprimento dos princípios formais da legalidade e da independência e do equilíbrio entre os poderes constituídos, mas, antes de tudo, em um Estado que pauta o seu agir político com esteio no reconhecimento e proteção do exercício dos direitos fundamentais, nas dimensões objetiva e subjetiva, que se constituem, em uma palavra, direitos das liberdades¹⁰⁴³.

De todo modo, o constituinte, no desiderato de estabelecer os pontos auxiliares ao desenho do perfil democrático-constitucional do Estado brasileiro, cuidou de esmiuçar, na própria Constituição, os fundamentos desse sistema jurídico. Nessa intenção, foram pinçados como princípios fundamentais do nosso sistema democrático-constitucional a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a regra da representatividade (art. 1º e parágrafo único da Constituição).

Se a premissa maior para o enquadramento dos direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico é a consideração de que eles devem ser entendidos como inseridos na perspectiva de um sistema democrático-constitucional, tem-se como evidente a importância de esquadrihar o alcance, dentro da seara do Direito Processual Penal, desses *princípios fundamentais* da nossa democracia, tal como restou preceituado na Constituição. Assim, é necessário contextualizar, dogmaticamente, os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do sistema democrático-representativo como institutos jurídico-constitucionais do processo penal, a fim de que sejam compreendidos como *normas dirigentes* da compreensão do alcance dos próprios direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988.

8.2.1 – Soberania como princípio que determina a extensão da atividade jurisdicional.

O conceito clássico de soberania, como autodeterminação do Estado, nos tempos de hoje, devido à globalização ou mundialização das relações, mostra-se com certas alterações, sem, contudo, perder-se de vista a ideia central do que ela expressa¹⁰⁴⁴. Particularmente no que se refere ao aspecto criminal, devido aos crimes supranacionais, a soberania sempre foi proclamada em harmonia com a responsabilidade penal internacional.

Trazendo a questão para o plano interno do Direito Processual Penal, a soberania diz respeito, por um lado, aos limites da aplicação da lei brasileira e, de outro, ao dever-poder do exercício da jurisdição no território nacional. Aqui, o que interessa primeiro abordar é o dever-poder de o Estado

¹⁰⁴² *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 18.

¹⁰⁴³ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 47.

¹⁰⁴⁴ A relativização do conceito de soberania tem sido sustentada, até mesmo, no que diz respeito ao dogma da *imunidade de jurisdição* de que gozam os Estados estrangeiros. Sobre o assunto, conferir GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. (Coords). *A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. Merece destaque a doutrina denominada *teoria da fundamentação autônoma*, difundida por ANTENOR MADRUGA FILHO, assim sumariada: “Propomos que a submissão ao poder jurisdicional (leia-se ao Poder Judiciário independente) de outro Estado, isoladamente considerada, não contraria a norma *par in parem non habet imperium* e não pode, por essa razão, ser compreendida como um ato de violação de soberania. Não descartamos a possibilidade de que a submissão de um Estado soberano ao poder jurisdicional de outro Estado se configure em violação de sua soberania, mas para que essa violação ocorra é preciso agregar outros elementos, como a não-independência do órgão julgador ou o desrespeito a outros direitos e prerrogativas reconhecidos pelo direito internacional” (Teoria da fundamentação autônoma. In: *A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro*, p. 257).

brasileiro aplicar a lei penal aos crimes que, de conformidade com a nossa legislação, estão sob a jurisdição nacional, independentemente de o agente que praticou e/ou sofreu a ação ser nacional ou estrangeiro. Esse princípio fundamental do sistema democrático-constitucional brasileiro implica a garantia de que o agente, tendo praticado crime sujeito à incidência da lei brasileira, salvo a hipótese da extradição de estrangeiro, aqui será julgado e cumprirá a pena.

Nessa visão, não é admissível que o Brasil, mediante tratado ou convenção internacional, abra a exceção para o exercício de sua jurisdição quanto a determinados crimes, em favor de um órgão internacional ou de outro Estado, como se tem proposto que ocorra em relação aos delitos transnacionais, a exemplo do tráfico internacional de entorpecentes. Há precedente na ordem internacional de acordo dessa natureza, como foi o caso do tratado assinado entre os Estados Unidos e a Colômbia, o que permitiu a extradição de PABLO ESCOBAR, então maior traficante que tinha o comando do *Cartel de Medellín*. Na hipótese, a Colômbia renunciou, em nome dos Estados Unidos, a prisão do seu nacional, fato que não poderia, de toda sorte, ocorrer sob a regência do sistema constitucional brasileiro.

Note-se que, no episódio envolvendo o traficante conhecido como FERNANDINHO BEIRAMAR, quando nenhum Estado brasileiro queria que ele ficasse sob a sua custódia, para fins de cumprimento da prisão que lhe foi decretada, chegou-se a sugerir o seu envio para outro país, especialmente para os Estados Unidos, cujo interesse na repressão a esse tipo de criminalidade é notório.

Porém, em consonância com o princípio da *irrenunciabilidade ou inderrogabilidade da jurisdição*, assim como o juiz não pode transferir o seu dever de processar e julgar para outro magistrado, por mais razões ainda não pode o Estado transferir para outro a sua autoridade de exercer a jurisdição.

Além disso, se o poder pertence ao povo, e em seu nome deve ser exercido, não pode a jurisdição, da competência exclusiva de um dos poderes do Estado, ser renunciada com a entrega de seu exercício para outro país. Isso se mostra por demais óbvio, quando se faz a análise sob o prisma do sistema representativo democrático. O poder, que é outorgado para o agente político – seja ele do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário –, não pertence a ele, mas sim ao povo, não sendo quer legítimo quer legal a sua sub-rogação em nome de outrem.

Por fim, resta agregar que a jurisdição é uma expressão da soberania do Estado e, por isso mesmo, o seu exercício de conformidade com a extensão que lhe foi estabelecida pela lei, apresentase, antes de tudo, como princípio adotado tendo em mira proteger o cidadão para que ele não seja obrigado a submeter-se a processo e julgamento no estrangeiro, quando deveria estar sujeito às leis e tribunais de seu próprio país¹⁰⁴⁵. A solução alvitada foi apressar a construção dos presídios federais¹⁰⁴⁶.

Todavia, há de distinguir-se a proibição da extradição como forma de renunciar a jurisdição e a inderrogabilidade da jurisdição, que fazem parte, aquela explícita e esta implícita, do texto constitucional, do *instituto da transferência de processo* – que pressupõe o consentimento do acusado –, uma vez que este tem como norte justamente possibilitar à pessoa o direito de pedir ou aceitar ser julgado ou ter a execução de sua pena¹⁰⁴⁷ no país no qual lhe é mais conveniente, seja porque nele, a despeito de ser nacional de outro país, resida ou tenha as suas ocupações habituais, seja porque nele esteja estabelecida a sua família. O caso de transferência de processo é hipótese de cooperação jurídica internacional com a qual, em razão da existência de tratado ou de compromisso de reciprocidade, um Estado estrangeiro aceita, a pedido do acusado ou com a anuência deste, que o processo criminal de conhecimento ou de execução seja transferido para a sua jurisdição, nada

¹⁰⁴⁵ Conquanto SALVATORE SATA reconheça que essa não seja a razão única do princípio da inderrogabilidade da jurisdição, ele ressalta que esse é um interesse evidente da cláusula (*Direito processual civil*. 7. ed. Tradução Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973. p. 70).

¹⁰⁴⁶ Brasil. Folha de São Paulo. Disponível em: www.folha.de.sao.paulo. Busca de expressão: presídio para beira-mar ainda está em obras (publicação 15/07/2005). Acesso em: 07 mai. 20019. Esse episódio, efetivamente, fomentou o Executivo federal a anunciar a construção de 05 (cinco) presídios federais, exigência normativa desde a edição da Lei nº 7.210, de 1984 (Disponível em www.clicrbs.com.br. Acesso em 07 mai. 2019).

¹⁰⁴⁷ O Brasil possui tratados bilaterais e multilaterais admitindo a transferência de pessoas estrangeiras presas, a fim de permitir o cumprimento de pena no país de origem. O Conselho Nacional de Justiça, nos Mutirões Carcerários, tem como política identificar estrangeiros, a fim de esclarecer quanto ao direito à transferência.

obstante o crime tenha sido praticado fora de seu território¹⁰⁴⁸. Essa forma de cooperação jurídica internacional está prevista no art. 21 da Convenção de Palermo. De acordo com a previsão ali contida, como forma de cooperação jurídica, os Estados-Partes podem efetuar a transferência mútua de processos referentes a infrações que estejam indicadas na referida Convenção, naqueles casos em que essa medida se mostre necessária para a boa administração da justiça e mesmo para centralizar a instrução dos processos, desde que haja, naturalmente, prévio consentimento do acusado¹⁰⁴⁹.

8.2.1.1 – Natureza jurídica da norma que estabelece os limites da soberania jurisdicional.

Na tradição brasileira, o legislador ordinário, com a sensibilidade aguçada pelos princípios da *conveniência e efetividade*, define, por meio de lei infraconstitucional, quais são os crimes sujeitos à jurisdição nacional, ainda quando praticados fora de nossa extensão territorial. Com efeito, do art. 5º ao 7º do Código Penal, estão delimitados quais os ilícitos penais que devem ser julgados pelos órgãos brasileiros. O primeiro aspecto a chamar a atenção é o fato de a matéria encontrar-se disciplinada no Código Penal, quando, na verdade, se trata de assunto referente aos limites da jurisdição, que diz mais respeito ao processo.

O que anima pensar que se trata de norma de Direito Penal material é o fato de o assunto ter sido inserido em um título que fala da aplicação da lei penal. Ou seja, o legislador, com acuidade, fez crer que a questão era afeta à aplicação da lei penal, quando, na verdade, refere-se à delimitação do exercício da jurisdição nacional. Qual a justificativa para o legislador utilizar esse ardid e, assim, tratar da matéria no âmbito do Código Penal? Lembre-se que, até 1934, não havia a unidade processual, uma vez que, sob a ideia do sistema federativo americano, cada Estado-membro, a partir da Constituição Republicana de 1891, passou a ter competência legislativa nessa área. Por isso mesmo, para assegurar que a questão seria tratada de modo uniforme em todo território nacional, o Código Penal de 1830 cuidou de disciplinar a matéria.

Quando houve a reunificação do Direito Processual Penal, o legislador, sem atentar para a razão que levou à normatização do assunto no Código Penal ou porque quis prevenir-se quanto ao possível retorno ao dualismo processual, findou mantendo a tradição de estabelecer os limites da jurisdição nacional no Código Penal. Essa é a mesma explicação que justifica o fato de o Código Penal em vigor, mesmo com a unificação do Direito Processual Penal por meio da Constituição de 1934, ter continuado a dispor sobre o tipo de ação penal que os crimes desafiavam – pública ou privada. Uma terceira explicação pode ser emprestada ao assunto, na medida em que o Código Penal italiano de 1930, fonte inspiradora do nosso, dispunha sobre a matéria. No ponto, GIULIO BATTAGLINI¹⁰⁵⁰ informa que o Estatuto Penal daquele país, em seu art. 3º, caput, consagra o princípio da territorialidade com foco mais quanto à aplicação da lei penal do que do exercício da jurisdição penal, da mesma forma como se deu na legislação brasileira. Agregue-se ainda que o Código Penal findou sendo elaborado antes do Código de Processo Penal e talvez aí se encontre a razão para que tenha persistido o tratamento normativo no ambiente inapropriado.

É verdade que alguns doutrinadores defendem que os enunciados do art. 5º ao 7º são de Direito Penal internacional, pelo fato de possuírem a natureza de uma declaração unilateral endereçada

¹⁰⁴⁸ Essa medida é sobremaneira importante, especialmente nas zonas de fronteira, porquanto, não raro, o acusado, embora tenha praticado o crime em um determinado território, seja porque é alienígena, seja em virtude de ter residência no exterior, prefere submeter-se à jurisdição de outro país.

¹⁰⁴⁹ Conforme o art. 57 do anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional elaborado pelo Ministério da Justiça, dentre os requisitos para a transferência de processo ou da execução da pena, devem constar as seguintes informações por parte do Estado requerente: I – nome, data e local de nascimento da pessoa acusada ou condenada; II – natureza, duração e data do início do cumprimento da condenação que lhe foi imposta; III – relatório dos fatos sobre os quais se baseou a denúncia ou a sentença; IV – cópias da denúncia, do texto das disposições legais aplicadas e, se for o caso, da sentença; V – pedido da pessoa acusada ou condenada ou declaração de seu consentimento, para que se faça o envio do processo ou de cópia integral do processo, acompanhado das provas materiais indispensáveis para o julgamento; VI – declaração relativa ao tempo já cumprido da condenação, incluindo informação sobre prisão preventiva, redução da pena e sobre qualquer outro ato relativo à execução da sentença, bem como sobre a duração da pena a cumprir; VII – caso necessário, relatório médico ou social da pessoa acusada ou condenada, informação sobre tratamento no Estado Requerente ou qualquer recomendação relativa à continuação do tratamento; VIII – se necessário, prova de que a pessoa acusada ou condenada é brasileira ou sua família reside ou possui o centro de sua atividade econômica no Brasil.

¹⁰⁵⁰ *Direito penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 1. p. 91.

notadamente aos países estrangeiros. BATTAGLINI¹⁰⁵¹ assim se pronuncia, tendo em conta que a denominação *Direito Penal internacional* corresponde ao “... conjunto de normas de direito penal interno, visando à tutela de interesses que não são exclusivos de um único país”. Ainda que assim seja, não se pode negar que a natureza da norma é processual, nunca de direito material. Deveria, por conseguinte, estar catalogada no Código de Processo Penal, não no Código Penal.

O então Ministro do Supremo Tribunal Federal NELSON HUNGRIA¹⁰⁵², em seus comentários ao Código Penal, reconhece que o princípio da territorialidade, adotado para solucionar o relevante problema da *eficácia da lei penal no espaço*, justifica-se sob tríplice ponto de vista que, nas suas palavras, seria *processual, repressivo e internacional*. No *plano internacional*, segundo o professor citado, a territorialidade como regra para a definição do espaço jurisdicional tem a ver com a soberania. Quanto ao *aspecto processual*, o comando reitor é o “... interesse da boa administração da justiça que um crime seja julgado na jurisdição onde foi praticado, não só pela maior facilidade na obtenção das provas, como pela maior simplicidade do processo e julgamento”¹⁰⁵³. Por fim, na *visão repressiva*, a orientação é no sentido de que “... a punição do crime por uma justiça que funciona em lugar diverso e distante do de sua prática não atende a uma das finalidades da pena, qual seja, a da intimidação.”¹⁰⁵⁴ Como se vê, os dois últimos fundamentos são de natureza eminentemente processual, utilizados justamente para orientar o legislador infraconstitucional quando trata da distribuição da competência entre os órgãos jurisdicionais¹⁰⁵⁵.

8.2.1.2 – (Ir)renunciabilidade ao exercício da jurisdição brasileira.

O princípio comum adotado pelos países, em relação à incidência da jurisdição, é no sentido de que cabe ao Estado julgar os crimes ocorridos dentro do seu território, segundo as leis por ele adotadas. O princípio da territorialidade, como bem acentua NELSON HUNGRIA¹⁰⁵⁶, é um primado do direito interno, que corresponde ao monopólio da ordem jurídica pelo Estado, como expressão de sua soberania. Conquanto a regra básica da soberania jurisdicional brasileira se pautar pela territorialidade, no art. 5º do Código Penal, como exceção a ela, está insculpido que *convenções, tratados e regras de direito internacional* podem dispor em sentido contrário, com o objetivo de eleger outro país para se dar o julgamento.

Consoante a redação do art. 5º do Código Penal, o Brasil pode renunciar ao exercício de sua jurisdição sobre determinadas pessoas ou mesmo reconhecer privilégios que tragam como consequência a derrogação, ainda que parcial, do princípio da territorialidade, em virtude de estipulações expendidas em convenções, tratados ou regras costumeiras internacionais.

O que a norma processual penal permite não é que o governo brasileiro, tendo em conta a natureza do crime ou o fato de ele ser de repercussão internacional, renuncie a sua jurisdição e delegue essa missão a outro país ou a algum organismo internacional. O alcance do dispositivo não deve ser tão abrangente, até porque deve ser visto como uma excepcionalidade. O que se admite é que, em determinadas circunstâncias, por questão de *conveniência e de efetividade*, seja deliberado, em atenção à previsão preceituada em tratado, convenção ou regra internacional, ou mesmo por meio de norma subconstitucional específica, o processamento e julgamento do caso em outro país. Tome-se como exemplo a questão do crime praticado por meio da internet. A permanecer a regra do art. 6º, uma pessoa sediada em Nova Iorque, nos Estados Unidos, mediante a exposição de fotos pornográficas envolvendo crianças e adolescentes, com ampla veiculação nos equipamentos de informática em operação no território nacional, pratica um crime que deve ser processado e julgado por um dos órgãos jurisdicionais brasileiros. Todavia, é muito mais razoável que, sem embargo de a ação ilícita ter aqui repercutido, por questão de conveniência e de efetividade, a apuração e o

¹⁰⁵¹ Ibid., p. 90.

¹⁰⁵² *Comentários ao código penal*. v. 1, p. 147.

¹⁰⁵³ Ibid., p. 147.

¹⁰⁵⁴ Ibid., p. 147.

¹⁰⁵⁵ Com efeito, o legislador ordinário, ao estabelecer como regra geral da competência o *forum delicti commissi* (arts. 70 e 71 do CPP), tem em conta não só a melhor prestação da atividade jurisdicional, devido ao local onde ocorreu o crime possibilitar maior proximidade do órgão julgador das provas, mas também o fato de ser lá que a sociedade exige de forma mais direta a ação da justiça.

¹⁰⁵⁶ Ibid.

juízo do fato ilícito se deem no Estado americano. Nesse caso, atendendo a esses princípios de conveniência e efetividade, é aceitável que o assunto seja tratado pelo país mais próximo do local em que a atividade ilícita teve maior foco. Esse é o temperamento do rigor do princípio que veda a renúncia da jurisdição e se coaduna, no mínimo, com a lógica do razoável.

Em exame do assunto, NELSON HUNGRIA¹⁰⁵⁷ verifica que, de acordo com a interpretação a contrário senso do art. 5º, § 2º, do Código Penal, em se tratando de crime praticado a bordo de aeronave ou embarcações estrangeiras públicas, não se aplica a legislação brasileira, a menos que o fato criminoso tenha sido cometido em terra. De todo modo, em exegese elástica da norma em foco, tem-se entendido que, caso o tripulante tenha descido do navio ou aeronave público a serviço de seu país, ele não deve responder perante a jurisdição brasileira. Relata ainda o citado jurista que, *por uma questão de cortesia diplomática*, o Brasil, na época da guerra, renunciava “... à punição de delitos sem gravidade praticados por gente da tripulação de navios de guerra, ainda que tenham vindo a terra simplesmente a passeio”. Aprofundando a discussão sobre o assunto, o inclito jurista defende que, em uma interpretação combinada do dispositivo em destaque do Código Penal com o Decreto nº 855, de 8 de novembro de 1851¹⁰⁵⁸, conclui-se que, mesmo no caso em que o navio se encontra surto em porto nacional, a jurisdição brasileira somente deve ser exercida, para o fim de processar e julgar o fato, se o delito for grave e a sua prática, de qualquer forma, tiver perturbado a tranquilidade pública ou particularmente atingido qualquer habitante do país¹⁰⁵⁹.

Com esteio nessa lição, TOURINHO FILHO¹⁰⁶⁰ sustenta que, na hipótese de navio ou aeronave privados, ocorrido o ilícito no interior de um navio ou aeronave, desde que os meios de locomoção tenham se limitado apenas a cruzar as águas territoriais ou o espaço aéreo nacional, não há plausibilidade para que aqui seja exercida a jurisdição. No mesmo sentido, a despeito de reconhecer que as embarcações e aeronaves mercantis quando não estão no cumprimento de missão oficial, na hipótese de acharem-se em águas ou território de outro Estado, sujeitam-se à lei do país no qual se encontram, BATTAGLINI adverte que, na prática, não é o que ocorre, pois a “... maioria dos países acolhe o conceito de que a embarcação privada somente se submete à lei do Estado em cujas águas territoriais se encontre, na hipótese de o delito se relacionar com pessoas estranhas à tripulação, provocando perturbação da paz pública daquele Estado”¹⁰⁶¹.

Em verdade, essa praxe, de certa forma, veio a ser consagrada na Convenção de Genebra, de abril de 1958, ao ficar ressaltado, no seu art. 19, § 1º, que a jurisdição penal do Estado no qual ocorreu a infração, em relação aos crimes cometidos a bordo de navios estrangeiros privados que se encontram apenas de passagem pelas águas territoriais, somente deve exercer-se desde que satisfeitas determinadas condições, assim sumariadas por TOURINHO FILHO¹⁰⁶²: a) as consequências da infração se estenderem ao Estado em cujas águas territoriais foi ela cometida; b) a infração perturbar a paz pública do país ou a boa ordem no mar territorial; c) a assistência das autoridades locais tiver sido solicitada pelo capitão do navio ou pelo cônsul do Estado cuja bandeira o navio ostenta; d) as medidas forem necessárias para a repressão de tráfico de entorpecentes.

Sobressai-se, assim, que, em determinadas circunstâncias, ainda que, pelo princípio da ubiquidade, fosse o caso de aplicar-se a jurisdição brasileira, por medida de conveniência e mesmo de efetividade, nada impede que a legislação brasileira coloque restrições ao alcance do conceito de soberania. Essa medida não afronta a Constituição, até porque ela encontra justificativa plausível. Ademais, como se disse acima, não se tem dúvidas de que essa questão deverá ser bem analisada pelo legislador brasileiro, no momento em que se ocupar de delimitar a competência dos órgãos jurisdicionais brasileiros quanto ao processo e julgamento dos crimes transnacionais praticados pela internet, especialmente no que atine aos delitos de pedofilia.

¹⁰⁵⁷ Ibid., p. 171.

¹⁰⁵⁸ Esse decreto, dentre outras coisas, regulava a isenção de atribuições dos agentes consulares estrangeiros no Império e o modo por que se há de haver na arrecadação e administração das heranças de súditos de suas nações, dado o caso de reciprocidade.

¹⁰⁵⁹ Ibid., p. 171.

¹⁰⁶⁰ Processo penal, v. 1, p. 107.

¹⁰⁶¹ Op. cit., p. 92.

¹⁰⁶² Ibid., p. 107.

Por outro lado, não se confunde com renúncia da jurisdição a hipótese de cooperação jurídica internacional que consiste na transferência de processos criminais, tal como ficou anotado no item 8.2.1.

8.2.1.3 – Tribunal Penal Internacional.

Conforme exposto, o conceito de soberania sempre andou em harmonia com o costume internacional de cooperação na persecução de crimes transnacionais, a exemplo dos delitos de pirataria¹⁰⁶³. Essa tradição se revela por meio do Tratado de Westphalia do Século XVII, que tipificava os fatos ilícitos e traçava as regras para o combate à pirataria marítima – foi ratificado pela Convenção de Genebra sobre o alto-mar e, posteriormente, pela Convenção do Mar de Montego Bay, de 1989. Alguns países, em ação unilateral, responsabilizavam-se pela persecução criminal dos delitos de Direito internacional, circunstância que não trazia maiores problemas, até porque poucos eram os crimes dessa natureza¹⁰⁶⁴.

Com o aparecimento de novos ilícitos internacionais, principalmente com os crimes contra a humanidade praticados durante a Segunda Guerra Mundial, sentiu-se a necessidade de institucionalizar o combate a esse tipo de criminalidade e, de outro modo, modificar o perfil da responsabilidade penal. Até então, um Estado somente poderia processar e julgar alguém quando a conduta fosse considerada crime no território em que ela tivesse sido praticada. Com os graves delitos de guerra praticados pelos nazistas e fascistas, mediante o Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, para não deixar impunes os crimes tidos como praticados contra os direitos humanos, criou-se o Tribunal Militar de Nuremberg, com a missão de julgar atos considerados bárbaros e desumanos, ainda que cometidos sob o manto protetor da legislação de um determinado País. Aliás, o Tribunal de Nuremberg, por muitos considerado um *tribunal de exceção*, criado após os fatos criminosos, contribuiu para o *reumanização do Direito Penal*, criando o espaço propício ao surgimento da *Escola da Nova Defesa Social*. A par disso, redirecionou, igualmente, o Direito Penal Internacional.

Mediante Resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, os princípios que nortearam o processo de Nuremberg foram consagrados como cláusulas do Direito Penal Internacional, esclarecendo que os *crimes contra a humanidade* seriam passíveis de punição ainda que as condutas fossem praticadas em consonância com permissibilidade albergada em legislação nacional. Nessa fase embrionária, nos termos da Resolução 3.074 (XXVIII), de 3 de dezembro de 1973, da Assembleia Geral da ONU, cada Estado podia punir os *crimes de guerra e contra a humanidade*, desde que efetuasse a detenção do acusado ou então, mediante acordo, podia extraditar para outro país interessado em assumir a responsabilidade em exercer a jurisdição sobre o caso.

A falta de um Tribunal Penal Internacional, entretanto, passou a gerar alguns inconvenientes, com sérios problemas diplomáticos entre os países. Isso ocorreu no chamado caso PINOCHET, ocorrido em 1998. Cabe lembrar que, nesse episódio, sabendo da estada de AUGUSTO PINOCHET, ditador chileno, em solo inglês, o magistrado espanhol Garzón expediu, em 16 de outubro de 1998, um pedido de detenção daquele, com o seu consequente envio para a Espanha, a fim de que respondesse pela prática dos *crimes contra a humanidade* de sequestro, tortura e homicídio, praticados com o aparato estatal por motivação meramente política, que teve como vítimas espanhóis que viviam no Chile. Houve muita discussão a respeito da legitimidade da Espanha em pretender a responsabilidade penal de um ex-Chefe de Estado de País estrangeiro, que gozava de imunidade¹⁰⁶⁵.

Na apreciação da matéria, a *House of Lord*, a mais alta corte de justiça do Reino Britânico, mesmo considerando que a imunidade de jurisdição decorre da soberania dos Estados, por maioria dos *Law Lords*, ponderou que ela se mostra imprestável quando se trata de crime em que se verifica

¹⁰⁶³ RAMOS, André de Carvalho. O estatuto do tribunal penal internacional e a constituição brasileira. In: *Tribunal Penal Internacional*. Org. Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 248.

¹⁰⁶⁴ Cite-se como exemplo a Convenção Internacional de Combate ao Tráfico de Escravos, assinada em 1926.

¹⁰⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. O caso pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 25, jan.-mar./99, p. 106-114.

*grave violação de direitos humanos*¹⁰⁶⁶. A necessidade da evolução institucional do Direito Penal Internacional era patente, a fim de que os julgamentos desses crimes contra a humanidade não ficassem ao jugo dos interesses de determinados Estados e, de outro lado, para que fossem estabelecidos os órgãos da magistratura e do Ministério Público incumbidos do trato do assunto, com a imprescindível neutralidade e imparcialidade. Inaugurando essa nova etapa do Direito Penal Internacional, no ano de 1994, por recomendação assentada quando da 49ª Sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, decidiu-se pela criação dos órgãos da justiça internacional e, pouco tempo após, mais precisamente em 1998, aprovou-se, em Roma, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. No primeiro momento, apesar do boicote dos Estados Unidos, 120 países ratificaram o Estatuto e se submeteram à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Sete países, dentre eles os Estados Unidos e a China, votaram contra. O Brasil recalcitou em se submeter à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, devido à cláusula que exige a entrega de nacionais para o julgamento que, em primeira análise, conflitaria com a regra encartada em nossa declaração de direitos, que veda a extradição de brasileiros.

Todavia, consolidando o envolvimento internacional do Brasil com essas ideias, a Emenda Constitucional nº 45, de 2005, acrescentou ao art. 5º da Constituição o § 4º, a fim de consignar que, em caso de manifesta adesão, o nosso país se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional – TPI. Em consonância com o dispositivo em foco, “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (art. 5º, § 4º), pelo que se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e, inclusive, teve uma representante no referido órgão, a Desembargadora do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, SILVIA STEINER.

O TPI, organismo internacional pensado e criado como instância complementar de tutela aos bens jurídicos mais caros da humanidade, reforça a ideia central desse estudo de que o sistema criminal tem como esteio a proteção aos direitos humanos e que a teoria do processo penal, em particular, deve ser vazada em consonância com a principiologia dimanada da ampla compreensão da declaração de direitos plasmada sob a imagem dos direitos fundamentais encartados na Constituição e nos diplomas internacionais.

8.2.1.3.1 – Cooperação jurídica internacional por meio dos órgãos jurisdicionais internos.

Importa insistir que a estruturação do Tribunal Penal Internacional descortina um passo decisivo no sentido de dar proteção aos direitos humanos universais. Da leitura do preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional nota-se que a preocupação dos Estados-membros foi a de conceber um instrumento eficiente de cooperação internacional no combate aos crimes contra os direitos humanos, delitos de extrema gravidade que comprometem o patrimônio comum inerente a todos os povos, que se traduz na paz, na segurança e no bem-estar da humanidade, postulados representados pela essência dos direitos fundamentais.

Todavia, conquanto a criação do Tribunal Penal Internacional represente um importante avanço para a melhoria da cooperação internacional, impõe-se que os Estados não se descurem quanto à definição de uma política específica para essa área de atuação, mediante a elaboração de legislação adequada que esmiúce os procedimentos pertinentes para facilitar e incrementar o auxílio internacional, quanto ao combate à criminalidade.

Até porque, da leitura acurada do art. 4º, inciso IX, da Constituição, extrai-se a inteligência de que o sistema jurídico brasileiro tem como princípio a *cooperação jurídica internacional*. Com efeito, a dicção normativa em foco está assim vazada: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”. Na medida em que se reconhece que a declaração dos direitos fundamentais, ao lado da garantia da tripartição dos poderes, representa o núcleo das constituições democráticas contemporâneas, não se há de olvidar que essa declaração normativa de que o Estado brasileiro tem o compromisso, perante a ordem internacional, de cooperação para o progresso da humanidade, alcança, com especial destaque, a proteção das declarações

¹⁰⁶⁶ GARCIA, Márcio. Imunidade do estado: quem disse que o rei não erra? In: *A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro*. p. 84-86.

universais dos direitos humanos, sejam aqueles previstos nos documentos internos, sejam os que constam de documentos internacionais, com a consequente prestação de auxílio no combate à criminalidade.

Em razão do que dispõe a Constituição, se não por outros motivos, já se mostra em mora o legislador nacional, porquanto não cuidou ainda de trazer a lume diploma legal específico e sistemático disciplinando a matéria¹⁰⁶⁷. O novo Código de Processo Civil tratou da cooperação internacional direta, mas, entretanto, ainda não foi providenciada similar iniciativa no ambiente criminal.

Até agora, quanto à seara criminal, a legislação brasileira tem previsão consistente apenas quanto à cooperação internacional que é feita de forma concentrada por parte do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, processada em pedidos de carta rogatória, homologação de sentença estrangeira e extradição¹⁰⁶⁸. Contudo, essa forma de cooperação internacional prestada pelo Estado brasileiro mostrava-se ineficiente, a partir mesmo da jurisprudência então firmada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de não admitir a cooperação quando o pedido do Estado estrangeiro, feito por meio de carta rogatória, albergava medida de *caráter executório*. Assim, pedidos de arrestos, penhoras, busca e apreensão e quebra de sigilo bancário, medidas cautelares imprescindíveis para que o Estado estrangeiro pudesse instruir o processo em seu território, não eram admitidas, uma vez que, por revestirem caráter executório, somente deveriam ser acolhidas caso houvesse antes a homologação da sentença estrangeira transitada em julgado¹⁰⁶⁹. A respeito de pedidos de informações bancárias, NÁDIA ARAUJO¹⁰⁷⁰ faz menção à Carta Rogatória nº 8.622, julgada em 24 de setembro de 1999, relatada pelo Ministro CELSO DE MELLO, denegada sob o argumento de que, no Brasil, a cooperação internacional consistente na concessão de informação de recursos custodiados em instituições financeiras implica quebra de sigilo bancário, o que exige autorização judicial fundamentada, cujo cumprimento se reveste de natureza executória.

A posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido de restringir a cooperação internacional passiva por meio de carta rogatória aos casos em que o pedido não contemplava medida de caráter executório, dava a impressão de que, no Brasil, o princípio reitor era o da *não cooperação*,

¹⁰⁶⁷ Tendo em mira suprir essa omissão, o Governo Federal, por meio da Portaria nº 2.199, de 10 de agosto de 2004, emanada do Ministério da Justiça e assinada pelo Ministro MÁRCIO THOMAS BASTOS (publicada no Diário Oficial da União de 11 de agosto de 2004), criou comissão para a elaboração de anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional, composta das seguintes pessoas: CLÁUDIA MARIA DE FREITAS CHAGAS (Presidente), ANTENOR PEREIRA MADRUGA FILHO (Coordenador), ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, CARMEM TIBÚRCIO, EDSON OLIVEIRA ALMEIDA, Ministro GILSON DIPP, JORGE FONTOURA, MANOEL ANTONIO DA FONSECA, MÁRCIO GARCIA, MARIA ROSA GUIMARÃES LOULA, MILTON NUNES TOLEDO JÚNIOR, NÁDIA DE ARAÚJO e WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR. O anteprojeto foi elaborado tendo em conta dois anteprojetos de lei de cooperação jurídica internacional em matéria penal: o realizado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e o feito pelo Ministério Público Federal. Também foi inspirado nos exemplos estrangeiros advindos da Suíça, Argentina e Portugal, que possuem legislação de cooperação jurídica internacional. No Parlamento, existem o Projeto de Lei do Senado nº.38/2005 e o Projeto de Lei da Câmara nº.1982/2003, que tratam de alguns pontos da cooperação jurídica internacional em matéria penal. Nada obstante, sente-se a necessidade de que seja editada uma lei de cooperação jurídica internacional geral, pois os mais relevantes casos de cooperação têm sido efetivados com base em promessa de reciprocidade ou em conformidade com acordos bilaterais, muitos defasados e imprecisos, que não abrangem todos os temas necessários da cooperação. É verdade que, nos últimos tempos, o Brasil tem intensificado os acordos bilaterais de cooperação jurídica, porém, ainda assim, inúmeros são os Estados com os quais não temos nada previamente acordado. Ademais, a legislação nacional interna não possui o instrumental adequado para satisfazer os anseios do Estado brasileiro no combate à criminalidade internacional, com o respeito aos direitos humanos.

¹⁰⁶⁸ Com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a competência para homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passou para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, da Constituição).

¹⁰⁶⁹ Sobre o assunto, Cf. ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 261-266. Em seu estudo, NADIA ARAUJO informa que a origem dessa jurisprudência tem reminiscência no Aviso nº 1, de 1847, que foi ratificado pela Lei nº 221, de 1894. Conquanto, posteriormente, essa lei tenha sido revogada, esclarece a autora que o Supremo Tribunal Federal persistiu seguindo essa orientação, invocando, para tanto, ofensa à *ordem pública*, nos casos em que o pedido feito por meio de carta rogatória contém caráter executório (Ibid., p. 261.).

¹⁰⁷⁰ Ibid., p. 264. Do acórdão lavrado pelo Supremo Tribunal Federal, a Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo – USP destaca a seguinte parte: “Quanto à diligência que pretende a investigação de contas bancárias, o pedido também não comporta deferimento. É que a quebra do sigilo bancário depende, no Brasil, de ordem judicial que a decreta, inexistente, no caso, pois o pedido partiu do Ministério Público no Tribunal de Roma, na linha do que ficou decidido na Carta Rogatória nº 7.126-4 – República Italiana (DJ 20.03.96, p. 7.875). 5. Portanto, a diligência acima referida não poderia ser executada sem que antes se procedesse à homologação, pela Justiça Brasileira, de eventual sentença estrangeira que a tivesse determinado” (Ibid, p. 264).

circunstância que nos qualificava, perante os demais países, no mínimo como poucos cooperativos, porquanto essa postura tinha o condão de prejudicar, como adverte NADIA ARAUJO¹⁰⁷¹, “... as investigações que envolvem expressivo número de pessoas relacionadas ao tráfico internacional de drogas, a despeito da vigência da Convenção de Viena contra essa modalidade criminosa”.

Observe-se, por exemplo, a decisão exarada, à unanimidade, pela Corte Suprema na Carta Rogatória nº 8622/IT, com a qual o Governo italiano, além de informações sobre determinada empresa e os seus respectivos sócios, solicitou a cooperação brasileira para que fosse feita a quebra do sigilo bancário e sequestrados os valores depositados em nome deles. No voto lavrado pelo relator, Ministro CELSO DE MELLO¹⁰⁷², ressaltou-se que o cumprimento da cooperação somente poderia ser aceito quanto à prestação de *simples informações* sobre a empresa e os sócios, excluindo-se, por conseguinte, a possibilidade de atender-se o pedido de sequestro e de quebra de sigilo bancário, tendo em conta que tal implica ofensa à ordem pública e à soberania.

Sem embargo da imagem negativa que a falta de cooperação suscitava na ordem internacional, o tratamento que o Brasil vinha recebendo de países estrangeiros era em direção diametralmente oposta. Lembre-se o caso dos fraudadores da previdência social, em que os Estados Unidos efetuaram, a pedido do Governo brasileiro, a repatriação dos recursos depositados em instituições bancárias americanas pelos agentes que desviaram recursos da previdência social. Recorda NADIA ARAUJO¹⁰⁷³, ainda, do caso do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, no qual os Estados Unidos prestaram cooperação ao Estado brasileiro, mediante o repasse de informações bancárias relativas ao ex-Senador Luiz Estevão e ao ex-juiz do Trabalho Nicolau dos SANTOS NETO.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal vinha sinalizando algum avanço no seu entendimento sobre o assunto. Com efeito, ultimamente, conforme registra NADIA DE ARAUJO¹⁰⁷⁴, a Suprema Corte passou a admitir o cumprimento de carta rogatória revestida de caráter executório, desde que o Estado requerente fosse signatário, junto com o Brasil, de acordo multilateral ou bilateral, conforme restou consignado no pedido de busca e apreensão de menor, formulado pelo Governo argentino, agitado com base em permissão convencional¹⁰⁷⁵.

Contudo, com a reforma judiciária implementada por meio da Emenda Constituição nº 45, de 2005, foi atribuída ao Superior Tribunal de Justiça a competência para apreciar a cooperação jurídica internacional perquirida pelo país estrangeiro sob essa forma. A análise da jurisprudência que vem se firmando naquela corte de Justiça dá claros sinais de modificação da posição que era adotada pelo STF. Com efeito, no julgamento do RESP 20004015129555/SP, a Terceira Turma, por maioria, tendo como Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI¹⁰⁷⁶, concedeu exequatur a carta rogatória para que fossem dadas informações bancárias, posição igualmente mantida, à unanimidade, em julgamento da Corte Especial, no ARCR 200601955850/EX, relatado pelo Ministro BARROS MONTEIRO¹⁰⁷⁷.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou esse entendimento, consoante se observa do julgamento no EDCR 200500151960, no qual a Corte Especial, também à unanimidade, em voto da lavra do Ministro Luiz Fux¹⁰⁷⁸, esclareceu que

¹⁰⁷¹ Ibid., p. 265.

¹⁰⁷² A ementa do acórdão em referência contém a seguinte redação: “CARTA ROGATÓRIA – DILIGÊNCIAS – INFORMAÇÕES SOBRE EMPRESA E SÓCIOS. O deferimento de execução de carta rogatória, com exclusão de sequestro – medida executória – e de quebra de sigilo bancário, para obter-se simples informações, não implica ofensa à ordem pública e à soberania nacional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 26/21/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 out. 2005.

¹⁰⁷³ Ibid., p. 265. Pode-se agregar, também, o episódio envolvendo o ex-Governador de São Paulo, Paulo Maluf.

¹⁰⁷⁴ Op. cit., p. 263.

¹⁰⁷⁵ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA, NO EXTERIOR, DE CONTA BANCÁRIA QUE PERTENCIA AO FALECIDO. REQUERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA VI SANDO A OBTENÇÃO DE DADOS. Data da decisão: 18/05/2006. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 12. jan. 2007.

¹⁰⁷⁶ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA, NO EXTERIOR, DE CONTA BANCÁRIA QUE PERTENCIA AO FALECIDO. REQUERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA VI SANDO A OBTENÇÃO DE DADOS. Data da decisão: 18/05/2006. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 12. jan. 2007.

¹⁰⁷⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 16/05/2007. Disponível em: www.jf.jus.br/juris/? Acesso em: 9 de jul. 2008.

¹⁰⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 01/08/2008. Disponível em: www.jf.jus.br/juris/unificada Acesso em: 5 dez. 2012. Cf. no mesmo sentido, ARCR 200800570332, Corte Especial, unânime, Relator Ministro Cesar Asfor

A soberania nacional ou a ordem pública não restaram afetadas, por quanto a novel ordem de cooperação jurídica internacional, encartada na Convenção de Palermo, prevê a possibilidade da concessão de exequatur em medidas de caráter executório, em seus arts 12, partes 6 e 7; e 13, parte 2. 15.

8.2.1.3.1.1 – Cooperação jurídica internacional por assistência direta.

A par da cooperação jurídica internacional com a qual um país pede que o outro, tendo em conta decisão dada pela sua justiça, acate e determine imponha o cumprimento do que nela restou determinado, no âmbito internacional tem-se admitido a chamada *cooperação direta ou auxílio direto*, hipótese na qual o país, tendo interesse na realização de uma diligência ou que seja determinada uma medida coercitiva em território alheio, solicita ao país estrangeiro o patrocínio dessa pretensão perante os órgãos jurisdicionais nacionais¹⁰⁷⁹. A diferença é que, na *assistência direta ou auxílio direito*, ao invés de o Estado requerente solicitar que seja cumprida, no território alheio, a decisão dada pela sua justiça, ele pede que o Governo do Estado requerido patrocine, em seu nome, perante o Poder Judiciário deste, que seja determinada a realização de uma audiência ou realizada uma diligência solicitada que pode consistir em quebra de sigilo bancário, fiscal, interceptação de comunicação telefônica, busca e apreensão, constrição de bens, enfim, qualquer medida judicial que não seja proibida pela legislação do país requerido. Até mesmo a infiltração em organização criminosa é possível de ser objeto do pedido, sendo questionável, aqui, porém, a circunstância de o agente designado para a realização da diligência se tratar de um estrangeiro, o que, porém, pode ser imprescindível para o êxito da investigação.

Nesse caso, a cooperação jurídica internacional se faz perante a jurisdição de primeira instância, apresentando-se, assim, como forma difusa e descentralizada de enfrentar a questão. Esse auxílio direto é instrumento com o qual se pode prestar a cooperação para aqueles atos que prescindam do *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça, hipótese em que os juízes nacionais passam a ter inteira liberdade de apreciação. O auxílio direto só é possível quando a parte no exterior provoca a autoridade central brasileira para que esta, valendo-se do Ministério Público Federal, quando se trata de matéria criminal, encaminhe ao juiz nacional a análise do cabimento/mérito/admissibilidade do ato, não servindo, por conseguinte, para executar uma ordem judicial, pois, se assim fosse, estar-se-ia usurpando a competência constitucional deferida ao Superior Tribunal de Justiça.

Essa é uma prática cada vez mais usual entre os países, amplamente utilizada pelo Brasil, e que vem sendo regulamentada em acordos multilaterais e bilaterais, evitando, assim, a expedição de carta rogatória, seja quando o Brasil é requerente, seja quando é o requerido. No julgamento do habeas corpus nº 147.375 – RJ, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, ao analisar questionamento da defesa quanto à validade de pedido de cooperação direta solicitada com suporte no Acordo de Cooperação Mútua Internacional (MLAT), pactuado entre

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 18/08/2010. Disponível em: www.jf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 5 dez. 2012).

¹⁰⁷⁹ O anteprojeto de cooperação jurídica internacional, elaborado pelo Ministério da Justiça em consonância com a doutrina de Direito Internacional Penal, prevê a existência de três níveis de cooperação, classificados em função do bem jurídico que a medida solicitada tem em mira obter. No primeiro nível da cooperação, estão as medidas de assistência leve e simples, entendidas como aquelas consideradas de mero trâmite ou instrutórias, que se dirigem à averiguação ou à obtenção de provas e que não afetam, significativamente, nem o direito patrimonial nem direitos e liberdades individuais. No segundo nível, estão as medidas processuais que podem causar gravame de ordem patrimonial, tais como embargos, sequestros e arrestos. E, no último e terceiro nível, cuida-se da cooperação que possui por objeto o direito de ir e vir e o direito à liberdade, como são os casos de pedido de transferência de apenados e a extradição. Sem embargo dessa distinção, o anteprojeto trata, ainda, da chamada cooperação jurídica direta, assim denominada porque, nesse caso, o pedido de cooperação é encaminhado diretamente para a autoridade central, dispensando-se o trâmite pela via diplomática. De acordo com o anteprojeto elaborado pela comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, nesse caso, para fins de uniformizar a nomenclatura com o sistema português, a cooperação jurídica direta é chamada de auxílio direto. Nos termos do art. 33 do mencionado anteprojeto, “O pedido de auxílio terá por objeto, entre outros: I – produção de provas; II – busca e apreensão; III – identificação, localização e custódia de objetos e pessoas, decretação de indisponibilidade, sequestro, arresto, apreensão ou confisco de bens, direitos e valores; IV – proteção de réus, vítimas e testemunhas; V – prestação de qualquer outra forma de cooperação jurídica internacional não proibida pela lei brasileira”.

o Brasil e Estados Unidos, na parte que interessa da ementa do acórdão, redigido pelo Ministro JORGE MUSSI¹⁰⁸⁰, consta o seguinte:

1. A carta rogatória não constitui o único e exclusivo meio de solicitação de providências pelo juízo nacional ao estrangeiro, prevendo o direito processual internacional outras formas de auxílio como as convenções e acordos internacionais. 2. O entendimento atual é o de que os acordos bilaterais, tal como o ora questionado, são preferíveis às cartas rogatórias, uma vez que visam a eliminar a via diplomática como meio de cooperação entre os países, possibilitando o auxílio direto e a agilização das medidas requeridas. 3. Como se sabe, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica, não se podendo excluir, notadamente em se tratando de direito internacional, outros diplomas legais necessários à correta compreensão e interpretação dos temas postos em discussão, mostrando-se, assim, totalmente incabível e despropositado, ignorar-se a existência de Acordo de Assistência Judiciária celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América, regularmente introduzido no direito pátrio mediante o Decreto 3.810/2001, e que permite a obtenção de diligências diretamente por meio das Autoridades Centrais designadas”.

Contudo, a falta de legislação específica sobre a cooperação internacional tem feito com que o Brasil encontre dificuldades nos acordos sobre cooperação jurídica internacional. De fato, as negociações de acordos bilaterais e multilaterais com países estrangeiros, a inexistência de lei nacional sobre cooperação jurídica internacional fragiliza a posição do Governo brasileiro, além de exigir, no desiderato de espancar discussões quanto a omissões, que questões secundárias sejam explicitadas entre as cláusulas ajustadas. Isso sem falar que a ausência de regra normativa ocasiona conflitos internos de atribuições entre as várias autoridades nacionais que se acreditam competentes para manter contatos diretamente com as autoridades estrangeiras, o que contribui para o nosso descrédito perante a ordem internacional. Nesse sentido, no episódio envolvendo o ex-Governador de São Paulo, PAULO MALUF, houve certo desconforto entre o Brasil e a Suíça, posto que este país estrangeiro reclamou que lhe foram solicitados, duas vezes, por representantes de órgãos brasileiros diferentes, os mesmos documentos referentes a movimentações financeiras operadas em instituições bancárias suíças. Em outra oportunidade, ocorreu delicado comprometimento das relações do Brasil com os Estados Unidos, pelo fato de um documento repassado às autoridades brasileiras com a cláusula de especialidade ter sido utilizado pelo Ministério Público para outro fim que não aquele especificado.

Mostra-se urgente a necessidade de normatização das hipóteses em que a cooperação jurídica internacional pode ser dada pelo Estado brasileiro de forma direta, seja por meio da autoridade central administrativa, quando não houver a necessidade de prévia decisão judicial, ou mediante intervenção do Poder Judiciário, nos casos em que o atendimento do que foi solicitado prescindir da submissão do pleito à prestação jurisdicional. Não raro, o que o país estrangeiro quer é apenas a informação sobre o andamento de um processo ou sobre a legislação brasileira. Nesses casos, não só a autoridade central como as autoridades diplomáticas ou consulares brasileiras podem prestar a cooperação jurídica internacional, independentemente de manifestação do órgão jurisdicional. Por outro lado, em se tratando de informação sobre andamento processual, parece razoável que haja previsão quanto à possibilidade de o juiz, sem a intermediação da autoridade central, dar a informação. Para esses casos, o anteprojeto aqui mencionado prevê a possibilidade de a autoridade central, independentemente de autorização judicial, prestar a cooperação solicitada. No art. 20 do referido anteprojeto, está dito que “A Autoridade Central ou o juiz competente poderão fornecer informação sobre andamento de processos no país”, acrescentando, ainda, o art. 36, que “O auxílio para a prática de atos, que segundo a lei brasileira não necessitem de prestação jurisdicional, pode ser efetuado diretamente pela Autoridade Central”.

A mora do legislador, na feitura de diploma legal cuidando de preceituar as nuances do processo de cooperação direta, tem feito com que o assunto seja debatido e decidido de forma empírica e assistemática, com evidente comprometimento da eficiência e qualidade dessa tarefa. Denota-se a necessidade premente da elaboração de diploma legal que venha a disciplinar a matéria, especialmente quanto ao processo criminal de cooperação internacional, uma vez que, cada vez mais,

¹⁰⁸⁰ Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 22/11/2011. Disponível em: www.stj.jus.br/revistaelectronica. Acesso em: 5 dez 2012).

umenta o número de casos em que o Brasil é chamado para dar a sua colaboração aos países estrangeiros e, igualmente, de hipóteses em que o Estado brasileiro precisa da cooperação internacional a fim de poder atuar com mais eficiência, até porque os crimes de base organizativa, notadamente os que dizem respeito ao tráfico internacional de drogas, à lavagem de dinheiro e corrupção em geral, possuem como característica não conhecer fronteiras, posto que os seus tentáculos se ramificam por vários países e mesmo continentes¹⁰⁸¹.

Note-se que a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que trata dos crimes de lavagem de dinheiro ensaiou normatizar a cooperação jurídica internacional direta, ao dispor, no art. 8º, caput, com a redação determinada pela Lei nº 12.683, de 2012, que “O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º, praticados no estrangeiro.” Aqui, o legislador, de forma clara e insofismável, disciplinou, ainda que de forma capenga, hipótese em que, ao contrário de pedir o auxílio pela via diplomática quanto ao cumprimento de uma decisão judicial de seu órgão jurisdicional, o Estado estrangeiro pede, diretamente, ao juiz brasileiro que ele, tendo em conta os argumentos apresentados, dê uma decisão em tutela de seu interesse. O diploma legal em foco ainda esclareceu a possibilidade, mesmo diante da inexistência de tratado ou convenção, de a cooperação jurídica ser prestada mediante *promessa de reciprocidade* (art. 8º, § 1º). Por fim, tratou do destino dos bens, direitos ou valores apreendidos ou sequestrados com a cooperação prestada que, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé e o que estiver, se for o caso, plasmado em tratado ou convenção, deverá ser repartido na proporção de metade entre o Brasil e o Estado requerente (art. 8º, § 2º). Os doutrinadores que se dedicaram a comentar a Lei de Lavagem de Dinheiro, infelizmente, não deram a devida atenção a esse tipo de cooperação jurídica internacional.

Com melhor técnica e de modo mais exauriente, a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trata dos crimes contra o meio ambiente e dá outras providências, no Capítulo VII denominado “Da cooperação internacional para a preservação do meio ambiente”, estabelece que, por meio de solicitação dirigida ao Ministério da Justiça, ao qual incumbe atendê-la ou, se for o caso, encaminhá-la para o órgão judiciário competente, o Governo brasileiro deverá prestar a necessária cooperação a outro país, que pode ser em forma de (1) produção de prova; (2) exame de objetos e lugares; (3) informações sobre pessoas e coisas; (4) presença temporária da pessoa presa, cujas declarações tenham relevância; e (5) outras formas de assistência permitidas pela legislação em vigor ou pelos tratados de que o Brasil seja parte (art. 77, incisos I a V). No § 2º do art. 77 da Lei nº 9.605, de 1998, está previsto o que deve conter no pedido de cooperação assinado pelo país estrangeiro, a saber: (1) o nome e a qualificação da autoridade solicitante; (2) o objeto e o motivo de sua formulação; (3) a descrição sumária do procedimento em curso no país solicitante; (4) a especificação da assistência solicitada; e (5) a documentação indispensável ao seu esclarecimento, quando for o caso.

Essa regulamentação fragmentária e incompleta denota, ainda mais, a necessidade de que venha a lume, o mais rápido, uma lei interna geral sobre a cooperação internacional, deixando para leis especiais, diante das peculiaridades que permeiam o assunto nelas tratado, o disciplinamento de regras específicas para a cooperação jurídica que tenha por objeto determinados crimes.

Nessa lei geral, deverá ser definido quem será, no Brasil, a autoridade central, o órgão a ser apresentado, perante a ordem internacional, como o responsável para receber e encaminhar os expedientes para os países estrangeiros, naqueles casos em que a competência para o exame da matéria não esteja afeta ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. A autoridade central, na assistência direta passiva, nos casos em que a intervenção judicial é necessária, ao receber a solicitação do país estrangeiro, deve proceder ao exame de admissibilidade e a sua adequação formal, a fim de, em seguida, encaminhá-la para o órgão competente, para que este, legitimado para tanto, oferte a ação perante o Judiciário.

A esse respeito, na tradição dos acordos internacionais bilaterais e unilaterais firmados pelo Governo brasileiro, à míngua de legislação específica definindo a matéria, tem-se elegido o

¹⁰⁸¹ LUCAS FIGUEIREDO, em livro que se ocupa de desvendar os fatos que ficaram mais conhecidos pela imprensa nacional como Caso PC Farias, relata o fluxo entre vários países e continentes do dinheiro proveniente da rede de corrupção comandada por Paulo César Farias. No livro, o autor mostra a dificuldade de rastrear as contas abertas nas instituições bancárias estrangeiras. Cf. Morcegos negros. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

Ministério da Justiça como o órgão legitimado, perante o país estrangeiro, para cuidar de receber os expedientes, na cooperação passiva, e de solicitar as medidas de interesse do Brasil, na cooperação ativa¹⁰⁸². Assim também ficou definido no art. 77, § 1º, da Lei nº 9.605, de 1998. O assunto, todavia, não é pacífico, porquanto alguns, notadamente os integrantes do Ministério Público, defendem que essa missão, no pertinente à seara criminal, deve recair no âmbito das atribuições do Procurador-Geral da República, à semelhança do que ocorre em alguns países estrangeiros.

De qualquer forma, a divergência em foco não possui muita razão de ser. Os países estrangeiros que elegem o Procurador-Geral do Ministério Público para executar a função de autoridade central, assim o fazem mais porque ele é, ao mesmo tempo, também o Ministro da Justiça, ou então porque o órgão ministerial integra a organização interna do Poder Executivo, o que não é a nossa hipótese. De fato, no nosso sistema, uma vez que o Ministério Público, conquanto integrante do Poder Executivo, não faz parte da estrutura funcional deste, não parece razoável que a ele seja cometida essa prerrogativa.

Até porque, nas negociações internacionais consubstanciadas em acordos bilaterais e multilaterais, o Governo brasileiro assume alguns compromissos que devem ser honrados pela autoridade central, o que não se coaduna, diante do que está inserto no art. 127, § 2º, da Constituição de 1988, com a categoria de unidade autônoma, ostentada pelo Ministério Público. A circunstância de o Ministério Público, na estrutura do nosso sistema, não ser um representante do Governo, mas sim da sociedade, descredencia-o, perante a ordem internacional, para ser apresentado como a instituição responsável pelo cumprimento da cooperação jurídica ajustada.

Reinam, ainda, em nosso meio, algumas controvérsias quanto ao órgão que deve, uma vez admitida a cooperação jurídica internacional pela autoridade central, representar os interesses do Estado estrangeiro. Essa querela advém de a praxe nacional adotar a Advocacia da União como o órgão legitimado para deduzir, perante o Judiciário, o pedido de assistência direta, naquelas hipóteses em que a medida requerida, para o seu atendimento, reclama pronunciamento judicial. Estreme de dúvidas que a questão há de ser dirimida com a prévia definição da natureza jurídica do processo judicial de assistência direta.

Para tanto, basta perquirir da causa do pedido do Estado estrangeiro. Se o fato de origem é criminal e a solicitação é para subsidiar a persecução penal, a conclusão inelutável é de que a cooperação jurídica é de natureza penal. Nesse caso, o pedido de cooperação ativa é uma espécie de ação penal, daí por que, diante do que prescreve o art. 129, inciso I, da Constituição, o *dominus litis* é o Ministério Público. Qualquer solução diferente importa em afronta ao preceito constitucional acima identificado. De todo modo, parece de todo evidente que o Governo brasileiro, mesmo em se tratando de matéria criminal, deve figurar na relação processual por meio de um de seus órgãos, até como uma forma de cortesia e de demonstração de seu efetivo empenho em prestar a assistência solicitada pelo Estado estrangeiro. Para remediar a situação, basta o legislador, ao normatizar o processo criminal de cooperação internacional, a despeito da titularidade confiada ao Ministério Público para o ajuizamento da ação, reservar à Advocacia da União a prerrogativa de ofertar, em caso de inércia, a ação penal subsidiária e, ainda, de autuar, na qualidade de assistente, no processo para coadjuvar o trabalho ministerial. Levando em consideração esses aspectos, no anteprojeto de cooperação jurídica internacional, no art. 37, § 1º, ficou sublinhado que, em se tratando de matéria criminal, a autoridade central, após receber o pedido de cooperação encaminhado pelo Estado estrangeiro, deverá encaminhá-lo ao Ministério Público, a fim de que ele faça a postulação perante o Judiciário. De toda forma, no § 2º do mesmo dispositivo, ressaltou-se que “Se o Ministério Público Federal, no prazo de trinta dias, não formular o pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal, a Advocacia-Geral da União passará a ter legitimidade subsidiária”

Conquanto não tenha sido editada uma lei específica sobre o assunto, o NCPC, a partir do art. 26, trouxe regras gerais sobre a cooperação internacional e disciplinou o auxílio direto na área cível, que se aplica, subsidiariamente, ao processo penal. No ponto, como princípios da cooperação internacional, são estabelecidos (i) o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; (ii) a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil,

¹⁰⁸² No art. 6º do anteprojeto da lei de cooperação jurídica internacional, está previsto que “O Ministério da Justiça é Autoridade Central para os pedidos de cooperação jurídica internacional de qualquer natureza, mesmo na ausência de tratado”.

em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; (iii) a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; (iv) a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; (v) a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras (art. 26, incisos I a V, NCPC).

Restou positivada no ordenamento jurídico interno a praxe internacional de que a ausência de tratado não inibe a cooperação internacional, sendo permitido que o auxílio seja prestado com base no *princípio da reciprocidade*, salvo em relação à homologação de sentença estrangeira, em que não se faz necessário o compromisso do país requerente de agir da mesma forma. Aspecto importante do NCPC foi quanto à definição o Ministério da Justiça como a autoridade central, exceto previsão em contrário em tratado (art. 26, § 4º).

No desiderato de espantar dúvida quanto aos atos que podem ser praticados por meio da cooperação internacional, o legislador esclareceu que podem ter como objeto (a) citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; (b) colheita de provas e obtenção de informações; (c) homologação e cumprimento de decisão; (d) concessão de medida judicial de urgência; (e) assistência jurídica internacional.

Para além do que eventualmente seja plasmado expressamente em tratados, ademais de asseverar que no auxílio direto a autoridade central brasileira pode se comunicar, independentemente da via diplomática, diretamente com suas congêneres e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebido pelo Estado brasileiro, ressalta que deverão ser adotadas desde logo as providências necessárias para atender a solicitação do país requerente, quando a matéria disser respeito à prática de atos que, segundo a lei brasileira, não necessitam de prestação jurisdicional (art. 32 do NCPC) e poderão ser objeto dessa forma de cooperação (i) a obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais (ii) colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; e qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

8.2.1.3.1.2 – Competência e recursos no processo criminal de cooperação jurídica internacional.

Questão interessante é quanto ao órgão jurisdicional competente para exercer, internamente, a competência nos processos de cooperação direta passiva, matéria que, assim como outras, não foi levada em consideração pelos legisladores das Leis nºs 9.605 e 9.613, ambas de 1998. Parece claro que a cooperação jurídica com pleito formulado por país estrangeiro é assunto que consulta os mais altos interesses da República Federativa do Brasil, pois, sem embargo de outras considerações, diz respeito às relações diplomáticas que são mantidas na ordem internacional.

Desde que se tenha presente que a cooperação internacional prescinde de acordo bilateral ou multilateral ou, à sua falta, de sujeição do país requerente ao compromisso de reciprocidade, e que só o Presidente da República, na qualidade de autoridade máxima da República Federativa do Brasil, pode relacionar-se com a ordem internacional e assumir compromissos desse jaez, tem-se, por conclusão óbvia, que a competência jurisdicional, não sendo caso de atribuição específica a um tribunal superior – Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça –, deve recair sobre a Justiça Federal. Com extrema lucidez, VLADIMIR SOUZA¹⁰⁸³, ao tratar, em obra reverenciada, da competência da Justiça Federal, assevera:

Pertence à União a competência, aliás exclusiva, de manter relações com Estados estrangeiros e, com eles, celebrar tratados e convenções, art. 21, I. Lógico, como ocorre nas demais matérias ligadas ao Direito Internacional, que a competência jurisdicional seja reservada à Justiça Federal, pela sua característica de justiça especializada.

¹⁰⁸³ Cf. CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da justiça federal*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 429. Trata-se da obra mais densa sobre a competência da Justiça Federal na doutrina brasileira, de consulta obrigatória sobre a matéria. Ciente da lacuna doutrinária a respeito do tema, posto que os operadores do Direito Constitucional e os processualistas penais, mesmo os mais louvados, descuraram-se de inisculírem-se nas muitas e intrincadas indagações suscitadas para a compreensão e explicação da competência da Justiça Federal, o autor aborda, com talento e perspicácia, as dimensões interna e internacional da jurisdição desse segmento da magistratura nacional.

Sobre essa questão, não se pode deixar de observar que a competência da Justiça Federal é firmada tendo em conta as nuances de ordem política interna e internacional. Pelo fato mesmo de o Brasil ser uma República Federativa, isso implica o dualismo judicial, com a coexistência de órgãos jurisdicionais federais e estaduais. A competência federal tem como critério não apenas os interesses da União como pessoa jurídica de direito público interno, na qualidade de uma das entidades políticas que compõem e formam a federação brasileira, mas igualmente os interesses da República Federativa do Brasil, perante a ordem internacional¹⁰⁸⁴.

Por isso mesmo, a Constituição, ao definir que à Justiça Federal compete processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, definindo, assim, a competência geral, de outra banda, ressalta que também se insere na alçada desse segmento do Judiciário a apreciação de ilícitos previstos em tratado ou convenção internacional, desde que praticados em conexão com Estado estrangeiro. A matéria de cooperação internacional refere-se, como é óbvio, a relações mantidas entre países estrangeiros. Nessas hipóteses, a jurisdição da Justiça Federal, ao invés de ser exercida em nome da União Federal, como entidade federativa interna, se faz sentir como órgão jurisdicional da República Federal do Brasil.

Observe-se que, na organização judiciária brasileira, seguindo o modelo inerente à forma federativa, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais superiores são órgãos jurisdicionais da República Federativa do Brasil. Ou seja, são órgãos jurisdicionais da própria federação. O Judiciário federal e o estadual, respectivamente, são órgãos da União e dos Estados-membros, como expressões das autonomias políticas dessas entidades federativas no plano interno. A despeito disso, a Justiça Federal detém competência em matéria de interesse da federação brasileira, daí por que, nesses casos, age em nome da própria federação, e não apenas da União, como é a regra¹⁰⁸⁵. Desse modo, se, de ordinário, a competência da Justiça Federal se justifica na circunstância de esta ser o órgão jurisdicional que se ocupa das causas que dizem respeito a bens, serviços e interesses da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais, extraordinariamente, esse segmento judicial tem como missão dirimir questões que são de interesse da República Federativa do Brasil, como são os casos de cooperação jurídica internacional passiva¹⁰⁸⁶.

Tendo em conta essas considerações, o art. 34 do NCPC definiu que no auxílio direto passivo, ou seja, quando o pedido é formulado em nome de país estrangeiro para que a diligência aqui seja prestada, a matéria é da alçada do *juízo federal do lugar em que deva ser executada a medida*.

Todavia, no art. 33 do NCPP está dito que a legitimidade do pedido em nome do Estado estrangeiro é da Advocacia-Geral da União, mas isso, claro, em relação ao auxílio direto referente a matéria cível. Aplicando-se a regra em destaque subsidiariamente ao ambiente criminal, deve-se entender que a legitimidade é do Ministério Público Federal respectivo.

Com efeito, sendo da competência da Justiça Federal o trâmite de processos nos quais se aprecia requerimento de cooperação jurídica internacional formulado por país estrangeiro, não resta dúvidas de que quem deve assumir, na seara criminal, a titularidade da ação é o Ministério Público Federal. Conforme já ressaltado, quando a cooperação internacional tem como causa a prática de um ilícito e a assistência solicitada se presta a subsidiar a persecução criminal do país estrangeiro, fica patente que a relação processual instaurada é de natureza criminal, de modo

¹⁰⁸⁴ A existência da justiça federal decorre do sistema federativo, pelo que, em regra, a sua competência é definida pelo interesse jurídico demonstrado por entidade federal da administração direta e indireta na responsabilidade penal do agente que praticou o delito e, também, em razão de comprometimento perante a ordem internacional, no sentido de coibir determinados crimes que têm repercussão além das nossas fronteiras.

¹⁰⁸⁵ Consoante a organização política do Estado brasileiro, a República Federativa do Brasil não pode ser confundida com a União, porque “A República Federativa do Brasil é o todo, é quem possui personalidade jurídica perante a ordem externa e detém a soberania” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional*, p. 32), ao passo que a União é uma das unidades federativas detentora de personalidade jurídica de Direito Público interno. No plano do Executivo, de regra, o Presidente da República age como chefe do Estado brasileiro e, em muitas oportunidades, como chefe do poder executivo da União. Em certa medida, isso também se verifica com o Congresso Nacional, posto que, em determinados momentos, este legisla para a federação, como, por exemplo, quando cuida de editar normas sobre o processo penal e em outros, para a União, nas oportunidades em que escreve leis para os servidores públicos federais.

¹⁰⁸⁶ Atento para esse aspecto, o anteprojeto da lei de cooperação jurídica internacional, no caput do art. 37, pontua que “Compete ao juiz federal, do local em que deva ser executada a medida ou obtida a prova solicitada, apreciar os pedidos de auxílio direto que demandem prestação jurisdicional”.

que a postulação do Ministério Público Federal se faz por meio de ação penal. A esse respeito, note-se que ação penal não é apenas aquela que pede a condenação de alguém. A denúncia ou a queixa é apenas uma das espécies de ação penal. Atente-se para o fato de que o habeas corpus, a revisão criminal e as ações cautelares criminais em geral, conquanto sejam ações penais, não são inseridas no rol das *ações condenatórias*, que são aquelas com as quais a tutela jurisdicional perquirida é de natureza condenatória

De outra banda, resta claro que o Ministério Público Estadual, na cooperação jurídica passiva, não tem legitimidade ativa para o ajuizamento da ação em nome do país estrangeiro. Ele pode, até, na assistência ativa, pedir à autoridade central que faça o requerimento da providência necessária para o desenvolvimento de um processo criminal que está sob o seu comando.

Ainda a respeito da competência, resta considerar que o processo de assistência direta, em obséquio às boas relações diplomáticas com os países estrangeiros e ao princípio constitucional da *cooperação*, precisa ser concebido dentro de uma sistemática recursal mais razoável do que aquela prevista para o ordenamento processual em geral, de modo a afastar as barreiras formais que impedem a resposta judicial em lapso temporal aceitável. A demora do processo traduz a falsa impressão de negativa ou, pelo menos, *má vontade* quanto à cooperação.

Por essa razão, mostra-se pertinente que se fixe o princípio da *irrecorribilidade das decisões interlocutórias*¹⁰⁸⁷, ademais de prever-se que, da decisão definitiva, caberá, consoante prescreve o art. 105, II, alínea c, da Constituição, na hipótese em que o assunto tratado for de natureza infraconstitucional, recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça ou, quando versar sobre matéria constitucional, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁸⁸.

Verifique-se que, na cooperação jurídica internacional por meio de auxílio direto, embora a pretensão seja ajuizada por intermédio do Ministério Público Federal, em verdade, ele está representando os interesses do Estado requerente (ou da sociedade estrangeira), razão pela qual se mostra aplicável o contido no art. 105, II, alínea c, da Constituição, que prevê a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar, em recurso ordinário, “as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País”¹⁰⁸⁹.

Assim, nos casos de cooperação jurídica passiva, das decisões da primeira instância federal seria cabível, dependendo do caso, recurso ordinário, para o Superior Tribunal de Justiça, ou recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, eliminando-se, dessa forma, a discussão em instância intermediária. Se assim não for, haverá o comprometimento da celeridade processual, o que findará tornando-a tão ou mais burocrática do que a cooperação indireta, feita por meio da via diplomática.

Infelizmente, em relação à competência para apreciar o recurso interposto da decisão de primeiro grau, o NCPC foi silente.

8.2.2 – Cidadania como princípio do processo penal.

Após longo período de império do regime antidemocrático¹⁰⁹⁰, em que o país foi governado, com mão de ferro, por cinco militares, que não tergiversaram em utilizar órgãos civis e militares na repressão às manifestações de liberdade, o discurso político e jurídico da cidadania no Brasil desperta para uma nova realidade. Sem embargo de ser assente, dentro dessa nova perspectiva, que a cidadania

¹⁰⁸⁷ Principalmente no campo do processo penal, não se enxerga problema com essa escolha política, pois aquele que tiver, pelo menos, ameaçado o seu direito de liberdade ou se sentir constrangido em virtude de decisão interlocutória, poderá, sempre, lançar mão do habeas corpus, instrumento hábil para exercer o controle judicial por meio da revisão do julgado. Nessa linha de entendimento, o parágrafo único do art. 37 do anteprojeto da lei de cooperação internacional prevê: “As decisões interlocutórias são irrecorribéis”.

¹⁰⁸⁸ O anteprojeto de cooperação jurídica internacional, no art. 41, propõe que “Da decisão do juiz cabe recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, previsto no art. 105, II, c da Constituição Federal, ou, se for o caso, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal”.

¹⁰⁸⁹ É verdade que, em alguns casos, a pessoa contra a qual se requer a medida não é domiciliada nem reside, propriamente, no Brasil. Ela pode, apenas, manter conta bancária em instituição financeira brasileira ou ter comprado bem móvel ou imóvel em nosso território. De toda forma, mesmo residindo no exterior, tendo o estrangeiro algum bem no território nacional, deve-se considerar, para fins de processo no qual há discussão sobre ele, que o alienígena aqui tem residência.

¹⁰⁹⁰ De 1964 até 1985.

é um direito substancial do cidadão, indispensável para a plena participação deste na vida em sociedade, observa-se que o discurso jurídico ainda contém o vício de identificar a cidadania como uma espécie de nacionalidade qualificada, o que representa apenas a possibilidade de a pessoa participar da vida política do Estado, no que diz respeito ao processo eleitoral, na condição de eleitor e de candidato. A doutrina tradicional formadora da atual geração da classe jurídica nacional ainda persiste com uma visão impregnada de conteúdo exegético positivo-normativo, manifestando-se pertinente a investigação científica preocupada em estabelecer tanto uma linguagem quanto uma abordagem do tema inserido no contexto paradigmático de um Estado democrático. O estudo aqui desenvolvido se justifica, por conseguinte, não apenas pela expressão linguística despartada das influências negativas do pensamento normativo herdado da cultura jurídica clássica, como pelo conteúdo que se procura adequar à ideia principiológica-jusnaturalista da Constituição de 1988. De mais a mais, no modelo de Estado que se alicerça em um sistema democrático, o qual prega não apenas a representatividade como forma de exercício do poder, mas também a atuação direta do povo nos casos determinados na Constituição (art. 1º, parágrafo único da Constituição), a expressão *cidadania* se apresenta como uma garantia de espaço para a manifestação da soberania popular.

Conferindo destaque a essa nuance, VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE chama a atenção de que, já na Constituição Imperial de 1824, a cidadania era tida como um atributo jurídico da nacionalidade, restringindo-se a qualidade de cidadão à pessoa considerada brasileira que gozasse dos direitos políticos¹⁰⁹¹. A Carta de 1891 seguiu a ideia anterior, de modo que manteve a mesma disciplina. Muito embora, na Constituição de 1934, se tenha deixado de fazer expressa menção à cidadania e à nacionalidade, utilizou-se a nomenclatura brasileiros para designar os nacionais, com distinção entre aqueles que detinham o direito de votar e o de ser votado. Na Constituição de 1937, por fim, restou sobremaneira explícito o tratamento amalgamado dos dois institutos, ao reproduzir-se a disciplina normativa revogada sob o título *Da nacionalidade e da Cidadania*. Mantendo a mesma orientação, a Constituição de 1946 apenas deslocou a epígrafe *Da nacionalidade e da cidadania* da categoria de título para a de capítulo do título *Da declaração de direitos*. Diferente não foi o cuidado dispensado à matéria pela Constituição de 1967 que, no capítulo denominado *Da nacionalidade*, inserto no título *Da declaração de direitos*, igualmente, não fez distinção entre nacionalidade e cidadania, sendo esta uma qualificação daquela.

O discurso *jurídico-positivista*, de cunho conformista, que facilitava a sustentação e legalização do Estado ditatorial militar ilegítimo, enxergava o assunto apenas sob a ótica constitucional-normativa, daí por que, até a primeira metade dos anos oitenta, a cidadania era vista somente como a nacionalidade qualificada com o direito de exercício dos direitos políticos que, em rigor, se resumiam *nos direitos de votar e de ser votado*.

No entanto, a Constituição de 1988, com seu cunho democrático, instaurou uma nova realidade normativa e, a par de formalizar a modificação de paradigma do sistema jurídico nacional para adequá-lo ao modelo de Estado democrático-constitucional, cuidou de conferir à cidadania uma nova dimensão, a partir mesmo do instante em que, já no art. 1º, deixou consignado que a cidadania constitui fundamento basilar do Estado Democrático brasileiro. A esse respeito, cabe ressaltar que, ao enumerar os fundamentos do Estado democrático de direito, o constituinte colocou, em primeiro lugar, a soberania e, em segundo, a cidadania para, então, em seguida, mencionar a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Se é certo que não se pode falar em cidadania sem o respeito à dignidade da pessoa humana, tão pouco se concebe esta sem aquela, pelo que a precedência da cidadania estimula pensar-se que o constituinte teve sensível preocupação em assegurar a materialização de uma democracia participativa, na qual a cidadania ativa não se identifica apenas com o reconhecimento do direito de votar nas eleições para os cargos eletivos.

A cidadania, como instituto distinto da nacionalidade, mereceu disciplinamento na Constituição nos arts. 1º, II (fundamento do Estado Democrático de Direito), 5º, LXXVI (gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania) e 22, XIII (competência legislativa privativa da União sobre cidadania).

Cabe ressaltar que, ao enumerar os fundamentos do Estado democrático de direito, o constituinte colocou, em primeiro lugar, a soberania e, em segundo, a cidadania para, então, em

¹⁰⁹¹ *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 43.

seguida, mencionar a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Se é certo que não se pode falar em cidadania sem o respeito à dignidade da pessoa humana, tampouco se concebe esta sem aquela, pelo que a precedência da cidadania estimula o pensamento de que a cidadania como princípio básico do Estado implica o respeito aos direitos fundamentais. No campo do processo penal, isso impõe que o acusado, sem embargo da espécie de crime praticado, tenha a garantia da sua condição de cidadania, ou seja, receba o tratamento de cidadão, pessoa humana portadora de direitos que lhe são inerentes, decorrentes de sua própria natureza¹⁰⁹². A doutrina moderna sob o viés humanístico destaca que na relação processual penal o agente há de ser tratado como sujeito de direitos, o que finda sendo esquecido quando do uso de terminologias como réu, acusado ou condenado.

A cidadania, catalogada como um dos princípios fundamentais do sistema democrático-constitucional do Brasil pressupõe estabelecer, na seara criminal, o processo como um *locus* para a participação direta ou por meio de representação nessa complexa relação jurídica. O processo, que é o meio de se buscar a aplicação da responsabilidade penal, deve ser visto como um dos espaços de participação política dos interessados na solução da lide. Não só o exercício do dever-poder de punir expressa uma atuação política do Estado, como igualmente a ampla defesa assegurada ao acusado dimana dessa mesma raiz.

A participação da sociedade na busca da solução adequada para tratar da ação delituosa é garantida por meio da outorga ao Ministério Público da titularidade da ação penal e da execução penal. À primeira vista, poderia se supor que a entrega da legitimidade para a persecução criminal ao Ministério Público contrapõe-se à ideia da cidadania, porquanto retira da vítima e de seus familiares a possibilidade de ter acesso direto ao Judiciário¹⁰⁹³. Porém, em verdade, a concessão dessa titularidade ao Ministério Público é uma forma de fazer com que não apenas o interesse da vítima e de seus familiares, mas também de toda a sociedade, seja defendido no processo penal. Isso porque, como a pretensão punitiva é um interesse coletivo – ou melhor, é o exercício do *dever de proteção dos direitos fundamentais na dimensão objetiva* –, e não só individual de quem foi diretamente atingido com o comportamento criminoso, a persecução criminal deve ser movida por quem tenha legitimidade para representar todos, como é o caso do Ministério Público.

E mais, é uma garantia de que a persecução criminal será desenvolvida tendo como norte o atendimento dos valores e princípios estampados na Constituição e no sistema jurídico em si, sem se curvar ao sentimento de vingança que compromete a razão e faz triunfar a emoção.

Atente-se para o detalhe de que, quando se diz que a pretensão punitiva pertence ao Estado, em rigor, na ótica democrática da soberania popular, quer-se dizer que *o direito de punir não é, propriamente, do ente estatal, mas, sim, da sociedade, do povo*, uma vez que é este o último dono do poder, sendo os seus agentes apenas os seus representantes, como é da característica do sistema representativo. Assim, o Ministério Público, conquanto seja um órgão afeto ao Executivo, com a independência que lhe é assegurada pela Constituição, ao deduzir a pretensão punitiva, em rigor, não defende um interesse do Estado, mas o da sociedade, isto é, defende a concretização dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva. O mais correto a dizer, portanto, é que o Ministério Público, mesmo na seara criminal, está preocupado em tutelar o interesse difuso da coletividade em coibir as ações que põem em risco ou comprometem a segurança pública¹⁰⁹⁴. Portanto, quando se fala em direito de punir do Estado, leia-se, como se fosse a mesma coisa, persecução criminal em defesa do direito da coletividade à segurança pública.

Percebe-se, assim, sem esforço, que a ação penal, levada a efeito pelo Ministério Público, é uma ação coletiva, muito provavelmente o primeiro tipo de *class action*, não cabendo, por conseguinte, atribuir-se ao processo civil a primazia na concepção dessa espécie de tutela processual. Por meio dela se tem em mira defender o interesse da sociedade, assegurando-se, assim, a sua

¹⁰⁹² O Ministro do Superior Tribunal de Justiça hoje aposentado, JOSÉ AUGUSTO DELGADO, em palestras sobre o processo moderno, recrimina a utilização da nomenclatura autor e réu. Para ele, em uma visão humanística do processo, deve-se ter em consideração que, de um lado e outro da relação processual, há cidadãos que merecem ser tratados como tal, o que finda sendo esquecido, quando do uso das terminologias autor e réu.

¹⁰⁹³ Não se esquecer que, embora a titularidade da ação penal pública seja confiada ao Ministério Público, a vítima ou a sua família tem a possibilidade de participar do processo, na condição de assistente.

¹⁰⁹⁴ A segurança pública é um bem jurídico da coletividade. Por isso mesmo, a infração criminal, que é a ofensa a esse direito à segurança, não atinge apenas a vítima e a seus familiares, mas todo o grupo social. Cf. capítulo 2, *supra*.

participação na resolução do problema. Caso a titularidade da ação fosse afeta apenas à vítima ou a seus familiares, o interesse da coletividade quanto à segurança pública que é, em verdade, a concretização dos direitos fundamentais na visão objetiva, não seria representado no processo, o que importaria restrição à participação do grupo social na resolução de problema fundamental da sociedade.

A persecução penal patrocinada pelo Ministério Público, por conseguinte, é uma das formas – certamente a mais efetiva – de assegurar não só a participação da coletividade na persecução criminal, como a defesa de seus interesses, que lhe pertence e deve, em um sistema democrático, ser exercida em seu nome. Nessa dimensão, percebe-se que o processo penal presta uma tutela coletiva, na medida em que serve para a dedução de pretensão que consulta o interesse de toda a sociedade, não apenas da vítima e de seus familiares.

Mas a valoração da cidadania na esfera processual penal não se resume à tutela do dever-poder de punir. Transborda, por outro lado, para o resguardo do bem jurídico mais evidente em um sistema democrático, que é a garantia da liberdade. O direito de liberdade, ao contrário do que a primeira impressão dá a entender, não consulta o interesse pessoal de alguém, pois é um interesse coletivo pertencente ao patrimônio humanístico do grupo social, como aliás, em última análise, são todos os direitos fundamentais. Isso explica por que o habeas corpus é um tipo de ação penal que, inserido na mais ampla ideia democrática, pode ser manejado por qualquer pessoa em nome de outrem, ainda que este não queira lutar pelo seu direito de liberdade ou mesmo aceite sujeitar-se à malfeição a seu direito de ir e vir.

Por isso mesmo, pode-se dizer que o direito de defesa, na ciência processual penal, não pode ser encarado como algo que pertence à esfera individual do acusado, porquanto, em sua essência, é um interesse pertencente a toda a sociedade¹⁰⁹⁵. Dessa forma, merece crédito a afirmativa de que o direito de defesa é mais do que um direito individual. Transcende a esfera individual do acusado, até porque, em uma de suas perspectivas, – anota MORENO CATENA – procura atender o interesse geral de que o processo seja decidido corretamente, além de legitimar a pretensão punitiva e a sanção eventualmente aplicada¹⁰⁹⁶. Nessa linha de visão, a defesa se constitui, confirma DENTI¹⁰⁹⁷, “... uma garantia, como exigência de um correto desenvolvimento do processo, por um interesse público geral que transcende o interesse do imputado (ou da parte)”.

Em outro enfoque, a cidadania, como participação política no exercício do poder, encontra guarida no processo penal, também, no que se refere à administração da justiça. Tenha-se presente que o júri popular, mecanismo defendido por MONTESQUIEU e BECCARIA, foi adotado dentre os direitos fundamentais da Constituição americana e da Revolução Francesa, como forma de separar o *Estado acusador do Estado julgador*. O tribunal do júri, nessa perspectiva, ao passo que é uma forma de garantir um julgamento imparcial, realizado pelos próprios pares do acusado que com ele cultivam os mesmos valores culturais, manifesta-se como um espaço aberto para a participação popular na administração da justiça¹⁰⁹⁸. Ou seja, é uma das hipóteses de *democracia direta*, em que o próprio povo, em uma dimensão reduzida, administra a justiça, assumindo a responsabilidade quanto ao julgamento¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁵ Cf. item 9.5 e segs., infra.

¹⁰⁹⁶ Apud PÉREZ, Alex Carocca. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998, p. 22.

¹⁰⁹⁷ No original: “... una garanzia, como esigenza di un corretto svolgimento del processo, per un interesse publico generale que trascende l’interesse del’imputato (o della parte)” (Ibid, p. 22).

¹⁰⁹⁸ Não é por outro motivo que o tribunal do júri, desde a Constituição Imperial, em nosso ordenamento está catalogado dentre os direitos fundamentais. É uma herança do sistema americano, embora sem a amplitude com que a garantia é estabelecida nos Estados Unidos da América.

¹⁰⁹⁹ Certamente, não é toda a coletividade que é chamada para julgar a causa, mas apenas uma parcela dela. Enquanto nos sistemas inglês e americano, são doze as pessoas do povo que são chamadas para exercer a jurisdição, no brasileiro são apenas sete. Mesmo assim, não se pode dizer que não seja um aspecto da soberania popular, pois, de qualquer forma, é o próprio povo que diz se o agente é culpado ou inocente.

8.2.3 – Dignidade da pessoa humana.

A história da humanidade, relatada para demonstrar a evolução da vida em sociedade, não é contada sem que se faça referência às barbaridades praticadas contra o homem¹¹⁰⁰. No estágio atual da civilização, é desnecessário ressaltar-se, na Constituição, como princípio fundamental do Estado democrático-constitucional, a *dignidade da pessoa humana*, pois a ideia da dignidade como um valor a ser cultivado na sociedade parece ser mais do que evidente. Mas é importante essa consagração no texto fundamental, porque uma Constituição é escrita tendo como meta estabelecer princípios permanentes, valores que devem ser homenageados independentemente do momento sociopolítico, muito embora se reconheça que, com o passar do tempo, eles possam variar quanto ao alcance, mas não em relação à essência.

O próprio exame da evolução das correntes filosóficas na formação do Direito Criminal, realizado na primeira parte deste livro, revela que o respeito à dignidade da pessoa humana não é uma ideia que nasceu impregnada na mente das pessoas. Foi uma conquista realizada pela humanidade por meio da luta para a afirmação do respeito aos direitos do homem, de modo que este fosse colocado como o *fim das coisas* – como acentuava a filosofia kantiana – e não o mero meio para a consecução de objetivos.

A dignidade humana não representa apenas uma ideologia, pois tem um fundamento específico, ainda que seja difícil a filosofia identificá-lo com precisão. De fato, ao problematizar a ideia da dignidade humana, adverte RABENHORST¹¹⁰¹ que sobrevive discussão acesa entre os filósofos acerca da definição desse valor. A problemática reside em justificar a afirmação de que todos os homens possuem um valor de dignidade humana único. Em outras palavras, cabe indagar se todos os homens, independentemente de suas qualidades, são dignos ou merecem ser tratados com a mesma dignidade¹¹⁰². Assim, resta saber se aquele que pratica um crime deve merecer consideração idêntica, em relação aos seus direitos, à que é devida ao homem honesto. Em outras palavras, nos domínios do processo penal, parece inquietante perquirir a validade da presunção de que todos os homens são dignos, que todos eles são constituídos de uma dignidade comum. É ético e jurídico dar proteção a quem se mostra, mediante condutas as mais torpes possíveis, refratário aos valores sociais cultuados por meio das normas de convivência?

A filosofia antiga, professada por expoentes como ARISTÓTELES e PLATÃO, por exemplo, conquanto falasse em democracia e no tratamento digno ao homem, acreditava em uma sociedade hierarquizada em consonância com as qualidades dos indivíduos. Por isso mesmo, a democracia ateniense era aristocrática, na medida em que o gozo das liberdades e o exercício da cidadania somente eram reconhecidos às pessoas do sexo masculino, filhos de atenienses, não usufruindo desses direitos as mulheres, escravos e estrangeiros. Se é certo, como aqui já foi dito, que a declaração universal dos direitos do homem tem como germe o direito natural pinçado na filosofia grega, não menos correto é afirmar que este só foi visto como um valor igualitário entre os homens com as teorias *jusnaturalistas modernas*, iniciadas a partir dos estudos de HUGO GRÓCIO¹¹⁰³.

Na explicação religiosa, verberada na doutrina cristã, a dignidade do homem repousava na consideração de que ele tinha sido criado à imagem e semelhança de Deus¹¹⁰⁴. Com a secularização do pensamento humanístico, os catedráticos passaram a defender que a dignidade humana promana da própria natureza do ser humano e é dela indissociável. Não é *sobrenatural* como algo posto pela vontade de Deus, mas como imposição da *pura razão humana*. Complementando essa concepção,

¹¹⁰⁰ Sobre o tema, conferir o ótimo trabalho de autoria de EDUARDO RAMALHO RABENHORST, intitulado *Dignidade humana e moralidade democrática*, Brasília: Brasília Jurídica, 2001. No seu estudo, o Doutor em Filosofia pela Universidade de Estrasburgo II faz um bosquejo histórico da declaração de direitos do homem para, daí, extrair a ideia do princípio da dignidade humana e relacioná-la com a moralidade democrática. O doutrinador expõe, com acerto, que a dignidade humana não se revela como um mero conceito descritivo, porém como o próprio ethos da moralidade democrática (Ibid., p. 49).

¹¹⁰¹ Ibid., p. 40.

¹¹⁰² Em qualquer conversa informal de amigos, independentemente da classe social e do grau de instrução, sempre terá alguém que dirá ser favorável ao ditado inaceitável de que bandido bom é bandido morto.

¹¹⁰³ A teoria política de LOCKE, que tanto influenciou BECCARIA, tendo como ponto de partida a doutrina de GRÓCIO, defendia uma reserva de espaço individual, inerente a todo ser humano, como espécie de direito natural.

¹¹⁰⁴ Essa explicação teológica não satisfaz aos céticos, ademais de encontrar dificuldades diante do pluralismo dogmático das muitas religiões (cristianismo, islamismo, budismo etc.).

justifica-se a dignidade humana como um direito inerente a todas as pessoas, porém sem com isso passar a ideia de que o *igualitarismo* de sua manifestação se dê em função de sua categoria ontológica, mas sob a perspectiva de uma conquista histórica das sociedades democráticas.

Sob essa consideração, a igualdade da dignidade humana entre os homens não se sustenta em uma paridade ontológica dos membros da espécie humana que compõem o grupo social, mas sim em termos sociológicos e históricos¹¹⁰⁵. Acrescenta RABENHORST¹¹⁰⁶ que “Nesta perspectiva, os homens fariam parte de uma mesma comunidade moral e gozariam dos direitos dela resultantes simplesmente porque assim decidimos (ou conseguimos) que fosse.” Em outras palavras, seria resultante do próprio pacto social, assim como é o seu núcleo, que compreende a própria declaração de direitos. Forte nessa compreensão, o citado autor deduz que a dignidade humana constitui o fundamento da moralidade democrática¹¹⁰⁷, o que permite concluir que se, mesmo dentro de uma comunidade moral e democrática, existem e convivem patifes e párias, eles devem ser respeitados no espaço que diz respeito a sua dignidade humana, mesmo que eles não reconheçam o valor dos outros indivíduos, pois “... isso não nos autoriza a negar-lhes este mesmo valor”. Nessa parte, RABENHORST se impressiona com o fato de as pessoas do povo, fomentadas por aquilo que ele chama de *visão taliônica da punição*, professarem a ideia de que quem foi cruel deve merecer a mesma sorte de tratamento. Isso se explica como uma forma natural de defesa. Quem tem notícia de algum crime, geralmente raciocina como se fosse a própria vítima da ocorrência. Por isso, é procedente a advertência para que as questões criminais sejam analisadas mais com a inteligência do exegeta voltada para a possibilidade de ele ter sido o autor da ação do que na condição de vítima. A par disso, o máximo que se pode fazer, quando alguém pratica um crime, por mais hediondo que ele seja, como sublinha HABENRHORST, é puni-lo de acordo com as regras e em respeito à dignidade humana.

Sendo um valor inerente ao homem, todas as pessoas possuem o mesmo direito de defender os seus bens jurídicos e de ser tratadas com idêntica consideração e respeito, como forma de preservação de sua dignidade humana. Naturalmente que não há precisão quanto a essa dimensão igualitária da dignidade humana entre todos os homens, até porque não há exatidão sequer quanto ao conteúdo ontológico desse preceito. Essa característica é intrínseca aos princípios, posto que eles são polissêmicos, com um núcleo que sofre variações de acordo com o campo em que eles são chamados para interagir e mesmo das peculiaridades de uma situação concreta¹¹⁰⁸.

A impossibilidade de identificar-se, no princípio da dignidade humana, um núcleo ontológico denso lança a falsa aparência de sua pouca imperatividade, porquanto, em verdade, resulta das múltiplas questões filosóficas que permeiam a sua fundamentação e que permitem, por isso mesmo, nas mais variadas situações da vida, determinadas pelas circunstâncias políticas, históricas, culturais e sociais, um leque abrangente de opções para que seja sopesado o alcance do seu conteúdo¹¹⁰⁹.

Conquanto se aceite, e mesmo se reconheça, que a dignidade humana seja antes uma realidade sentida do que demonstrável¹¹¹⁰, consigne-se que essa cláusula, matriz da moralidade democrática – como quer RABENHORST –, projeta-se por meio da declaração dos direitos humanos, no plano normativo interno, plasmada nas Constituições na qualidade de direitos fundamentais e, na seara internacional, por meio das convenções internacionais.

¹¹⁰⁵ RABENHORST. Op. cit., p. 44.

¹¹⁰⁶ Ibid., p. 45.

¹¹⁰⁷ Ibid. p. 45.

¹¹⁰⁸ RABENHORST, refletindo sobre o alcance da igualdade como instrumento de reconhecimento da aplicação do princípio da dignidade humana a todas as pessoas, reconhece que esse princípio não possui um conteúdo preciso, mas deve ser entendido como uma espécie de regra de prudência. (Op. cit., p. 45).

¹¹⁰⁹ Registre-se, com apoio na lição de RABENHORST, que a “dignidade humana não é uma propriedade observável e que, como tal, não pode ser provada ou negada sobre bases meramente fáticas” (Ibid., p. 46).

¹¹¹⁰ Assim é com muitas categorias jurídicas. A justiça, por exemplo, é algo que faz mais parte do sentimento do que da demonstração. Merece recordação que a expressão sentença vem do latim *sentire*. Isso tem razão de ser, pois o juiz, ao contrário do que se pode imaginar, não elabora o seu raciocínio de forma cartesiana, de modo a isolar o fato, compreendê-lo e daí sopesá-lo com a norma e, enfim, formar a sua convicção.

8.2.3.1 – Dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado e ao condenado.

Se, hodiernamente, como se disse, o respeito à dignidade humana é algo que se mostra indissociável à ideia de democracia, esta mesma nem sempre foi vista como o melhor regime de governo e sequer era mencionada na Constituição de 1967. Ademais, no instante em que, explicitamente, se coloca a dignidade humana como um princípio fundamental da democracia brasileira, esse preceito serve para afastar qualquer discurso jurídico tendente a justificar um tratamento desfocado dos valores iminentes a esse enunciado a quem pratica o crime¹¹¹¹.

Na primeira parte deste estudo, ressaltou-se que a Escola Clássica, a primeira doutrina criminal, surgiu como uma filosofia-política a ser observada no exercício da persecução criminal, no desiderato de que o ser humano fosse tratado de uma forma digna, com o respeito aos seus direitos essenciais. O Estado Democrático estruturado tendo como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, reforça a ideia de que o exercício do poder político tem como parâmetro os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado brasileiro espalha-se em diversos direitos fundamentais, a exemplo daquele que estabelece a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); exige tratamento condigno àquele que está respondendo a inquérito ou a processo penal e, enfim, torna defesa a exposição do agente a situações vexatórias. Antes de acusado pela prática de um crime, o agente, no contexto do Estado que tem como princípio fundamental a dignidade humana, é visto como um cidadão que deve ser tratado com humanidade. Até porque, como salienta CARNELUTTI em *As misérias do processo pena*¹¹¹², é imperioso ter presente que quem comete o crime é um homem e a pena que deve lhe ser aplicada incidirá sobre a sua pessoa, que é constituída de carne e osso, além de sentimentos, e que o coração é a parte mais sensível e adequada para orientar a cabeça.

A preocupação humanística é a tônica de todo e qualquer processo penal instaurado sob a batuta de um Estado Democrático-Constitucional e não se encerra com o reconhecimento da culpa do agente. Mesmo após a condenação, ainda assim, por mais hediondo que tenha sido o crime praticado, o condenado há de ser tratado de forma civilizada, com respeito a direitos que fazem parte da sua condição humana¹¹¹³. Os organismos internacionais, de há muito, não se têm contentado em traçar normas de respeito à dignidade humana apenas no sentido de proteger os que não são nem podem ser, à falta do trânsito em julgado de uma sentença criminal condenatória, considerados culpados. Mesmo condenada, por mais vil que tenha sido o crime, a pessoa não perde a sua condição humana, nem mesmo a de cidadão¹¹¹⁴.

A comunidade internacional, preocupada em fazer aplicar as premissas dos direitos humanos aos presos, já em 1929, por meio da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, propôs o disciplinamento das normas básicas no tratamento dispensado nos cárceres. Revistas as sugestões, em 1934, a Liga das Nações Unidas as aprovou. Finalmente, em 1954, logo após a Segunda Guerra, sob o influxo da reumanização do Direito Criminal, a ONU, no I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado em Genebra, ratificou as propostas, intitulando-as de *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos*. Esse fato representou novo olhar para a pessoa que se encontra na condição de preso. A segunda posição normativa adotada

¹¹¹¹ Muito embora o preceito constitucional que ressalta como um dos fundamentos do sistema democrático-constitucional do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana, nas mais das vezes, principalmente nas classes política e jurídica, emergem discursos fortes clamando pela adoção de medidas mais contundentes no combate à criminalidade, muitas das quais não se confortam com a essência do preceito em destaque.

¹¹¹² Tradução José Antonio Cardinali. São Paulo: Conan Editora Ltda., 1995.

¹¹¹³ Observe-se que essas preocupações quanto ao tratamento carcerário estavam presentes já no pensamento de BECCARIA e mereceram esboço doutrinário mais denso com a obra de JEREMY BENTHAM, mais especificamente na sua Teoria das penas legais. Todavia, a fundamentação maior do penitenciarismo veio a lume com as ainda atuais propostas de JOHN HOWARD, formuladas em seu livro *The State of Prisons in England and Wales*, escrito no ano de 1776.

¹¹¹⁴ Nos termos da Constituição de 1988 (art. 15, I) – repete uma tradição de nosso constitucionalismo –, o condenado tem os seus direitos políticos suspensos enquanto durarem os efeitos da condenação. Sob uma determinada perspectiva, essa é uma escolha política que merece crítica, pois suprime a capacidade de aquele participar ativamente do processo democrático, perdendo o direito de voz na sociedade, não tendo, por conseguinte, como agir por si na defesa dos direitos que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico. O mais correto é dizer que o condenado – não o preso – não perde a sua condição de cidadão, pois ele tem apenas suspensos os seus direitos políticos, aqui entendidos somente quanto ao direito de votar e de ser votado. Para todos os efeitos, ele continua cidadão e, como tal, há de ser tratado.

pela ONU, no afã de conferir ao preso a aplicação dos preceitos imanentes à cláusula da dignidade humana, surgiu com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em 1966¹¹¹⁵, ao deixar expresso, no art. 10, item 1, que “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana” e que o objetivo principal do regime penitenciário deve ser “... a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros” (item 3 do mesmo artigo).

A ONU mostrou inquietação com a forma de execução das penas privativas de liberdade, realizada em condições indignas do ser humano, com a utilização de métodos cruéis e degradantes. Não considerou ilegítima, cruel ou degradante a pena de prisão em si¹¹¹⁶, mas apenas a sua execução sem o atendimento ao princípio da dignidade humana¹¹¹⁷. A legislação subconstitucional brasileira¹¹¹⁸, afinada com as normas internacionais então vigentes, assegurou, expressamente, ao preso e ao egresso o direito à saúde, à assistência material, jurídica, educacional, social e religiosa (art. 10 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984)¹¹¹⁹.

Dessa forma, na execução da pena privativa de liberdade, sem embargo da assistência jurídica que há de ser prestada a quem dela necessite, o Estado tem o dever de fornecer ao preso não apenas a alimentação, o vestuário e as instalações higiênicas do estabelecimento penal, como prover o local de instalações e serviços que o atendam nas suas necessidades pessoais, com a viabilização da aquisição de produtos e objetos que, embora não proibidos, não são fornecidos pela administração carcerária (arts. 12 e 13 da Lei nº 7.210, de 1984). A par da assistência material, ao preso resta assegurado o serviço de saúde preventivo e curativo, para pronto atendimento médico, farmacêutico e odontológico no próprio estabelecimento ou em outro local (art. 14, caput e § 2º, da Lei nº 7.210, de 1984).

Para efetivamente buscar a recuperação do preso dentro de um sistema de respeito à dignidade da pessoa humana, a este é assegurada a assistência educacional¹¹²⁰, que compreende a sua instrução

¹¹¹⁵ Esse Pacto, sobremaneira importante diante de outras regras nele estabelecidas, infelizmente, só foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de dezembro de 1992.

¹¹¹⁶ Até porque sequer a pena de morte assim foi considerada no Pacto em referência. Nos termos deste, a pena de morte, desde que prevista para os casos de crimes mais graves e atendidas as suas demais disposições firmadas a respeito, pode ser aplicada (art. 6º, item 2).

¹¹¹⁷ COMPARATO. Op. cit., p. 272. No art. 30.1 das Regras Mínimas da ONU, explicitou-se: “Castigo cruel, reclusão em cela escura e todas as formas cruéis, inumanas e degradantes de punição devem ser inteiramente proibidas como castigo por infrações disciplinares”.

¹¹¹⁸ A identidade da Lei de Execução Penal com o respeito à dignidade humana consubstanciada nas normas internacionais fez com que muitas críticas fossem lançadas, ao fundamento de que elas eram utópicas para o Brasil. Veja-se que a Lei é de 1984, época em que o país ainda passava pelas turbulências da *Dinastia Militar*, muito embora já tivesse se iniciado o processo de *abertura política*. A (re)democratização do Brasil, historicamente, é demarcada a partir da segunda metade dos anos oitenta, ou seja, a partir de 1985. Merece transcrição o editorial do Jornal do Brasil, edição de 21 de janeiro de 1985: “Em países de populações carcerárias pouco numerosas e eficientes serviços de vigilância, prisão albergue, prisão domiciliar e penas alternativas – como prestação de serviços a hospitais e escolas, em fins de semana, são medidas de clara dimensão humanizadora, educativas e reintegradoras do criminoso à sociedade. Em um clima de criminalidade exacerbada como a que se registra no Brasil, hoje tais liberdades em muitos casos significam pura e simplesmente a devolução de pessoas de alta periculosidade às ruas e a imediata retomada do crime. Legislou-se, pois, sobre uma ficção: a existência de um sistema penitenciário aberto e um mecanismo de acompanhamento do condenado em regime de liberdade vigiada, tendo em vista a sua recuperação. Sem esses pressupostos, a humanização da pena cai na irre realidade, ou ao passar para a lei torna-se apenas um meio não declarado de esvaziar os presídios, à falta de recursos para melhorá-los” (SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1986. p. 14).

¹¹¹⁹ Sobre a Lei de Execução Penal, cf.: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-84*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990. ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995; SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1986; CASTILHO, Ela Wiecko V. de; *Controle da legalidade na execução penal* (reflexões em torno da jurisdicionalização). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998; GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1990; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de execução penal*. 10ª. São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2011; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*. Natal: OWL, 2020.

¹¹²⁰ A Lei nº 12.433, de 2011, incluiu, na Lei de Execução Penal, a possibilidade da remição da pena pelo estudo (art. 126). A Portaria Conjunta nº 276, de 20 de junho de 2012, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal e do Departamento Penitenciário Nacional instituiu a remição da pena pela leitura, programa que consiste na leitura de obra literária, clássica, científica ou filosófica, de acordo a disponibilidade da unidade prisional.

escolar e a sua formação profissional¹¹²¹, sendo obrigatório para ele o ensino de primeiro grau, podendo a administração carcerária firmar convênio com entidades públicas ou particulares para o cumprimento dessa garantia (arts. 17 a 20 da Lei nº 7.210, de 1984). A despeito dos *cursos educacionais*, o estabelecimento penal deve dispor de biblioteca contendo livros instrutivos, recreativos e didáticos, para consulta de todas as categorias de reclusos (art. 21 da Lei nº 7.210, de 1984)¹¹²². Em complementação ao trabalho de recuperação do preso, assegura-se-lhe a assistência social¹¹²³, durante todo o tempo em que permanecer na instituição prisional, a fim de que ele seja preparado para o retorno à liberdade, serviço esse extensivo à sua família (arts. 22 e 23 da Lei nº 7.210, de 1984)¹¹²⁴.

Com essa normatização, o nosso sistema jurídico tem em mira observar os limites constitucionais à execução da pena escritos nos direitos fundamentais e atender às *Regras Mínimas para Tratamento dos Presos*, editadas pela Organização das Nações Unidas – ONU, por meio da Resolução nº 2.858, de 20 de dezembro de 1971, que acatou a deliberação feita no IV Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delincente, realizado em Kioto, no Japão. Na Resolução, aceita pelo Governo brasileiro, recomendou-se que os Estados-membros implementassem as medidas nela previstas, no desiderato de conceder um tratamento mais digno ao apenado e reduzir, ao mínimo possível, o sofrimento no cárcere. Da análise da Resolução em foco, observa-se que as regras ali previstas foram incorporadas à nossa legislação infraconstitucional, como aliás se deu em relação aos demais países que ratificaram a recomendação da ONU. Informa CÉSAR BARROS LEAL¹¹²⁵ que as Regras Mínimas estabelecidas na Resolução da ONU

... guardam notável identidade com as propostas de John Howard, em seu livro *The State of Prisons in England and Wales*, editado nos idos de 1776, (e) constituem, na opinião unânime dos estudiosos, uma espécie de estatuto universal dos direitos do preso comum, um documento-tipo, um repertório referencial de princípios que visam fundamentalmente à proteção de sua dignidade, de sua integridade física e moral, bem como à sua reintegração social, opondo-se a toda vexação abusiva, a qualquer privação que não esteja ínsita na lei ou na sentença.

Infelizmente, a nossa realidade é bastante diferente. O sistema prisional do país, há muitos anos, está em situação de calamidade. Chega-se a dizer, até mesmo, que não existe o tal sistema, mas apenas um *depósito de presos*. A verdade é que a Lei de Execução Penal, embora editada no ano de 1984, ainda hoje não mereceu a devida atenção do Executivo, especialmente quanto ao respeito às Regras Mínimas recomendadas pela ONU. Muitos dos estabelecimentos prisionais são meras construções anacrônicas para despejar pessoas que não têm os mínimos direitos inerentes à condição humana respeitados. Em verdade, a crise do setor é antiga. Em 1993, a Câmara dos Deputados, preocupada com o assunto, instalou uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, destinada a investigar a precariedade do sistema penitenciário, que constatou a situação caótica e fez uma série de recomendações¹¹²⁶.

¹¹²¹ O art. 19, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, denotando uma cultura própria da época dos anos oitenta, quando a mulher ainda não tinha ingressado no mercado de trabalho para desempenhar funções que, anteriormente, eram quase exclusivamente ocupadas pelos homens, ressalta que o ensino fundamental dela seria voltado para atender a condição feminina. Hoje, tal disposição somente se concebe caso seja interpretada no sentido de que sejam previstos cursos profissionalizantes gerais e outros que são específicos às mulheres, como é o caso do curso de corte e costura, por exemplo.

¹¹²² Esse dispositivo foi inspirado no art. 40 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, adotadas pela ONU, cujo art. 40 determina que “Toda instituição prisional deverá ter uma biblioteca para uso de todas as categorias de presos, adequadamente provida de livros instrutivos e de recreação, devendo os presos ser estimulados a dela fazer uso”.

¹¹²³ Em respeito ao direito fundamental à liberdade de culto, ao preso é permitido o acesso à assistência religiosa, assim como a posse de livros de instrução religiosa (art. 24 da Lei nº 7.210, de 1984).

¹¹²⁴ No art. 61 das Regras Mínimas, está previsto que o tratamento do preso deve priorizar a continuidade de sua interação no meio social, com o recrutamento de entidades comunitárias para cooperarem na sua recuperação.

¹¹²⁵ Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. v. 1. n. 1(1993 –). Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1994. p. 66. Essas regras mínimas da ONU direcionam ao entendimento de que, assim como ocorre no processo civil, a execução penal, por razões mais fortes, deve ser processada da forma menos traumática para o condenado, circunscrevendo-se, rigorosamente, aos termos da sanção imposta, não podendo atingir outros direitos que não foram objeto de restrição, principalmente porque a dignidade humana constitui o limite absoluto das restrições.

¹¹²⁶ O trabalho parlamentar, que se mostrou denso e criterioso, em suas conclusões, diante da constatação da gravidade da falta de investimento nessa área, do tratamento desumano dispensado aos presos e da superpopulação carcerária além da falta

De lá para cá, o quadro somente fez piorar, até porque nada de mais concreto foi feito¹¹²⁷. Os presídios federais, construídos de acordo com as recomendações internacionais e com a adoção da alta tecnologia, só passaram a ser utilizados a partir de 2006¹¹²⁸. Enquanto isso, além de não terem sido desativados os que possuem capacidade superior a 500 presos, os estabelecimentos carcerários em geral continuam superlotados e, agora, de uma vez por todas, perdeu-se o controle completo sobre a comunidade carcerária. Se antes o descontrole era quanto ao ingresso de substâncias entorpecentes em seu interior e à distribuição dos presos entre as celas dos pavilhões, com o passar do tempo, o estabelecimento carcerário passou a se constituir o escritório oficial das organizações criminosas, de onde as ações dos grupos agora são comandadas, sendo permitida ao preso a mais ampla possibilidade de comunicação com o braço livre da criminalidade.

Por fim, cabe acrescentar que a Constituição, no art. 5º, X, como um dos aspectos da preservação da intimidade, assegura a inviolabilidade da honra. Esse direito à integridade moral ou à reputação tem como escopo resguardar a pessoa de vexames, humilhações e constrangimentos¹¹²⁹. Tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa ostenta na sociedade, assim como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal¹¹³⁰, sendo esta correspondente não apenas em relação à consideração alheia, mas quanto ao sentimento da própria pessoa¹¹³¹. Com a imposição do respeito à honra alheia, tem-se a pretensão de estabelecer um nível ético elevado nas relações sociais, no desiderato de tornar defesa a proliferação da malquerença no interior da sociedade¹¹³².

No ambiente do processo criminal, o direito à honra solidifica a ideia de que o acusado ou mesmo o condenado, por mais hediondo ou torpe que tenha sido o crime praticado, deve ser tratado com a dignidade inerente à condição humana, razão pela qual não se admite tratamento pejorativo ou que, de alguma forma, venha a constrangê-lo.

8.2.3.2 – Medidas alternativas como tratamento mais digno ao condenado.

O Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis e a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, tendo como foco a dignidade humana proclamada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em essência se traduz no respeito e compromisso com os direitos à liberdade, à

de seu controle, fez várias recomendações aos Governos Federal e Estaduais, além de proposta legislativa de alteração da Lei de Execução Penal. Dentre as recomendações, merecem destaque as que sugeriam a (1) construção de presídios federais para os condenados pela justiça federal; (2) prioridade absoluta para a construção de cadeias públicas, a fim de separar os presos provisórios dos definitivos; (3) desativação das penitenciárias com capacidade superior a 500 presos; (4) organização, em caráter inadiável, da defensoria pública perante os estabelecimentos carcerários e (5) instituição de estágio remunerado para estudantes de psicologia, psiquiatria e assistência social nos estabelecimentos penitenciários.

¹¹²⁷ Nos mutirões carcerários realizados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário do Conselho Nacional de Justiça foram identificados casos de utilização de contêineres para abrigar presos. A revelação e constatação da situação inaceitável, fomentou decisão do Superior Tribunal de Justiça, proibindo que presos fossem lá colocados (HC 142.513 – ES). Brasil chegou a ser condenado pela Corte Internacional Interamericana pelo uso desses contêineres.

¹¹²⁸ Os presídios federais foram criados com a finalidade de promover a execução (a) das medidas restritivas de liberdade dos presos, provisórios ou condenados, cuja inclusão se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso (arts. 3º da Lei 11.671, de 2008, e 3º do Decreto 6.049, de 2007), e (b) do regime disciplinar diferenciado (art. 4º do Decreto 6.049, de 2007), possuindo as seguintes características (art. 6º do Decreto 6.049, de 2007): (i) destinado a presos provisórios e condenados em regime fechado; (ii) capacidade para até 208 presos: a lotação máxima não será ultrapassada e, sempre que possível, será mantido aquém do limite de vagas (art. 11, caput e § 1º, da Lei 11.671, de 2007); (iii) segurança externa e guarita de responsabilidade dos Agentes Penitenciários Federais; (iv) segurança interna que preserve os direitos do preso, a ordem e a disciplina; (v) acomodação do preso em cela individual; e (vi) existência de locais de trabalho, de atividades socioeducativas e culturais, de esporte, de prática religiosa e de visitas. Sobre o sistema penitenciário federal, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*. Natal: OWL, 2020.

¹¹²⁹ O direito à intimidade será tratado no item 9.4.

¹¹³⁰ COSTA JÚNIOR. Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 39.

¹¹³¹ *Ibid.* p. 39.

¹¹³² No plano das relações interpessoais, o Código Penal tem por irrelevante a circunstância de a pessoa merecer ou não as palavras assacadas contra ela, no instante em que se preocupou em estabelecer como conduta ilícita o comportamento de quem lança palavras contra outrem com a finalidade de injuriá-la. Nesse caso, para a caracterização do crime, não é necessário que as afirmações sejam falsas, sendo suficiente a vontade deliberada em injuriar, diferentemente do tratamento dispensado aos crimes de calúnia e difamação, para os quais – em relação ao segundo apenas em algumas hipóteses –, admite-se a exceção da verdade.

justiça e à paz, ensaiaram expandir as experiências das Nações Unidas quanto à implantação, execução e fiscalização de medidas alternativas à pena privativa de liberdade. Tempos depois, em 1968, o Instituto Regional das Nações Unidas da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent, apresentou os primeiros trabalhos nessa área, com a exposição das Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade. Essa política foi sufragada no Oitavo Congresso da ONU, ocorrido em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução 45/110¹¹³³.

A ideia central dessa política era evidenciar não apenas a subsidiariedade do *Direito Criminal*, porém o próprio caráter de excepcionalidade da pena de prisão. Como já se fez aqui notar, no movimento de humanização do pensamento criminal, conduzido pela Escola Clássica com fulcro na doutrina de BECCARIA, a pena de prisão se apresentou como uma forma de garantir tratamento mais digno, uma vez que foi imaginada para substituir os açoites, a tortura, as mutilações e, primacialmente, a pena de morte. Agora, na visão mais moderna e democrática, se o Direito Criminal em si é um ramo do direito de exceção, a pena privativa de liberdade passa a ser a *exceção dessa exceção*, ou seja, ela somente deve ser aplicada quando não for possível a sua substituição por outras medidas tidas como alternativas.

Ainda que se aponte a crise nas prisões como o móvel para pensar-se em alternativas a ela, em verdade, essa nova política iniciada no âmbito das Nações Unidas mostra uma (re)orientação da política criminal com ênfase na preservação da dignidade humana quanto à execução da pena, norteada pela máxima de que, tanto quanto possível, o condenado não deve ser encarcerado, somente devendo ser adotada essa solução quando esgotadas todas as medidas alternativas disponíveis¹¹³⁴. Para além disso, tanto quanto possível, deve ser buscada a solução da questão criminal por meio do consenso, com a utilização de instrumentos como a transação, a suspensão condicional do processo e, agora, o acordo de não persecução penal.

É interessante notar que a primeira justificativa para a grande propagação da pena de prisão foi a necessidade de mão-de-obra gerada com a Revolução Industrial. Era, economicamente, mais viável prender e utilizar os presos em atividades laborativas, sem a devida remuneração, do que açoitá-los, mutilá-los ou mesmo matá-los. Porém, nos dias atuais, tem-se que, economicamente, o custo/benefício do presídio não compensa o encarceramento. JASON ALBERGARIA relata que, de conformidade com levantamentos feitos, os custos com a prisão são mais altos do que com a educação universitária¹¹³⁵. Isso sem falar nos problemas sociais gerados com o encarceramento, não apenas para o preso em si, mas, igualmente, para os familiares mais próximos. CEZAR BITTENCOURT, já faz algum tempo, sustenta que “... a prisão representa equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução”.

Por isso mesmo, cabe evidenciar que não foi a questão econômico-financeira dos presídios o fundamento primeiro para a (re)orientação política das Nações Unidas a respeito da execução da pena. A razão primeira para a nova visão do problema exsurgiu da constatação da contradição da prisão com a ambiência necessária para o pleno desenvolvimento da dimensão humana. De mais a mais, as penas alternativas servem para diminuir a população carcerária e manifestam-se como as técnicas mais expeditas para a recuperação do infrator, ao tempo em que propiciam a ele a oportunidade de interagir junto à sociedade mediante a prestação de serviço ou a contribuição para uma entidade filantrópica, como se fosse um trabalho voluntariado. Ensejam a recuperação do agente por meio do desenvolvimento de ações sociais, fazendo com que ele sinta e cumpra a responsabilidade penal que lhe foi imposta lidando com os efetivos valores da sociedade. Essa prática diminui, consideravelmente, a reincidência e presta-se, igualmente, para evitar que o infrator seja *contaminado* com os males dos presídios.

Felizmente, essa recomendação da ONU, adotada claramente pelo legislador infraconstitucional, passou a ser política desempenhada pelo Executivo e começa a ser seguida pelos

¹¹³³ Essas Regras Mínimas foram denominadas Regras de Tóquio e, posteriormente, reescritas sob as Regras de Mandela.

¹¹³⁴ A leitura do art. 44, caput, do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, pela imperatividade da redação ali emprestada, conduz à conclusão de que, satisfeitas as condições subjetivas e objetivas insertas nos incisos e parágrafos do dispositivo em destaque, a aplicação da pena restritiva de direito, em substituição à privativa de liberdade, é uma imposição ao juiz, pois se trata de um direito do apenado.

¹¹³⁵ Das penas e da execução penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 67. Em acréscimo, o autor, com respaldo em afirmação de DANIEL GASER, diz que o custo com o preso supera o que se gasta com um aluno matriculado na melhor universidade (ibid. p. 67).

magistrados. Nesse passo, o Ministério da Justiça, tendo em consideração a necessidade de fomentar o estabelecimento de programas de execução de penas e medidas alternativas previstas no Plano Nacional de Segurança Pública, por meio da Portaria nº 153, de 27 de fevereiro de 2002, instituiu, no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça, o Programa de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas. Os objetivos básicos do programa eram *estimular* a aplicação das penas e medidas alternativas, com a demonstração de suas vantagens e desenvolver um modelo nacional de gerenciamento na aplicação e fiscalização do cumprimento desse modelo de resolução dos processos criminais. Em razão disso, segundo dados do Ministério da Justiça, existiam no ano de 2004, 37 Centrais de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, concentradas em 25 estados convenia dos. De acordo com relatório do Ministério da Justiça, naquela época, havia apenas 05 (cinco) Varas Especializadas em Penas Alternativas: Fortaleza, Recife, Porto Alegre, Salvador e Belém. Conforme os últimos dados divulgados na página eletrônica do Ministério da Justiça, referentes ao ano de 2010, há 20 (vinte) varas especializadas e 389 (trezentos e oitenta e nove) Centrais de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas¹¹³⁶. No entanto, Após intensa política desenvolvida pelo Ministério da Justiça, já no decorrer do primeiro semestre de 2008, 498.729 pessoas estavam cumprindo ou tinha cumprido pena restritiva de direitos¹¹³⁷. Ou seja, de acordo com o levantamento de dados do 1º semestre de 2008, consolidados pela Coordenação-Geral de Política, Pesquisa e Análise da Informação do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, naquela época o número de cumpridores de penas e medidas alternativas tinha ultrapassado o número de presos no Brasil¹¹³⁸. Isso é muito positivo e mostra um avanço rumo à desconstrução da *cultura da prisão* como única resposta possível do sistema criminal.

A par disso, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 101, de 15 de dezembro de 2009, da qual fomos relator na qualidade de Conselheiro, fomentou, no âmbito do Judiciário, a política de penas e medidas alternativas (Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em <http://www.mj.gov.br/depen>. Acesso em: 3 dez. 2012).

Na edição anterior, dizíamos que era necessário conferir mais atenção ainda às penas alternativas, menos como medida de diminuição da população carcerária e mais como política criminal de recuperação das pessoas que praticam crimes de delinquência reduzida e de tratamento mais humano.

No propósito de incrementar a utilização não propriamente da *pena alternativa*, mas da *medida alternativa* como forma de solucionar o problema criminal de forma consensuada, o chamado *Pacote Anticrime* trouxe inovação alvissareira por meio da concepção do acordo de não persecução penal, instituto que terá o condão de alterar, significativamente, o perfil da jurisdição criminal. É mais do que provável que, em futuro próximo, a expressa maioria dos processos criminais seja resolvida por meio do acordo de não persecução penal, com vantagem em relação ao instituto do *plea bargain* americano, pois nesse caso não há aplicação de pena nem muito menos declaração ou assunção de culpa pelo infrator, sendo imposto o cumprimento de condições em forma de medidas alternativas ou restritivas.

Quanto à distinção entre pena e medida alternativa, cf. item 9.1.3.1.1 e, em relação ao acordo de não persecução penal, o denominado ANPP, cf. o item 9.1.3.3 e seguintes.

8.2.3.3 – Linguagem jurídico-penal¹¹³⁹.

O ambiente jurídico *deve ser compreendido como um universo linguístico*, pelo que precisa afinar-se com a dimensão humanística provocada pela Constituição, como assinala com propriedade LENIO STRECK¹¹⁴⁰. Para todos os efeitos, o Direito é linguagem e assim, necessariamente há de ser

¹¹³⁶ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em <http://www.mj.gov.br/depen>. Acesso em: 3 dez. 2012).

¹¹³⁷ Ibid.

¹¹³⁸ Ibid.

¹¹³⁹ Cf. item 1.3.10, supra, que aborda a questão da linguagem na perspectiva do movimento abolicionista.

¹¹⁴⁰ Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma abordagem hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63. CASTANHEIRA NEVES, apud STRECK, reclama por que os juristas não se dão conta de que “o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito é – numa linguagem e como linguagem – propõe-

concebido, isto é, nas *significações linguísticas em que se constitui e exprime*. Essa necessidade de modificação substancial da linguagem jurídica traz consequência mais premente na seara criminal, certamente o espaço jurídico em que a prática forense e a jurisprudência mais se revelam impregnadas de discursos jurídicos desalinhados com a deontologia da linguagem, fomentados por um paradigma normativo forjado sob a batuta da Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história institucional. Cabe lembrar que essa Carta foi alvitrada para conferir legitimidade ao Golpe de Estado patrocinado por Getúlio Vargas, servindo de pano de fundo para a instauração de um Estado autoritário, com forte concentração de poder nas mãos do chefe do executivo, em detrimento de garantias previstas para os cidadãos.

Assim, a identificação do viés de um sistema jurídico passa, necessariamente, para além do exame da Constituição, pela leitura da legislação criminal, mais especificamente, dos códigos penal e processual penal. Se esses ramos são rígidos e possuem a marca da repressão, sem valorização maior aos direitos fundamentais, o sistema criminal estará em descompasso com um ambiente democrático. A roupagem linguística do sistema, portanto, estreme dúvidas algumas, revela muito do seu conteúdo. Sem embargado de revelar o seu perfil, a linguagem normativa influencia o discurso jurídico. Veja-se uma o exemplo de uma expressão que é dita e repetida de forma acrítica, a ponto de ter encontrado guarida também na Constituição de 1988. A referência é em relação à expressão *liberdade provisória*.

Essa nomenclatura é própria da ideologia impregnada na redação originária do Código de Processo Penal, que tinha como regra a prisão, pois, ademais da prisão preventiva obrigatória, a sentença penal condenatória de primeiro grau, por si só, autorizava o recolhimento ao cárcere, quando não se tratava de crime afiançável. Na medida em que é cláusula pétrea a vedação da prisão perpétua e a Constituição de 1988, mercê do princípio da presunção de não culpabilidade, realçou que a prisão é uma medida cautelar, a regra é a liberdade, não sendo correto dizer que esse direito seja provisório. Em verdade a prisão em si, seja ela definitiva ou processual, sempre será por tempo determinado, enquanto a liberdade – em certo sentido – é *eterna*, podendo ser suprimida apenas por determinado espaço temporal, em suma, não superior a 40 (trinta) anos.

Para além dessa problemática gerada pelo referencial normativo, a cultura da prisão impregnada na sociedade, no sentido de que justiça no ambiente criminal só se faz mediante a punição, que consiste em determinar que alguém seja colocado na prisão – e ainda que o cumprimento seja no regime fechado –, fomenta o emprego de discurso jurídico que não está em compasso com o arquétipo do Estado de Direito Constitucional.

Por isso mesmo, a necessidade de modificação substancial da linguagem jurídica traz consequência mais premente na seara criminal, o espaço jurídico em que a prática forense e a jurisprudencial mais se revelam impregnadas de preconceitos. Expressões tão ao gosto de alguns policiais, e mesmo de alguns integrantes do Ministério Público e da magistratura, como *elemento* e *meliante*, por exemplo, são pejorativas e não se coadunam com uma linguagem de cunho democrático, centrado na valorização da dignidade humana.

A ciência processual penal custodiada pelo respeito à dignidade da pessoa humana, sem embargo de orientar-se ao estabelecimento de uma essência humanística desse ramo do Direito, exige a alteração profunda da linguística, diante da necessidade de sua adequação a esse princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro. LUIS ALBERTO WARAT¹¹⁴¹ leciona que o homem, ao emitir uma mensagem, além dos seus propósitos, reproduz, igualmente, uma concepção de mundo, daí por que se identifica, nela, uma *função dominadora*, “... destinada a refletir sobre os propósitos sociais da linguagem, sobre o poder dos discursos”¹¹⁴².

Certamente, os juristas e filósofos, estrangeiros e nacionais, sempre se ocuparam em afirmar a íntima relação entre Direito e linguagem, colocando o tema como um dos pontos principais da doutrina jurígena. STRECK confirma que a questão da linguagem sempre ocupou a mente dos filósofos, podendo ser atribuída ao escrito Crátilo, de Platão, no ano de 388 a.C, a primeira obra

se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é” (Ibid., p. 62).

¹¹⁴¹ *O direito e a sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 67.

¹¹⁴² Ibid. p. 67.

de filosofia nessa área¹¹⁴³. Todavia, a análise linguística – observa MARCELO NAVARRO¹¹⁴⁴ –, que antes se continha nas investigações sintática e semântica, alargou-se, com a evolução da *Semiótica*, para uma terceira dimensão, a *pragmática*, que é a parte que trata “... dos efeitos comportamentais da comunicação, isto é, as relações entre os signos e seus intérpretes ou usuários, bem como do discurso e seus agentes, o meio onde ocorre, as possíveis interferências que à vista disso podem sofrer etc.”

O discurso jurídico na seara criminal, mais do que em qualquer outra área do Direito, descortina o perfil ideológico do agente e do sistema jurídico em si. Em notável estudo sobre o tema, LUIS ALBERTO WARAT ensina, após fazer as distinções pertinentes à linguagem do positivismo lógico kelseniano e a filosofia da linguagem ordinária, que os signos linguísticos sofrem mutação no *processo de conhecimento* e que toda expressão utilizada, para a sua plena compreensão, precisa ser examinada não só tendo em conta o *dito*, mas também o *calado*¹¹⁴⁵. Isso se dá porque, alerta o autor, “A mensagem nunca se esgota na significação de base das palavras empregadas”¹¹⁴⁶. Sente-se que, embora, nos últimos tempos, tenha havido alinhamento maior da linguagem com a doutrina humanística, ainda há muito a se avançar no escopo de estabelecer uma coerente relação daquela com um sistema jurídico que tem como esteio a dignidade da pessoa humana, o que implica uma revisitação mais aprofundada quanto à nomenclatura de diversos institutos do processo penal a partir mesmo da própria denominação escolhida para significar esse ramo do saber. Com efeito, a expressão *processo penal* evidencia uma ideia repressiva e punitiva desse ramo do Direito, cuja preocupação maior é com a pena, pensamento adequado à ideologia dominante na época da edição do nosso atual código. A expressão *processo criminal*, por outro lado, revela um estatuto que se ocupa em servir de instrumento à resolução do problema social decorrente do crime, expressão, por conseguinte, mais consentânea com a ideia liberal, que predominou quando da edição do Código de Processo Criminal de 1832¹¹⁴⁷.

Em suma, a dignidade da pessoa humana, como regra hermenêutica que serve para orientar a investigação da inteligência dos direitos fundamentais, quer dizer, na seara processual criminal, que o acusado é um sujeito de direitos, não sendo apenas um objeto de investigação, ao qual se reconhece o interesse legítimo de contrapor-se à pretensão acusatória ou condenatória do Estado que, conquanto necessária e indispensável para o (r)estabelecimento da segurança pública, não pode ser exercida sem que essa gama de direitos essenciais seja respeitada, até mesmo quanto ao tratamento linguístico.

A linguagem escrita e falada criminal, não raro, é muito pejorativa. As entrevistas na televisão dos agentes oficiais que lidam com a matéria – notadamente policiais e membros do Ministério Público – revelam essa realidade. Ademais, infelizmente, ainda é prática comum, nos debates levados a efeito no tribunal do júri, notar-se os excessos verbais contra a pessoa do acusado, dispensando-se a este o tratamento mais vil possível, a fim de, assim, conseguir suscitar a ira contra ele por parte do corpo de jurados. Essa é uma técnica recorrente.

Aqui, essa postura democrática da linguagem jurídico-penal se aproxima de uma das variantes do movimento abolicionista, naquilo em que ele propõe uma nova *maneira de olhar para a justiça criminal*, a partir mesmo da modificação da *linguagem criminológica*, que precisa adequar-se aos valores emanados do preceito da dignidade humana.

Mais essa perspectiva ainda está longe de ser atingida. Em pesquisa coordenada pelo autor, que teve como objeto o exame das decisões exaradas nas jurisdições de primeiro e segundo graus – 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, Tribunal Regional Federal da 5ª. Região e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte e dos tribunais superiores – observa-se que o discurso judicial, influenciado pela dicção normativa do Código de Processo Penal, ainda está atrelado à ideia de um sistema normativo de viés punitivista, em que a finalidade processual é encontrar a *verdade*¹¹⁴⁸.

¹¹⁴³ *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 111.

¹¹⁴⁴ *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 39. Esse assunto será retomado mais adiante.

¹¹⁴⁵ Op. cit., p. 65.

¹¹⁴⁶ *ibid.*

¹¹⁴⁷ Cf. item 1.4.2, *supra*.

¹¹⁴⁸ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (orgs.) *Direito e linguagem nas decisões criminais*. Natal: OWL, 2019. Esse livro foi elaborado com base no Projeto de Pesquisa *O direito criminal como corpo normativo construtivo*

A pesquisa em referência revela que o discurso judicial em geral denota uma concepção de mundo do julgador, refletindo fatores extrajurídicos como valores pessoais e ideológicos do juiz (instituições, personalidade, preferências, pré-conceitos e mesmo preconceitos), concepções políticas e institucionais e mesmo influências sociais, notadamente as pressões exercidas pelos meios de comunicação e redes sociais.

Há de se atentar que, em compasso com a Constituição de 1988, os direitos fundamentais passaram a ser a espinha dorsal do ordenamento jurídico, de modo que o Código de Processo Penal – e, claro, mesmo leis processuais penais mais recentes –, precisa ser relido e compreendido sob as lentes dessa classe de direitos, tendo como norte que o modelo do sistema mudou para o acusatório, o único compatível com o *Estado democrático-constitucional*, perfil de estado proclamado logo no art. 1º, caput, da Magna Carta.

Em resumo, a linguagem jurídico-penal, no contexto de um Estado Democrático-Constitucional, implica na necessidade de alteração da maneira de olhar *da e para* a justiça criminal, a partir da modificação da *linguagem criminológica*, que há de estar em compasso com os valores exalados do preceito da dignidade humana.

Essa assertiva leva à conclusão de que a modificação do discurso há de ser de forma *radical*, especialmente na academia, mediante, entre outras iniciativas, o desenvolvimento de pesquisas a respeito, tendo em mira alcançar uma verdadeira *abolição acadêmica*, no sentido de conscientizar a sociedade em si, o que abrange especificamente os operadores dos meios de comunicação social e das mídias sociais em geral, quanto à inadequação da postura indiferente ao problema alheio e à necessidade de que todos sejam tratados conforme o valor da dignidade humana, sendo rechaçado e criticado o discurso escrito ou oral que exorbita dessa máxima, independentemente de seu porta-voz – policiais, políticos, membros do Ministério Público e juízes¹¹⁴⁹.

8.2.4 – Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Ao estabelecer os valores sociais do trabalho e, mais adiante, assegurar o direito à educação, o constituinte ressaltou a dimensão axiológica do trabalho e da educação nas suas perspectivas individual e coletiva. Com esteio na dicção constitucional, pode-se estabelecer que, se o trabalho e a educação, por um lado, são acontecimentos importantes para o desenvolvimento social, de outro, constituem bem jurídico inerente à condição humana, que deve ser assegurado como forma não apenas de permitir a exteriorização da personalidade mediante a realização profissional, mas também como meio de cumprir a finalidade da pena, que é buscar a ressocialização. Sem educação não há capacitação para o trabalho e sem formação educacional adequada, ainda que o preso seja inserido no mercado de trabalho, a sua (re)adaptação aos valores da vida em sociedade tem-se por comprometida.

O respeito aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa como um dos fundamentos da democracia brasileira, em sua repercussão para o âmbito do Direito Processual Penal, garante ao acusado, e mesmo ao condenado, o direito de exercer, dentro do possível, atividade profissional que lhe propicie cooperar com o sustento de sua família ou mesmo a formação de um pequeno fundo monetário a ser utilizado para satisfazer suas necessidades futuras, principalmente para uso após a saída da prisão, em razão do cumprimento da pena ou da concessão de livramento condicional.

Com isso, se quer dizer que o preso, no sistema jurídico brasileiro, tem o direito de trabalhar e, por consectário, de estudar e mesmo de aprender um ofício¹¹⁵⁰. Até porque, há de convir-se que, em um sistema criminal cuja finalidade maior é voltada para a *recuperação* daquele inserido na delinquência, o mecanismo eficiente a ser adotado na (res)socialização, ao lado do trabalho, é justamente a educação.

Em harmonia com a dicção constitucional, a legislação processual penal anterior à Carta de 1988 já contemplava o trabalho como um direito do preso, independentemente do tipo de crime ou

do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva, criado no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, sob a minha coordenação científica.

¹¹⁴⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (orgs.). *Direito e linguagem nas decisões criminais*, p. 50.

¹¹⁵⁰ A assistência educacional é um dos direitos do preso, compreendendo não só a instrução escolar como a formação profissional, conforme está expresso no art. 17 da Lei nº 7.210, de 1984.

do regime de cumprimento da pena. Com efeito, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984¹¹⁵¹, norma de regência do cumprimento de pena dos condenados, que compreende normas de Direito Processual Penal e de Direito Penitenciário, inspirada na concepção moderna de que a pena, conquanto deva prestar-se a punir, deve ser executada no sentido de prevenir o crime, além de ter em mira orientar o preso no retorno à convivência em sociedade – mediante assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa –, deixa expresso que constitui direito do preso o exercício das *atividades profissionais* (art. 41, VI). Sente-se a influência, na legislação em destaque, da doutrina expandida na teoria da Nova Defesa Social, de MARC ANCEL, de acordo com a qual a pena tem como escopo proporcionar a (re)adaptação do condenado ao meio social, única forma efetiva de defender a sociedade da potencialidade delinquente externada com a conduta ilícita que ensejou a sanção criminal mediante a imposição da prisão.

Conquanto se admita que, em determinados crimes, sejam aplicadas restrições do direito ao desempenho de atividades laborativas específicas, o direito ao trabalho e ao estudo, na qualidade de atributos da própria condição humana, não podem ser negados, por mais hediondo que tenha sido o crime praticado, salvo quando o comportamento do preso não o recomende. Até porque não se concebe outra forma de se tentar a ressocialização do condenado do que o método consistente na sua qualificação por meio da educação e paulatina inserção no mercado de trabalho.

Sentindo essa verdade, o legislador da Lei de Execução Penal erigiu o trabalho à categoria de *dever social e condição de dignidade humana* do condenado, com finalidade não apenas educativa, mas também produtiva (art. 28, caput). Ou seja, o trabalho, para o preso, é um dever social e uma das medidas empregadas pela administração carcerária na tentativa de atingir a finalidade da pena, que é a reeducação, daí por que, na dicção do art. 31 da Lei em referência, “O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade”.

O preso, assim, *não só tem o direito, como o dever* mesmo de trabalhar e estudar o que, visto sob outra ótica, impõe o reconhecimento de que o Estado, por meio do estabelecimento carcerário, tem a obrigação de oferecer oportunidades adequadas para que ele desempenhe atividade laborativa, independentemente do tipo de crime praticado¹¹⁵². Para fomentar a atividade laboral dos presidiários, a lei permite que fundação ou empresa pública gerencie o trabalho, tendo como finalidade precípua a formação profissional do interno, e promova e supervisione a produção, com critérios e métodos empresariais, cuidando de providenciar a comercialização e ficando com o encargo de suportar as despesas operacionais, aí incluída a remuneração adequada ao preso que presta o serviço¹¹⁵³.

O direito ao trabalho pode ser interno ou externo, sendo aquele próprio para os presos com cumprimento de pena em regime fechado, enquanto este para os que se encontram em regime aberto ou semiaberto. De qualquer modo, mesmo o preso em regime fechado pode desempenhar trabalho externo, quando recrutado para serviço ou obra pública realizada por órgãos da administração direta ou indireta ou entidades privadas, desde que tomadas as providências necessárias para evitar a fuga e manter a disciplina.

No plano internacional, a orientação das Regras Mínimas é no sentido de que o preso não julgado tem o direito ao trabalho remunerado, com a vedação de que isso seja imposto contra a sua vontade (art. 89). O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos tratou com mais detalhe do assunto, ao coibir, apenas, os trabalhos forçados ou obrigatórios e esclarecer que, dentre outros, assim não é entendido “qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações

¹¹⁵¹ Em consonância com a lei de regência, o trabalho do preso, nada obstante não esteja sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, deve ser remunerado, não podendo a contraprestação ser inferior a três quartos do salário mínimo. Qualquer que seja a remuneração, o seu produto, ainda de acordo com a intenção do legislador, deve ser suficiente para a indenização dos danos causados pelo crime – desde que determinado judicialmente –, dar assistência à família, atender despesas pessoais e para ressarcir o Estado das despesas com a sua manutenção (art. 29, § 1º, a/d, da Lei nº 7.210, de 1984), devendo o que sobejar ser depositado em caderneta de poupança para constituição de pecúlio, a ser entregue ao condenado quando readquirir o direito à liberdade.

¹¹⁵² Tendo isso em consideração, a Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, em convênio com o Estado do Rio Grande do Norte, tem um programa de trabalho para o preso, ao qual é assegurada a percepção de um salário mínimo.

¹¹⁵³ O Estado, por sua vez, deve empreender campanha de conscientização para incentivar o debate do assunto perante a sociedade, a fim de conseguir sensibilizar a todos da necessidade da formação de parcerias, ainda que não seja para a implementação do pleno emprego nos presídios, pelo menos para fazer com que se compreenda a importância da abertura do mercado de trabalho para os condenados, como instrumento de ressocialização e medida preventiva na área de segurança pública.

cívicas normais”. (art. 8º, 3, c, IV). Vê-se, assim, que não tem descompasso com as normas internacionais o preceito interno brasileiro que impõe a obrigatoriedade do trabalho, até porque a atividade laboral é uma das formas de tratamento em busca da reabilitação do preso, sendo, portanto, um direito e dever social do interno¹¹⁵⁴.

Ademais de assegurada a remuneração, está resguardado o respeito à dignidade humana. O que não parece em sintonia com a cláusula constitucional é o fato de a legislação infraconstitucional permitir que a remuneração do preso seja fixada em valor de até três quartos do salário mínimo (29, caput, da Lei nº 7.210/84). Pelo valor do salário mínimo, é difícil imaginar que uma remuneração inferior a esse patamar respeite o conteúdo do princípio da dignidade humana.

No entanto, o legislador, na redação originária da Lei de Execução Penal cometeu o equívoco de não fazer a previsão quanto à possibilidade de o estudo, assim como o trabalho, conferir ao preso a oportunidade de diminuir, pelo instituto da remição, o tempo de pena a cumprir.

Coube à jurisprudência avançar sobre o assunto, a fim de, por analogia ao trabalho, suprir a lacuna da lei, de modo a garantir ao preso também o direito à remição da pena, quando ele exercer atividade de estudo durante o cumprimento da pena. Esse entendimento restou consolidado na jurisprudência por meio da edição pelo Superior Tribunal de Justiça da Súmula 341, com o seguinte teor: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

A fim de acompanhar a evolução da vida social e normatizar o entendimento sumular acima, o legislador, mediante a Lei nº 12.433, de 2011, incluiu, na Lei de Execução Penal, a possibilidade da remição da pena pelo estudo (art. 126, caput).

De qualquer sorte, para ampliar e qualificar a oferta de educação nos estabelecimentos carcerários, a Presidência da República instituiu, por meio do Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011, o Plano Estratégico de Educação no âmbito do sistema prisional, contemplando a educação básica de jovens e adultos, a educação profissional e tecnológica, e até mesmo a educação superior.

Nada obstante, diante da dificuldade da oferta de oportunidade de estudo formal aos presos inseridos no sistema carcerário federal, de forma pioneira, a Corregedoria Judicial do Presídio Federal de Catanduvas/PR, mediante ato normativo, também por analogia, instituiu e estimulou a *remição pela leitura*. Essa boa prática da remição pela leitura, por provocação do Fórum Permanente do Sistema Penitenciário Federal, foi estendida para todo o sistema prisional federal, por meio da Portaria Conjunta nº 276, de 20 de junho de 2012, assinada pelo Ministro Corregedor-Geral da Justiça Federal e pelo Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional.

8.3 – Objetivos fundamentais do sistema Democrático-Constitucional.

Na determinação do alcance dos direitos fundamentais plasmados na Constituição, os *objetivos fundamentais* do sistema Democrático-Constitucional, assim como os princípios fundamentais deste sistema pinçados acima, servem de norte a guiar o exegeta. Eles também se prestam para apresentar o arcabouço constitucional dentro do qual os direitos essenciais devem ser valorados, permitindo, desse modo, que se tenha uma compreensão mais exata do real sentido da declaração de direitos estampada nos incisos do art. 5º da Carta Magna de 1988.

Na parte que interessa à teoria constitucional do Processo Penal, convém destacar os objetivos fundamentais que comprometem o Estado brasileiro com o formato de uma sociedade livre, justa e solidária, que deve ter como meta inadiável erradicar a marginalização e promover o bem de todos, sem qualquer espécie de preconceito.

8.3.1 – Construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A proclamação de que o regime jurídico brasileiro consagra uma *sociedade livre* conduz à concepção de que a liberdade, em seus mais variados quadrantes, é um paradigma que se deve fazer presente na mente do jurista. Na seara criminal, isso quer dizer que a regra é a preservação do direito

¹¹⁵⁴ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (Orgs.) *Crime, violência e segurança pública: apontamentos para uma política de estado*. (Kindle) Natal: OWL, 2020, p. 2768.

de liberdade do cidadão, somente sendo pertinente escoimá-la em situações extremas, quando a medida coercitiva mostra-se (absolutamente) necessária.¹¹⁵⁵ O processo penal, de acordo com essa premissa, como instrumento de implementação da política criminal em um caso concreto, deve ser comandado no sentido de preservar, na medida do possível, a materialização do primado da sociedade livre. Isso tem implicação não apenas quando o juiz se debruça sobre o pedido de uma medida extrema, como é a decretação da prisão processual, mas igualmente em outras não menos drásticas, como aquelas que se referem à permissão de invasão do domicílio e quebra do sigilo de comunicação telefônica, por exemplo.¹¹⁵⁶ Essa regra, alçada à categoria de objetivo fundamental do Estado brasileiro, a par de reforçar o direito de liberdade como preceito, denota que as medidas judiciais tomadas como exceções a ela devem ser plenamente justificáveis, sob pena de não se conformarem com o ideário constitucional.

A cláusula da *sociedade justa* realça o entendimento de que, por mais legítima que seja a pretensão punitiva do Estado, ela deve ser pautada pela ética constitucional, com pleno respeito aos direitos fundamentais do homem. Os fins, em uma sociedade justa, não justificam os meios, de modo que, conquanto os direitos fundamentais não sejam absolutos, o respeito a eles é imprescindível para a legitimidade e legalidade do exercício do direito de punir do Estado.

A solidariedade penal é corroborada pelo que dispõe o art. 144, caput, da Constituição de 1988, na medida em que, de um lado, preceitua que a segurança pública é um *dever do Estado* e, de outro, informa que ela é uma *responsabilidade de todos*. Longe de, com isso, se sustentar na *privatização da segurança pública*, a previsão constitucional fomenta a construção de uma sociedade solidária, o que, na seara do processo penal, significa que não só o Estado deve atuar no trato da criminalidade, pois as pessoas jurídicas e físicas devem ser copartícipes nessa questão, com necessária contribuição, especialmente para a implementação de medidas ressocializadoras e descriminalizadoras.

Na execução da pena, por exemplo, a despeito das fundações e empresas públicas, os órgãos da administração direta e indireta, em geral, do mesmo modo como as entidades semelhantes à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, sindicatos, entidades de classe, conselhos comunitários e as empresas comerciais e industriais, devem colaborar para proporcionar mercado de trabalho aos condenados, atuando, assim, de forma decisiva, na recuperação dos presos¹¹⁵⁷. É o primado da sociedade solidária na seara criminal, que emana dos pactos internacionais. Com efeito, nos termos do art. 61 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, na execução da pena, mesmo quando ela for da categoria de privação do direito de liberdade, o tratamento deve enfatizar não a exclusão do preso da comunidade, mas a continuação de sua participação no meio social, devendo, para tanto, recrutarem-se entidades comunitárias para dar assistência ao pessoal do estabelecimento penal na tarefa de reabilitação social dos presos.

Não apenas a oportunidade de emprego a presos e egressos, como também a formalização de convênios com os órgãos jurisdicionais para aumentar o leque de opções quanto à aplicação de penas restritivas de direitos são formas de materialização da programação constitucional em destaque. Quanto às penas restritivas de direitos, a parceria com entidades públicas e privadas é imprescindível para que haja mais *alternativas* quanto à aplicação de sanções socioeducativas que sirvam, de um lado, para tentar conscientizar o agente infrator em relação aos deveres da vida em sociedade e, de outro, para que ele participe ativamente na solução de problemas sociais dos mais variados matizes, suscitando nele o despertar do sentimento de solidariedade humana.

O que se está a defender é que a cláusula da solidariedade inserida em um sistema processual penal democrático-constitucional significa não só a elaboração de legislação que estimule a participação da sociedade no combate à criminalidade e na (res)socialização do agente infrator, como igualmente a participação de todos em projeto social amplo voltado a minorar a crescente criminalidade.

¹¹⁵⁵ Cf. item 9.6, *infra*.

¹¹⁵⁶ Cf. item 7.2, *supra*.

¹¹⁵⁷ O Conselho Nacional de Justiça tomou importante iniciativa nesse sentido, instituindo o programa *Começar de novo*. Cf. www.cnj.jus.br.

8.3.2 – Erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais.

A declaração constante no art. 3º da Carta Magna de que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é *erradicar a pobreza e a marginalização*, consagra o princípio da não incriminação, de modo que só devem ingressar, no campo penal, as condutas que não encontrem sanção suficiente pelos demais ramos do Direito. É o embrião do princípio da intervenção mínima, que ressalta o caráter subsidiário do Direito Penal. A conduta antissocial somente interessa à ciência criminal se e quando os demais ramos do Direito não contemplarem resposta suficiente para sancionar o agir desconforme aos valores sociais encartados no ordenamento jurídico posto.

Sobre o assunto, ROGÉRIO GRECO, após asseverar que o Direito Penal só deve preocupar-se com os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, acentua que “O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal”¹¹⁵⁸. Nesse processo de escolha, o legislador é orientado pelo *princípio da intervenção mínima* que “... é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização”¹¹⁵⁹. No ponto, CLAUS ROXIN vê o Direito Penal do futuro preocupado apenas com os direitos considerados graves, diante da concepção de que “... a justiça criminal é um mal talvez necessário o que, por isso, deve promover – mas que continua sendo um mal”¹¹⁶⁰.

Em verdade, essa ideia veio a ser conhecida desde a obra de BECCARIA que, em linha de rigor, desenvolveu, na seara criminal, a doutrina utilitarista de HOBBS¹¹⁶¹. Em consonância com essa ótica, a sanção penal, conquanto necessária, é um mal, razão pela qual deve ser utilizada com parcimônia e economicidade, de modo que somente seja prevista e aplicada para casos em que realmente ela se mostre imprescindível. Firmando passo nessa ideologia liberal, a Constituição Imperial de 1824, ao agasalhar, em seu texto, uma declaração de direitos que guardava identidade com o movimento iluminista e com a orientação criminal da Escola Clássica, deixou consignado, logo no item 2º do art. 179¹¹⁶², que nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública¹¹⁶³.

Transpondo essa assertiva para os dias de hoje, impõe-se considerar que o sistema criminal, em si mesmo, é *marginalizante*. Veja-se que o *movimento abolicionista* parte dessa constatação real para defender, com uma corrente mais radical, a erradicação do próprio sistema, e outra, mais ponderada, a política do sistema criminal, a começar pela linguagem¹¹⁶⁴. Se um dos princípios fundamentais da democracia é *erradicar a marginalização*, a política criminal, em todos os seus níveis – legislativo, administrativo e judicial –, há de ser implementada tendo em conta essa ideologia.

Com efeito, se o sistema criminal em si é marginalizante, mister se faz que sejam adotadas as medidas que se mostrem eficientes no sentido de eliminar esse defeito. Com suporte na assertiva de que o sistema criminal deve ser voltado para afastar a marginalização, reforça-se a ideia de que o processo penal imaginado na dimensão democrática tem o garantismo como ferramenta e se constrói sob premissas *mais educativas do que punitivas*. Se a prisão *não cura*, antes *corrompe*, o processo deve ser um instrumento de pesquisa quanto à melhor maneira de resolver o problema social que está posto a deslinde, seja para evitar a aplicação da pena restritiva de liberdade, seja para descriminalizar

¹¹⁵⁸ *Curso de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 50. CLAUS ROXIN, apud ROGÉRIO GRECO, do alto de sua autoridade, arremata: “O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso, se denomina a pena como a ultima ratio da política social” e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos” (Ibid., p. 51).

¹¹⁵⁹ Ibid., p. 50.

¹¹⁶⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2.

¹¹⁶¹ Cf. item 1.3.1., supra.

¹¹⁶² Conforme foi visto no tópico referente aos direitos fundamentais na Constituição de 1824, a declaração desses direitos constou do art. 179, em trinta e cinco itens. Cf. item 4.1.

¹¹⁶³ No livro *Dos delitos e das penas*, BECCARIA, ao tempo em que defendeu os princípios da legalidade e da reserva legal como cláusulas indispensáveis à limitação dos arbítrios do Estado, advertiu que “Proibir grande quantidade de ações indiferentes não é prevenir os delitos que daí possam nascer, mas é criar novos...” (Op. cit., p. 110).

¹¹⁶⁴ Cf. item 1.3.10, supra.

ou despenalizar a conduta. Por isso mesmo, o processo penal democrático comprometido em erradicar a marginalização não se contém no *garantismo puro*, vai mais além para, em muitos casos, sair da sua neutralidade – que tem como objeto descobrir a verdade e aplicar a medida criminal mais consentânea com os seus fins – e servir de meio à descriminalização ou despenalização da ação do agente.

Laborar no sentido de cumprir o preceito constitucional que impõe como meta do Estado Democrático-Constitucional erradicar a marginalização resulta em dizer que não apenas o processo seja direcionado à aplicação de medidas alternativas, como ele próprio se preste para descriminalizar ou despenalizar a conduta tida como delituosa pelo legislador. De fato, para diminuir a marginalização normativa o único mecanismo do qual se pode valer não é a obra legislativa, pois a descriminalização ou despenalização e consequente desmarginalização pontual podem ser feitas por meio do processo. Essa é uma tendência que se verifica no processo penal brasileiro, a partir da introdução, em nosso meio, de algumas alterações substanciais, notadamente com os institutos da transação e da suspensão condicional do processo, estampados na Lei nº 9.099, de 1995¹¹⁶⁵ e, agora, com o acordo de não persecução penal, instituto inserido no CPP pelo chamado *Pacote Anticrime* (Lei nº 13.964, de 2019).

Em rigor dogmático, pode-se dizer que há as *medidas alternativas em gênero*, que se dividem nas medidas alternativas propriamente ditas ou medidas restritivas e nas *penas alternativas*¹¹⁶⁶. *Penas alternativas* são aquelas em que, reconhecida a culpa do acusado e aplicada, em consequência, a pena privativa de liberdade, substituem a prisão.

Já as medidas alternativas propriamente ditas ou medidas restritivas são aquelas que permitem ao juiz, por meio do processo, sem reconhecer a culpa do agente, solucionar, de forma negociada, o conflito penal, impondo, como condição, o cumprimento de determinadas exigências que podem ser idênticas, ou não, às penas alternativas. A distinção é importante porque, no caso das medidas alternativas propriamente ditas, cumpridas as exigências no prazo assinado, prolata-se sentença declaratória, determinando a extinção da punibilidade, como se crime nenhum tivesse sido praticado.

Em outras palavras, o próprio processo é utilizado como instrumento para despenalizar a conduta do agente. Ao invés da *lei*, quem despenaliza é o *processo*; ao invés do legislador, o juiz. São os casos da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos institutos inseridos em nosso ordenamento em razão do estímulo constitucional à criação, dentro da estrutura do Poder Judiciário, dos juizados especiais¹¹⁶⁷. Ao invés de descriminalizar determinados crimes considerados de menor potencial ofensivo, o legislador preferiu deixar que, no contexto do processo penal, a despenalização da conduta ocorra de modo negociado. A solução alvitrada teve como norte a ideia de que a necessária filtragem do assunto-problema pelo processo penal serviria para que a questão fosse tratada de forma educativa/ressocializadora, com a imposição de algumas exigências a serem cumpridas pelo responsável pelo ato ilícito, sem, contudo, haver o reconhecimento ou a declaração de culpa.

Com a transação, não há condenação, dá-se apenas, ante a evidência da prática do crime, a solução consensual do problema e, ao final do prazo estabelecido, cumpridas todas as exigências¹¹⁶⁸, ocorre a declaração formal da extinção da punibilidade, como se crime nenhum tivesse sido praticado. Esse tratamento criminal desenvolvido dentro da relação processual tem como principal resultado a circunstância de despenalizar a conduta do agente. Consequentemente, o agente não é condenado, ocorre a extinção da punibilidade e ele permanece como se primário fosse.

A mesma ideia subjaz em relação à suspensão condicional do processo, igualmente uma *medida alternativa propriamente dita ou medida restritiva*. Mediante a suspensão condicional do processo, consegue-se solucionar a questão criminal sem que seja reconhecida a responsabilidade e mesmo aplicada pena alguma, senão estabelecidas condições que devem ser cumpridas pelo agente no período de dois a quatro anos, ao cabo do qual ocorre o pronunciamento judicial declaratório de

¹¹⁶⁵ Cf. os itens 9.1.2.1 e 9.1.3.2, *infra*.

¹¹⁶⁶ Cf. item 9.1.3.1.1, *infra*.

¹¹⁶⁷ A Lei nº 9.099, de 1995, ao instituir os juizados especiais estaduais, fez a previsão da suspensão condicional do processo, instituto que se aplica aos órgãos tradicionais da estrutura do Poder Judiciário.

¹¹⁶⁸ Ainda que, como condição para a transação, o juiz estabeleça algumas penas restritivas, nesse caso, elas não são propriamente *penas*, mas sim *medidas alternativas*.

extinção da punibilidade. Ou seja, a suspensão condicional do processo, nessa vertente, é uma medida alternativa em sentido estrito, instituto processual que serve para despenalizar a conduta do agente.

Todavia, agora, essa forma consensuada passa a ser hipótese de absolvição. Isso porque, com a primeira etapa da Reforma Tópica, a extinção de punibilidade foi catalogada como hipótese de absolvição sumária (art. 397, IV, do CPP), ou seja, qualquer que seja a razão da extinção de punibilidade, isso implica em prolação de sentença de natureza absolutória.

Assim, a transação penal e a suspensão do processo que eram instrumento, apenas, de *despenalização por meio de processo*, passam a ser institutos que têm como efeito impor a prolação de sentença absolutória¹¹⁶⁹.

8.3.3 – Promoção do bem de todos, sem preconceitos.

Esse princípio reforça a identidade do sistema democrático-constitucional com a ideia ressocializadora ou de redução de danos do Direito Criminal. Sob essa égide, ressalta-se que o processo penal há de ser tido como um instrumento cuja preocupação maior não é punir os agentes, mas buscar, por meio do estudo dos casos concretos, adotar uma solução que seja mais viável quanto à recuperação e *(re)orientação* de quem tenha delinquido. O preceito em foco confirma a concepção do sistema jurídico como um dos vetores de transformação social, de modo que o Direito deve ser usado como ferramenta lógica para equacionar os problemas da sociedade, dentro de uma perspectiva de futuro.

Por outro lado, o processo, na medida em que é o instrumento do qual se serve um dos órgãos do Estado – o Judiciário – para o cumprimento de sua missão constitucional, tem uma função política ativa a desempenhar. Se no modelo liberal-burguês o processo servia para que o Judiciário exercesse o controle e a conservação da sociedade, na estrutura de um Estado Democrático de Direito, ele é elaborado e deve ser visto como uma forma de promover o bem de todos, sem preconceitos, de modo a assumir a feição de instrumento de direção e transformação social.

O compromisso do Estado Democrático-Constitucional quanto ao objetivo de lutar contra o preconceito renova a necessidade de expurgar-se do sistema criminal a pecha pejorativa que recalitra guiar os passos dos agentes públicos que lidam com a criminalidade, verdade observada não apenas na postura de agentes policiais, mas igualmente de advogados, membros do Ministério Público e juízes¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁹ "... mais uma vez devido à incoerência sistêmica, embora a extinção de punibilidade seja prevista como causa de absolvição sumária (art. 397, IV, do CPP), inexplicavelmente, essa hipótese não figurou como circunstância a ensejar, no final do processo, sentença absolutória. Sem embargo da crítica que foi feita a esse respeito, embora nem toda hipótese de sentença absolutória seja, igualmente, causa para a absolvição sumária, toda circunstância que autoriza a absolvição sumária, obviamente, dá ensejo a sentença absolutória no final do processo" (SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 315-316)

¹¹⁷⁰ Cf. item 1.3.10 e 8.2.3.3, supra.

CAPÍTULO 9

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

O bosquejo teórico do processo penal segundo a perspectiva do Estado Democrático-Constitucional, missão levada a efeito neste trabalho mais diretamente no capítulo 6, revela que o modelo de Estado Constitucional, perfil escolhido pelo constituinte de 1988, tem como consequência lógica a constitucionalização de todo o sistema jurídico. Ao contrário de se pesquisar e elaborar a teoria geral de um determinado ramo do Direito, o mais adequado é perquirir os seus fundamentos constitucionais, especialmente no caso do processo penal que surgiu sob a mesma ideia da declaração dos direitos do homem, qual seja, limitar os poderes do Estado. De acordo com essa orientação, as linhas mestras do processo penal estão assentadas nos direitos fundamentais, o que torna válido afirmar que a teoria do processo penal se confunde com a própria teoria dessa categoria de direitos.

A posição aqui defendida não se constitui, propriamente, uma visão nova sobre o assunto. De fato, conforme foi exposto¹¹⁷¹, o processo foi pensado como instrumento necessário para impor limites ao exercício do dever-poder de punir do Estado. Na época, vicejava o *movimento Iluminista*, com o qual se lutava para desconstruir o modelo de Estado absoluto, que tudo podia e não conhecia regras. Até então, o Estado era visto como algo sagrado, cuja autoridade não estava sujeita a contestações nem muito menos se podia invocar algum direito contra ele¹¹⁷². O Estado existia para ser servido, e não para servir. A pessoa tinha deveres para com o Estado, mas nenhum direito contra ele. Foi aí que veio a grande transformação. No plano eminentemente político, sob o lema *liberdade, igualdade e fraternidade*, os iluministas defendiam o respeito pelo Estado dos direitos essenciais da pessoa humana e que estes ditavam os limites dos poderes estatais. Nessa perspectiva, a autoridade, para gozar de *legitimidade*, carecia de conter-se nos parâmetros traçados pelos direitos ínsitos à própria condição humana, até porque, em verdade, o detentor do poder político é o povo.

Envolvido e encantado com o pensamento iluminista, BECCARIA teve a sensibilidade de observar que o campo no qual mais se mostravam ilimitados os poderes do Estado residia, exatamente, no exercício do direito de punir¹¹⁷³. Com base em estudo empírico de vários casos concretos registrados nos ambientes forenses italianos, o pai da Escola Clássica verificou que essa área de atuação era onde se davam as maiores agressões a direitos básicos das pessoas. Não havia processo, ou seja, não existiam regras cogentes que deveriam ser observadas pelo Estado ao exercer o direito de punir. Havia apenas um ritual a ser seguido, ditado mais pela praticidade do que pela eventual reverência a direitos da pessoa levada a julgamento.

Sem um conjunto de regras delimitando a ação do Estado, a pessoa não tinha direitos nessa relação, mas apenas deveres. Sequer o direito de defesa lhe era deferido, pois não se concebia que pudesse existir uma resistência legítima ao direito de punir. Acreditava-se que se a pessoa era inocente, de defesa ela não precisava, pois a verdade, no final, triunfaria. De outro lado, caso a pessoa fosse culpada, de defesa não tinha direito. A pessoa levada a julgamento, presumia-se, era culpada e, mais do que isso, considerada e tratada, desde os primeiros momentos, como se marginal fosse, daí por que, para todos os efeitos, não podia ser portadora de direitos, visto que estes eram previstos apenas para as pessoas de *bem*. Sem direito de defesa, considerada culpada até prova em contrário, o ritual do processamento era *segreto* para a própria pessoa levada a julgamento, sendo admitida toda

¹¹⁷¹ Cf. itens 1.3.3, 1.3.3.1, 1.3.3.2, 1.3.3.3 e 1.3.3.4, supra.

¹¹⁷² Cf. itens 1.3. e 1.3.1, supra.

¹¹⁷³ Cf. itens 1.3.3, 1.3.3.1, 1.3.3.2, 1.3.3.3, supra.

sorte de prova, inclusive a abominável tortura, tida como forma legítima e eficaz de buscar a verdade e, com ela, evidenciada por meio da confissão, mostrar o acerto da decisão.

Contra essa situação infame, BECCARIA bradou com veemência no seu livro *Dos delitos e das penas*. Para ele, a fim de que o poder de punir do Estado fosse considerado legítimo, e não apenas mero exercício de autoridade, seria necessário o seu desenvolvimento consoante regras rígidas garantidoras dos direitos fundamentais da pessoa humana, porquanto esta deve ser tratada, independentemente do tipo de crime praticado, com a dignidade que lhe é congênita. Se é verdade que BECCARIA, em seu livro, defendeu a previsão de garantias que dizem respeito ao Direito Penal material, como o princípio da *reserva legal, da publicidade da lei, da tipicidade dos crimes e da proporcionalidade das penas*, a sua maior preocupação voltou-se exatamente para a seara do Direito Processual Penal¹¹⁷⁴. Isso porque ele identificou na falta de regras para o julgamento uma das maiores violências praticadas contra uma pessoa que poderia, afinal, ser inocente. A circunstância de não ser assegurado o direito de defesa; de o Estado poder produzir provas das mais diversas formas, até mesmo com o emprego da tortura; de o ritual ser secreto, como forma de intimidação, com publicidade apenas da execução da pena; e de partir-se da presunção de que a pessoa era culpada; de não haver separação e independência entre aquele que acusa e o que julga, além de outras mais anomalias, levaram BECCARIA a concentrar as suas preocupações quanto ao estabelecimento de regras para disciplinar o exercício do poder/dever de punir do Estado. Ou seja, a mesma ideia da reserva legal em relação aos crimes foi desenvolvida quanto ao julgamento, ao defender que o processo deve ditar regras para limitar a perseguição criminal.

As ideias de BECCARIA influenciaram não apenas a Declaração de Direitos do Homem da Revolução Francesa, como igualmente as declarações americanas¹¹⁷⁵. A leitura da obra do Marquês, que precedeu as duas declarações, revela, de forma suficientemente clara, que os princípios encartados no pensamento *beccariano* foram sufragados nos textos normativos americano e francês. Daí, principalmente por causa da Declaração de Direitos do Homem francesa, visto que esta continha uma proposição universal, essas ideias foram encartadas nas constituições dos países, passando a ser identificadas como direitos fundamentais. Do exame do tratamento dado aos direitos fundamentais nas constituições brasileiras, a partir mesmo da que foi editada na época imperial, observa-se que a grande maioria dos princípios pinçados no pensamento *beccariano* foi incorporada ao nosso constitucionalismo.

O que se quer deixar claro é que BECCARIA pensou nas bases do Direito Processual Penal com esteio nos direitos fundamentais catalogados depois na Constituição americana e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que mais tarde foram incorporados aos textos constitucionais sob a categoria de direitos fundamentais. Ou seja, a teoria do processo penal esboçada por BECCARIA foi declarada como alguns dos principais direitos do homem pelos americanos e franceses e, tempos depois, constitucionalizada pelos demais países, na medida em que a sua base principiológica passou a fazer parte dos direitos fundamentais. Por conseguinte, o fenômeno da *constitucionalização* do processo penal não é algo novo, vem desde os primeiros instantes de seu surgimento, muito embora o positivismo normativo, ainda impregnado na cultura brasileira e que enaltece a observação do sistema jurídico tendo como centro de atenção o ordenamento infraconstitucional, coloque barreiras a essa compreensão.

Para fins dogmáticos, a teoria do processo penal se revela por meio do estudo e compreensão dos direitos fundamentais, tal como eles estão concebidos em nosso sistema jurídico. Neste capítulo, são esmiuçadas, dentro da perspectiva do Estado democrático-constitucional, da hermenêutica e das premissas interpretativas dos direitos fundamentais estudadas nos capítulos 6, 7 e 8, as cláusulas constitucionais que revelam a teoria (constitucional) do processo penal. No escopo de conferir tratamento dogmático necessário para o desenvolvimento lógico do pensamento, faz-se a divisão do capítulo tendo em conta a *função e a natureza jurídica dos bens jurídicos* tutelados pelos direitos fundamentais. Nessa ordem de ideias, os direitos fundamentais são apresentados como os relativos ao princípio: (1) do devido processo legal; (2) da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade; (3) acusatório; (4) da inviolabilidade da intimidade; (5) da ampla defesa; e (6) da liberdade. Com esse recorte metodológico, é feito o estudo aprofundado dos direitos fundamentais,

¹¹⁷⁴ Este assunto foi explorado com profundidade no item 1.3.3.2, supra.

¹¹⁷⁵ Cf. itens 3.2 e 3.3, supra.

fazendo-se referência não apenas à doutrina, mas, sobretudo, ao grande patrimônio jurisprudencial construído, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional a quem compete, em nosso sistema, dar a última palavra na matéria.

Como se vê, em um sistema democrático que tem como espinha dorsal os direitos fundamentais, o sistema processual penal não pode ser utilizado como arma para fins de perseguição política, transformando o processo penal em arena para o desenvolvimento *guerra jurídica*. Essa situação é denominada *lawfare*, composta das palavras *law* (direito) e *wafare* (guerra), expressão cunhada nos idos dos anos 1970, cenário que tem sido identificado no Brasil, notadamente com a *Lava Jato*. Esse fenômeno também se faz sentir em vários países da América Latina¹¹⁷⁶ e mesmo na Europa, como é o caso de Portugal¹¹⁷⁷.

Para além desse aspecto, a despeito dos princípios e regras que limitam e legitimam a persecução penal, para a validade do processo é imprescindível a imparcialidade do juiz, que diz respeito ao que tecnicamente se denomina *competência subjetiva* do juiz. Assim ao lado da *competência objetiva*, que é a circunstância de ser da alçada do juiz conhecer e julgar a matéria, impõe-se que o juiz seja *subjetivamente capaz*, ou melhor, seja *imparcial*, não haja nenhuma causa de impedimento ou suspeição (arts. 252 e 254 do CPP), aplicando-se ainda, subsidiariamente, as regras do NCPC (arts. 144 e 145).

9.1 – Princípio do devido processo legal: origem e definição.

Praticada uma ação catalogada em lei elaborada pelo Legislativo como ilícito penal, exsurge para o Executivo o dever-poder de buscar a responsabilidade de quem foi o seu autor, necessitando, para tanto, após reunir as provas quanto à materialidade e autoria do crime, ajuizar a ação perante o Judiciário, com o correspondente pedido para que seja aplicada a sanção ou medida judicial adequada. É como se o Estado fosse três pessoas distintas: (1) uma, o Legislativo, a que faz as leis e define, no plano abstrato, quais são os crimes possíveis de punição e as penas ou medidas aplicáveis; (2) outra, o Executivo (polícia judiciária e Ministério Público)¹¹⁷⁸, incumbida de envidar os esforços no desiderato de pleitear a aplicação, no caso concreto, da sanção ou medida prevista na lei; e, por fim, (3) uma terceira pessoa, o Judiciário, que tem como função conhecer e processar o pleito do Executivo para, no final, julgar o caso, decidindo pela pertinência, ou não, da *persecutio criminis*. A missão do Judiciário, em verdade, é de *controle da força do Estado*, cabendo-lhe cuidar para que os preceitos normativos sejam observados, notadamente os que dizem respeito aos direitos fundamentais. Prima em patrulhar a *legalidade da persecução criminal*.

No processo instaurado perante o Judiciário por meio da provocação do Ministério Público, aquele não está vinculado a este, visto que possui independência e zela para que a pretensão invocada se paute de acordo com as formalidades estabelecidas em lei, com a plena observância das mais diversas garantias que são pertinentes à pessoa a quem é imputada a prática da ação delituosa, algumas sob a nomenclatura de direitos fundamentais e outras tantas de qualquer forma destes decorrentes. O devido processo legal, ao tempo em que regula a jurisdição, no âmbito criminal torna a *persecutio criminis* “... juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao *dever-poder de punir* do Estado.”¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁶ Cf. ROMANO, Silvina M. (Org.) *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo em América Latina*. Buenos Aires: Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica, 2019.

¹¹⁷⁷ SOCRATES, José. *Perguntam-me o que foi a operação marquês*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/04/perguntam-me-o-que-foi-a-operacao-marques.shtml>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹¹⁷⁸ O Executivo, a fim de estruturar o dever-poder de punir ou jus perseguendi, divide essa atividade em dois órgãos, a polícia judiciária, que se ocupa da fase preparatória ou investigatória, e o Ministério Público, que cuida de deduzir a pretensão acusatória perante o Judiciário. Cf. item 9.3.2, *infra*.

¹¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS, MENORIDADE, RECONHECIMENTO, CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54), INEXISTÊNCIA DE PROVA ESPECÍFICA, IMPOSSIBILIDADE DA CONFIGURAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU, CONDENAÇÃO POR OUTROS ILÍCITOS PENAIIS, EXARCERBAÇÃO DA PENA, DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA, LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO, PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC – Processo: 73.338, UF: RJ, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 13/08/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7

Considere-se que a persecução penal era uma atividade *fundamentalmente administrativa* que, antes da concepção do princípio do devido processo legal, gozava da característica da autoexecutoriedade¹¹⁸⁰. Com o devido processo legal, a jurisdição penal saiu da esfera apenas administrativa e passou a ser processualizada, sob a direção de um juiz independente e imparcial. Por meio desse princípio, dá-se aquilo que FREDERICO MARQUES¹¹⁸¹ chamou de *processualização* da persecução penal.

O devido processo legal é uma conquista do Estado contemporâneo e, como se vê, nem sempre existiu. Na época do Estado absoluto, a persecução criminal não tinha limites e a punição de alguém ficava à mercê da vontade do Executivo, que enfeixava, em suas mãos, a função de legislar, exercer a *persecutio criminis* e, igualmente, de julgar¹¹⁸². Não havia, propriamente, processo judicial, mas um *ritual ou mero procedimento* mais voltado para *simplificar* a aplicação da pena¹¹⁸³. Para regrar essa atividade e evitar que a persecução criminal continuasse a ser um instrumento de arbítrio do Estado, pensou-se na criação de um meio eficiente de *contenção e delimitação* do poder punitivo¹¹⁸⁴. A fórmula encontrada foi, justamente, o processo penal, como instrumento inibitório à opressão estatal, condicionando a persecução penal a parâmetros ético-jurídicos. Disso avulta, como lembra o Ministro CELSO DE MELLO, em um dos trechos de seu longo e judicioso voto proferido no HC 73.338-RJ, a importância deste ramo do Direito no contexto das liberdades públicas, mais precisamente dos direitos fundamentais¹¹⁸⁵.

A origem do processo penal como limitação constitucional ao poder executório do Estado advém da Carta Magna de 1215¹¹⁸⁶. O processo penal foi erigido a essa categoria de direito fundamental do cidadão contra o absolutismo do poder de punir por meio do *Bill of Rights* inglês, como garantia contra os abusos praticados sob o manto do exercício do poder de punir. Constou do art. 39 que “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir, contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.”¹¹⁸⁷ Considerada por COMPARATO o coração da Magna Carta¹¹⁸⁸, observe-se que a cláusula não continha a expressão *due process of law* (devido processo legal). A locução utilizada foi *law of the land* (lei da terra)¹¹⁸⁹. Conforme conta CARLOS

fev. 2005. (cf. também FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.) Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1, p. 14).

¹¹⁸⁰ J. C MENDES DE ALMEIDA diz que resulta, como um dos princípios fundamentais do processo penal, que “A administração não pode, como noutros ramos de sua atividade, desenvolver, em matéria penal, por coação direta sobre os imputados. Considerações relevantes determinam-lhe agir por via jurisdicional: é o princípio da jurisdicionalidade do procedimento penal”. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 92.

¹¹⁸¹ Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1977. v. 1, p. 28.

¹¹⁸² Cf. itens 1.2.1 e 1.3.3, supra.

¹¹⁸³ FREDERICO MARQUES registra que, mesmo quando se atribuiu, na época do Absolutismo Monárquico, a um juiz a missão de julgar os casos, não havia propriamente atuação jurisdicional nem muito menos existia o processo, pois “O que nele se encontrava era uma forma procedimental de autodefesa do interesse repressivo do Estado, em que o juiz encarnava esse interesse, muito embora revestido da independência de seu cargo, a qual, diga-se de passagem, era muito precária, ao tempo do absolutismo monárquico” (Ibid. p. 28).

¹¹⁸⁴ Cf. itens 1.3.3 e 1.3.3.1, supra.

¹¹⁸⁵ Ibid. p. 28. Em outra passagem do seu voto, o Ministro CELSO DE MELLO, após ressaltar a importância do processo penal no contexto das liberdades públicas, acrescentou: “A persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a *persecutio criminis* sofre o condicionamento que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder executório do Estado” (Ibid.).

¹¹⁸⁶ Cf. item 3.1, supra.

¹¹⁸⁷ No original em inglês, o art. 39 da Carta Magna de 1215 estava assim redigido: “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*”. A bem da verdade, a Magna Carta, em sua primeira redação, foi escrita em latim. Anota CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, em citação a CELSO ALBUQUERQUE MELO, que a Carta Magna de 1215 foi redigida em latim com a intenção deliberada de impedir que a maioria da população tivesse conhecimento dos seus direitos (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 9).

¹¹⁸⁸ Cf. item 3.1, supra.

¹¹⁸⁹ Diz-se que a cláusula do *due process of law*, germinada do ordenamento jurídico norte-americano, foi trasladada do princípio *the law of the land*, inscrita no direito inglês, cujo embrião dimana do vetusto brocardo romano: *nemo debet inauditum damnari*, isto é, ninguém deve ser condenado sem ser ouvido.

ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO¹¹⁹⁰, no século seguinte, mais precisamente no ano de 1354, no reinado de Eduardo III, o Parlamento inglês editou uma lei, na qual houve a substituição da expressão *law of the land* pela frase *due process of law*.

Muito embora essa garantia tenha sido acolhida na Constituição da Virgínia com a mesma nomenclatura adotada na Carta Magna de 1215, na declaração de direitos enxertada na Constituição dos Estados Unidos por meio da aprovação de dez emendas, o termo usado já foi *due process of law*. Realmente, a Quinta Emenda americana, ao assegurar, na primeira parte, que ninguém será considerado réu sem a deliberação do grande júri e, na segunda parte, que ninguém poderá ser julgado pelo mesmo crime duas vezes, na última, deixou expresso que ninguém será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal¹¹⁹¹.

Aspecto relevante a ser destacado quanto à origem do princípio do *devido processo legal* – repita-se – é que ele foi pensando como instrumento necessário para a proteção da pessoa contra abusos praticados pelo Estado na seara criminal. A preocupação maior era contra as prisões arbitrárias e punições de ordem criminal, levadas a efeito pelo próprio monarca, sem a observância de regras. Os barões queriam ter o direito assegurado de que, a partir de então, para haver a privação do direito de liberdade ou dos bens, ou para ser determinado o exílio ou o banimento, fosse observado o previsto em lei (*segundo a lei da terra*) e que o julgamento fosse dado por alguém diferente do soberano (*juízo legal de seus pares*).

Ainda que o fato de se ter mencionado a vedação à privação dos bens leve a pensar-se que se estaria com isso pensando na cláusula do devido processo legal também na área cível, em verdade, assim não foi. Na sua origem, o devido processo legal foi desejado e concebido como um requisito de validade da jurisdição penal, isto é, como uma forma de estabelecer a *legalidade do processo penal* e, dessa forma, proteger o direito de liberdade contra os excessos praticados pelo Estado sob o pretexto de exercer o legítimo direito de punir, o que ocorria com frequência e acentuada intensidade naquela época¹¹⁹².

E mais: de conformidade com a redação adotada na Carta Magna de 1215, o devido processo legal era uma garantia apenas no sentido excessivamente genérico, qual seja, de que o julgamento fosse feito por um juízo que não poderia ser exercido pelo próprio monarca ou por alguém sob a sua delegação e, de outra banda, que fosse levado a efeito segundo a disciplina imposta pela lei. O que se queria era que o poder de punir do Estado fosse disciplinado por meio da lei, editada para conferir legalidade à ação estatal e que, de permeio, houvesse a separação entre aquele que detém o poder de *querer a condenação* e a pessoa a quem é conferida a *missão de julgar*.

Porém, ao ser inserida no texto constitucional americano, a cláusula do *due process of law* ganhou um conteúdo indeterminado. Como ao lado do devido processo legal vários outros valores foram adicionados ao rol dos direitos fundamentais do cidadão americano, esse princípio passou a ter um conteúdo constitucional explícito e implícito, colhido da compreensão das garantias processuais catalogadas na Constituição. Com isso, o devido processo legal passou a ser um *superprincípio* de conteúdo aberto, que compreende, em *ultima ratio*, a exigência no sentido de que o exercício do direito de punir do Estado, para que seja válido, paute-se por meio de um processo no qual observadas todas as garantias processuais estampadas na Constituição, notadamente sob a categoria dos direitos fundamentais.

Em decorrência do princípio do devido processo legal, no exercício do dever-poder de punir, o Estado tem de valer-se das normas do processo penal, sendo este uma garantia do cidadão que se opõe-contra o *jus puniendi*, laborando na conservação do seu *jus libertatis*. O processo penal, segundo essa cláusula, antes de ser instrumento hábil para a repressão, é a garantia ao acusado de uma trincheira legítima para resistir à pretensão punitiva. Nesse contexto, percebe-se que o devido

¹¹⁹⁰ Op. cit., p. 10. O autor escreve que várias decisões da Suprema Corte Americana reconhecem que a expressão *due process of law* é sucessora e guarda identidade com a locução inglesa *law of the land*.

¹¹⁹¹ Na redação original, a Quinta Emenda tem a seguinte redação: “*No person shall be... be deprived of life, liberty property, without due process of law*”.

¹¹⁹² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. cit. p. 34. Saliencia CARLOS ROBERTO que depois, com o avanço do instituto, “Foi natural consequência que essa garantia originariamente voltada à regularidade do processo penal, onde buscava adequar o *jus libertatis* dos acusados ao *jus puniendi* do Estado, transpusesse as fronteiras penalistas e se estendesse a todas as relações processuais, de maneira a abranger também o processo civil” (Ibid., p. 38).

processo legal regula o conflito entre o poder político de punir do Estado e a defesa do direito de liberdade do acusado, cujo aparecimento se deu justamente para limitar o primeiro.

Já na Constituição do Estado da Virgínia e logo em seguida nas declarações de direitos incorporadas à Constituição dos Estados Unidos, além da garantia do devido processo legal, entendeu-se que outras garantias fundamentais para um processo justo, delimitador dos poderes do Estado, deveriam ser anunciadas, como forma de sinalizar um conteúdo a preceito tão vago. Por essa razão, as declarações dos direitos fundamentais do homem e a correspondente normatização por meio das Constituições foram tão pródigas na enunciação de normas constitucionais processuais penais. Percebe-se, sem esforço maior, que o processo penal é o ramo que possui o maior número de princípios constitucionais que lhe são destinados especificamente, justamente porque eles foram, e continuam a ser, germinados da preocupação em estabelecer os limites do *direito de punir* – ou melhor, como aqui defendido, *dever-poder de punir*.

Esses princípios constitucionais contemplam aquilo que se pode chamar de *Direito Constitucional Processual Penal*, *legalidade constitucional*, *tipicidade constitucional* ou *devido processo legal*. São enxergados sob a ótica de limitações ao direito de punir do Estado, de modo que servem mais à proteção à vida e à liberdade dos cidadãos do que à outorga de poderes ao Estado para viabilizar o desempenho da atividade com a qual ele busca a aplicação da responsabilidade penal¹¹⁹³. Ademais, se a primeira visão sobre o devido processo legal era *individualista*, como proteção a um interesse individual da pessoa, mais à frente, passou a ser encarado como uma *garantia* “... não apenas das partes mas também do *justo processo*, segundo a ótica de tipo publicista que dá relevância ao interesse geral da justiça da decisão”¹¹⁹⁴.

Daí que as normas processuais penais, geradas diretamente do arcabouço constitucional ou dele decorrentes, que formam aquilo que chamamos *devido processo legal*, devem ser encaradas como instrumento de proteção, com o condão de *vincular e limitar* a persecução criminal. Por conseguinte, são os direitos fundamentais que dão o perfil do *devido processo penal* e fornecem os contornos das garantias asseguradas ao acusado na persecução penal, seja quando ela se dá na fase pré-processual ou na processual propriamente dita. O devido processo penal se aplica à *persecução penal*, que compreende a fase investigatória ou preparatória à ação penal.

O devido processo legal, na seara criminal, no contexto de um *Estado Democrático-Constitucional*, pauta-se pelo *garantismo* processual, traduzindo-se em normas, formuladas sob a roupagem de princípios e regras, que traçam os limites dos poderes do Estado no exercício da persecução penal, estabelecendo a *tipicidade constitucional*¹¹⁹⁵.

Esse preceito constitucional pode ser entendido sob duas óticas. Na mais abrangente, o devido processo legal ou devido processo penal é o conjunto de todas as normas que, de um lado, enunciam os direitos do agente que devem ser respeitados na persecução criminal e, por outro, fixam os limites do dever-poder de punir. Nessa concepção, o preceito do devido processo penal se confunde com a observância de todas as cláusulas constitucionais *explícitas e implícitas* que estreitam os limites do direito de punir¹¹⁹⁶.

A ótica menos abrangente será objeto dos itens seguintes. Antes registre-se que, curiosamente, sem embargo de, na história das constituições brasileiras, desde a imperial de 1824¹¹⁹⁷, todas elas tenham se ocupado de declarar os direitos fundamentais, a maioria deles referentes ao processo penal, nunca havia sido proclamada, expressamente, a cláusula do devido processo legal. De fato, na Constituição Imperial, esse princípio estava apenas implícito, como derivação das várias garantias processuais de ordem criminal previstas nas Magnas Cartas. A introdução em nosso meio da cláusula

¹¹⁹³ AFRANIO SILVA JARDIM, dando destaque a essa origem do processo criminal, ressalta que “... ao exigir que a pretensão punitiva seja submetida ao crivo processual, o Estado de Direito fez uma sábia opção em prol da segurança e da justiça. Sem dúvida nenhuma, seria mais eficaz a repressão penal se a pena fosse aplicada administrativamente”. (Direito processual penal. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 83).

¹¹⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 2.

¹¹⁹⁵ Até porque, como salienta AFRANIO SILVA JARDIM, “... o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado que um instrumento destinado à persecução criminal. (Op. cit., p. 83).

¹¹⁹⁶ Nesse aspecto, o devido processo legal corresponde ao processo justo, no qual sejam respeitados, em sua inteireza, os princípios da ampla defesa, do contraditório, da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita etc.

¹¹⁹⁷ Há doutrinadores que colocam a Constituição Imperial brasileira como a primeira Carta Constitucional a elencar, em seu texto, uma declaração de direitos. Esse assunto está mais detalhado no item 4.1.

do *devido processo legal* de forma expressa, tal como ela consta no Estatuto americano, foi obra da Constituição de 1988 – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV). Essa cláusula reforça a ideia da *constitucionalização do processo penal*, dado que a essência do seu conteúdo está disposta no próprio texto constitucional, mediante a declaração de direitos fundamentais voltados diretamente para garantir ao cidadão o direito de resistir à *persecutio criminis*.

9.1.1 – Devido processo legal como garantia da processualização da persecução acusatória e sua função de instrumentalidade constitucional, com conseqüente repercussão no sistema das nulidades no ambiente criminal.

Em uma visão mais contida, o devido processo legal quer dizer que não há, na seara criminal, aplicação de pena, medida ou sequer qualquer manifestação da persecução criminal que necessite flexibilizar um direito fundamental, sem que a pretensão seja submetida ao crivo do Judiciário e receba deste a devida autorização. Nessa compreensão, o *devido processo legal* se identifica com o brocardo jurídico *nulla poena sine iudicio*¹¹⁹⁸.

Como corolário lógico do princípio do devido processo legal, a persecução criminal, antes função administrativa marcada pela *autoexecutoriedade*, passou a ser condicionada ao consentimento judicial, exarado dentro de um processo no qual sejam assegurados os direitos da pessoa a quem atribuída a prática da conduta ilícita. A coação estatal, que era *direta*, com o devido processo legal, transmutou-se em *indireta*. Assim, para buscar a responsabilidade penal de alguém, é preciso que a quem legitimado para a persecução criminal reúna os elementos probatórios indispensáveis para a propositura da ação e, de posse deles, postule ao Judiciário a medida ou sanção pertinente ao caso. Veja-se que essa dimensão do devido processo legal é insita ao campo do processo penal, uma vez que, na seara cível, o postulado constitucional não se manifesta sob esse aspecto, porquanto, naquela, seja em que área for – cível propriamente dita, administrativa, fiscal etc. –, desde que o particular concorde com a pretensão do Estado-administração, o assunto pode ser resolvido com a aplicação da lei ao caso concreto, mediante acordo que não precisa, sequer, passar pelo crivo do Judiciário.

Quando se trata da persecução penal, porém, a composição do litígio fora do ambiente processual ou sem passar pelo crivo final do Judiciário não é possível, ainda que a pessoa contra a qual se volta a pretensão estatal concorde em ser responsabilizada criminalmente. A preocupação com a liberdade e a honra das pessoas na esfera criminal é de tal magnitude que a cláusula do devido processo legal exige para o reconhecimento da responsabilidade penal a adequada apuração do fato por meio do processo.

É por isso que a confissão, no espaço criminal, não se confunde com o reconhecimento da procedência da pretensão acusatória, nem muito menos torna, para fins de aplicação da norma penal ao caso concreto, desnecessária a instauração do processo criminal. Nem se pense que a possibilidade de solução negociada do problema criminal, mercê dos institutos da transação, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, infirma a assertiva aqui expendida, pois, como se verá mais adiante, em nenhum desses casos há a aplicação de pena ou propriamente assunção de culpa. Isso sem falar que, em todos esses casos, ainda que não haja aplicação de pena, o negócio jurídico firmado pelas partes precisa passar pelo crivo do juiz.

Assim, é válido ainda afirmar que, de toda e qualquer maneira, para aplicar uma pena mister se faz a definição da culpabilidade do agente por meio do processo. Sem a demonstração da culpa formada em um processo no qual garantida a ampla defesa, é inválida a eventual pena aplicada à pessoa, por ofensa ao princípio do devido processo legal.

Se o devido processo legal, em sua essência, controla o exercício da pretensão punitiva quanto à aplicação da pena, à primeira vista, ele somente se faz sentir, no nosso meio, como freio à atuação do Ministério Público em juízo. Todavia, não é assim. Em muitos casos, o devido processo legal também é reclamado ainda no momento da apuração feita na fase pré-processual. Isso ocorre toda

¹¹⁹⁸ AFRANIO SILVA JARDIM, ao evidenciar que o processo penal “... se faz também, e até principalmente, para a garantia do acusado” (Op. cit., p. 83), ressalta que pelo “... princípio *nulla poena sine iudicio*, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário” (Op. cit. p. 83).

vez que a atividade investigatória, feita na fase do inquérito ou de processo administrativo, entra em colisão com um direito fundamental plasmado na Constituição.

Quando tal ocorre, para que a autoridade dirigente da apuração investigatória possa ter acesso à prova, faz-se necessário pedir autorização judicial, consoante foi exaustivamente exposto no item 7.2.3.1. Por conseguinte, para flexibilizar um direito fundamental nessa fase da investigação, a autoridade policial ou quem estiver à frente da missão precisa, necessariamente, de título judicial autorizando a diligência, salvo, claro, consoante aqui já salientado, quando se trata de investigação levada a efeito por Comissão Parlamentar de Inquérito¹¹⁹⁹ e que não haja a reserva de jurisdição¹²⁰⁰, ou quando é o caso de atuação da polícia ostensiva e de proteção à ordem social feita em situação de flagrante delito¹²⁰¹.

Nesse passo, em um sistema constitucional que tem como *background* os direitos fundamentais, o processo criminal se apresenta como instrumento de constitucionalidade, de modo que a legalidade é expressada pela formalidade estabelecida para a prática dos atos processuais. A respeito, BECCARIA, indo além dos contornos da legalidade imaginada por MONTESQUIEU e ROUSSEAU, agregou não ser suficiente a lei se bastar em definir quais são os delitos e as penas, sendo necessário que as provas – *o conhecimento público, a fuga, a confissão extrajudicial, o depoimento de um companheiro de delito, as ameaças e a constante inimizade em relação ao ofendido, o corpo do delito, e semelhantes indícios* – suficientes para a incriminação do agente sejam “... estabelecidas pela lei, e não pelos juízes, cujos decretos são sempre opostos à liberdade política, quando não forem proposições particulares de uma regra geral existente no código público”. Nota-se, assim, que o *princípio da reserva legal* defendido por BECCARIA não se continha no ambiente do Direito Penal material, na medida em que era indispensável, igualmente, na seara do Direito Processual Penal, até mesmo porque a preocupação maior que ele tinha era com relação à falta de limitações aos poderes do Estado, que enfeixava em uma mesma mão os poderes de *investigar, acusar e julgar*. Assim, o devido processo legal na seara criminal é a aplicação do princípio da *reserva legal* do Direito Penal material.

Com suporte nessa compreensão, CARRIÓN, referindo-se¹²⁰² ao ordenamento jurídico espanhol, salienta que “*en el numeral 9 del art. 11 de nuestra Lei Suprema, se há estatuido una perinorma general por la cual el Estado assume la responsabilidad primaria por la violación de las normas del debido proceso, de modo que “El debido proceso debe ser observado y respetado por los administradores de justicia en forma ineludible, de lo contrario, el Estado asume la responsabilidad por la detención arbitraria, por el error judicial, por el retardo injustificado o por la inadecuada administración de justicia...”*”¹²⁰³.

Por conseguinte, a forma no processo penal detém substância, uma vez que não se trata de mera *formalidade*, mas de garantia, pelo que o *princípio da instrumentalidade das formas*, incidente no âmbito do processo civil não encontra eco na esfera criminal. Se o fim do processo penal embasado em um Estado Democrático Constitucional é precipuamente limitar o dever-poder de punir, de modo que as regras previstas para a processualização da persecução penal sejam observadas, a forma pretraçada para o ato processual é de obediência imperiosa, salvo quando demonstrado, por quem detém o ônus da persecução criminal ou pelo juiz, que não houve nenhum prejuízo à defesa. Como bem adverte GAABRIEL LUCAS¹²⁰⁴, “O paradigma da instrumentalidade das formas é inservível ao processo penal, pois conflita com o sistema acusatório ao defender o protagonismo do magistrado e certa maleabilidade das formas”. Ao contrário do modelo inquisitivo em que o que importa é o descobrimento da *verdade (ir)real*, no sistema acusatório a preocupação maior é com a legalidade, a fim de conter o Estado *vingador ou cruel*, fazendo-o conhecer os limites e atuar conforme as regras expostas no ordenamento jurídico.

¹¹⁹⁹ Cf. item 7.2.3.1.1, supra.

¹²⁰⁰ Cf. item 7.2.3.1.2, supra.

¹²⁰¹ Cf. itens 7.2.3.1.3, 7.2.3.1.3.1 e 7.2.3.1.3.2, supra.

¹²⁰² CARRIÓN, Luis Cueva. *El debido proceso legal*. 2. ed. Ediciones Cueva Carrión, 2014, pos. 2565.

¹²⁰³ *Ibid.*, pos. 2593.

¹²⁰⁴ SOUZA, Gabriel Lucas Moura. *As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional: (re)análise dos princípios informadores*. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2017, p. 89.

Por isso mesmo, no campo do processo criminal arquitetado sob os contornos do sistema acusatório, quando não obedecida a forma estabelecida em lei, o ato processual é considerado nulo. No entanto, a jurisprudência e a doutrina majoritárias, seguindo a orientação do princípio da instrumentalidade das formas do processo civil, firmam passo no sentido de que, nada obstante praticado o ato com vício de forma, a nulidade só há de ser declarada caso o interessado demonstre a ocorrência de prejuízo. Ou seja, parte do pressuposto de que, mesmo com o defeito de forma, o ato deve ser considerado válido, a não ser que se prove o prejuízo, sendo essa a interpretação extraída do art.563 do CPP (“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”). Aplica-se, de forma acrítica, o princípio originário da doutrina francesa *pas de nullité sans grief*, imaginado para o Direito Civil e que foi transplantado para o Direito Processual Civil. Em verdade, a dogmática processual civil não desenvolveu uma teoria das nulidades, pegando emprestada a matriz conceitual do Direito Civil, prevista, assim, para equacionar vícios em uma dimensão estática, situação da dinâmica processual¹²⁰⁵.

Com essa ótica, o ato processual na seara criminal que não observa o *devido processo legal* ou a *tipicidade* é presumido válido. Há uma presunção de validade do ato defeituoso ou atípico, o que engloba, inclusive, a produção de prova com vício. O entendimento a esse respeito, no sentido de validar, ao máximo, os atos ou provas produzidas com vício de forma induziu a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal a firmar passo no sentido de que a demonstração do prejuízo se faz necessária, até mesmo, quando se trata da chamada *nulidade absoluta*. No ponto, “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto à relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção” (RHC 126.885, Segunda Turma, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe 01/20/2016)¹²⁰⁶.

Esse entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, ao fim e ao cabo, confere tratamento igualitário às nulidades classificadas como *absolutas e relativas*, o que não parece adequado, quando se sabe que a distinção entre uma e outra se dá pelo fato de na absoluta a forma ser estabelecida no escopo de atender um *interesse público*, enquanto na relativa o *interesse das partes*¹²⁰⁷.

Ademais, não raro o ônus atribuído à defesa de demonstrar o prejuízo gera a exigência de produzir uma *prova diabólica*, espécie de *missão impossível*, reclamar evidencia mesmo quando se cuida de nulidade absoluta efetivamente vulnera o alcance do princípio do devido processo legal na área criminal.

Urge a alteração desse paradigma. A tese aqui sustentada é de que, tendo em conta tudo o que foi explicitado sobre a essência do processo penal, especialmente devido ao alcance da cláusula do devido processo legal, qualquer ato ou prova produzida com vício ou sem a observância das formalidades legais ocasiona a presunção *juris tantum* de sua nulidade. Aliás, essa parece ser a lógica. Se para a prática do ato processual é estabelecida determinada forma, dado que esta não foi observada, tem-se, em princípio, a ineficácia do ato, pois se trata de *ato atípico*. Isso porque, como se disse, ao contrário do que ocorre no processo civil, a forma no processo penal se apresenta como garantia indispensável pois quem se encontra como parte em um dos polos da relação é o Estado, que atua por meio da polícia e do Ministério Público. Há, ontologicamente, uma *disparidade de armas* entre os contendores, a ponto alguns doutrinadores e julgadores, contaminados pela cultura inquisitivistica, ainda recalitrarem em enxergar o Ministério Público como parte no processo penal.

Quanto a esse aspecto, note-se que na relação processual civil a situação é diferente, porquanto, em geral, a demanda envolve particulares, em que a *paridade de armas* é a regra, sem embargo de às mais das vezes quem se encontra em situação desigual é exatamente o autor. Aliás, no processo civil, via de regra, o autor é quem está mais vulnerável, pois teve seu direito lesionado ou ameaçado, sem embargo de a desigualdade sociocultural do Brasil fazer com que geralmente as

¹²⁰⁵ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 686.

¹²⁰⁶ No mesmo sentido, cf. RHC 125.242-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJe de 15/03/2017; e HC 125.610, Primeira Turma, Relator para o Acórdão Ministro EDSON FACHIN, DJe 05/08/2016.

¹²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 2. ed. e-book baseada na 4. ed. Impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 69%.

peças que precisam acionar o Judiciário para fazer valer os seus direitos sejam as peças que não possuem poder econômico ou político.

Mas não se pense que aqui se está defendendo uma *legalidade radical ou estrita* para o processo penal, de modo que em toda e qualquer situação o ato atípico deva levar ao reconhecimento da nulidade. Defende-se uma *legalidade temperada*, que não dispensa a ideia do *prejuízo* como elemento importante para o reconhecimento da nulidade, mas dele faz uso em sintonia com as nuances da razão de ser do processo criminal. Isto é, praticado o ato com vício quanto à formalidade, a *presunção* é de que o ato é nulo, salvo se o Ministério Público ou o juiz demonstrar que, nada obstante a irregularidade, tal não ocasionou *prejuízo* à defesa. Esse *ônus* de demonstrar o prejuízo recai no Ministério Público porque é de sua alçada o *ônus* de conduzir a persecução penal dentro da legalidade e de provar a culpa do acusado, e no juiz em razão da circunstância de ser da competência deste a direção do processo de acordo com as regras. Essa é a exegese mais acertada do art. 563 do CPP, pois ali diz, apenas, que não será declarada pelo juiz a nulidade do ato, senão quando identificado prejuízo para o Ministério Público ou para a defesa. Não diz, em momento algum, que esse ônus é da defesa. Pelo contrário, a norma é dirigida ao juiz, atribuindo-lhe o dever de observar, quando da declaração da nulidade, a existência ou não de prejuízo.

Essa posição é defendida por Aury Lopes¹²⁰⁸, ao arrematar que há de se fazer a *inversão de sinais*, ou seja, pelo que não é a parte quem deverá suportar o ônus de demonstrar o prejuízo que teve, mas, sim, o juiz, que “... deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado”, liberando a defesa dessa *carga probatória*.

Não fosse a instrumentalidade constitucional do processo criminal bastante para conferir azo à tese aqui sustentada, há de se convir que o ônus da demonstração do prejuízo não pode recair nos ombros da defesa quando quem pratica a irregularidade é outrem. Aliás, no ambiente criminal, essas irregularidades, não raro, acontecem na fase pré-processual ou investigatória por desatenção, falta de conhecimento ou certa truculência dos órgãos policiais, sendo de se reconhecer, ainda, que em muitos casos, no afã de encurtar a apuração e *finalização* do processo, membros do Ministério Público e magistrados sejam responsáveis pelos vícios.

Por fim, certamente que a tese aqui defendida não escapa da crítica procedente quanto à dificuldade semântica em identificar os elementos nucleares do que se pode entender por *prejuízo*, o que confere azo ao *dicisionismo* e à plasticidade dos atos processuais, enfim, abre espaço para a aplicação do preceito da instrumentalidade das formas. Até porque, salienta Ricardo Jacobsen¹²⁰⁹, etimologicamente, a expressão *prejuízo* possui dois significados importantes, quais sejam, preconceito ou pré-julgamento e dano, o que possibilita a manipulação conceitual, a ponto de gerar o reconhecimento de nulidades ao *sabor da vontade do julgador*.

9.1.2 – Devido processo legal em casos especiais e nas tutelas de urgência.

Não há um devido processo legal único e inflexível. Ele depende das circunstâncias e, naturalmente, do tipo de tutela jurisdicional a ser prestada. Em se tratando de processo criminal que alberga uma pretensão condenatória, o princípio estudado guarda peculiaridades inerentes à modalidade de prestação judicial que se pede. É nesta que o devido processo legal, como instrumento de garantia e contenção do exercício do dever-poder de punir do Estado, manifesta-se com maior intensidade. Aqui, para a validade e adequação ao devido processo legal, exige-se que todos os direitos fundamentais do acusado relativos ao processo criminal sejam observados.

Quando se trata, por exemplo, de uma revisão criminal, claro que alguns dos direitos fundamentais que perfazem o devido processo legal se manifestam de modo diferente. Cite-se a questão do princípio da *presunção de não culpabilidade*, também chamado atencnicamente de *presunção de inocência*¹²¹⁰. Ora, nesse caso, embora se trate de um processo criminal, o princípio da *presunção de não culpabilidade* é inaplicável, até porque, para todos os efeitos, já há condenação definida em sentença transitada em julgado. O sentenciado é quem arcará com o ônus de provar que

¹²⁰⁸ *Direito processual penal*, p. 693.

¹²⁰⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades do processo penal*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 3944 (e-book).

¹²¹⁰ Cf. item 9.2.2, infra.

é inocente, pois o título judicial condenatório modificou a sua situação jurídica. O devido processo legal, por conseguinte, nesse caso, tem uma outra conotação¹²¹¹.

Nas tutelas de urgência, assim como ocorre no processo civil, o devido processo legal, também, se mostra com características ínsitas ao tipo de providência solicitada ao Judiciário. Caso a providência querida seja daquelas em que o prévio conhecimento do agente possa tornar ineficaz a medida solicitada, o juiz deve, ao analisar o pedido, independentemente da oitiva do interessado, proferir a decisão, seja ela concessiva ou denegatória. Nesse caso, a ampla defesa e o contraditório são deixados para momento posterior à decisão liminar, em função das próprias características da providência jurisdicional pleiteada, sem que, com isso, se tenha por arranhada a cláusula do devido processo legal. Do mesmo modo, como se trata de uma medida acautelatória, não se exige que o juiz, para acolher o querer do autor ou requerente, se escore em uma verdade indene de dúvida razoável, sendo suficiente, para a sua decisão, que, além da justificativa quanto à necessidade de ser atendido, o querer do postulante demonstre a satisfação dos requisitos da materialidade do delito e dos indícios suficientes de autoria. É próprio mesmo de medidas acautelatórias, como a decretação da prisão preventiva, quebra de sigilo telefônico e busca e apreensão, que o devido processo legal seja mais abreviado, sendo contemplado o exercício à ampla defesa apenas posteriormente à determinação judicial, até porque, nesses casos, não está havendo, ainda, o reconhecimento da culpabilidade do acusado.

Com isso, se quer dizer que há um devido processo legal que possui peculiaridades específicas de acordo com o tipo de providência jurisdicional solicitada. *Verbi gratia*, a análise da detenção¹²¹² em flagrante possui um devido *processo legal* que lhe é inerente. De fato, demais de a autoridade policial ter o dever de comunicar imediatamente ao juiz, à família ou a pessoa indicada pelo detido e ao Ministério Público sobre a detenção, precisa enviar o auto de flagrante no prazo de 24 horas da detenção, a fim de que o juiz, no prazo sucessivo de 24 horas, realize a *audiência de apresentação* – atecnicamente denominada audiência de custódia – e decida sobre o relaxamento da prisão, a conversão ou temporária a aplicação de medidas diversas da prisão ou a concessão da liberdade provisória (art. 310, com a redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Hipótese que bem ilustra o pensamento aqui desenvolvido é o caso do instituto da prisão preventiva. Com efeito, logo após a edição da Constituição de 1988, foram escritos alguns artigos de juristas defendendo que, devido à adoção, em nosso texto, do princípio da presunção de inocência¹²¹³, não mais subsistia o instituto da prisão preventiva. O argumento era singelo: se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição), por consequência, a pessoa não poderia ser recolhida à prisão antes da conclusão do processo criminal. Nada mais incorreto, até porque a prisão processual não tem como requisito o reconhecimento da culpabilidade, mas apenas a *materialidade e indício suficiente* de autoria, visto que, com ela, não se condena ninguém, apenas, em razão da necessidade, impõe-se uma medida judicial que acarreta limitação ao *jus libertatis* da pessoa¹²¹⁴. Por conseguinte, como a prisão preventiva tem natureza acautelatória, em que não há apreciação da culpa e muito menos a sua declaração, no devido processo legal relativo a medida não incide a cláusula da presunção de não culpabilidade. As hipóteses aqui observadas serão aprofundadas quando cada um desses direitos fundamentais for abordado ao longo deste estudo. Por enquanto, basta ter presente que o devido processo legal tem características e conteúdo próprios em compasso com a modalidade de provimento jurisdicional que se requer.

Por outro lado, como o devido processo penal não se contém no ambiente do processo propriamente dito, aplicando-se à *persecução penal* em si, de modo que abrange a fase investigatória, cabe observar que uma das preocupações com a adoção da figura do *juiz das garantias* em nosso meio foi estabelecer a *jurisdicionalização da investigação*, de modo que a intervenção judicial nesse momento não se dá mais apenas para decidir sobre diligências que não prescindem da flexibilização

¹²¹¹ Cf. itens 9.2.3 e 9.2.4, *infra*.

¹²¹² Em verdade, com o flagrante não ocorre, tecnicamente, prisão, mas, sim, mera detenção. Prisão exige decisão judicial. Esse assunto será explorado no item 9.6.5.2 e seguintes.

¹²¹³ Cf. item 9.2.2, *infra*, parte em que é feita a distinção entre aos princípios da *presunção de inocência* e o da *presunção de não culpabilidade*.

¹²¹⁴ Cf. item 9.6.5.1.1, *infra*.

de direito fundamental. Com efeito, em consonância com a primeira parte do caput do art. 3ºB do CPP, introduzido pela Lei nº 13.964, de 2019, o juiz das garantias “... é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal...”, daí por que, dentre outras determinações legais, deve ser informado, pela autoridade policial ou por quem seja o responsável pela direção da apuração, “... sobre a instauração de qualquer investigação criminal...” (inciso IV), para o fim de, se for o caso, “determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento” (inciso IX).

9.1.3 – Devido processo legal no Estado democrático-constitucional como forma de encontrar respostas alternativas à criminalidade: justiça negocial ou consensual sem aplicação de pena.

Nos itens 8.2.3.2 e 8.3.2 deste livro, ressaltou-se que o ambiente democrático sinaliza a busca de alternativas para a resposta do Estado às ações ilícitas, sendo privilegiada, nesses casos, a aplicação de soluções que não impliquem, necessariamente, a prisão do agente e, até mesmo, a aplicação de pena alguma. A prisão como pena, conquanto alvitada como avanço civilizatório para substituir as sanções cruéis e infamantes e tenha se manifestado como a *pena do futuro* não é o meio mais adequado para a recuperação do infrator¹²¹⁵. Pelos mais diversos fatores, ainda que cumprida em ambiente que se observe as regras internacionais – especialmente as chamadas *Regras Mínimas de Mandela* – e os direitos fundamentais em geral, a prisão não é a melhor solução para as múltiplas questões que permeiam a problemática ínsita à criminalidade. O erro histórico da pena de prisão¹²¹⁶ como solução alvitada para a criminalidade, reconhecido pela comunidade internacional, fomentou a Organização das Nações Unidas a recomendar o uso das penas alternativas, em detrimento das sanções privativas de liberdade¹²¹⁷. Coerente com essa política criminal de cunho democrático, o devido processo legal, no ambiente criminal, deve ser compreendido com a ideia da existência de institutos processuais que permitam uma solução do problema oriundo do ilícito sem a aplicação da pena de prisão e mesmo, em determinados casos, como instrumento despenalizante ou descriminante.

Sob esse enfoque democrático da cláusula do devido processo legal, o processo deixa de ser apenas instrumento de controle do dever-poder de punir do Estado, que assegura o respeito aos direitos fundamentais pertinentes ao processo criminal, e assume, igualmente, outra função política não menos nobre, a saber, que é a de evitar, tanto quanto possível, a imposição da pena de prisão. Essa postura serve para reduzir a marginalização, que é própria do sistema prisional¹²¹⁸.

No nosso sistema penal, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, o juiz, ao sentenciar, caso preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tem o dever de substituir a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direito. Isso mostra que o processo deve ser conduzido tendo em mente essa política criminal, cuja implementação é cometida ao juiz e que somente pode ser concretizada por meio do processo. O devido processo legal democrático, por conseguinte, rompe com a *cultura da prisão*¹²¹⁹ e tem as penas alternativas como a regra.

Ao lado das *penas alternativas*, o devido processo legal democrático reúne outro instituto, o das *medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas*, política legislativa primeiramente experimentada com a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, mediante a *transação* e a *suspensão condicional do processo*, o que restou consolidado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com a previsão do *acordo de não persecução criminal*. No ponto, insta alertar, os institutos das medidas restritivas e o das penas alternativas não se confundem. As penas alternativas são espécies de sanções previstas na legislação que servem para substituir a pena restritiva do direito de liberdade. Já

¹²¹⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal*, Natal: OWL, 2020, p. 36.

¹²¹⁶ Cf. GROSS, Hans Gustav Adolf. *Criminal psychology: a manual for judges, practitioners, and students*. Tradução Horace M. Kallen. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts, 1998; DARROW, Clarence. *Crime: its cause na treatment*. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts; PLAYFAIR, Gilês e SINGTON, Derrick. *A prisão não cura, corrompe*. Tradução Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa.

¹²¹⁷ Cf. item 8.2.3.2, *supra*.

¹²¹⁸ Cf. item 8.3.2, *supra*.

¹²¹⁹ A Lei nº 12.403, de 2011, ao incluir, dentre as cautelares de ordem pessoal, as medidas diversas da prisão, seguiu essa orientação, a fim de conferir coerência sistêmica ao processo penal.

as medidas alternativas *propriamente ditas ou restritivas*, ao contrário, destinam-se a solucionar o problema criminal sem a imposição de nenhum tipo de pena. Como mecanismos para a aplicação de medidas alternativas, foram concebidos, em nosso sistema jurídico, inicialmente, a transação, afeta ao processo pertinente para os crimes afetos à competência do juizado especial, e o instituto da suspensão condicional do processo. Essas duas formas de despenalização¹²²⁰, com a primeira etapa da Reforma Tópica de 2008, passaram a ser medidas que, ao fim e ao cabo, levam à absolvição, uma vez que a sentença que extingue a punibilidade, diante do que dispõe o art. 397, IV, do CPP (acrescentado pela Lei nº 11.719, de 2008), possui natureza absolutória. A esses dois institutos acrescentou-se, com a edição da Lei nº 13.964, de 2019, o acordo de não persecução penal, denominado ANPP.

Como observamos em outra oportunidade, o erro sistêmico cometido pelo legislador em não incluir, no art. 386 do CPP, a extinção da punibilidade como uma das hipóteses de sentença absolutória, não anima interpretação em sentido contrário ao expendido, pois não é razoável que “uma circunstância seja suficiente para dar ensejo à absolvição sumária do art. 386 do CPP, mas, igualmente, não se presta(e) para a sentença absolutória do art. 397...”¹²²¹

De outra banda, esse direcionamento da política criminal no sentido de alvitrar soluções alternativas ao problema criminal incorporou ao nosso sistema a *justiça negocial ou consensual* do Direito americano, difundido como *plea bargain*.

Acontece que o modelo de justiça negocial adotado em nosso meio, ao qual se incluir, em certa medida, a colaboração premiada, difere do *plea bargain* americano, uma vez que este instituto pressupõe *assunção de culpa* ou *aceitação da pena*, servindo de instrumento, portanto, para a punição. De fato, o *plea bargain* do sistema jurídico dos Estados Unidos da América se caracteriza pela circunstância de conferir às partes a ampla possibilidade de negociar a solução do processo, com a aplicação de pena privativa de liberdade.

Cuida-se de um negócio jurídico firmado entre as partes, em que a pessoa apontada como autora do crime assume a culpa (*plea guilty*) ou aceita a condenação, mas não se declara culpado (*no contest* ou *nolo contendere* ou *alford plea*), em troca do compromisso do Ministério Público de não imputar todos os crimes cometidos, fazer a acusação por um crime menos grave ou recomendar ao juiz os termos da sentença¹²²².

Sob outra perspectiva, o *plea bargain* pode ser classificado em dois outros tipos: (a) *charge bargaining* e (b) *sentence bargaining*. Na primeira espécie, com a negociação, o Ministério Público concorda em suprimir algumas das acusações ou em imputar um crime menos grave. Na segunda, o Ministério Público concorda em recomendar uma sentença mais leve¹²²³, o que se assemelha com o que ocorre na colaboração premiada, conhecido no direito americano como *cooperation agreement*. A diferença é que na colaboração premiada não há assunção de culpa, sendo necessária a reunião de provas suficientes para que o juiz condene o colaborador.

Afirma-se que essa faceta do modelo americano se espraiou após o fim da Guerra de Secessão (1861 a 1865), devido à quantidade de casos criminais originados do subsequente momento de turbulência social, fomentado pelo grande contingente de pessoas deslocadas e pela movimentação dos imigrantes¹²²⁴. Na Inglaterra, a negociação entre as partes apareceu depois, mas também ainda no Século XIX, sendo realizada informalmente pelas partes, sem a participação do Judiciário ou previsão normativa, mas sob o estímulo dos juízes, como forma de desafogar o trabalho judicial e contornar a demora dos julgamentos¹²²⁵.

¹²²⁰ A questão da delação premiada, que pode importar na despenalização, será estudada na parte do princípio da ampla defesa, mais especificamente no item 9.5.2.5, supra.

¹²²¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, 2. ed., p. 172.

¹²²² BERMAN, Sara J. *The basics of plea bargain*. 2020. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/the-basics-plea-bargain.html>. Acesso em: 18 mai 2020.

¹²²³ Ibid.

¹²²⁴ WALSH, Dylan. Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining. *The Atlantic*. 2 de 5 de 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 18 mai 2020.

¹²²⁵ RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and internacional law: a comparative study*. Kindle. New York: Routledge, 2012, p. 27. Rauxloh, com apoio na pesquisa por ela realizada, afirma que o *plea bargain* primeiro apareceu nas Cortes americanas e depois se estendeu para o Reino Unido (Op. cit., p. 1).

Em verdade, diante das peculiaridades do federalismo estadunidense, cada Estado americano apresenta um modelo próprio de *plea bargain* – são 52 (cinquenta e dois), portanto, incluindo o federal e o Distrito de Colúmbia¹²²⁶. Ainda assim, há crítica doutrinária quanto à ausência de regramento mais efetivo sobre o *plea bargain*. Seja como for, o referencial normativo mais mencionado nos Estados Unidos é a *Rule 11 Pleas* do *Federal Rules of Criminal Procedure*.

A essência da objeção à doutrina negocial americana parte da consideração de que o *plea bargain* tergiversa com três garantias básicas estampadas na Quinta e Sexta Emendas, as quais asseguram ao acusado o direito de ser julgado pelo júri, de não se autoincriminar e de confrontar as testemunhas. Salientam que essa circunstância deixa o acusado extremamente vulnerável, com consequente possibilidade de que sejam convalidados acordos *injustos*.

Ainda assim, o mecanismo do *plea bargain*, em solo americano, tornou-se cada vez mais presente – acima de 90% das condenações são oriundas de acordo. Ou seja, não é um sistema criminal de julgamentos ou heterocompositivo, mas de acordos ou autocompositivo¹²²⁷, com a plena negociação entre as partes.

Não se trata apenas de um sistema acusatório, mas do decantado *adversarial system*. Por isso mesmo, a Suprema Corte americana, em 1969, à unanimidade, não apenas se posicionou pela constitucionalidade do instituto como ainda asseverou tratar-se de instrumento processual inerente ao sistema criminal americano¹²²⁸. Em *McCarthy v. United States* 394 U.S. 459, a Suprema Corte, conquanto tenha reconhecido a constitucionalidade do instituto, ressaltou que a aceitação do acordo pelo acusado tem de ser voluntária e ele deve ter o pleno conhecimento das consequências do reconhecimento da culpa.

À primeira vista, esse modelo adversarial se mostra menos punitivo do que o acusatório em si. Todavia, os dados estatísticos estadunidenses são contundentes e inquietantes ao revelar a altas taxas de condenações e encarceramento com suporte em negociações. A esse respeito, cabe observar que os Estados Unidos da América ostentam o primeiro lugar no mundo em termos de encarceramento *per capita* – mais de 2.000.000.000 (dois milhões e trezentos mil presos). Ou seja, embora conte com menos de 5% (cinco por cento) da população mundial, possui quase 25% (vinte e cinco por cento) dos prisioneiros do mundo¹²²⁹. O documentário *A 13ª Emenda*¹²³⁰ evidencia que 97% (noventa e sete por centos) da população carcerária norte-americana é proveniente de condenações obtidas por meio do *plea bargain*. Em nosso meio, há quem se posicione contrário ao *plea bargain*, notadamente em relação aos crimes mais graves, por acreditar que esse mecanismo confere tratamento leniente ao acusado. Esse foi o motivo pelo qual o Parlamento rejeitou a proposta contida no chamado Pacote Anticrime de incluir o *plea guilty* no nosso sistema, com o enxerto do art. 395-A no CPP¹²³¹. Porém, os dados estatísticos nos Estados Unidos da América revelam que a justiça negocial feita por meio do *plea bargain* é extremamente *punitiva*, sendo essa a crítica mais aguda feita pela maioria dos doutrinadores, pelo que, malgrado com pressuposto equivocados, o legislador merece aplauso por não ter inserido no nosso sistema o *plea bargain*.

A despeito dessas constatações, os defensores do *plea bargain* no sistema americano apresentam basicamente os seguintes argumentos: (i) desafoga o Judiciário e abrevia o final dos processos; (ii) trata-se de boa alternativa para evitar a prisão perpétua ou de morte; (iii) nos crimes de base organizativa, serve para obter provas relativas aos agentes situados no topo da pirâmide; (iv)

¹²²⁶ SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 114-115.

¹²²⁷ BIBAS, Stephanos. *Incompetent plea bargaining and extrajudicial reforms*. Cambridge, 20 de novembro de 2012.

¹²²⁸ WALSH, Dylan. “Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining.” *The Atlantic*. 2 de 5 de 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 18 mai 2020.

¹²²⁹ ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. (Kindle). Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 278.

¹²³⁰ DUVERNAY, Ava (Dir.). *A 13ª Emenda*. Produção: Kandoo Films. 2016.

¹²³¹ Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça, ao elaborar Plano de Gestão para as Varas Criminais e de Execução Penal, dentre as propostas normativas, havia sugerido ao Congresso Nacional a proposta de adoção do instituto do *plea bargaining*, com a seguinte redação: “Art. 1º. O art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação: (omissis). Art. 89-A. Mediante proposta do Ministério Público, na qual deverão constar as condições, poderá ser negociada a aplicação da pena privativa de liberdade cabível: I – nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, com redução de um a dois terços; II – nos demais crimes, com redução de um sexto a um terço”.

é mais econômico em termos financeiros; (v) as partes escolhem racionalmente a decisão, tendo o controle do resultado, sempre incerto quando se trata de julgamento por jurados.

9.1.3.1 – Juizado especial (transação penal) como medida despenalizante e instrumento de extinção da punibilidade (absolvição).

O juizado especial foi uma novidade de significativa importância incorporada à Constituição de 1988. De conformidade com o art. 98, I, da Lei Maior, nos crimes de menor potencial ofensivo, assim definidos em lei ordinária¹²³², a competência para a conciliação, julgamento e execução será do Juizado Especial, composto de juízes togados, ou togados e leigos, com a adoção do procedimento sumaríssimo, no qual se permite a transação e o julgamento de recursos por meio de turma composta de juízes de primeiro grau¹²³³.

O juizado especial não é apenas um procedimento, porém um novo modelo de Judiciário mais consentâneo com o perfil de *Estado Democrático de Direito* plasmado na Constituição em vigor. Seguramente, os Juizados Especiais se apresentam, desde a proclamação da República, como a única proposta efetiva dos constituintes de *modificação estrutural* do Judiciário, a fim de adequá-lo a um perfil *político-filosófico* voltado para a aproximação desse segmento do poder político das camadas sociais mais sofridas, tendo em mira dar melhor satisfação aos anseios dos jurisdicionados.

Ademais, dizíamos, desde o início, que os Juizados Especiais deveriam servir de estudo empírico para imiscuir, paulatinamente, suas ideias nos demais modelos processuais, devendo-se ter a atenção de *simplificá-lo* na medida do possível, rompendo com o *formalismo arcaico* próprio do Judiciário. Dever-se-ia acreditar que as experiências adquiridas com a implantação de inovações facilitadoras do processo nos Juizados Especiais serviriam de embrião aos avanços a serem experimentados no tratamento das demais questões submetidas ao Judiciário, para as quais ainda haverá de tergiversar-se a celeridade com a duração razoável do processo, em nome da segurança jurídica. Esses órgãos jurisdicionais desempenhariam papel de fundamental importância no desenvolvimento de técnicas de simplificação do processo, visando conseguir efetividade e celeridade maior na prestação da atividade judicante, com a plena materialização dos princípios da oralidade e da informalidade.

Esse segmento do Judiciário deveria, portanto, ser encarado como o *germe* de uma nova forma de fazer justiça: atividade judicante mais célere e efetiva e, principalmente, mais democrática, com a simplificação da atuação do Judiciário e a sua aproximação dos consumidores da Justiça. Em verdade, uma tentativa de revolução na forma de fazer justiça, propugnando, com a reengenharia do processo, a própria modificação estrutural e funcional do Judiciário em si, com a incorporação das ideias autocompositivas.

Assim, no ambiente propriamente criminal, o Juizado especial sinaliza um modelo político-criminal diferente daquele impregnado da tendência *paleorrepressiva*, simbolicamente representada pela Lei dos Crimes Hediondos. Ele afasta o *hard control*, adequado ao Estado repressivo, e dá vida

¹²³² De acordo com a redação originária da Lei nº 9.099, de 1995, crime de menor potencial ofensivo era aquele cuja pena abstrata máxima não fosse superior a 1 (um) ano. Posteriormente, ao criar o juizado especial federal, a Lei nº 10.259, de 2001, considerou crime de menor potencial ofensivo o que tem pena abstrata máxima de 2 (dois) anos. Com isso, instaurou-se discussão, na doutrina, sobre a aplicação do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo, igualmente, para o juizado especial estadual. Esse assunto foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 12.033-MS, quando o Ministro FÉLIZ FISCHER, ao longo de seu voto, disse expressamente que, com a vigência da Lei nº 10.259/2001, inseriu-se, em nosso ordenamento jurídico, o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, aplicável, também, ao juizado especial estadual, até porque *nenhum texto legal ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ADVENTO DA LEI N.º 10.259/2001. PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA, SEM PREJUÍZO DA APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA NOVATIO LEGIS IN MELIUS., Relator Ministro FÉLIX FISCHER, Classe: HC – Processo: 36788, UF: RJ, QUINTA TURMA, Data da decisão: 07/12/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 14 fev. 2005. O legislador corrigiu a anomalia entre os referidos textos normativos, elevando para 2 (dois) anos a classificação legal de infrações penais de menor potencial ofensivo feita pela Lei nº 9.099, de 1995 (art. 61, com a redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

¹²³³ Como será visto no item seguinte, o próprio constituinte cuidou de estatuir garantias ínsitas ao devido processo legal referente ao juizado especial.

ao *soft control*, que se afina com o estilo democrático, cujo esteio é a busca de uma solução consensuada para a problemática criminal estudada no caso concreto por meio do processo.

Mas não é só: no art. 62 da Lei nº 9.099, de 95, esclareceu-se que o Juizado Especial deve orientar-se pelos princípios da *oralidade, informalidade, economia processual e celeridade*, “objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”. O exame mais acurado da norma em destaque revela que o escopo do juizado especial criminal é a (1) reparação dos danos sofridos pela vítima, por meio da conciliação e (2) a resolução da questão criminal por meio da transação ou, não sendo possível esta, da aplicação de pena não privativa de liberdade. Não se pode deixar de observar que o modelo de justiça criminal adotado por meio do juizado especial preocupa-se em solucionar não apenas o problema gerado para a seara penal, mas igualmente em compor o litígio cível¹²³⁴. Nessa passagem, demonstra-se a preocupação com a participação mais efetiva da vítima no processo criminal – a grande esquecida do drama judiciário –, no escopo mesmo de conferir maior legitimidade à atividade jurisdicional. A fixação dessa diretriz, na condução do processo da competência do juizado especial, mostra-se salutar, não só porque serve para dar mais legitimidade à justiça criminal em si, senão também porque faz com que a resposta do Judiciário seja mais econômica e efetiva, na medida em que, em uma mesma demanda, são equacionados os efeitos criminais e cíveis da conduta ilícita¹²³⁵.

Note-se que a experiência adquirida com o funcionamento do Judiciário, efetivamente, tem orientado o legislador no sentido de implementar mudanças no sistema processual em geral. No ambiente criminal, as primeira e segunda etapas da Reforma Tópica, implementadas em 2008 e 2011 – ainda não se encerrou, pois faltam as aprovações de 2 (dois) projetos de lei – demonstram a forte influência do modelo do juizado especial, especialmente em relação à (1) *democratização do processo penal*, (2) *duração razoável do processo*, (3) *simplificação do processo*, (4) *maior proteção e assistência ao ofendido (justiça restaurativa)* e (5) *previsão de medidas cautelares diversas da prisão*¹²³⁶.

Como se vê, instaurou-se com o juizado especial “... um novo modelo, novo paradigma de Justiça Criminal, fundado no consenso e que tem em mira resolver os problemas criminal e cível gerados pela ação ilícita.”¹²³⁷ Até porque afora o que se disse, constitui-se mais um segmento do Judiciário, composto de duas instâncias: os juizes dos juzados de primeiro grau e os que integram as turmas recursais. Além do mais, o juizado especial, porquanto inadmissível recurso de apelação para o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal e mesmo o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, detém a última palavra interpretativa das normas infraconstitucionais federais¹²³⁸, o que nem mesmo os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais possuem¹²³⁹.

O juizado especial, diante da possibilidade de incidente de uniformização estadual, regional ou nacional, quanto a questões de direito material infraconstitucional, em alguns casos não possui a última palavra, muito embora, em relação às discussões de ordem processual de natureza

¹²³⁴ Note-se que, embora nem todo ilícito cível seja crime, todo ilícito penal acarreta o direito à indenização por parte da vítima. O crime pressupõe, sempre, a agressão, ainda que sob a forma de ameaça, a um direito alheio. Essa experiência positiva do Juizado Especial fez com que, mediante a Lei 11.719, de 2008, também na jurisdição comum, ao aplicar a pena, o juiz, na mesma sentença, fixe o valor mínimo líquido para reparação dos danos causados à vítima pela infração.

¹²³⁵ A questão afeta a uma maior participação da vítima no processo criminal, como forma de dar mais legitimidade à solução do problema criminal, voltará a ser abordada mais adiante, com o aprofundamento do *insight* feito sobre o tema no item 1.3.10, supra (Cf. item 9.3.3.5, infra). A participação mais efetiva da vítima no processo em geral, veio a ser disciplinada pela Lei nº 11.690, de 2008.

¹²³⁶ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)* 2. ed. rev., atu. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 46-49; 51-62; 63-65; 65-66; e 66-68.

¹²³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 36.

¹²³⁸ Não porém em relação à matéria constitucional, pois, consoante a Súmula 640 do Supremo Tribunal Federal, “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

¹²³⁹ Esse aspecto denota a importância política do juizado especial, que exerce, em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, função que é, no juízo comum, outorgada ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento dos recursos especiais.

infraconstitucional, a sua decisão seja soberana¹²⁴⁰ Como se vê, o juizado especial não é um mero procedimento instaurado no âmbito do juízo comum¹²⁴¹, porém um outro órgão jurisdicional, organizado não apenas no aspecto formal para implementar esse novo modelo de justiça criminal, mas, igualmente, na parte ideológica.

Sublinhe-se que o sentido democratizante desse modelo de justiça tergiversa com um dos dogmas do sistema criminal, que é o *princípio da obrigatoriedade da ação penal* e, de soslaio, transforma o processo judicial em instrumento hábil para despenalizar, no caso concreto, a conduta considerada como ilícito criminal na lei e, quando se tratar de *medidas restritivas*, caso cumpridas as condições estabelecidas, acarretar a absolvição, em razão da extinção da punibilidade.

Com efeito, ao permitir que o Ministério Público, desde que presentes as condições previstas na lei, ao invés de oferecer a denúncia, proponha a *transação*, alvitra-se o equacionamento do problema penal *sem a imposição de pena ou reconhecimento de culpa*¹²⁴², impondo-se como condição que o autor do fato, no acordo firmado como o Ministério Público, aceite, sob a forma de medidas alternativas ou restritivas, submeter-se às restrições de direitos previstas no art. 43 do Código Penal, consistentes em (a) prestação pecuniária; (b) perda ou devolução de bens e valores; (c) limitação de fim de semana; (d) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; e (e) interdição temporária de direitos.

A transação tem como paradigma o instituto do Direito americano denominado *Non-Prosecution Agreement* (NPA), situação em que o Ministério Público renuncia ao direito de ação. Em razão do acordo firmado entre as partes, Ministério Público deixa de oferecer a ação penal. É, como se vê, uma espécie de acordo de não persecução penal, ou melhor, um *negócio jurídico processual*. Como se verá no item 9.1.3.3, infra, apresenta-se como o embrião do acordo de não persecução penal propriamente dito, mais conhecido como ANPP, inovação em nosso meio trazida pela Lei nº 13.964, de 2013.

Nas discussões encetadas para a transação, não cabe discutir se o autor do fato é, ou não, culpado. O que se debate é se o autor do fato preenche as condições previstas na lei para que ele possa gozar do direito de ter a questão criminal resolvida sob a forma *consensuada*. Caso aceita a transação pelo autor do fato, o juiz faz a homologação por sentença, sem que isso pressuponha reconhecimento da culpabilidade do autor do fato. Trata-se, como se nota, apenas de uma forma *consensuada e abreviada* de solução da demanda criminal, com a importante vantagem política de *despenalizar a conduta ilícita* e, assim, evitar a aplicação de uma pena, ademais de o cumprimento das condições estabelecidas ter o condão de gerar sentença absolutória, extinguindo a punibilidade. O instituto da transação serve, de soslaio, para cumprir a cláusula constitucional que impõe como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito *erradicar a marginalização*, nos termos do art. 3º, III, da Constituição.

Tem-se, dessa maneira, que o processo no juizado especial, por meio da transação, possui conteúdo de ordem material, na medida em que serve para *extinguir a punibilidade*, circunstância que, conforme a primeira etapa da Reforma Tópica, operada em 2008, impõe a prolação de sentença absolutória, nos termos do art. 397, IV, do CPP. Nessa dimensão, o processo no juizado especial não tem como função apenas regradar a persecução criminal por meio da garantia dos direitos fundamentais do agente a quem imputada a conduta ilícita, mas ainda a alta missão de servir de instrumento para a *despenalização/absolvição* ou então, não sendo isso possível, para a aplicação de pena que não seja

¹²⁴⁰ Os incidentes de uniformização, inicialmente, só foram previstos para as decisões do Juizado Especial Federal. Com o advento da Lei nº 12.153, de 2009, que criou os juizados especiais da fazenda pública no ambiente estadual e do Distrito Federal, esses incidentes foram estendidos para os julgamentos ocorridos no âmbito desses órgãos. Os incidentes de uniformização, tanto na esfera federal quanto dos juizados especiais da fazenda pública estaduais, só são cabíveis sobre questões de direito material, de ordem infraconstitucional, nas seguintes hipóteses: a) divergências entre decisões proferidas por turmas recursais de uma mesma região; b) divergências entre decisões proferidas por turmas recursais de regiões distintas ou da proferida em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do STJ; e c) decisão da Turma de Uniformização em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do STJ.

¹²⁴¹ Essa nomenclatura foi escolhida pelo legislador da Lei nº 9.099/95 para nominar os órgãos judiciários que não fazem parte do juizado especial (art. 66, parágrafo único).

¹²⁴² Cf. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 32.

privativa de liberdade¹²⁴³. É como se o constituinte tivesse três opções para resolver a questão relacionada aos crimes de menor potencial ofensivo: (1) a mais radical, extinguir, em tese, todos os crimes considerados de menor potencial; (2) permitir que o Ministério Público, na análise do caso concreto, por um juízo de oportunidade e conveniência, ele mesmo fizesse a descriminalização, mediante a negativa do ajuizamento da ação criminal ou a despenalização, sem que tal passasse pelo crivo do Judiciário; (3) deixar que o caso concreto seja debatido, ainda que de forma abreviada, na arena processual, a fim de que a eventual despenalização fosse fruto do próprio processo, por meio do instituto da transação.

O constituinte, por uma questão de política criminal, fez a opção pela terceira alternativa, daí que o processo desenvolvido perante o Juizado Especial assume essa *função despenalizante* de fundamental importância para um sistema democrático. Como se observa, aquele não fez a opção pelos institutos do *guilty plea* (declaração de culpa) ou do *plea bargain* (barganha penal) do sistema americano, que pressupõe negociação envolvendo o reconhecimento da culpa pelo agente. Aproximase mais da figura do sistema italiano *nolo contendere* (não quero litigar), em que a pessoa apenas prefere a solução consensuada ao conflito¹²⁴⁴, sem assumir ou ter declarada a sua culpa.

Alguns doutrinadores lançaram críticas azedas ao Juizado Especial, sob o argumento de que a sistemática processual prevista no seu âmbito contraria o devido processo legal, notadamente no que diz respeito ao brocardo *nulla poena sine iudicio*. As críticas mais contundentes, estreme de dúvidas, partiram de MIGUEL REALE JÚNIOR¹²⁴⁵, ao apontar vício de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da inocência e do dogma da *nulla poena sine iudicio*, uma vez que, no seu modo de ver, permite-se um *juízo antecipado de culpabilidade*, sem sequer ter havido a propositura da ação penal. A crítica não procede, a partir do momento que se tenha em consideração que, com a transação, não há aplicação de sanção penal, uma vez que, a despeito da atecnia do legislador, o juiz não impõe pena restritiva de direitos, senão medida alternativa infligida como condição para a despenalização da conduta ilícita.

De fato, realizado o acordo por meio da transação, caso o autor do fato descumpra as condições impostas com a natureza jurídica de medidas restritivas, a solução é o ajuizamento da ação penal, a fim de que a responsabilidade penal seja perquirida em processo contencioso.

9.1.3.1.1 – Natureza jurídica despenalizante das medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas e sua distinção das penas alternativas.

Com a escolha do constituinte materializada pelo legislador, ao invés da aplicação da pena de prisão, da pena alternativa ou da pena de multa, o escopo fundamental da justiça criminal operacionalizada pelo Juizado Especial é servir-se do processo para viabilizar a solução consensuada do problema criminal. Em outra nota, a transação é um negócio jurídico processual similar à suspensão condicional do processo, ao acordo de não persecução penal e, em certa medida, à colaboração premiada, que tem em mira aplicar solucionar a *vexata quaestio* sem a aplicação de pena. No ponto,

¹²⁴³ ADA PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES dizem que a Lei nº 9.099, de 1995, disciplinou apenas medidas despenalizadoras, incluindo, dentre elas, a transação. Acrescentam que o diploma legal em foco "... não cuidou de nenhum processo de descriminalização, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal" (ibid., p. 38). Essa posição é, até certo ponto, contraditória, pois os autores citados defendem que, com a transação, ocorre a *sujeição* do autor à aplicação de pena. Ora, se com a transação se dá a aplicação de pena, ela não pode ser considerada uma medida despenalizadora. Os autores citados, é verdade, procuraram contornar essa contradição, com a afirmação de que as *medidas despenalizadoras* "são medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão" (ibid.). Porém, essa distinção não procede. Felizmente, de há muito, em nosso sistema, a pena de prisão não é a única nem muito menos a mais importante. Ao lado da pena de multa, há a restritiva de direitos, que deve, sempre que possível, ser preferida. Por conseguinte, a pena, seja ela de prisão, de multa ou restritiva de direito, em essência, é sanção penal. Assim, somente pode ser considerada medida despenalizadora aquela que se presta efetivamente a afastar a aplicação de qualquer das espécies de sanção. Por outro lado, caso o escopo almejado com o juizado especial fosse evitar a aplicação da pena de prisão, isso nada teria de revolucionário, pois o próprio sistema do Código Penal, desde a introdução das penas alternativas, expressa a política criminal de reservar a prisão para situações extremas, de modo que esta, sempre que possível, deve ser substituída por aquelas (art. 44 do Código Penal).

¹²⁴⁴ Ibid., p. 33.

¹²⁴⁵ Pena sem processo. In: *Juizados especiais criminais e juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 27-28.

recorde-se que aqui já foi feita uma distinção importante entre *medida alternativa propriamente dita ou restritiva e pena alternativa*¹²⁴⁶.

Para fins dogmáticos pode-se dizer que a medida alternativa é o gênero, do qual são espécies: (a) a medida alternativa propriamente dita ou restritiva e (b) a pena alternativa. A pena alternativa é aquela que substitui a pena privativa de liberdade e pressupõe, necessariamente, o reconhecimento da culpa do agente e consequente sentença condenatória. Ao contrário, a medida alternativa é uma forma de solucionar o processo sem aplicação de nenhuma sanção, prescinde da discussão sobre a culpa do agente e tem a função de despenalizar a conduta do agente, desde que ele aceite as condições estabelecidas pelo juiz, as quais, se cumpridas, impõem a extinção de punibilidade, a ser reconhecida mediante a prolação de sentença absolutória.

Assim, na solução do problema criminal, o juiz do juizado especial deve procurar, primeiramente, despenalizar a conduta do autor do fato por meio da transação ou com a declaração do direito do autor do fato à despenalização de sua conduta, com a consequente aplicação de medida restritiva, que não tem natureza de pena. Isso não sendo possível, processado o feito e sendo condenatória a decisão final, o juiz deve aplicar pena alternativa ou de multa, em detrimento da restritiva de liberdade.

A circunstância de as *medidas restritivas* possuírem o mesmo conteúdo das penas alternativas não é o bastante para que se deixe de fazer a importante distinção da natureza jurídica de uma e outra. Ora, a medida restritiva *extingue a punibilidade*, o que, na sistemática atual, implica em absolvição (art. 397, IV, do CPP). A pena alternativa, como o próprio nome já diz, é uma sanção criminal, aplicada para quem é considerado culpado, assim chamada porque substitui a pena privativa de liberdade.

Devido a essa distinção ontológica, 7 (sete) características fundamentais distinguem um instituto do outro. Eis as características essenciais da *medida alternativa propriamente dita ou restritiva* e da pena alternativa:

Medida alternativa propriamente dita ou restritiva	Pena alternativa
(1) não é pena;	(1) constitui-se pena, mesmo quando aplicada no juizado especial;
(2) não pressupõe a declaração de culpa do agente;	(2) pressupõe declaração de culpa do agente;
(3) é consensual, pois depende de proposta do MP e aceitação do autor do fato;	(3) é coercitiva, pois se trata de pena;
(4) tem como finalidade extinguir a punibilidade;	(4) tem como finalidade fazer com que seja evitada a aplicação de pena privativa de liberdade;
(5) o juiz a aplica por meio de 'decisão homologatória' ou declaratória;	(5) o juiz a aplica por meio de sentença condenatória;
(6) cumpridas as condições estabelecidas, o processo é extinto por meio de sentença, declarando a extinção da punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099, de 1995), possuindo portanto, natureza absolutória (art. 397 do CPP); e	(6) deve ser cumprida com a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o caso da pena de prestação de serviços à comunidade para ilícito com sanção inferior a um ano (art. 55 do Código Penal - CP); e
(7) não gera efeito criminal ou cível, exceto para impedir nova transação pelo prazo de cinco anos (art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei nº 9.099, de 1995).	(7) gera efeitos criminais e cíveis, importa em reincidência, constituindo-se a sentença em título judicial para executar o dever de reparar civilmente o dano.

Infelizmente, o legislador da Lei nº 9.099, de 1995, não se mostrou afinado com a melhor técnica quando tratou do instituto da transação, mecanismo pelo qual, no âmbito do juizado especial, é aplicada a medida restritiva. Da forma como foram redigidos os dispositivos – notadamente o art. 76, caput e § 4º, da Lei nº 9.099, de 1995 –, tem-se a impressão de que, por meio da transação, ocorre a aplicação de pena restritiva de direito ou multa, quando isso não é verdade. A esse respeito, verifique-se que, no caput do art. 76, está dito que “... o Ministério Público poderá propor a *aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas*, a ser especificada na proposta” (Grifos acrescentados), transparecendo que é condição necessária para essa negociação processual a aceitação do autor do fato aceitar a sanção criminal prevista.

¹²⁴⁶ Cf. item 8.3.2, supra.

Ora, conforme foi visto, insere-se na compreensão do devido processo legal que a responsabilidade penal somente é admissível caso seja identificada por meio do processo, no qual assegurado, além de outras garantias fundamentais, o direito à ampla defesa. Por isso mesmo, na seara criminal, a confissão da pessoa, feita fora ou dentro do processo, não tem o condão de fazer perecer a necessidade de a culpa ser reconhecida mediante o exame das demais provas coligidas durante a instrução. Não tem valia em nosso sistema, por mais razões ainda, o reconhecimento da procedência da pretensão acusatória, pois, conforme salientado, não adotamos em nosso meio o *plea bargain* estadunidense.

Dessa forma, se a condição estabelecida pelo Ministério Público fosse a *sujeição* do autor do fato ao cumprimento de pena restritiva de direito ou multa, seria o mesmo que exigir o reconhecimento da culpabilidade ou, no mínimo, a procedência da *persecutio criminis*, o que compromete, como aqui já foi dito e repetido, o postulado do devido processo legal¹²⁴⁷. Ademais, se assim fosse, à evidência que isso não seria uma transação, pois não haveria nenhuma vantagem para o autor do fato. Seria um mero *consentimento* do autor do fato para que lhe fosse aplicada logo, sem o devido processo legal, a pena prevista para o crime¹²⁴⁸, o que, além de inadmissível em nosso sistema constitucional, não seria razoável.

Como se não bastasse, o legislador da Lei nº 9.099, de 1995, confere a impressão de que o juiz, ao acolher a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, “... aplicará a pena restritiva de direitos ou multa”, muito embora ele tenha tido o cuidado de sublinhar que isso “... não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos (art. 76, § 4º)”.

Todavia, conforme salientado, tecnicamente, não se aplica nenhuma sanção, até porque, ao acolher a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz apenas *homologa* a transação, não havendo de falar-se, assim, em sentença condenatória. Não há, por conseguinte, *condenação*, daí por que não haveria mesmo de falar-se em reincidência, assim como se mostra despropositada a ressalva preceituada no § 6º do art. 76 da lei em referência¹²⁴⁹.

Incongruências à parte do legislador, o que importa é que a transação não tem, à evidência, conteúdo condenatório, até porque o juiz apenas homologa o que foi acordado entre o Ministério Público e o autor do fato. Quando o caput do art. 76 da Lei nº 9.099/95 fala que constará da proposta do Ministério Público a *aplicação imediata de pena restritiva de direitos*, entenda-se como se ele, em verdade, tivesse dito *aplicação imediata de medida restritiva de direitos*. Isso porque, conforme assinalado acima, conquanto as medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas tenham o mesmo conteúdo das penas restritivas de direitos, aquelas guardam diferença ontológica em relação a estas, pois não se tratam de sanção, mas de medida alternativa de solução do processo. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos ou a limitação de fim de semana, ou mesmo a multa acordada na transação não passam de condições estabelecidas na sentença para serem cumpridas pelo autor do fato, a fim de que o processo seja encerrado com a extinção de punibilidade¹²⁵⁰.

¹²⁴⁷ Em sentido contrário, ADA PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES defendem que, na transação, a pedido das próprias partes, o juiz aplica sanção criminal, o que “... significa submissão consentida à sanção penal, sem reconhecimento da culpabilidade penal” (Op. cit. p. 69). Com todo o respeito que os consagrados doutrinadores merecem, mostra-se contraditório dizer que, no caso, há aplicação de pena sem culpa. Um dos requisitos caracterizadores do ilícito criminal reside na culpa, em sentidos lato ou estrito senso, não se admitindo, sequer, a possibilidade da previsão de *culpa objetiva* no tipo penal. Para se punir alguém criminalmente, mister se faz identificar a culpa. É estranho, e mesmo dissonante de um sistema democrático, aceitar que alguém seja responsabilizado criminalmente, mediante aplicação de pena, mesmo que ela não seja privativa de liberdade, sem que se tenha como pressuposto a declaração, por meio do devido processo legal, de sua culpabilidade.

¹²⁴⁸ No sistema do Código Penal, de regra, os crimes de menor potencial ofensivo são passíveis de punição por meio das penas alternativas.

¹²⁴⁹ O art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099/95 dispõe: “A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível”. A leitura atenta do dispositivo mostra que o início do artigo – “... A imposição da sanção de que trata o § 4º” – dá a impressão do caráter condenatório do pronunciamento judicial, porém a parte final ressalta que ele não possui os efeitos que são inerentes a esse tipo de sentença.

¹²⁵⁰ Dependendo do caso, a interdição temporária de direitos pode muito bem ser prescrita, sob a forma de “*proibição de frequentar determinados lugares*” ou mesmo de “suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo” (art. 47, III e IV, do Código Penal).

Na esteira desse entendimento, a Ministra Rosa Weber, em decisão monocrática, ressaltou que “A imposição de prestação de serviços ou mesmo de prestação pecuniária nesse contexto assemelha-se às penas restritivas de direitos do art. 43 do Código Penal, ainda que com elas não se confunda em natureza e quantidade” (HC 108.914/RS 2012).

A despeito dessas considerações, alguns doutrinadores defendem que, caso não cumprido o que ficou ajustado na transação, o juiz deve converter a pena alternativa – na verdade, medida alternativa – em privativa de liberdade, conferindo à sentença homologatória da transação o caráter de édito judicial condenatório, em clara afronta ao devido processo legal. Contudo, se na doutrina havia discussão quanto a esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 80.164, relatado pelo Ministro ILMAR GALVÃO¹²⁵¹, em votação unânime da Primeira Turma, tratou de dirimir a dúvida, encontrando-se assim redigida a ementa, na parte em que interesse ao assunto aqui tratado:

HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DOS CRIMES DOS ARTS. 129 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE CONSISTIRIA NA CONVERSÃO, EM PRISÃO, DA PENA DE DOAR CERTA QUANTIDADE DE ALIMENTO À “CASA DA CRIANÇA”, RESULTANTE DE TRANSAÇÃO, QUE NÃO FOI CUMPRIDA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Conversão que, se mantida, valeria pela possibilidade de privar-se da liberdade de locomoção quem não foi condenado, em processo regular, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, como exigido nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição Federal. Habeas corpus deferido.

Esse precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, acompanhado de outros que constam no mesmo sentido, confirmou a tese aqui expendida, no sentido de que a transação não possui conteúdo condenatório e que o processo criminal, no Juizado Especial, além da missão de limitar o exercício do dever-poder de punir por meio da garantia dos direitos fundamentais, cumpre outra importante função política, qual seja, a de servir de instrumento para *despenalizar*, no caso concreto, a conduta ilícita considerada de pequeno potencial lesivo. Se, com a transação, o autor do fato se sujeitasse à aplicação de pena restritiva de direitos, como defendem vários autores¹²⁵², o descumprimento das condições estabelecidas permitiria, naturalmente, a sua conversão em pena privativa de liberdade, o que, como visto, de acordo com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, não ocorre.

Ademais, no desiderato de consolidar, de uma vez por todas, esse entendimento e tornar obrigatória a sua adoção, o STF cuidou de editar a Súmula Vinculante nº 35, a fim de deixar consignado que “A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante o oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

Acrescente-se, por fim, que a tese sufragada serve para dissipar qualquer argumento no sentido de identificar vício de inconstitucionalidade na transação, com suporte na assertiva de que o legislador teria contemplado hipótese de aplicação de pena sem processo, em flagrante ofensa ao princípio do

¹²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DOS CRIMES DOS ARTS. 129 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE CONSISTIRIA NA CONVERSÃO, EM PRISÃO, DA PENA DE DOAR CERTA QUANTIDADE DE ALIMENTO À “CASA DA CRIANÇA”, RESULTANTE DE TRANSAÇÃO, QUE NÃO FOI CUMPRIDA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: HC – Processo: 80.164, UF: MS, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/09/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 fev. 2005. No mesmo sentido, a Segunda Turma, no Habeas Corpus 79.572-GO, processo relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, também à unanimidade, assim decidiu: “(...) TRANSAÇÃO – JUIZADOS ESPECIAIS – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – CONVERSÃO – PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE – DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia” (Ibid.).

¹²⁵² Cf. PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gian Paolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial: aspectos práticos da lei 9.099/95*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 53. GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. Op. cit., p. 88.

devido processo legal e mesmo ao princípio da presunção de não culpabilidade. Como exaustivamente ressaltado, com a transação não há aplicação de pena nem o reconhecimento de culpabilidade do autor do fato, mas propriamente a despenalização da conduta por meio da utilização de medidas alternativas para a solução do processo, o que evidencia que não há malferição às cláusulas do devido processo legal e da presunção de inocência ou de não culpabilidade¹²⁵³.

9.1.3.1.2 – Juizado especial como devido processo legal para os crimes de menor potencial ofensivo.

A competência do juizado especial está plasmada na Constituição de 1988. De acordo com esta, as infrações da alçada desse são aquelas definidas como de menor potencial ofensivo. Veja-se bem, o critério eleito pelo constituinte foi o da *natureza da causa*. Por conseguinte, duas considerações devem ser feitas: (1) a competência do juizados especiais é *constitucional*; e (2) o critério escolhido para definir a competência foi a *natureza da causa*, ou seja, a infração penal¹²⁵⁴ considerada de menor potencial lesivo. Nesse sentido, TOURINHO NETO¹²⁵⁵ confirma que “A competência do Juizado é determinada, primeiramente, pela matéria, pela natureza da infração (CPP, art. 74).” Evidentemente não competia ao constituinte definir, na própria Constituição, o que se deve entender por crime de menor potencial. Isso é tarefa para o legislador infraconstitucional, assim como ocorre em relação à competência do tribunal do júri, em que a definição do que sejam crimes dolosos contra a vida fica ao alvedrio do legislador ordinário¹²⁵⁶.

Só pela peculiaridade de tratar-se de uma competência fixada em razão da natureza da infração – aquela de menor potencial ofensivo –, dá para sentir que se trata de *competência absoluta*, que não pode ser derogada pela vontade das partes. Em outras palavras, por expressa disposição contida no texto constitucional, o juízo natural dos crimes de menor potencial ofensivo é o Juizado Especial. Agregue-se a essa consideração que, conforme aqui já foi dito, ele não foi criado como um mero rito, mas sim como um órgão do Judiciário, com competência diferente dos outros segmentos da magistratura e com uma estrutura substancialmente distinta, valendo mencionar, a esse respeito, a circunstância de possuir duas instâncias. Não se trata, portanto, de mera escolha de rito, mas de distribuição de competência entre órgãos jurisdicionais distintos.

Note-se que, firmando passo a lado desse entendimento, no art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.259, 12 de julho de 2001, embora dispondo expressamente apenas para o ambiente cível, está ressaltado que a competência do juizado especial federal é absoluta. Esse registro não era necessário, mas o legislador assim agiu com o fito de afastar o equívoco cometido na interpretação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, porquanto se passou a defender que a competência desse segmento da magistratura era relativa¹²⁵⁷. O fato de na Lei nº 10.259, de 2001, o legislador ter deixado expressa a competência

¹²⁵³ ADA PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, sem fazer a distinção que aqui é feita, admitem que, na transação, há a aplicação de sanção penal, mas afastam a tese de inconstitucionalidade ao fundamento de que a própria Constituição, no art. 98, I, previu uma exceção à “... necessidade de processo para a privação da liberdade”. Essa explicação, *data venia*, não convence, até porque o constituinte não conferiu *caráter condenatório* à transação. Não há colisão entre o devido processo legal e a transação prevista no art. 98, I, da Constituição. Ao disciplinar a transação, o legislador infraconstitucional, necessariamente, teria de adequar esse instituto ao princípio do devido processo legal. Por conseguinte, sem embargo dos termos empregados pelo legislador, a interpretação do texto tem de ser *conforme* a Constituição, o que recomenda que se entenda que, com a transação, não se impõe pena, mas sim medida alternativa despenalizante da conduta ilícita vista no caso concreto.

¹²⁵⁴ O constituinte, quando emprega a expressão *infração*, refere-se não apenas aos crimes, como também às contravenções.

¹²⁵⁵ *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 505.

¹²⁵⁶ Igualmente entendendo que a competência do juizado foi determinada em razão da matéria, no caso a natureza da infração, PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY afirmam que “esta modalidade de fixação da competência pela natureza da infração – ou competência em razão da matéria – não é nova e já encontrava respaldo legal no art. 74, caput, do Código de Processo Penal e, na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXVIII, cuidando dos crimes dolosos contra a vida” (*Juizados especiais criminais: comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 30).

¹²⁵⁷ Esse entendimento, mesmo em relação à competência cível, não é correto, pois, igualmente como fez quanto à seara criminal, foi o próprio constituinte quem definiu quais seriam as causas cíveis da alçada do juizado especial, tendo escolhido como critério a natureza da causa, qual seja, *as cíveis de menor complexidade* que forem definidas como tal na legislação subconstitucional.

absoluta do juizado especial federal apenas para a matéria cível, não pode animar o intérprete a pensar que, quanto ao aspecto criminal, ela é meramente relativa¹²⁵⁸.

Isso tanto é verdade que, a fim de espantar qualquer dúvida quanto a ser direito subjetivo a resolução do problema criminal por meio dos instrumentos do juizado especial, quando se trata de crime de menor potencial ofensivo, o legislador cuidou, por meio da Lei nº 11.313, de 2006, de mudar a redação do caput do art. 60 da Lei nº 9.099, de 1995, a fim de dizer que a competência desse segmento do Judiciário deve respeitar *as regras de conexão e continência*, e esclarecer, com a inclusão de um parágrafo único no referido dispositivo, que “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

A despeito da abundância de pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre ser a competência do juizado especial, na área cível, absoluta, há também jurisprudência firmada nesse sentido quanto ao ambiente criminal, servindo de exemplo o acerto unânime de sua Quinta Turma, no julgamento do Habeas Corpus 75.140, relatado pela Ministra LAURITA VAZ¹²⁵⁹, cuja ementa vazada nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INJÚRIA. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO COMUM. APELAÇÃO. COMPETÊNCIA. JULGAMENTO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. DENÚNCIA RECEBIDA APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 10.259/2001. NÃO-OBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI Nº 9.099/95. NULIDADE ABSOLUTA. ANULAÇÃO DO PROCESSO. RECURSO DA DEFESA. PENA FIXADA. LIMITE A SER OBSERVADO. PROIBIÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA CONSUMADA. 1. Proferida a sentença pelo Juízo Comum, cabe ao Tribunal de Justiça – e não à Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais — proceder ao julgamento da apelação. 2. Recebida a peça acusatória de crime de injúria, já na vigência da Lei nº 10.259/2001, ainda que referente a fato a ela anterior, deveria o feito ter obedecido ao rito da Lei nº 9.099/95. A circunstância de a Comarca ser de Vara Única, não afasta o prejuízo decorrente da não-adoção do rito mais benéfico e acarreta a nulidade do processo desde o recebimento da denúncia, em face da suspensão injustificada de seus benefícios. 3. Anulada a sentença e acórdão condenatórios, em recurso exclusivamente da defesa, a pena que fora fixada passa a ser o patamar máximo a ser observado em caso de nova condenação pois, caso viesse a ser superior, haveria reformatio in pejus indireta, inadmitida em nosso ordenamento. 4. Hipótese em que se verifica a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, ex vi do art. 109, inciso VI, do Código Penal. 5. Ordem concedida na extensão pedida e, de ofício, para anular o processo desde o recebimento da denúncia e declarar extinta a punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal.

Por conseguinte, o devido processo legal para as infrações de menor potencial ofensivo é aquele desenvolvido perante o juizado especial, sob a batuta do *procedimento sumariíssimo*, com a possibilidade de ocorrer a transação criminal. Com isso se quer dizer que, se o devido processo legal é uma garantia da pessoa como forma de proteção aos mais diversos direitos fundamentais catalogados na Constituição, quanto ao devido processo legal conjecturado para o juizado especial, a observância das regras processuais assume especial relevância de ordem material, pois elas possibilitam, até mesmo, a extinção da punibilidade, o que se faz mediante sentença de natureza absolutória. Em síntese, o agente tem o direito subjetivo de ver observado o *devido processo legal* alvitrado pelo constituinte para as infrações de menor potencial ofensivo.

Tendo em consideração essa premissa, entende-se que, quando se trata de crime eleitoral, conquanto não haja juizado especial eleitoral, sendo o crime de menor potencial ofensivo, são aplicáveis os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099, de 1995 (a composição dos danos civis, com renúncia ao direito de queixa ou de representação, e a transação), salvo quando é o caso de crime para o qual estabelecida a pena privativa de liberdade cumulada com a cassação do registro de candidatura.

¹²⁵⁸ Nesse sentido, cf. TOURINHO NETO. Op. cit., p. 503.

¹²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Data da decisão: 17/09/2009. Disponível em www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Acesso em: 7 jan. 2012.

De outra banda, conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha atestado a constitucionalidade do O art. 90-A da Lei nº 9.009, de 1995, que veda a aplicação das disposições nela previstas no âmbito da justiça militar, há julgado no sentido da admissibilidade da aplicação dos institutos despenalizantes, quando se tratar de crime militar praticado por civil (HC 99.743/RJ, Rel. Min. Luiz Fux).

Questão controvertida surgiu com a Lei 10.741, de 2003, o chamado Estatuto do Idoso, diploma editado com a finalidade de conferir maior proteção às pessoas colocadas em situação de vulnerabilidade devido à idade. Isso porque o art. 94 da lei em referência determinou a aplicação do procedimento estampado na Lei nº 9.099, de 1995, em relação a todo e qualquer crime previsto no Estatuto do Idoso cujo pena não fosse ultrapassasse 4 (quatro) anos. A incongruência da norma, especialmente pela circunstância de considerar crime de menor potencial crimes mais com pena superior a 2 (dois) anos, desde que praticados contra idosos, levou o Supremo Tribunal, na apreciação da ADI 3.096, a conferir interpretação conforme ao dispositivo em foco, a fim de definir que a Lei nº 9.099, de 1995, nesse caso, se aplica apenas em relação ao procedimento, que é mais célere, não quanto aos benefícios despenalizantes.

Por fim, registre-se que, conforme o art. 41 da Lei 11.340, de 2006, não se aplica a Lei nº 9.099, de 1995, “Aos crimes praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista...”, existindo decisão do STF de que a vedação se estende até mesmo em relação à contravenção relativa às vias de fato (HC 106.212/MS, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 13.06.2011).

9.1.3.1.3 – Dever do Ministério Público de propor a transação, desde que satisfeitas as condições previstas na lei.

Logo após a edição da Lei nº 9.099, de 1995, instaurou-se discussão quanto à obrigatoriedade, ou não, de o Ministério Público propor, na fase preliminar (art. 76, caput), ou, frustrada esta, na audiência de instrução e julgamento (art. 79), a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa, a ser especificada na proposta. Em outras palavras, a discussão consiste em saber se o autor do fato tem o direito à transação, com o consequente reconhecimento de que, para o Ministério Público, o oferecimento da proposta não é uma *faculdade*, mas sim um *dever*, desde que estejam satisfeitas as condições estabelecidas na lei¹²⁶⁰. Por outro lado, se a transação for considerada um direito subjetivo, nada obstante a negativa do Ministério Público, o autor do fato pode pedir ao juiz que lhe seja reconhecido o direito a obter os benefícios previstos em lei. E pode, até mesmo, impetrar habeas corpus para esse fim, sob o argumento de constrangimento ilegal, no caso de o seu pleito não ser atendido.

É verdade que, pela redação do art. 76, caput, da Lei nº 9.099, de 1995, tem-se, com apoio em interpretação literal, que o Ministério Público *poderá propor* a transação. Assim, a proposta seria *discricionária* ou *facultativa*, uma mera *facultas agendi* para o Ministério Público. Se se trata de uma mera faculdade, o Ministério Público, mesmo quando a situação não se enquadre em nenhuma das vedações plasmadas no art. 76, § 2º, poderá, ao seu talante, deixar de fazer a proposta. Caso esse entendimento fosse procedente, o Ministério Público poderia, por mero capricho, deixar de formular a proposta de transação, sem a necessidade de expor os seus motivos. A *contrario sensu* a *motivação* somente seria necessária quando o Ministério Público fosse fazer a proposta. Porém, esse entendimento não parece ser a melhor solução para a discussão.

Retomando o que foi exposto no item supra, há três formas de despenalizar os crimes de menor potencial ofensivo, sendo uma delas por meio do processo e consequente mitigação do *princípio da obrigatoriedade*. A transação imaginada para o Juizado Especial é o instituto que se presta para despenalizar, no caso concreto, a conduta ilícita prevista na lei e, por seu intermédio, acarretar a

¹²⁶⁰ Ao invés de dizer em quais casos é admissível a proposta de transação, o legislador, acertadamente, preferiu definir em quais ela não seria admitida. Com isso, deu-se um tratamento mais abrangente para o instituto, o que é sobremaneira salutar. De conformidade com o art. 76, § 2º, não se admite a proposta quando ficar provado: “I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”.

extinção da punibilidade, cuja circunstância é reconhecida em sentença, que possui natureza absolutória, pois acarreta a extinção da punibilidade, desde que cumpridas as condições estabelecidas em lei.

A transação penal desobrigado o Ministério Público de oferecer a denúncia, autorizando-o a solucionar de forma consensual o problema penal. Ao tempo em que a transação flexibiliza o princípio da obrigatoriedade da ação penal, isso não implica em reconhecer que o Ministério Público pode escolher, ao seu talante, em quais casos fazer a proposta. Ele tem de ater-se às hipóteses em que é admitida o acordo por meio da transação. Diante dessa consideração, tem-se que a proposta de transação não é uma *faculdade* do Ministério Público; *é mais um dever do que um poder*, de modo que, quando se lê na lei a palavra *poderá*, o correto é enxergar a expressão *deverá*. Isso porque, em verdade, a previsão da transação não rompeu com o dogma da obrigatoriedade quanto ao ajuizamento da ação penal. Mudou a feição desse princípio, é verdade, mas instaurou aquilo que se convencionou chamar de discricionariedade regulada (ou regrada)¹²⁶¹. Flexibilizou o princípio se e quando satisfeitos os requisitos legais. Ou seja, a flexibilização *é regrada*.

Caso a transação fosse uma mera faculdade do Ministério Público, a discricionariedade seria pura, o que quer dizer que ele não precisaria justificar a recusa em solucionar o problema por meio da transação. Mas, ao contrário, a posição quanto ao oferecimento ou não da transação não é pura, é regrada, ou seja, o Ministério Público tem de apresentar os motivos pelos quais deixa de oferecer, ou não, a proposta de transação.

A necessidade da motivação fundamentada do Ministério Público quando oferece, ou não, a transação penal decorre, em um ou noutro caso, da exigência do devido processo legal. Deverá fazê-lo de forma motivada, constando da denúncia a razão da recusa da transação, especialmente quando fundamentado no inciso III do art. 76, §2º, da Lei nº 9.099, de 1995 (“não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”). Isso porque a hipótese em foco possui uma dimensão subjetiva mais aprofundada do que as outras duas (anteriormente ter sido condenado e ter firmado transação). Ora, sendo um direito subjetivo, a negativa do direito à solução do processo com a transação não pode se dar de forma discricionária, precisa ser devidamente motivada.

Por sua vez, a necessidade de fundamentação quando se propõe a transação, decorre da exigência de que o Ministério Público tenha uma *opinio delicti* formada pela prova da materialidade e indícios da autoria idêntica à que se exige para o oferecimento da denúncia. Isso evita que se inicie a marcha processual penal desarrazadamente, fazendo propostas de transação, mesmo quando não existente um lastro probatório mínimo para o oferecimento da denúncia, com suporte apenas na convicção de que o mero *risco* de responder a um processo já é suficiente para que o autor do fato aceite a resolução consensual. Essa *opinio delicti* fundamentada pode ser legalmente encontrada no caput do art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, diante da ressalva normativa de que “... não sendo caso de arquivamento...”, poderá ser feita a proposta da transação.

9.1.3.1.4 – Direito subjetivo do autor do fato a ter a sua conduta despenalizada, quando satisfeitas as condições previstas na lei.

Além de não ser uma faculdade do Ministério Público, a resolução do processo mediante a despenalização da conduta constitui um direito subjetivo do autor do fato. Ou seja, se a situação deste não se encaixa em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 76, § 2º que impedem a transação, ele tem o direito de ter a sua conduta despenalizada. Não se cuida de um mero direito processual, mas de um direito de conteúdo material, visto que, nesse caso, a decisão judicial tem o condão de extinguir a punibilidade, com a despenalização da conduta ilícita. Ainda mais que, consoante já ressaltado, com a Reforma Tópica de 2008, a extinção da punibilidade se opera por meio de sentença absolutória, de modo que, para todos os efeitos, o agente é absolvido (art. 397, inciso IV, no CPP).

Por isso mesmo, caso o Ministério Público se negue a propor a transação, ou seja omissivo em relação a ela, o autor do fato pode pedir que o juiz decida se ele faz jus, ou não, à resolução do

¹²⁶¹ Cf. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

processo com a despenalização de sua conduta. Por outro lado, caso o juiz não acolha o seu pedido para que assim seja solucionado o processo, o autor do fato pode interpor habeas corpus, ao fundamento de que está sofrendo constrangimento ilegal, em virtude de não ter sido reconhecido o seu direito de ver despenalizada a sua conduta, com conseqüente encerramento do processo sem maiores traumas ou conseqüências criminais.

Não é correto, portanto, dizer que a transação ou a resolução do processo com a despenalização da conduta é um *benefício* outorgado ao autor do fato. Note-se que, há muito tempo, a jurisprudência brasileira tem reconhecido que as normas criminais de ordem *premier*, cada vez mais presentes na legislação, não têm propriamente a natureza de benefício, porquanto veiculam verdadeiros direitos subjetivos. Foi assim que o Supremo Tribunal Federal dissipou a discussão que agitava a doutrina quanto à definição se a suspensão condicional da pena era benefício outorgado ao acusado, cuja concessão ficava sob a discricionariedade do juiz, ou se se tratava de direito subjetivo, de modo que o magistrado, caso satisfeitas as condições estabelecidas na lei, teria de conceder o *sursis*.

À guisa de respaldo ao asseverado acima, observe-se que, ainda no ano de 1986, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 63.557-RJ, tendo funcionado como Relator o então Ministro FRANCISCO REZEK¹²⁶², deixou consignado que o *sursis* "... além de direito subjetivo do réu, interessa por igual ao complexo tático de defesa social", daí resultando que "... a razão para indeferir o *sursis* deverá ser sempre grave"¹²⁶³.

De todo modo, há vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há direito subjetivo à transação. A posição jurisprudencial desses dois tribunais superiores foi firmada ao abordar a questão referente à suspensão condicional do processo, considerada como espécie de transação, pois também se trata de um negócio processual. Em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça está dito, expressamente, que a suspensão do processo, espécie de transação, não se trata de direito subjetivo¹²⁶⁴. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no afã de consolidar o seu entendimento sobre o assunto, estabeleceu que a suspensão do processo – uma das formas de transação criminal – não se trata de direito subjetivo. Todavia, de modo até certo ponto contraditório, acrescentou a Terceira Seção do STJ que, caso haja divergência do juiz quanto à negativa da proposta pelo Ministério Público, aplica-se, analogicamente, o art. 28 do Código de Processo Penal, na sua redação primária, isto é, o juiz deve remeter o feito para o Procurador-Geral da Justiça ou para o Procurador-Geral da República, a fim de que este insista na negativa, faça ele próprio a proposta ou designe outro membro do órgão para fazê-la¹²⁶⁵.

¹²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 'HABEAS CORPUS'. 'SURSI'. DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO. CÓDIGO PENAL DE 1940, Relator Ministro FRANCISCO REZEK, Classe: HC – Processo: 63.557, UF: RJ, SEGUNDA TURMA, un. Data da decisão: 10/08/1986. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 fev. 2005. A redação da ementa é a seguinte: "HABEAS CORPUS". 'SURSI'. DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO. CÓDIGO PENAL DE 1940. O 'SURSI', além de direito subjetivo do réu, interessa por igual ao complexo tático de defesa social. Daí resulta que a periculosidade do indivíduo há de ser flagrante e bem demonstrada para desautorizar o benefício; da mesma forma que deve estar apoiado em indícios válidos a presunção de futura reincidência. A razão para indeferir o 'sursis' deverá ser sempre grave. Ordem concedida" (Ibid.).

¹²⁵² Ibid.

¹²⁶³ Ibid.

¹²⁶⁴ Porém, no julgamento do Habeas Corpus 83.250/SP, relatado pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA, assim abordou a questão: "... o Ministério Público expressa e motivadamente deixa(ou) de oferecer a suspensão condicional do processo, e o juiz homologa(ou) essa manifestação..." (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI 9.099/95, ART. 89). REQUISITO OBJETIVO E CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SÚMULA 696. ORDEM DENEGADA, PRIMEIRA TURMA, mv. Data da decisão: 25/11/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 fev. 2005. Ora, nesse sentido, realmente não há direito subjetivo. Se os motivos apresentados pelo Ministério Público para não oferecer a proposta são pertinentes, tem-se por evidente que, no caso concreto, o agente não possui direito subjetivo à transação. Portanto, para todos os efeitos, essa decisão se conforta com a tese aqui expendida.

¹²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95, ART. 89. SUSPENSÃO DO PROCESSO. DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP. OFERECIMENTO DA PROPOSTA APÓS A SENTENÇA QUE DESCLASSIFICA O CRIME. INVIABILIDADE. Relator Ministro ARNALDO DA FONSECA, Classe: RESP – Processo: 539770, UF: SP, QUINTA TURMA, Data da decisão: 16/10/2003, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 fev. 2005. No voto, o Ministro argumenta, de forma

Aderindo a esse pensar, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 696, para reiterar que “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Pois bem, se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça dizem que a suspensão do processo tem a natureza de transação e que, quando o Ministério Público a nega, o juiz pode dissentir e, por analogia, remeter o processo para os fins do art. 28 do Código de Processo Penal, por linhas transversas, estão dizendo que a proposta da transação, desde que satisfeitas as condições legais, é um *dever*. Por uma razão muito simples. É que o art. 28 do CPP, em sua redação originária, somente existe devido ao princípio da *obligatoriedade* do aforamento da denúncia e do sistema misto adotado na redação originária do Código de Processo Penal que, embora torne defeso ao juiz iniciar o processo sem a provocação de quem detém a legitimidade para tanto, permitia que o julgador provocasse a *ação* do Ministério Público.

Por conseguinte, no instante em que se diz que o juiz pode, caso discorde da negativa do Ministério Público quanto a fazer a proposta da transação, utilizar a regra do art. 28 do CPP, na essência está sendo dito que o órgão ministerial tem o dever de fazer a proposta de transação, pelo que o juiz, malgrado não possa tomar essa iniciativa, deve provocar a revisão dessa posição dentro do órgão ministerial, mediante a remessa do processo ao Procurador-Geral.

Se a transação é um dever para o Ministério Público, a conclusão lógica que se impõe é que se trata de um direito subjetivo do autor do fato. Ora, a proposta de transação somente pode ser vista como um dever para o Ministério Público, caso se entenda que a resolução do processo com a despenalização da conduta é um direito da pessoa que reúne os requisitos para a transação.

Trata-se de uma questão de lógica: o dever de *A* para com *B*, enxergada a situação pelo outro lado da relação jurídica, corresponde ao direito de *B* para com *A*. Em consonância com essa lógica, quando o juiz discorda da negativa de proposta de transação pelo Ministério Público e decide remeter, por via do art. 28 do CPP, o assunto para o Procurador-Geral, na prática, ele justifica sua posição com o argumento de que o autor do fato *faz jus* a ter a sua conduta despenalizada ou, para ser mais claro, que ele tem o *direito* subjetivo à despenalização de sua conduta considerada ilícita. Essas considerações levam a outra conclusão, no sentido de que, satisfeito o requisito objetivo, isto é, a pena máxima não sendo superior a 2 (dois) anos, deve o *Parquet* expor na denúncia os fundamentos pelos quais fez a proposta da transação ou, então, pelos quais deixou de fazê-la¹²⁶⁶.

9.1.3.1.5 – Possibilidade de o juiz deferir o pedido do autor do fato de despenalização da conduta por meio do processo, mesmo diante da recusa da transação criminal pelo Ministério Público.

Se o autor do fato tem o direito subjetivo de ter o processo solucionado sem a aplicação de pena, cabe indagar se ele pode pedir que seja concedida a transação, sem que haja a proposta do Ministério Público. Pode-se dizer que a discussão doutrinária não tem mais razão de ser, porquanto o Supremo Tribunal Federal, por meio do enunciado da Súmula 696 (“Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”), deixou claro que o juiz, assim como acontece na suspensão, discordando da negativa do Ministério Público, não pode conceder a transação, porém apenas se valer, por analogia, da regra inscrita no art. 28 do Código de Processo Penal.

Porém, a discussão a ser decidida no âmbito dos juizados especiais, envolve assunto que não diz respeito diretamente à Constituição, razão pela qual, em princípio, não comporta recurso seja perante o STJ seja perante o STF, cabendo, em tese, apenas habeas corpus, mas se e quando a decisão for contrária ao autor do fato. Portanto, é da alçada das turmas recursais emitir a última palavra sobre

expressa, que a transação não é direito subjetivo, mas mera faculdade do titular da ação, porém eventual divergência quanto à negativa da proposta pode ser solucionada com a utilização do art. 28 do CPP.

¹²⁶⁶ A fundamentação quanto ao oferecimento, ou não, da proposta de suspensão condicional do processo, quando a pena mínima do delito não for superior a 1 (um) ano, nada obstante o silêncio do art. 41 do Código de Processo Penal, que deveria ter sido atualizado, passa a ser um dos requisitos da ação penal.

a possibilidade de o juiz, mesmo ante a discordância do Ministério Público, desde que a pedido do autor do fato, conceder a transação criminal no juizado especial, até porque, como já salientado, das decisões proferidas pelos órgãos deste segmento da magistratura não cabe recurso seja para o Supremo Tribunal Federal¹²⁶⁷, para o Superior Tribunal de Justiça ou mesmo para os Tribunais Regionais Federais ou de Justiça, a não ser recurso extraordinário para o primeiro e, ainda assim, quando se trate de matéria diretamente constitucional, o que não é o caso da hipótese em foco.

Como o juizado especial possui a última palavra na matéria, mostra-se adequado insistir no assunto, até como forma de incentivo a uma tomada de posição mais ousada. Note-se que, considerada a transação como um direito subjetivo do autor do fato, este, naturalmente, pode pedir a sua proteção ao Judiciário. Assim, se na audiência preliminar o Ministério Público nega a proposta ou se omite em pronunciar-se sobre ela, o autor do fato pode pedir ao juiz que decida se ele tem, ou não, o direito à transação. Não se trata, à evidência, de concessão de ofício da transação, até porque isso, sim, é impossível, pois, para todos os efeitos, havendo ou não proposta do Ministério Público, exige-se que haja manifestação de vontade do autor do fato quanto à aceitação de que seja solucionado o processo pelo caminho da aplicação imediata de *medida alternativa propriamente dita ou restritiva*¹²⁶⁸. Portanto, na prática, o que frequentemente acontece, quando o Ministério Público não faz a proposta da transação, é o autor do fato sinalizar para o juiz, na audiência preliminar, que tem o desejo de solucionar o problema penal com base no seu direito à despenalização da conduta.

Evidencia-se, assim, que o magistrado, quando não é feita a proposta de transação pelo Ministério Público, não age de *ofício*, mas, sim, em razão da provocação que lhe é feita pelo autor do fato. Esse pedido feito ao juiz, na hipótese de indeferimento, comporta, em tese, impugnação por via do habeas corpus, ao fundamento da ocorrência de constrangimento ilegal. O entendimento de que o juiz não pode, a pedido do autor do fato, conceder a transação criminal é o mesmo que negar àquele o acesso à justiça. Corresponderia a dizer que, não obstante o autor do fato detenha o direito subjetivo à transação, não pode invocá-lo perante o juiz a quem distribuído o processo. Essa forma de pensar contraria um direito fundamental do nosso sistema, que é a garantia do pleno acesso à justiça, ainda mais porque, ao contrário do que tratamento normativo conferido ao acordo de não persecução penal, não há nenhuma norma, ainda que implícita, vedando que a recusa da proposta seja discutida no ambiente do Judiciário (art. 28-A, § 14, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Nem se diga que a solução alvitrada pelo art. 28 do CPP, sem a alteração da Lei nº 13.964, de 2019, do mesmo modo que ocorre quando o princípio da obrigatoriedade não é observado no ajuizamento da ação criminal pelo Ministério Público, é suficiente para assegurar o exame do direito do autor do fato.

Esse argumento, mesmo a uma análise superficial, não se sustém. Isso porque ao dever de oferecer a denúncia não corresponde um direito subjetivo da vítima ou de quem quer que seja a que a ação penal seja intentada. Observe-se que, no nosso sistema, por mais crítica que a escolha política mereça, quanto às ações penais de iniciativa pública, a titularidade é exclusiva do Ministério Público, subsistindo para a vítima o direito fundamental de manejar a ação penal subsidiária apenas e tão-somente quando aquele não se manifeste, no prazo assinalado na lei, seja para denunciar ou para pedir o arquivamento (art. 5º, LIX, da Constituição)¹²⁶⁹. Consequentemente, se o Ministério Público entende que não deve oferecer a denúncia, tenha havido ou não o incidente do art. 28 do CPP, o

¹²⁶⁷ O STF, por meio da Súmula 690, estabeleceu que “Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de habeas corpus contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais”. Essa súmula, porém, foi tacitamente revogada pelo STF, conforme se observa do julgado a seguir: “A competência para o julgamento do Habeas Corpus é definida pelos envolvidos – paciente e impetrante. Competência – Habeas Corpus – Ato de Turma Recursal. Estando os integrantes das Turmas Recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, a jurisdição do tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os habeas impetrados contra ato que tenham praticado. Competência habeas corpus – liminar”. (STF, Pleno, HC 86834/SP, Min. Marco Aurélio, J. 23.08.2006)

¹²⁶⁸ Por questão de ordem lógica, quando o juiz discorda da negativa da proposta de transação pelo Ministério Público e opta por adotar a solução do art. 28 do CPP, antes deve consultar o autor do fato para saber se ele tem, ainda que em tese, o interesse de fazer a transação. Se o autor do fato diz que nem mesmo em tese aceita a transação, evidentemente que o juiz não vai fazer uso do art. 28 do CPP, até porque isso seria inútil e contribuiria, apenas, para a demora do processo, em razão da criação de incidente desnecessário.

¹²⁶⁹ A queixa penal subsidiária, corretamente, está catalogada como direito fundamental. Com efeito, essa norma garante, ainda que de forma precária ou subsidiária, o acesso à justiça, outorgando ao particular o direito de acionar o Poder Judiciário nos crimes que desafiam ação penal de iniciativa pública, quando o Ministério Público, que é o titular originário, não se desincumbe de sua missão no prazo definido na lei. O dispositivo constitucional está assim redigido: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Cf. item 9.3.3.5, infra.

ofendido e, na sua falta, os seus familiares mais diretos, nada pode fazer, pois, como se disse, ele não tem o direito de ação, quando se trata de crime que desafia ação penal de iniciativa pública.

No caso da transação, a situação é diferente, pois, conforme visto, ao dever de fazer a proposta corresponde o direito subjetivo do autor da infração para que o processo seja resolvido de modo que a conduta seja despenalizada. Atente-se que é regra comezinha da ciência jurídica que a todo direito subjetivo corresponde um direito de ação para reclamar a sua tutela perante o Judiciário. Possuir o direito mas não ter a correspondente possibilidade de invocar, no caso de lesão ou mera ameaça de sê-lo, a proteção ao Judiciário, é o mesmo que um *nada jurídico* e, ademais, contrapõe-se à ideia de um Estado que se pauta pelo regime democrático, porquanto, neste modelo de organização social, o amplo acesso ao Judiciário é um princípio basilar.

A questão, portanto, não é saber se o juiz pode, *ex officio*, conceder a transação ou decidir pela despenalização da conduta do autor do fato, mas sim saber se o juiz pode, nada obstante a negativa do Ministério Público, decidir sobre o direito do autor do fato à transação, quando este demonstrar interesse nessa solução. Certamente alinhada a esse pensamento, a Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura estadual, no desempenho de elaborar súmulas interpretativas a respeito da Lei nº 9.099, de 1995, na sua décima terceira conclusão, arrematou: “Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal e suspensão do processo nos termos dos arts. 79 e 89, poderá o juiz fazê-lo”¹²⁷⁰. As críticas lançadas a essa posição têm, basicamente, dois grandes argumentos: (1) é um contrassenso falar-se em transação, quando uma das partes não concorda com a solução por essa via; e (2) na fase preliminar, na qual é debatida a transação, não existe processo, daí que, caso o juiz, diante da negativa do Ministério Público, conceda a transação, isso caracterizará instauração do processo criminal *ex officio*. Vamos examinar esses dois aspectos da questão com mais vagar.

A primeira assertiva não resiste a uma análise ainda que perfunctória. Como ficou claro na exposição acima, quando o Ministério Público não propõe a solução consensuada, o juiz não age de ofício, mas, sim, por meio de provocação do autor do fato que detém o direito subjetivo a ter o processo solucionado por essa forma, desde que satisfeitos os requisitos estabelecidos em lei. O juiz defere um pleito do autor do fato, ou seja, reconhece o direito à despenalização. Portanto, resta óbvio que isso não é transação, mas reconhecimento do direito invocado, ante a resistência infundada do Ministério Público que, para todos os efeitos, porquanto satisfeitos os requisitos, tem o dever de propor a transação. O segundo argumento agitado no acima resta, igualmente, rechaçado com a argumentação aqui exposta, pois resta claro que não se trata de uma decisão *ex officio*. A decisão é tomada diante da provocação do autor do fato, que peticiona nesse sentido. Agregue-se, ainda, que a audiência preliminar do juizado especial, conquanto seja marcada pela informalidade, trata-se de processo, conforme examina aqui sustentado.

Tendo em conta essas considerações, expendidas deste a primeira edição deste livro, a 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, examinando questão afeta à suspensão condicional do processo, que se aplica à hipótese de transação, preceituou precedente no seguinte sentido:

1. Tratando-se a suspensão condicional do processo de um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal, mostrando-se como uma alternativa à persecução penal estatal, fica evidenciado o interesse público na aplicação do aludido instituto. 2. Embora o órgão ministerial na qualidade de titular da ação penal, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário. (STJ, HC 131.108-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, m., j. 18/12/2012).

Como se observa da ementa do acórdão, o interessado, no caso, o acusado, pode e deve questionar ao juiz a razão pela qual o Ministério Público, eventualmente, tenha deixado de oferecer suspensão condicional do processo, o que se aplica, em tudo, à transação. Conquanto na ementa do julgado em destaque não se tenha feito referência expressa à existência de um direito subjetivo, preferindo salientar que a solução de forma alternativa expressa um *interesse público*, o Ministro

¹²⁷⁰ Cf. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 132.

JORGE MUSSI, após apontar que a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que a suspensão condicional do processo é *poder-dever* do Ministério Público, o titular da ação penal, admitindo-se, excepcionalmente, a aplicação subsidiária do art. 28 do CPP, afirmou que se filia à “... corrente doutrinária e jurisprudencial que considera o aludido instituto despenalizador como direito subjetivo do acusado, desde que preencha os requisitos especiais previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, razão pela qual os indispensáveis fundamentos da recusa da proposta pelo Ministério Público podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário.” Infelizmente, o aresto acima representa, apenas, a posição assumida pela Quinta Turma, reiterada em outras oportunidades (Habeas Corpus nº 309535, un., DJE 04/09/2017), prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça o entendimento da outra corrente, sustentada pela Corte Especial (Ação Penal nº 871, Corte Especial, un., DJE 27/10/2017), no sentido de que a solução para essa situação é a aplicação subsidiária do art. 28 do Código de Processo Penal, em sua redação originária.

Diante da inovação trazida pela Lei nº 13.964, de 2019, quanto ao acordo de não persecução penal, que é instituto semelhante ao da transação, porém aplicado a crimes de gravidade média, o mais apropriado, caso se persista no entendimento de que o juiz não pode decidir sobre a omissão do Ministério Público quanto ao oferecimento da transação, é a aplicação subsidiária do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal. Assim, no caso de recusa do Ministério Público em propor a transação penal, o autor do fato teria como opção pedir a revisão desse entendimento no âmbito interno do Ministério Público¹²⁷¹.

9.1.3.1.5.1 – Despenalização da conduta por meio do processo, independentemente da transação criminal.

Uma corrente doutrinária defende que o juiz pode, mesmo na negativa do Ministério Público, conceder a transação. Em contrapartida, filiando-se à corrente contrária, outros sustentam que, se assim for, não se há de falar em transação. Com razão a segunda corrente, até porque uma verdade é inescandível: é insustentável falar-se em uma transação imposta por decisão judicial. Parece evidente que toda e qualquer transação pressupõe, necessariamente, um acordo de vontades entre duas partes integrantes de uma mesma relação jurídica, na qual ambas cedem, a fim de encontrar uma solução consensuada. Todavia, o deslinde da questão perpassa por um olhar mais aprofundado.

A transação do art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, não é a única forma de se obter a solução de um processo com a despenalização da conduta do agente, evitando-se o ajuizamento da ação penal, como se observa nos casos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850, de 2013, e do art. 28-A, caput, do CPP. Na busca da melhor interpretação do art. 76 do diploma legal em destaque, pode-se dizer que a transação foi o instrumento processual concebido pelo legislador para que fosse despenalizada a conduta no Juizado Especial. A intenção legislativa foi inaugurar a solução consensuada. Assim, de ordinário, a despenalização da conduta se faz de modo consensuado, mediante a negociação concludada entre o Ministério Público e o autor do fato. Nessa hipótese, efetivamente se dá a transação. Mas quando isso não é possível devido à discordância do Ministério Público, mesmo assim o autor do fato permanece com o direito de postular ao juiz a despenalização de sua conduta, o que deverá ser acolhido por este, desde que satisfeitas as condições estabelecidas na lei.

Quando o Ministério Público não propõe a transação, portanto, não há de falar-se, propriamente em solução consensuada. Para a transação, obviamente, seria necessária a existência do acordo de vontades, o que é impossível de ocorrer quando o Ministério Público entende de não fazer a proposta. De outro lado, mostra-se insustentável tecnicamente defender que o autor do fato tem o direito de que seja materializada a transação. Não se quer aqui defender uma espécie de *transação imperativa*, o que é absolutamente desnecessário, além de incongruente. Não há, é evidente, propriamente um direito subjetivo do autor do fato à transação. Todavia, há, sim, como já foi dito acima, desde que preenchidas as condições previamente estabelecidas na legislação, o direito do autor do fato de que o processo seja solucionado com a despenalização de sua conduta, independentemente da transação, o que, como já salientado, a partir da Reforma Tópica de 2008, promove a extinção da punibilidade, que corresponde a sentença absolutória (art. 397, IV, do CPP). Se esta existe, tanto

¹²⁷¹ As nuances sobre o ANPP estão expostas no item 9.1.3.3 e seguintes.

quanto melhor, pois a solução do processo é consensual. Porém, se ela não é possível devido à resistência do Ministério Público, nada inibe o juiz, verificada a presença dos requisitos legais, de deferir a despenalização do autor do fato, com a aplicação imediata de uma medida restritiva.

O que se deve ter em mente é que o processo no juizado especial tem a alta missão política de, na medida do possível, despenalizar, no caso concreto, a conduta ilícita e, com isso, ser instrumento para a prolação de sentença que, tendo o condão de extinguir a punibilidade, para todos os efeitos, possui natureza absolutória. Essa despenalização pode ser obtida com ou sem transação, pois a negativa desta não tem o condão de infirmar o direito do autor da infração de ter a sua conduta escoimada da punição e a sua consequente absolvição, desde que atenda aos requisitos previstos na legislação de regência.

Por conseguinte, a crítica que se faz no sentido de evidenciar-se um despautério falar-se em direito subjetivo à transação ou em direito à transação mesmo com a negativa do Ministério Público não tem razão de ser, pois, em verdade, o que se verifica é o direito de o autor do fato ter a sua conduta despenalizada, a despeito de não ter ocorrido a transação. Nesse caso, quando o juiz acolhe a proposição, ele estabelece as medidas restritivas adequadas para o caso e, no final do período de prova, caso cumpridas as condições fixadas, prolata sentença declaratória de extinção da punibilidade, que possui natureza absolutória.

9.1.3.1.5.2 – Natureza processual da fase preliminar do juizado especial.

A Lei 9.099, de 1995, ao disciplinar o processo criminal do juizado especial, fez a previsão de duas fases. Uma chamada *preliminar*, destinada, precipuamente, à solução consensual da questão criminal. A outra, de cunho *contencioso* com a finalidade de processar a *persecutio criminis*, que somente tem lugar caso frustrada a solução do processo na fase anterior, cujo início se dá com o ajuizamento da ação penal. Pelo fato de a interposição da ação penal somente ocorrer na segunda fase, uma corrente doutrinária defende que, na primeira, chamada de preliminar, não há processo judicial¹²⁷². Chega-se a defender que a audiência preliminar, uma vez realizada antes da formulação da acusação, tem natureza extraprocessual, porém, uma vez homologada a transação pelo juiz, essa decisão adquire eficácia de título judicial¹²⁷³.

Todavia, parece que não é assim. O modelo proposto para o juizado especial rompe com a processualística clássica e concebe a existência do processo criminal de *jurisdição voluntária* como uma etapa antecedente à fase contenciosa. Antes mesmo do oferecimento da ação penal, as partes são chamadas a juízo e, perante o magistrado, debatem quanto à possibilidade de o processo ser solucionado com a aplicação imediata de uma medida alternativa, com a consequente solução consensual da questão criminal, sem que haja a aplicação de pena alguma. Havendo a proposta do Ministério Público e a concordância do autor do fato, firma-se a transação. Recalcitrando o Ministério Público, o juiz, caso o autor do fato queira fazer valer o seu direito a ter a sua conduta descriminalizada, verifica se ele satisfaz as condições previstas para que o processo seja solucionado por essa via e, em caso positivo, defere o pedido. Tudo isso ocorre, evidentemente, no exercício da atividade jurisdicional.

Por medida de economia processual e, até mesmo, para não criar dificuldade para a solução consensual, no Juizado Especial, a audiência preliminar precede, até mesmo, a ação penal. Observe-se que, até então, nos ritos processuais nos quais se dava a possibilidade de haver a solução consensual do problema criminal, como é o caso do processo e do julgamento dos crimes de calúnia e injúria de competência do juiz singular (arts. 519 e segs.), a audiência de conciliação, embora fosse marcada antes do recebimento da ação penal, era realizada quando a queixa-crime já tinha sido oferecida. Ou seja, o clima já era contencioso e, muitas vezes, os termos beligerantes utilizados na peça inicial dificultavam o desfecho pacífico da questão, pois os ânimos já estavam acirrados. Por conseguinte, o só fato de a audiência preliminar ocorrer antes do ajuizamento da ação penal não quer dizer que ela não seja um ato processual.

¹²⁷² FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995*. 2, p. 87.

¹²⁷³ *Ibid.*, p. 87-88.

Nem muito menos se diga que a antecipação da audiência preliminar ao próprio ajuizamento da ação penal implica existência de processo sem a devida provocação por quem tem a legitimidade para tal, o que seria uma afronta à cláusula do *ne procedat iudex ex officio*, próprio dos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema acusatório, como é o nosso caso. Conforme aqui foi dito acima, tecnicamente o rito processual do juizado especial compreende duas fases distintas, uma de jurisdição voluntária e outra, contenciosa. Cada uma delas tem a forma específica de provocação. A de jurisdição voluntária tem início com as presenças do representante do Ministério Público e do autor do fato. Note-se que, quebrando toda a concepção anterior, pela ideia do legislador, a autoridade policial, ao tomar conhecimento da ocorrência do fato criminoso, deve lavrar, no lugar do inquérito policial, apenas um *termo circunstanciado* e, imediatamente, encaminhá-lo, juntamente com o autor do fato e a vítima, para o Juizado Especial. Lá, encontrando-se presente o Ministério Público e havendo condições, desde logo tem início a audiência preliminar, na qual o juiz labora no sentido de incentivar a solução pacífica. A atividade jurisdicional é provocada com esse encaminhamento do termo circunstanciado.

Poder-se-ia objetar que esse entendimento é despropositado, na medida em que quem provoca a atuação jurisdicional é a autoridade policial, e não o Ministério Público, que é o legitimado para tanto. Ainda que se queira dizer que é a autoridade policial quem invoca o início do processo de jurisdição voluntária, isso não seria nenhuma anomalia, pois, em várias outras situações – a despeito da posição contrária do autor – é ela quem detém legitimidade para fazer pedidos ao juiz, provocando a atividade jurisdicional. De fato, em diversos casos, a autoridade policial tem legitimidade para postular a intervenção do Judiciário. Vejam-se os casos de representação para que seja decretada prisão preventiva ou busca e apreensão e, enfim, em todos os casos nos quais a autoridade postula a flexibilização de um direito fundamental, como ocorre no pleito de interceptação telefônica, quebra de sigilos fiscal, bancário etc. Em alguns casos, antes de decidir, o juiz, quando a prévia oitiva do interessado não tem o condão de tornar ineficaz a medida, dá oportunidade ao contraditório e ainda ouve o Ministério Público, a fim de que haja manifestação sobre a pretensão da autoridade policial. Isso mostra que, conquanto em função atípica, para alguns casos, a autoridade policial possui capacidade postulatória no processo criminal.

Não se afirme que, em todos esses casos, o juiz detém o *poder geral de cautela*, de modo que a atividade jurisdicional poderia ser exercida, independentemente da provocação por parte da autoridade policial. Também aqui o argumento não procederia, pois, sem embargo das críticas merecidas ao instituto da prisão temporária, quando se trata dessa espécie de prisão processual, o juiz não pode agir de ofício, e, sim, somente quando provocado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público. Ademais, com a edição da Lei nº 12.403, de 2012, na fase investigatória, o juiz deixou de poder decretar a prisão preventiva de ofício, o que agora, com a edição da Lei nº 13.964, de 2019, passou a ser vedado em qualquer circunstância (art. 282, § 2º, do CPP).

Por conseguinte, a audiência preliminar é realizada dentro do processo criminal, momento em que impera a simplificação, a ponto de nada haver escrito, senão o próprio termo de audiência e o termo circunstanciado¹²⁷⁴. Até porque, se a audiência preliminar não fosse considerada um ato processual, qual seria a natureza jurídica da sentença quando ela encerra o caso? Dizer que a sentença homologatória da transação ou a que reconhece o direito ao autor do fato de ter a sua conduta despenalizada, dada na audiência preliminar, tem natureza processual, mas negar o status de ato processual a essa audiência, *data venia*, não parece ser coerente¹²⁷⁵. Para todos os efeitos, a audiência preliminar ocorre na primeira fase dos processos da competência do juizado especial, que somente se tem por iniciada caso o autor do fato e o representante do Ministério Público estejam presentes. Na hipótese de um dos dois não estar presente ou o ato processual não tiver podido ser realizado, essa audiência preliminar passa para a segunda etapa, quando lá, embora já instaurada a fase contenciosa, o caso poderá ser solucionado com a despenalização da conduta.

¹²⁷⁴ Não se pode confundir, é evidente, processo com autos. Autos é a existência do material do processo, enquanto processo é a relação jurídica que envolve as partes e o juiz.

¹²⁷⁵ ADA PELLEGRINI e outros defendem que a audiência preliminar não é processo, mas admitem que, homologada a transação pelo juiz, esse pronunciamento se apresenta como título judicial (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995*, p. 87-88). Esse pensamento, porém, conforme aqui exposto, não parece correto.

9.1.3.2 – Suspensão condicional do processo como medida despenalizante e instrumento de extinção da punibilidade (absolvição).

Outra inovação da mais significativa importância introduzida em nosso sistema jurídico, que está em consonância com o Estado Democrático-Constitucional, foi a suspensão condicional do processo, prevista pela Lei nº 9.099, de 1995, para todos os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano¹²⁷⁶. Tudo o que aqui foi dito sobre a transação criminal, com as ressalvas devidas, aplica-se, igualmente, à suspensão condicional do processo. Trata-se, igualmente, de um negócio jurídico processual, com o qual se obtém a solução consensuada do processo, sem aplicação de pena. Tem como origem o instituto denominado *Deferred Prosecution Agreement* (DPA), do sistema americano.

A suspensão condicional do processo é, também, uma forma de despenalização da conduta ilícita no caso concreto, inserindo-se, assim, como um dos instrumentos processuais voltados a contribuir para *erradicar a marginalização*, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Especialmente a partir da Reforma Tópica de 2008, pois a sentença que põe fim ao processo após o cumprimento, durante o período de prova, das condições expostas pelo juiz, em razão da extinção da punibilidade, possui natureza absolutória. Assim, em verdade, com a suspensão condicional do processo, o acusado é absolvido.

Assim como ocorre em relação ao juizado especial, a despenalização por meio da suspensão condicional do processo é um direito subjetivo do acusado, de modo que pode ser negociada – e, aqui, se assemelha à transação –, ou então deferida pelo juiz, como reconhecimento de que ele tem o direito de ver despenalizada a sua conduta, desde que satisfeitos, além do requisito objetivo, os requisitos subjetivos estampados na lei.

A diferença substancial em relação à transação criminal é que a suspensão condicional do processo somente pode ocorrer depois do oferecimento da denúncia, sendo um dos requisitos desta. De fato, se a pena mínima abstrata não é superior a um ano, o Ministério Público, necessariamente, tem de dizer, na denúncia, se oferece, ou não, a suspensão condicional do processo, dando os motivos da posição adotada. O pronunciamento sobre a suspensão condicional do processo, portanto, desde que satisfeito o requisito objetivo para a sua concessão, erige-se como requisito formal da denúncia, de modo que a omissão a respeito acarreta a sua inépcia, devendo o juiz devolver os autos ao Ministério Público, a fim de que ele proceda à devida correção¹²⁷⁷.

Caso o Ministério Público não venha a suprir a omissão ou negar a proposta de suspensão condicional do processo, o magistrado, assim como na audiência preliminar do Juizado Especial,

¹²⁷⁶ Em virtude do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo dado pela Lei nº 10.259, de 2001, que aumentou a pena abstrata mínima para dois anos, o mais acertado é entender que a suspensão condicional do processo, igualmente, foi majorada para dois anos. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.099/95. LIMITE DE 01 (UM) ANO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MAJORANTE (CRIME CONTINUADO) LEI Nº 10.259/01. LIMITE DE 02 (DOIS) ANOS. SÚMULA 243/STJ, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, Classe: RHC – Processo: 12.033, UF: MS, QUINTA TURMA, Data da decisão: 13/09/2002. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005. Em sentido contrário: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. LEI 10.259/2001. NÃO-ALTERAÇÃO. TRANSAÇÃO. PREVISÃO DE PENA DE MULTA ALTERNATIVA OU CUMULATIVAMENTE. IRRELEVÂNCIA, Relator Ministro PAULO MEDINA, Classe: HC – Processo: 200301661588, UF: SP, SEXTA TURMA, um. Data da decisão: 19/10/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA EM ABSTRATO NÃO EXCEDENTE A DOIS ANOS. CONCEITO DE DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO AMPLIADO PELA LEI Nº 10.259/2001. RECURSO PROVIDO, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, Classe: HC – Processo: 200201349739, UF: SP, SEXTA TURMA, um. Data da decisão: 19/08/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, depois, no HC 200302165345 modificou a sua posição, passando a adotar a orientação da Sexta Turma quanto à inexistência de alteração na pena mínima para a suspensão condicional, inclusive com concordância do Ministro FELIX FISCHER, que participou do julgamento. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – FURTO QUALIFICADO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – LEI 9.099/95 – ADVENTO DA LEI 10.259/01 INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, Classe: HC – Processo: 200302165345, UF: RJ, QUINTA TURMA, Data da decisão: 06/05/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005.

¹²⁷⁷ Todavia, como medida de economia processual, o juiz pode deixar para apontar a omissão na audiência marcada para a suspensão condicional do processo ou interrogatório, com consequente oferecimento de oportunidade para que ela seja suprida mesmo oralmente, no referido momento processual.

pode, a pedido do inculpatado, deferir a pretensão de que o processo seja encerrado com a despenalização de sua conduta. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 696, firmou posição de que, ante a recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo ao juiz, caso entenda reunidos os pressupostos legais permissivos à aplicação do instituto, resta apenas aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal¹²⁷⁸. A crítica a essa posição já foi feita neste estudo, quando se tratou da transação, aplicável, em sua inteireza, à hipótese da suspensão condicional do processo. Basta reafirmar, uma vez mais, que a suspensão condicional não se trata propriamente de um benefício, mas de um direito subjetivo do acusado. Não se mostra razoável, assim, dizer que o juiz não pode apreciá-la quando, ante a negativa do Ministério Público, o acusado manifesta pretensão nesse sentido, até porque, como já foi aqui evidenciado, tal malfere o princípio do acesso à justiça¹²⁷⁹.

De qualquer sorte, assim como afirmado em relação à transação penal, sendo o caso de seguir a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, deve-se aplicar, subsidiariamente, o que dispõe o art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal. Assim, tendo o Ministério Público deixado de oferecer a suspensão condicional do processo, o acusado poderá requerer a revisão tem a possibilidade de pedir a revisão desse entendimento no âmbito interno do Ministério Público.

Mais uma vez, cabe asseverar, no ponto, que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, firmou o entendimento de que “Tratando-se a suspensão condicional do processo de um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal, mostrando-se como uma alternativa à persecução penal estatal, fica evidenciado o interesse público na aplicação do aludido instituto”, daí por que, “Embora o órgão ministerial na qualidade de titular da ação penal, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário” (STJ, HC 131.108-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, m., j. 18/12/2012).

Na disciplina da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º a 7º, da Lei nº 9.099, de 1995), o legislador foi mais feliz, pois deixou claro que, nesse caso, não há aplicação de pena, porém apenas de condições sob as quais ficará subordinada a suspensão. Aqui fica evidenciada a natureza de medida restritiva da suspensão condicional do processo, com o condão de, ao final, desde que cumpridas as exigências estabelecidas, em razão da extinção de punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099, de 1995), por meio de sentença, absolver o acusado (art. 397, IV, do CPP).

Pelo fato de a suspensão condicional não se tratar de pena, a doutrina diverge quanto à possibilidade de aplicar-se, como outras condições além daquelas expressamente previstas nos incisos do § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, uma das medidas restritivas de direitos. Os doutrinadores que se filiam à corrente que rejeita essa possibilidade partem do pressuposto de que, com a suspensão condicional do processo, o juiz não pode aplicar pena. Acontece que aquelas mesmas penas restritivas de direito podem, sem nenhum problema, ser aplicadas como medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas. Isto é, em consonância com o § 2º do art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, o juiz pode especificar, sob a modalidade de outras condições a que fica subordinada a suspensão do processo, *medidas restritivas de direitos que expressam o mesmo conteúdo das penas restritivas de direitos*.

A divergência, porém, não se deu apenas no campo doutrinário, pois, enquanto a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendia que não era cabível a aplicação de pena restritiva

¹²⁷⁸ Para não repetir os argumentos ali invocados, veja-se o que ficou assentado naquela parte do estudo (cf. itens 9.1.3.1.4 e 9.1.3.1.5, supra).

¹²⁷⁹ Na prática, o juiz, do mesmo modo como ocorre quando o Ministério Público faz a proposta, informa ao acusado que ele, em tese, tem o direito à suspensão condicional do processo.

como espécie de medida restritiva no caso de suspensão condicional do processo¹²⁸⁰, a Quinta Turma sufragava a tese sustentada neste livro¹²⁸¹.

Mas o o Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, firmou o entendimento de que não é inconstitucional ou inválida a imposição, como condição para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviço ou prestação pecuniária, pois, nesse caso, essas medidas não possuem natureza de pena restritiva de direitos¹²⁸². No mesmo passo, a Ministra ROSA WEBER, em decisão monocrática no RHC 122039/MG, levando em conta os precedentes da Corte, negou seguimento ao recurso em que se discutia esse tema, ressaltando que “A imposição de prestação de serviços ou mesmo de prestação pecuniária nesse contexto assemelha-se às penas restritivas de direitos do art. 43 do Código Penal, ainda que com elas não se confunda em natureza e quantidade”¹²⁸³

9.1.3.3 - Acordo de não persecução penal como medida despenalizante e instrumento de extinção da punibilidade (absolvição).

O acordo de não persecução penal, denominado ANPP, instituto previsto na Lei nº 13.964, de 2019, sedimenta a mudança de paradigma do sistema processual penal brasileiro em direção ao modelo acusatório, conferindo espaço para o Ministério Público e o autor do crime, na qualidade de partes, assim como no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, travarem diálogo com timbre adversarial, mediante a solução consensuada do problema penal, salvo nos crimes com emprego de violência ou grave ameaça, nos crimes praticados por organizações criminosas, nos ilícitos cometidos em concurso e em relação aos agentes que deixam de atender os requisitos subjetivos exigidos na lei.

Esse novo instituto tem o condão de alterar o paradigma da jurisdição criminal, permitindo a solução da expressa maioria dos crimes de modo célere e abreviado, mediante consenso entre Ministério Público, defesa e investigado, reservando a movimentação de toda a engrenagem da máquina jurisdicional para os ilícitos de maior gravidade, havendo a intervenção judicial, apenas, para a realização da audiência de homologação, ou não, do acordo.

Essa inovação, seguramente, em pouco tempo, provocará mudança profunda no paradigma da justiça criminal. Certamente, diante da abrangência de sua aplicação, tudo indica que a maioria dos

¹²⁸⁰ Com efeito, no HC 225703 / RS, a Sexta Turma, em acórdão relatado pelo Ministro SEBASTIÃO REIA JÚNIOR, na parte da ementa que interessa, assim decidiu: HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI N. 9.099/1995). INCLUSÃO DE CONDIÇÕES ESPECIAIS CONSISTENTES EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS (PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE). IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. VIOLAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 3. No caso dos autos, observa-se que as instâncias ordinárias chancelaram a inclusão pelo Ministério Público estadual de condições especiais, consistentes em prestação pecuniária de prestação de serviços à comunidade, na proposta de suspensão condicional do processo oferecida ao paciente. 4. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que a inclusão de penas restritivas de direitos na proposta de suspensão condicional do processo ofende o princípio da legalidade, uma vez que possuem caráter autônomo e substitutivo, cuja aplicação demanda previsão legal expressa. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para excluir a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade como condições alternativas da proposta de suspensão condicional do processo formulada ao paciente. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 04/12/2012. Disponível em: www.stj.jus.br/revistaeletronica. Acesso em: 13 mar. 2013.

¹²⁸¹ A Quinta Turma, no julgamento do REsp 1216734 / RS, com voto da lavra do Ministro GILSON DIPP, assim decidiu: “CRIMINAL. RESP. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONDIÇÕES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. LEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. I. Não há incompatibilidade na imposição de prestação de serviços à comunidade como condição de suspensão condicional do processo, dela não decorrendo constrangimento ilegal. Precedentes. II. O preceito contido no § 2º, do art. 89, da Lei 9.099/95, faculta ao Juiz especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, além das previstas no § 1º, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. III. Recurso provido, para restabelecer a decisão monocrática, nos termos do voto do relator”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 17/04/2012. Disponível em: www.stj.jus.br/revistaeletronica. Acesso em: 13 mar. 2013.

¹²⁸² Cf. HC 11.721/P, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 01.07.2013; HC 108.914/RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 01.08.2012.

¹²⁸³ RHC 122039/MG. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão. Disponível em: www.stf.jus.br/portal. Acesso em: 22 mai. 2020.

casos criminais será solucionada mediante esse instrumento de justiça negocial ou consensual, da forma como se observa no ambiente processual estadunidense.

Trata-se de um negócio jurídico processual que, assim como a transação e a suspensão condicional do processo, tem o condão de abreviar a finalização dos processos e diminuir a demanda perante o Judiciário, permitindo que os operadores jurídicos em geral, juízes, membros do Ministério Público e advogados, concentrem e guardem o fôlego para a instrução e julgamento dos processos referentes a crimes praticados com violência ou grave ameaça, ilícitos de base organizativa e casos em que são praticados vários crimes em concurso material. Não se confunde, portanto, com a colaboração premiada nem muito menos pode o ANPP ser utilizado para, por linhas transversas, servir de meio para a obtenção de provas quanto à participação de terceiros na empreitada criminosa.

Delitos patrimoniais sem violência ou grave ameaça, contra a administração pública, o sistema financeiro, tributários, crimes de licitação etc., mesmo quando em alguns casos forem cometidos em concurso, serão todos passíveis de solução consensual. Ou seja, sem a necessidade de acionar toda a engrenagem da pesada judiciária.

No desiderato de que essa transformação do modelo de prestação da atividade jurisdicional realmente se torne realidade, é imprescindível um olhar diferente para o *problema penal* e a compreensão da forma mais adequada de resolvê-lo. Os dogmas *punitivista* do *sistema processual penal misto* com forte *sotaque inquisitivo* devem ser exorcizados.

A era agora é a do *sistema acusatório*, adornado por *institutos negociais* próprios do direito norte-americano, espécies do denominado *plea bargain*. O juiz, o autor da ação penal e o advogado de defesa, público ou privado, precisam compreender essa nova realidade. Impõe-se ao operador jurídico em geral desapegar-se da *cultura jurídica* do modelo que ficou no passado, e preparar-se para ser o *agente transformador* dessa mudança de paradigma.

A alteração normativa, mediante a criação do instituto jurídico pertinente, efetivada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada *Pacote Anticrime*, ilumina o caminho a ser percorrido. Entretanto, fica à mercê dos sujeitos processuais, notadamente do juiz, a quem cabe a gestão do processo, a despeito do protagonismo reservado às partes em um sistema acusatório, atuar em sintonia com esse paradigma.

Nesse novo *standard judicial*, ao juiz é reservada especial atribuição no ANPP, cabendo-lhe escrutinar os acordos, no desiderato de assegurar a *paridade de armas* entre o Ministério Público e o investigado. Impedindo, assim, que este, diante da precária orientação de seu defensor, seja levado a realizar um *negócio leonino*.

Como visto anteriormente, a renúncia ao ajuizamento da denúncia podia ocorrer tanto na transação quanto na colaboração premiada, na hipótese do 4º, § 4, da Lei nº 12.850, de 2013. Ademais, mesmo à míngua de previsão em lei, parte da doutrina entendia que o Ministério Público, por meio do Conselho Nacional do Ministério Público, seu órgão estratégico, na qualidade de *dominus litis*, poderia e deveria estabelecer diretrizes a serem seguidas pelos seus membros quanto a encontrar, em determinadas situações, soluções diferentes do ajuizamento da ação penal, a fim de conferir tratamento ao *problema penal* de um modo *consensual*.

Iniciativa desse jaez tinha vindo a lume com a Resolução nº 181, de 2017, do CNMP, instrumento inadequado, na medida em que tratou de matéria reservada a disciplinamento por lei.

De qualquer sorte, os bons resultados com a aplicação do acordo de não persecução penal levado a efeito à míngua de previsão legal, animaram o legislador a adotar essa solução para os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, por meio da edição da Lei nº 13.964, de 2019, ao enxertar o art. 28-A no Código de Processo Penal. O Pacote Anticrime contemplava uma proposta mais ousada, pois se tinha a intenção de ir além, no propósito de implantar o efetivo *plea bargain* mediante a possibilidade de se negociar a aplicação de pena privativa de liberdade, com a inserção no CPP do art. 395-A. Todavia, o Parlamento, acertadamente, rechaçou essa pretensão.

O ANPP tem como paradigma o *Non-Prosecution Agreement (NPA)*¹²⁸⁴. Esse tipo de ajuste, nos Estados Unidos, é realizado sem a participação do Judiciário, exigindo-se do agente a *assunção*

¹²⁸⁴ Esse instituto foi incorporado ao sistema alemão, com a inclusão do §153ª no StPO-BRD, em 1974, o qual permite que o Ministério Público deixe de ajuizar a ação penal, em troca do compromisso do autor do crime de cumprir determinadas condições, dentre elas efetuar doações a organizações de caridade ou trabalhar como voluntário em entidades de igual natureza (RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and internacional law: a comparative study*, p. 73).

de culpa, com a consequente aplicação de pena¹²⁸⁵ (ODUOR, et al. 2014). No entanto, acertadamente, o ANPP foi introduzido em nosso meio sem a exigência da *declaração de culpa* pelo autor do crime, cuidando-se do passo mais decisivo no sentido de adotar em nosso meio a justiça criminal negocial, assemelhando-se, e muito, com o *plea bargain*, pois impõe ao investigado a *confissão formal e circunstancial do crime*, requisito que não consta de nenhum outro instituto negocial até então incluído no sistema normativo nacional.

Diante da dicção normativa, pode-se afirmar que o ANPP é negócio jurídico processual, firmado na fase pré-processual entre o Ministério Público e a defesa do investigado, no qual fica acertado o não ajuizamento da denúncia, em troca do compromisso do investigado de fazer a confissão formal e circunstancial da prática do delito e de cumprir as condições pactuadas nos termos dos incisos do art. 28-A do CPP, sendo necessária, para surtir efeitos, a homologação pelo juiz, tendo o condão de extinguir a punibilidade, caso durante o espaço temporal estipulado sejam adimplidas as cláusulas acordadas.

De toda sorte, diferentemente do direito norte-americano, a despeito dessa confissão formal, com o ANPP não há aplicação de pena, razão pela qual, caso não cumpridas as cláusulas, a consequência é o ajuizamento da respectiva ação penal, assim como ocorre com a transação.

9.1.3.3.1 Requisitos para o acordo de não persecução penal

Com desenganado acerto, no art. 28-A, caput, do CPP, ficou consignado que o instituto do ANPP se aplica aos crimes cuja *pena mínima* seja inferior a quatro anos. Constam ainda três outros requisitos, quais sejam, que não seja caso de arquivamento, a conduta não tenha sido praticada com violência ou grave ameaça e, por fim, o agente faça a *confissão formal e circunstancial* da conduta ilícita.

São quatro, portanto, os requisitos: (a) não seja caso de arquivamento; (b) pena mínima seja inferior a quatro anos; (c) tratar-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça; e (c) confissão formal e circunstancial.

Em compasso com o afirmado, o ANPP se assemelha à transação e à colaboração premiada, esta quando ocorre a renúncia ao direito de ação. E difere, substancialmente da suspensão condicional do processo, exatamente em razão de o ajuste ser anterior ao ajuizamento da ação penal.

Resta claro que, teoricamente, o ANPP é instituto mais favorável para o agente que praticou a conduta quando comparado à suspensão condicional do processo. Isso porque com o ANPP sequer é oferecida a ação criminal. Portanto, o autor do crime não adquire, tecnicamente, a condição de *acusado ou réu* nem precisará apresentar a resposta, de modo que a solução do problema penal é mais rápida e simplificada do que no caso da suspensão condicional do processo.

De qualquer sorte, para o ANPP é imprescindível a verificação da existência da *justa causa* para o oferecimento da ação penal, ou seja, a presença dos elementos probatórios referentes à materialidade e aos indícios de autoria. Por isso mesmo, acertadamente, o legislador deixou claro que, sendo *caso de arquivamento* dos autos de investigação, não se há de falar em realização do acordo (art. 28-A, caput, primeira parte, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Aqui um detalhe importante. O legislador, corretamente, nomina o agente de *investigado*, porquanto é nessa condição jurídica que o autor do crime negocia com o MP.

Há uma aparente superposição do ANPP em relação à suspensão condicional do processo. Ora, se o primeiro é cabível em todos os casos nos quais a *pena mínima é inferior a quatro anos*, enquanto a suspensão condicional do processo pode ocorrer na quando a *pena mínima não é superior a um ano*, a exame perfunctório, todas as vezes em que for cabível esta, será cabível aquele.

Acontece que o ANPP, além da quantidade da pena, contém dois requisitos a mais – *não ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa e a confissão formal e circunstancial do crime* – que não constam para a suspensão condicional do processo.

Por isso mesmo, a suspensão condicional do processo é cabível, por exemplo, na lesão

¹²⁸⁵ ODUOR, Jacinta Anyango, et al. *Lef out of the bargain: settlements in foreign bribery cases and implications for asset recovery*. Washington, 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=k6NNAgAAQBAJ&pg=>. Acesso em: 25 mai 2020.

corporal do art. 129, caput e § 1º; na rixa do art. 137; no constrangimento ilegal do art. 146; e no sequestro e cárcere privado do art. 148, caput, todos do Código Penal.

Os crimes mencionados acima, porém, não comportam o ANPP, em razão de serem cometidos com violência ou grave ameaça. De qualquer sorte, quanto a essa ressalva em relação aos crimes praticados com violência, uma observação se impõe. Há de se fazer a distinção entre *crimes praticados por meio de conduta violenta* e os *crimes com resultado violento*, como são os casos de crimes de lesão corporal e homicídio culposos. Nessas hipóteses, apresenta-se correto o entendimento quanto à possibilidade de aplicação do ANPP. Cabe lembrar que nos casos de crimes culposos é admissível, inclusive, o *perdão judicial*.

Por outro lado, é possível que o investigado, em um crime de estelionato, orientado por seu advogado, recuse o acordo de não persecução criminal, mas, após o ajuizamento da ação penal, aceite a suspensão condicional do processo, uma vez que para esse ajuste não é exigida a confissão formal e circunstancial. E aqui se adverte que a condição estabelecida diz respeito à *confissão*. Tecnicamente, confissão diz respeito ao interrogatório do acusado, ainda assim, em relação aos fatos que dizem respeito a sua participação no crime, não incluindo as condutas de outrem. Mesmo quando se trate de crime praticado em coautoria ou coparticipação, em que a narrativa quanto à conduta de terceiro ou terceiros seja inerente à narrativa da conduta admitida, o contudo não pode ser utilizado como se fosse uma espécie de colaboração premiada. A confissão se basta para os fins do ANPP, não sendo admissível a sua utilização para outros fins.

Atenção especial há de se ter em relação ao requisito consistente na exigência da *confissão formal e circunstancial* da prática do crime. Sem embargo de ser discutível essa exigência, não se sabe efetivamente qual a sua finalidade. Isso porque, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, essa confissão não se trata de *assunção ou reconhecimento de culpa*. Não representa um *plea guilty*, consoante restou consignado acima. Não se nega o fato de essa circunstância da exigência da confissão poder até, em exame perfunctório, fomentar a ideia de que com o ANPP se aplica uma pena, como se o autor do crime condenado fosse. Mas, tal como já salientado acima, disso não se trata.

A situação é similar ao que acontece na transação ou na suspensão condicional do processo. As condições estabelecidas se apresentam como *medidas restritivas* tão somente. Tanto não constituem *pena ou sanção* que, para todos os efeitos, com o ANPP, o Ministério Público sequer oferece a denúncia, razão pela qual, nos termos do § 12 do art. 28-A do CPP, “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”.

Diante do expendido, o acordo em causa tem como efeito, apenas, impedir novo ajuste de igual natureza, no prazo de 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, não alterando a condição de primário do agente que convola esse tipo de ajuste.

Nem se diga que a petição expondo esse tipo de acordo faz as vezes de uma espécie de *ação penal consensual*. Decididamente, não é disso que se cuida. Note-se, em reforço ao aqui defendido, o fato de o legislador ter usado a palavra *investigado* para identificar um dos sujeitos do ANPP, ao lado do Ministério Público.

O legislador certamente utilizou a expressão *investigado* para confundir com o *autor do fato, nomen juris* de quem responde a crime de menor potencial ofensivo, antes do oferecimento da acusação. Se o legislador utilizou a palavra *investigado*, certamente foi porque, para todos efeitos, com o ANPP, o autor do crime sequer chega a assumir a condição jurídica de *réu* ou *acusado*.

Se dúvida ainda existe a esse respeito, o § 1º do art. 28-A do CPP definitivamente resolve a *vexata quaestio*. Ali está dito que, “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 da denúncia”. Portanto, o legislador foi bastante claro sobre esse ponto, ressaltando que o acordo não impõe pena, ainda que restritiva de direitos, mas apenas *medidas restritivas*.

Tendo em consideração essa conclusão, uma pergunta não quer calar: Qual seria a serventia da confissão? A exigência da confissão do investigado pode ser justificada com suporte na doutrina segundo a qual o reconhecimento da culpa e do erro cometido constitui instrumento importante para a pessoa redirecionar o seu comportamento, servindo para revelar a disposição em cumprir as condições impostas e de não voltar a praticar a conduta ilícita.

No ponto, o legislador foi guiado pela ideia da *justiça restaurativa*, que tem como paradigma, para além do ressarcimento de danos em todos os seus aspectos, a assunção de responsabilidade pelo infrator, mediante o reconhecimento dos seus malfeitos e a necessidade de adequar o seu comportamento de modo a não causar danos às outras pessoas¹²⁸⁶.

Outro argumento em prol da exigência da confissão é que a intenção teria sido evitar a formalização do acordo quando o investigado for *inocente*. Na lógica, a confissão como condição tem como consectário lógico que o investigado não irá convolar o ANPP, pois não irá confessar aquilo que não fez.

Todavia, pode ser que o investigado, mesmo inocente, queira fazer o acordo porque pretende se livrar, rapidamente, do problema gerado pela mera existência do processo criminal, de modo que, mesmo inocente, ele pode ser induzido a confessar a prática do crime.

E aqui uma contradição. Encarado o ANPP sob a justificativa de que seria uma forma de evitar que o inocente não seja submetido ao acordo, o sistema apresentaria uma solução negociada para o *culpado*, enquanto o *inocente* não poderia dispor dessa alternativa, senão enfrentar o processo. Isso não parece razoável e, sob esse viés, poder-se-ia sustentar a inconstitucionalidade do preceito legal que impõe a confissão formal e circunstancial como condição para o ANPP.

Acontece que, também faz parte do mundo real, a circunstância de o agente ser levado a cumprir medida alternativa, pena alternativa ou mesmo prisão, ainda quando inocente. É razoável defender que o investigado, em uma análise econômica, social ou pessoal, tenha a opção, mesmo sendo inocente, de concordar com o ANPP por entender mais vantajoso se livrar logo do processo, evitar o pagamento de honorários advocatícios mais caros e a maior rapidez em poder obter certidão negativa, dentre outras vantagens, a exemplo dos desgastes psicológicos de um a demanda judicial que se protraí no tempo.

Mas há ainda outra questão a respeito da confissão. Tudo indica que o legislador tinha a intenção de deixar escrito, como um dos requisitos objetivos para o ANPP confissão *circunstanciada*. Aliás, era assim que constava da redação do art. 18 da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 181, de 2017. Na redação originária da norma, constava, como condição para o ANPP, “... desde que este (investigado) confesse formal e *detalhadamente*...”. Com a modificação promovida pela Resolução do CNMP nº 183, de 2018, passou a ser exigida a circunstância de o investigado ter “... confessado formal e *circunstanciadamente*...”

Acontece que, quando da feitura do art. 28-A, foi estabelecido como condição o fato de o investigado ter “... confessado formal e *circunstancialmente*...”. *Confessar circunstancialmente* não se confunde com a exigência de *confessar circunstanciadamente*. No léxico, *circunstancial* é algo esporádico, disperso, casual, eventual etc. não é a mesma coisa de *circunstanciada*, que quer dizer coisa detalhada, minuciosa, pormenorizada etc.

O detalhe acima, portanto, não é irrelevante. A expressão *confissão circunstancial*, escolhida consciente ou inconscientemente pelo legislador, permite a interpretação de que o legislador não estabelece como condição o investigado assumir a conduta que lhe é atribuída na apuração dos fatos, mas sim que ele não tenha a intenção de discutir essa questão no processo judicial, como uma espécie de *no contest* ou *nolo contendere*.

O que se defende aqui, portanto, é que, consoante está exposto na lei, o ANPP seja admitido com a confissão apenas *circunstancial/superficial*, como uma espécie de *no contest*, no qual o investigado apenas aceite a solução do processo de forma negociada, anuindo às condições impostas, sem fazer qualquer impugnação aos fatos narrados pelo Ministério Público.

9.1.3.3.2 Proposta ou recusa do ANPP como pressuposto de admissibilidade da ação penal.

O legislador teve o cuidado de definir o procedimento relativo ao ANPP. Conforme a previsão normativa, ao invés de oferecer a denúncia, formalizado o acordo, em petição assinada pelo Ministério Público, pelo investigado e o respectivo advogado, deve ser ajuizado o pedido de sua homologação (art. 28-A, caput e § 3º, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Como se observa, toda a tratativa referente ao acordo deve ser feita no ambiente

¹²⁸⁶ Sobre a justiça restaurativa, conferir: Zehr (2014); Zehr (2008) e Pranis (PRANIS 2010).

extraprocessual restrito às participações do Ministério Público, do investigado e seu defensor, com o posterior protocolo perante o Judiciário da petição solicitando a homologação do que ajustado. Conquanto não tenha a lei feito referência, parece claro que essa petição assinada a 6 (seis) mãos, precisa ser devidamente instruída com os autos da investigação, como demonstração de que os elementos probatórios e as provas são do pleno conhecimento da defesa e do investigado.

Muitos podem dizer que o Ministério Público, à falta de estrutura adequada, não tem a menor condição de manter esse contato prévio com o investigado antes do ajuizamento da ação penal, até mesmo em razão de não possuir oficiais de justiça, em seus quadros. Será mesmo? Cabe lembrar que o Ministério Público dirige os Procedimentos de Investigação Criminal (PICs) e inquéritos civis, mesmo sem contar com o trabalho de oficiais de justiça.

Além de esse tipo de argumento não merecer acolhimento, as alternativas para equacionar eventuais dificuldades são patentes, sem necessidade de reforço da estrutura funcional do Ministério Pública.

Uma iniciativa viável é o Ministério Público acertar com o órgão policial uma maneira de compartilhamento do contato do investigado. Com efeito, cientificado da investigação, o Ministério Público pode orientar a autoridade policial para transmitir ao investigado o interesse, ou não, em ofertar o ANPP, esclarecendo para, em caso de concordância, ele entrar em contato com o órgão ministerial, até determinada data.

Outra forma de tornar esse contato com o investigado mais ágil e menos burocrático, é o Ministério Público ajustar com a autoridade policial que, durante o interrogatório, faça a consulta sobre o eventual interesse em fazer o ANPP. Caso a resposta seja negativa, basta consigná-la no termo respectivo, restando resolvida a questão. De mais a mais, se houver sinalização perante o delegado o interesse do investigado quanto ao ANPP, suficiente a disponibilização do contato deste ao órgão ministerial, especialmente do número de whatsapp e do endereço de e-mail, para início das tratativas¹²⁸⁷.

Além dessas duas alternativas, há outras. É só questão de estudo das situações. Por exemplo. Em alguns casos, esse acordo pode ser celebrado na audiência de apresentação (custódia) ou mesmo as tratativas podem ter início nesse momento. Aliás, é de todo recomendável o Ministério Público, ainda na audiência de apresentação (custódia), satisfeitos os requisitos objetivos, desde logo, manifeste a sua disposição em realizar o ANPP e indague ao advogado e ao investigado quanto ao início da negociação, ou, então, já avise da recusa em fazer a proposta, explicitando as razões para tanto.

A sugestão acima foi adotada na Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 357, de 26 de novembro de 2020, que, ao permitir a realização por videoconferência das audiências de custódia, inseriu um § 3º no art. 19 da Resolução do CNJ nº 329, de 2020, para esclarecer que o Ministério Público poderá, nessa oportunidade, propor o ANPP.

Como se vê, podem ser tomadas diversas iniciativas para resolver esse entrave da comunicação. Só não pode é o Ministério Público, ao argumento de deficiência estrutural, pretender adotar no ANPP o procedimento prescrito para a suspensão do processo, não sendo adequado o oferecimento da ação penal com a proposta do ANPP, solicitando ao juiz a designação de audiência para ouvir o agente a respeito. Até porque, assim como será visto no item 9.5.2.4, infra, para todos os efeitos, em verdade, o investigado tem o direito ser ouvido pelo Ministério Público antes do ajuizamento da ação penal.

Não é de se aceitar que se use o novo instituto com um procedimento incompatível, diferente daquele alvitado pela lei.

Sem embargo do expendido, o investigado, para poder se insurgir contra a negativa do ANPP (art. 28-A, § 14º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), precisa ser informado da recusa. Assim, independentemente de o Ministério Público ter o interesse em propor, ou não, o ANPP, ele terá de se comunicar com o investigado, fazendo chegar a este qual é a sua posição a respeito.

E mais. O § 1º do art. 28, o qual se aplica no caso de recusa do ANPP por expressa previsão inserta no § 14 do art. 28-A, ambos do CPP e incluídos pela denominada Lei Anticrime ou do Pacote Anticrime, diz que o prazo para pedir a revisão quanto à posição assumida pelo representante do

¹²⁸⁷ Diversos documentários revelam que assim procede a polícia nos Estados Unidos da América, fazendo essa comunicação entre o autor do crime e o Ministério Público, para fins de início da negociação.

Ministério Público é de 30 (trinta dias), cuja contagem tem início com a comunicação feita ao interessado.

Por conseguinte, essa comunicação se apresenta como *pressuposto de admissibilidade da ação penal*, pelo que, na ausência da comprovação de o investigado ter sido chamado para o início das tratativas ou comunicado da razão pela qual houve a recusa do ANPP, o juiz não deve receber a denúncia, com a consequente intimação do Ministério Público para sanar a omissão. Cabe lembrar, o precedente do STJ em relação à suspensão condicional do processo, segundo a qual, embora não se trate de um direito subjetivo do acusado, cuida-se de um *poder-dever* do Ministério Público, devendo este analisar a possibilidade de aplicação desse instituto de forma fundamentada (AgRg no HC 504.074/SP 2019).

Em outras palavras, satisfeitos os requisitos objetivos consistentes nas circunstâncias de o crime não ter sido praticado com violência ou grave ameaça e de a pena mínima ser inferior a quatro anos, o investigado tem o direito de ser chamado pelo MP para iniciar as tratativas do ANPP. Ou então, se for o caso, de ser informado do motivo pelo qual não lhe será feita essa oferta.

E essa informação, naturalmente, há de ser antes do ajuizamento da ação penal, sob pena de comprometer o disposto no art. 28-A, § 14º, do CPP. No ponto, o Enunciado nº 32, aprovado na I Jornada de Direito e Processo Penal, promovido pelo Superior Tribunal de Justiça, deixou plasmado que “A proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do art. 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no § 14 do mesmo artigo”.

Não supre a necessidade da prévia comunicação da recusa em propor o ANPP o fato de o investigado, durante a investigação, ao ser interrogado, não confessar o crime. Ora, não há de se exigir de alguém a confissão sem que lhe seja feita a proposta do acordo. Até porque, ninguém, em tese, vai fazer primeiro a confissão para depois tentar o acordo. De regra, a pessoa só vai ser estimulada a fazer a confissão caso lhe seja ofertada a proposta do acordo.

Exatamente por isso, na I Jornada de Direito e Processo Penal foi editado o Enunciado 03, com a seguinte dicção: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

De qualquer sorte, é preciso atentar para a circunstância de o § 1º do art. 28 do CPP incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, se encontrar suspenso, por força de liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux (MC na ADI 6.298/DF 2020). Como salientado acima, no preceito em causa, o qual se aplica à hipótese de recusa do Ministério Público em propor o ANPP, está dito que o prazo para o interessado submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial é de 30 (trinta dias), contado do recebimento da comunicação.

Se o dispositivo não está em vigor, mas sim a redação originária do art. 28 do CPP, qual é o prazo para o investigado impugnar a posição adotada pelo membro do Ministério Público?

A resposta é complicada. Ainda mais porque há de se entender que, havendo a impugnação da negativa do Ministério Público em discutir o ANPP, essa postulação tem o condão de impedir o ajuizamento da ação penal.

Não sendo esse o entendimento, como fazer caso, após oferecida e recebida a ação penal, o órgão da instância superior do Ministério Público conferir razão ao investigado? O juiz, nesse caso, teria de chamar o feito à ordem e rejeitar a ação penal já recebida e processado.

Note-se, portanto, a temeridade de o Ministério Público oferecer uma denúncia e o juiz de recebê-la, quando pendente de apreciação perante o órgão revisor ministerial a matéria referente à recusa da proposta do ANPP.

E esse é um ponto importante. Da forma como redigida a norma, assim como já pontuado, resta patente que não cabe impugnação por parte do investigado ao judiciário devido ao fato de ter sido recusada a proposta do ANPP. A discussão a esse respeito se exaure nas instâncias do Ministério Público, pelo que deve ser garantida a oportunidade de o investigado esgotar essa esfera, sob pena de a posição do *Parquet* legitimada para a ação penal reinar soberana, o que não é correto nem muito menos desejável.

Por conseguinte, não basta apenas reconhecer que o investigado possui o direito de ser comunicado da recusa pelo *parquet* em propor o ANPP. Há de se convir que o investigado detém

algum prazo para pedir a revisão. Dessa maneira, enquanto o § 1º do art. 28 não passar a vigor, de três alternativas, uma: (a) entender que o prazo, mesmo assim, é de trinta dias; (b) adotar o mesmo prazo para a resposta, que é de dez dias; (c) aplicar subsidiariamente o art. 218, § 3º, do CPC, no sentido de que, ante a ausência de prazo legal ou assinado pelo juiz, o prazo é de cinco dias.

Finalizando essa parte, o que se apresenta mais adequado é o entendimento de que, enquanto perdurar a suspensão da vigência do dispositivo, deve ser aplicado, subsidiariamente, o art. 218, § 3º, do CPC, de modo que o investigado, após a comunicação da recusa do membro do Ministério Público que atua no primeiro grau, possui o prazo de 5 (cinco) dias para exercer o direito de provocar a revisão pelo órgão ministerial superior, lapso temporal durante o qual não pode ser ajuizada a ação penal.

9.1.3.3.3 Homologação judicial do ANPP e efeitos.

Acordado o ANPP e apresentada a petição requerendo a homologação, o juiz, obrigatoriamente, deverá designar audiência para decidir a respeito. Nessa parte, o legislador, na linha principiológica do sistema acusatório, optou pela oralidade em detrimento da prática dos atos pela forma escrita¹²⁸⁸.

A realização da audiência deve ocorrer ainda que não se tenha qualquer dúvida quanto à *voluntariedade* da parte do investigado. Ela é obrigatória em qualquer circunstância. A pretensão é estabelecer a oralidade para fins de homologação, ainda que a decisão judicial seja reduzida a escrito. Nessa parte, pena o legislador não ter ido além, a fim de deixar expressa a possibilidade de a decisão de homologação ser feita oralmente pelo juiz, sem a necessidade de redução a escrito, sendo suficiente constar do termo de audiência o conteúdo do acordo.

Quanto à audiência, no art. 28-A, § 4º, do CPP, está escrito que “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”. Verifica-se que o dispositivo nada dispõe sobre a eventual presença do Ministério Público nessa audiência.

Talvez a intenção tenha sido, efetivamente, evitar a presença do membro do Ministério Público. No entanto, se essa era a pretensão, por que o mesmo legislador não adotou dicção normativa similar à utilizada para a inclusão do § 7º no ar. 4º da Lei nº 12.850, de 2013? Lá está plasmada a regra segundo a qual o juiz deverá *ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado do seu defensor*. Porém, essa dicção normativa não foi repetida em relação ao ANPP.

Por outro lado, a presença do Ministério Público na audiência é até mesmo desejável, pois agiliza o ajuste das cláusulas do acordo, na eventualidade de o juiz, nos termos do § 5º do art. 28-A, do CPP, “... considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal...”. Em casos concretos tem-se observado que a presença do Ministério Público é até mesmo salutar

Por conseguinte, estando presente na audiência o Ministério Público, ao invés de determinar a devolução dos autos para fins de reformulação do acordo, tudo pode ser resolvido na própria audiência.

Diante da dicção normativa do § 4º do art. 28-A, do CPP, para fins de homologação, o juiz deve examinar dois aspectos: a *voluntariedade* do investigado e a *legalidade*, devendo recusar validade ao negócio acertado entre as partes se a proposta não atender os requisitos legais ou, então, quando, apontada a necessidade de ajustes, as partes não cuidarem de sanar os vícios.

Assim como na colaboração premiada, para o ANPP não se exige a *espontaneidade*, porém apenas a *voluntariedade*, podendo o investigado estar afetado por influências externas, desde que legítimas¹²⁸⁹. O que se veda é que o investigado ser forçado ao acordo ou aceitar fazê-lo em razão de ameaças ou promessas exorbitantes para além da que diz respeito ao objeto do ajuste, qual seja, de não ser oferecida a denúncia.

Quanto à legalidade, ademais da regularidade formal e material, o juiz deve observar, ainda,

¹²⁸⁸ O *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11(b)(1), determina que o autor do crime seja ouvido perante o Judiciário, para fins de homologação do *plea guilty* ou do *nolo contendere* (Rule 11. Pleas 2020).

¹²⁸⁹ Na disciplina do *plea bargain* pelo *Federal Rules of Criminal Procedure*, consta na Rule 11(b) (2) que o juiz, na audiência, deve perquirir se a adesão ao acordo é voluntária e que não é resultado de ameaças ou promessas.

se não é caso de arquivamento ou absolvição sumária do investigado, exame apenas possível se a petição pleiteando a homologação se fizer acompanhar dos autos da investigação.

Tome-se como exemplo situação em que o crime já esteja prescrito. Em casos tais, a despeito da concordância da defesa e do investigado em assinar o ANPP, o juiz não deve homologar o ajuste. O mesmo se diga se o juiz entender que não há *justa causa* para o acordo, diante da inexistência da prova da materialidade ou de indícios de autoria¹²⁹⁰. No sistema americano também é prevista, expressamente, a possibilidade de o juiz rejeitar o *plea agreement*¹²⁹¹.

A discussão aqui é se o juiz, nesse momento, poderia, desde logo, determinar o arquivamento da investigação ou, sendo o caso, na hipótese imaginada acima, prolatar decisão de absolvição sumária, em consonância com o art. 397, IV, do CPP. Se ou quando a liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux for revogada (MC na ADI 6.298/DF 2020), e entrar em vigor o art. 3º-B, caput e inciso IX, do CPP, não restará dúvida de que o juiz das garantias poderá, desde logo, decidir a respeito.

Nessa audiência, o juiz deve indagar se a defesa e o investigado estão a par de todos os elementos probatórios e/ou provas constantes da investigação. Essa intervenção do juiz não infirma a essência do *plea bargain*, pois mesmo nos Estados Unidos, no aperfeiçoamento desse sistema, tem-se conferido maior atuação jurisdicional na validação do acordo, no sentido de evitar que direitos fundamentais do autor do crime não sejam malferidos, em decorrência da desigualdade de armas entre o Ministério Público e a defesa (WALSH 2017, 8-9).

A exigência de os termos do ANPP passar pelo crivo do Judiciário é uma forma de assegurar a *paridade de armas na negociação*, evitando-se, com a intervenção do juiz, que, ante a deficiência da defesa, o investigado seja levado a aceitar um acordo leonino. Até por isso mesmo, na ideia do legislador, a competência para decidir a respeito deve recair na figura do juiz das garantias (art. 3º-B, XVII, do CPP).

Rejeitado o ANPP, salvo se o motivo decorrer do entendimento de ser hipótese de arquivamento da investigação, fatalmente, o Ministério Público irá oferecer a denúncia. É até um tanto quanto contraditório ele pedir o arquivamento ou mesmo arquivar – se ou quando entrar em vigência a alteração alvitada para o art. 28 do CPP.

Homologado o ANPP, os autos devem ser entregues ao Ministério Público, a fim de ser ajuizado, perante o juiz da execução, o pedido de cumprimento das medidas restritivas ajustadas (art. 28-A, § 6º, do CPP). Talvez por apego ao modelo acusatório, o legislador ressaltou que a execução do cumprimento do acordado no ANPP não se dará de ofício, devendo ser postulada pelo Ministério Público.

Em conformidade com o salientado acima, conquanto exigida a confissão do crime, com o ANPP não se impõe pena, porém medidas restritivas, pelo que não tem sentido a transferência da fiscalização quanto ao cumprimento do acordo para o *juízo da execução penal*. Ora, não há pena, logo, não há execução penal.

O controle do cumprimento das medidas diversas deveria permanecer na alçada do juiz competente para a homologação, assim como ocorre na transação e na suspensão condicional do processo. Todavia, expressamente, o legislador deixou consignado que “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” (art. 28-A, 6º, do CPP). Resta claro, portanto, que o ajustado no ANPP deve ser objeto de ajuizamento perante o juízo da execução penal, cabendo ao Ministério Público tomar essa iniciativa.

O tratamento normativo deixa claro, ainda, que a fiscalização é compartilhada entre o juiz da execução e o Ministério Público, assim como ocorre na execução penal em geral, de modo que cabe a ambos verificar o cumprimento pelo investigado das condições estipuladas, cabendo ao Ministério Público, se for o caso, “... comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia” (art. 28-A, § 10, do CPP).

Há de se ter presente que a norma processual sobre o ANPP é de conteúdo híbrido, razão pela

¹²⁹⁰ O *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11(b) (3), também estabelece que, para fins do *plea guilty* ou do *nolo contendere*, o juiz deve observar se há base factual para dar ensejo ao acordo (Rule 11. Pleas 2020).

¹²⁹¹ Segundo o *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11 (b) (5) (A) (B) e (C), além de poder rejeitar o acordo, o juiz deve explicar ao autor do crime que ele tem a oportunidade de desistir da declaração de culpa, na medida em que será julgado sem a observância do que foi ajustado com o Ministério Público.

qual, como se trata de norma mais favorável, retroage para beneficiar o acusado (art. 5º, XL, da Constituição). Por conseguinte, processos em andamento, desde que ainda não proferida a sentença, devem permitir o ANPP, cabendo às partes tomar iniciativa a esse respeito

É discutível se atingiria, igualmente, feitos sentenciados e, até mesmo, os casos nos quais já formada a coisa julgada (MAZLOUM e MAZLOUM 2020). Isso porque quando a Constituição trata da retroação para beneficiar, não estabelece limite. Assim, a pessoa condenada por um crime, mesmo com o trânsito em julgado, faz jus, de regra, à retroação da norma mais benéfica.

Mas, quando se trata de nova regra ou instituto processual, embora com conteúdo misto, o limite temporal para a aplicação retroativa da norma deve ser, pelo menos, o trânsito em julgado, até por uma questão de ordem prática. Seria um verdadeiro caos eventual entendimento da aplicação retroativa do ANPP inclusive para os casos transitados em julgado.

De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da aplicação retroativa da suspensão condicional do processo, fixou a posição no sentido de a prolação da sentença ser o limite, mesmo sem trânsito em julgado (HC 74.305-SP 1996). Mas há de se notar que esse precedente é antigo, e ficou sendo reiterado tendo em consideração a questão referente à suspensão condicional do processo.

A jurisprudência precisa avançar a respeito desse tema. No ponto, a 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal editou o seguinte o Enunciado nº 98, com o seguinte teor:

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes (Aprovado na 182ª Sessão Virtual de Coordenação de 25/05/2020).

Entretanto, posteriormente, essa posição foi revista, sendo alterado o Enunciado nº 98, a fim de restringir a aplicação retroativa do ANPP, ficando assim redigido o entendimento consolidado pela 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal:

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão (Alterado na 187ª Sessão Virtual de Coordenação, de 31/08/2020).

E se há de admitir, ainda, que, no caso de desclassificação do crime ou de procedência parcial da imputação criminosa, deve ser conferida a oportunidade para o ANPP, aplicando-se, aqui, a Súmula nº 337 do STJ (“É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”).

Quanto aos efeitos, por força do inciso IV do art. 116 do CP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, tem-se que a consequência imediata da homologação do ANPP é impedir a continuidade da fluência do prazo da prescrição da pretensão acusatória.

Como se trata de causa de suspensão da prescrição, o lapso temporal já decorrido não desaparece, permanecendo incólume. De tal modo, superado o óbice quanto à fluência do prazo, a prescrição recomeça a ser contabilizada pelo restante do tempo que falta. Ou seja, o tempo anterior, quando excluída a causa de suspensão, soma-se ao espaço temporal posterior.

Essa regra resolve o problema enfrentado na transação. Como a transação, assim como o ANPP, também ocorre antes do ajuizamento da ação, mas não há a interrupção da prescrição, permanece a fluência do prazo durante o período de prova do cumprimento das medidas restritivas aplicadas. Sem nenhuma interrupção ou suspensão desde a prática do crime, quando o autor do fato deixa de cumprir as medidas restritivas acertadas na transação, geralmente resta prejudicado o oferecimento da denúncia, pois, na maioria dos casos, já decorrido o prazo da prescrição, com a consequente extinção da punibilidade.

Infelizmente, o legislador não aproveitou a oportunidade para dizer que a suspensão do prazo prescricional também ocorre na transação e na colaboração premiada, nesta última, quando ajustado o não oferecimento da ação penal.

De outra banda, conforme visto acima, no ANPP não há imposição de pena. A sentença é meramente homologatória quanto ao que foi ajustado entre as partes. Uma vez cumpridas as medidas restritivas, o juiz profere sentença extinguindo a punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP).

No ponto, note-se que o legislador, por questão de política criminal, elegeu a hipótese de extinção de punibilidade como causa de absolvição sumária. Antes, diante da divergência a respeito da natureza jurídica do pronunciamento judicial quando do reconhecimento da extinção da punibilidade, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 18, a fim de esclarecer que “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

Porém, na Reforma Tópica do CPP de 2008, o legislador, acertadamente, tomou outra direção, no escopo de ressaltar no art. 397, inciso IV, do CPP, que a extinção de punibilidade se cuida de hipótese de absolvição, restando, portanto, superado o entendimento sumular.

Dessa forma, uma vez cumpridas as condições estabelecidas no ANPP, o juiz da execução profere decisão de extinção da punibilidade, pronunciamento judicial que, para efeitos legais, possui natureza absolutória.

O investigado, portanto, conservará a sua condição de primário, como se crime nenhum objeto do ANPP tenha sido praticado.

O não cumprimento das condições pactuadas no ANPP pode levar à revogação do ANPP. A despeito do tom imperativo do art. 28-A, § 10, no sentido de que o inadimplemento de uma das condições ajustadas tem como consequência a quebra do ANPP, o juiz, antes de decidir, deve, necessariamente, ouvir a defesa sobre o motivo pelo qual não cumpriu as cláusulas do acordo.

Após a oitiva do investigado, revogado o acordo, o Ministério Público deve oferecer a ação penal. Assim como assinalado supra, nesse caso, a despeito do silêncio da lei, não poderá ser utilizada no processo a confissão formal e circunstancial realizada pelo investigado, pois a sua validade é restrita ao objeto do ANPP.

9.1.4 – Duração razoável do processo como elemento indispensável para a eficiência do processo criminal e como direito do acusado à ampla defesa e de ser julgado dentro de prazo razoável.

O devido processo legal, na seara criminal, tem como objeto o crime. A função maior do processo é servir de contenção a arbitrariedades que podem ser praticadas pelo Estado a pretexto do exercício do dever-poder de punir, sem perder de vista a missão de proteção aos direitos fundamentais na perspectiva objetiva, conforme pontuado nos itens 7.2.1, 7.2.5 e 7.2.6. O processo gerencia a crise social gerada pela ação ilícita, com a preocupação de no final ter como resposta a solução mais adequada para manter e/ou restaurar a ordem social solapada, às vezes de forma severa, em virtude da gravidade do crime praticado. Sendo o objeto do processo criminal o delito com o escopo voltado à manutenção e/ou restauração da segurança da vida em sociedade, parece óbvio que ele, mais até do que o processo civil, precisa ser elaborado tendo como orientação a rápida solução do problema levado a julgamento pelo Judiciário. Não é despropositado sublinhar que a *eficiência* na administração da justiça criminal passa, necessariamente, pelo tempo de duração dos processos. Se, de um lado, a demora do processo causa, na sociedade, a falsa impressão de impunidade, de outro, o decurso de excessivo espaço de tempo entre a ocorrência do fato e o julgamento definitivo do acusado torna ineficiente ou mesmo contraproducente a execução do que for determinado na decisão, sem falar que isso ocasiona sérios efeitos negativos ao acusado, pois a mera existência do processo em si arranha a sua imagem e honra. Não raro, a tramitação do processo e a *espetacularização* em torno dos acontecimentos são mais punitivas do que a própria pena final aplicada em razão da condenação¹²⁹².

¹²⁹² Cf. CASARA, Rubens R. R. Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015; e CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Tradução de José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan Editora, 1995.

Isso porque, se se acredita que a solução criminal, qualquer que seja a situação do caso concreto, deve ser alvitrada no propósito de buscar, na medida do possível, a recuperação do agente autor da conduta ilícita ou a redução dos danos¹²⁹³, tem-se que a resposta criminal exige certa celeridade. A pouca demora se impõe uma vez que, enquanto não for adotada a medida adequada para a recuperação do agente, ele, de regra, continuará no convívio com a sociedade, podendo, a todo e qualquer momento, exteriorizar a sua propensão ao delito ainda não tratada devidamente. Sem embargo disso, passado lapso temporal considerável após a ocorrência do delito, não só parece ineficiente, como indevido mesmo, submeter a pessoa ao cumprimento de uma medida ou sanção penal – principalmente esta –, quando, ao longo desse período, ele tenha demonstrado a sua plena recuperação¹²⁹⁴. Se o acusado, durante o lapso temporal posterior à prática do ilícito em apuração no processo, manteve-se comportado, convivendo normalmente com o grupo social, e mesmo com a demonstração de que as agruras do processo criminal fizeram com que se (re)orientasse na vida, não parece razoável que ele venha a ser compelido a cumprir uma sanção cujo escopo seja buscar uma recuperação que já ocorreu. Nesse caso, a pena seria meramente retributiva, o que não se mostra em sintonia com um sistema criminal de cunho democrático.

Justamente por causa disso, observe-se que os prazos no processo criminal, até mesmo os referentes à defesa propriamente dita e aos eventuais recursos, sem embargo de encontrar-se em risco o fundamental direito de liberdade e mesmo a honra do acusado, são menores do que no processo civil, sem que isso represente, propriamente, nenhuma contradição. Do mesmo modo, tenha-se em consideração que os prazos no processo criminal não têm início com a juntada do mandado de intimação, mas sim a partir da data em que foi realizada a diligência. Isso conduz à percepção de que, em tese, o processo criminal detém preferência em relação ao processo cível, devendo o juiz, quando possui competência cumulativa, dar maior atenção para o trâmite célere daquele, independentemente da existência de acusado preso, ou não.

A duração razoável, sem medo de errar, é *conditio sine qua* não há de falar-se em eficiência no processo criminal. Mas, ao lado dessa visão, como se disse, adicione-se uma outra. O processo criminal, diferentemente do civil, possui, ele mesmo, caráter punitivo, na medida em que se presta a estigmatizar o acusado perante a sociedade, em nada modificando essa situação a sua eventual absolvição. O mestre CARNELUTTI¹²⁹⁵, com a costumeira clarividência, adverte que “O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras” e ele, “... a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos.” O sempre lembrado BECCARIA impressionou-se com a desonra que acompanhava, por toda a vida, as pessoas que tinham sido sujeitas à prisão, o que ele atribuiu ao fato de a pessoa ser submetida, no processo, a toda sorte de arbitrariedade e mesmo porque ele recebia idêntico tratamento dispensado a quem era culpado¹²⁹⁶. Daquele tempo para cá, é verdade, muita coisa mudou: o acusado é mais respeitado, até mesmo com o direito de não ser considerado culpado a não ser depois de sentença condenatória transitada em julgado¹²⁹⁷. Porém, ainda assim, o estigma gerado pelo processo criminal permanece e o acusado, mesmo sendo absolvido, carrega consigo a mancha que lhe foi atirada com a persecução penal¹²⁹⁸.

Nesse cenário, a demora do processo criminal é tormentosa igualmente para o acusado, não só pelos problemas sociais que isso acarreta, mas também pelos malefícios de ordem psicológica daí

¹²⁹³ ROIG defende que a Constituição de 1988, mais do que legitimar a prisão ou a pena em si, estabelece limites ao poder de punir, e que a execução penal, com esse filtro, deve ser desenvolvida conforme a teoria da redução de danos, na medida em que as finalidades da retribuição e da prevenção especial positiva (ressocialização), pinçadas na Lei de Execução Penal, não foram recepcionadas pela nova ordem jurídica (Execução penal: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 14).

¹²⁹⁴ Súmula 710 do STF: “No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

¹²⁹⁵ *As misérias do processo penal*, p. 46.

¹²⁹⁶ (Op. cit., p. 45). BECCARIA se admirava que, ao contrário do que ocorria com os romanos absolvidos de delitos gravíssimos, no sistema criminal de sua época, o homem acusado de cometer um crime, mesmo absolvido, carregava consigo a marca da desonra (Ibid.).

¹²⁹⁷ Ao comentar sobre o princípio da presunção de não culpabilidade, assegurado na Constituição italiana, disse CARNELUTTI: “A Constituição italiana proclamou solenemente a necessidade de tal respeito declarando que o acusado não deve ser considerado culpado até que não seja condenado com uma sentença definitiva. Esta é, porém, uma daquelas normas, as quais servem somente a demonstrar a boa-fé daqueles que a elaboraram” (Ibid., p. 45).

¹²⁹⁸ Com razão, CARNELUTTI identifica na absolvição o ponto máximo das misérias do processo penal, momento em que há a mais sublime confissão do erro judiciário, pois submeteu um inocente a uma situação vexatória, muitas vezes arruinando-o perante a opinião pública (Ibid., p. 63).

advindos, campo fértil para a proliferação de doenças psicossomáticas¹²⁹⁹. Sensível a esse aspecto, alguns países inserem, dentre os direitos fundamentais, o direito do acusado de ser julgado dentro de um prazo razoável, como uma consequência direta do devido processo legal. A Constituição de Portugal, v. g., no art. 32º, 2, de forma expressa, garante ao acusado não só a presunção de inocência, como igualmente o direito de “... ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Comentando o sistema jurídico português, JOSÉ DA COSTA PIMENTA¹³⁰⁰ salienta “... que a celeridade é também reclamada pela consideração dos interesses do próprio arguido, não devendo levar-se a crédito do acaso o facto de a Constituição sob influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, lhe ter conferido o estatuto de um autêntico direito fundamental”, daí por que deve ser reduzido “... ao mínimo a duração de um processo que implica sempre a compressão da esfera jurídica de uma pessoa que pode ser – e tem de presumir-se – inocente.”¹³⁰¹, até como forma de “... prevenir os perigos duma estigmatização e adulteração irreversível da identidade do arguido, que pode culminar no compromisso com uma carreira delinquentes”¹³⁰².

Sem registro na tradição constitucional nacional, a Constituição de 1988, conquanto tenha incorporado, ao lado do devido processo legal, outras garantias no rol dos direitos fundamentais, na sua redação primeira, não trouxe nenhuma cláusula expressa quanto à duração do processo criminal na qualidade de direito afeto ao acusado, independentemente de ele se encontrar preso, ou não¹³⁰³. De todo modo, a cultura jurídica brasileira, sedimentada na doutrina e acompanhada pela jurisprudência, construiu o entendimento de que, estando o acusado preso, os prazos processuais têm de ser rigorosamente cumpridos, sob pena da caracterização de constrangimento ilegal, sanável por meio da interposição de habeas corpus, a não ser que a demora para a conclusão decorra de fato imputável à defesa¹³⁰⁴. Indo mais além, o Governo brasileiro, em 25 de setembro de 1992, aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose), a qual, no art. 8º, nº 1, ao garantir *a toda pessoa o direito de ser ouvida, com todas as garantias e dentro de um prazo razoável, na apuração de qualquer acusação penal*, dá ensanchas para que se conclua a assunção de compromisso do Brasil perante a ordem internacional quanto à celeridade dos processos criminais, independentemente de o acusado encontrar-se encarcerado ou solto.

Sufragando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal vinha reconhecendo que o direito do acusado ao julgamento em prazo razoável estava implícito em nosso sistema constitucional e, ademais, que estava garantido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, nos. 5 e 6), ratificada pelo Brasil. Essa posição da Suprema Corte é pinçada da leitura da ementa do acórdão proferido no HC 80379-São Paulo, no qual atuou como Relator o Ministro CELSO DE MELLO¹³⁰⁵. Eis a redação da parte da ementa que interessa:

O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

– O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “due process of law”. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. – O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não

¹²⁹⁹ Em um rumoroso caso de homicídio ocorrido em Município do interior do Rio Grande do Norte, diante da repercussão negativa do crime, ninguém queria defender o acusado. Em razão disso, o processo, à falta de advogado que aceitasse a causa, ficou um tempo paralisado. O acusado, impaciente, mesmo solto, procurou o juiz para pedir que ele fosse, de uma vez por todas, julgado, sendo, no final, absolvido pelo tribunal do júri. Esse não foi um caso isolado que já pôde vivenciar na atividade forense, havendo outros casos similares.

¹³⁰⁰ PIMENTA, José da Costa. *Código de processo penal anotado*. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, [19--?]. p. 20.

¹³⁰¹ *Ibid.*

¹³⁰² *Ibid.*

¹³⁰³ A Sexta Emenda à Constituição americana, em sua primeira parte, diz que “Em todo processo criminal, o acusado terá direito a um julgamento célere...”

¹³⁰⁴ Essa é a inteligência que se extrai das Súmulas 21, 52 e 64 do Superior Tribunal de Justiça.

¹³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC – Processo: 80379, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 18/12/2000, Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005.

derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional.

Como se vê, de acordo com o entendimento da Excelsa Corte, deflui do princípio do devido processo legal que “O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas”. Portanto, naquele julgado, ficou ressaltado que o direito de ser julgado dentro de prazo razoável, embora especialmente direcionado ao acusado preso, não é um direito subjetivo apenas de quem se encontre nessa condição. No vácuo desse precedente, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, no Habeas Corpus nº 5284, cujo Relator foi o Ministro EDSON VIDIGAL, reafirmou que o sistema jurídico brasileiro, por força do Pacto de San José, adota o princípio da duração razoável do processo criminal. Em determinada passagem de seu voto, o referido Ministro asseverou¹³⁰⁶:

Nunca é demais enfatizar que vigora no nosso sistema legal, por força de compromisso internacional a que o Brasil está obrigado a cumprir, o mandamento segundo o qual todo acusado tem o direito de obter, num prazo razoável, pronunciamento judicial que defina sua situação perante a lei.

Por incrível que pareça, o princípio da celeridade foi objeto da genialidade do grande BECCARIA¹³⁰⁷, já naquele tempo em que nem mesmo direito de defesa era assegurado ao acusado. O que mais chama a atenção, todavia, é que o fundador da Escola Clássica imaginou esse princípio nas duas dimensões aqui abordadas. Escrevendo no ano de 1764 como se fosse para os dias de hoje, BECCARIA¹³⁰⁸ vaticinou que o processo criminal precisava ser rápido, sem que isso prejudicasse o direito de defesa do acusado, pois só a aplicação instantânea da pena serve para inibir a prática de outros delitos e, por outro lado, para pôr a salvo o acusado dos “... inúteis e cruéis tormentos da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza”¹³⁰⁹

No desiderato de contornar a omissão sentida na Constituição de 1988, o constituinte derivado, ao tratar da Reforma do Judiciário na Emenda Constitucional nº 45, de 2004, teve a preocupação de aumentar o rol dos direitos fundamentais, acrescentando ao art. 5º o inciso LXXVIII, de modo a deixar claro que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A celeridade, que estava implícita na seara constitucional e explícita no âmbito infraconstitucional em decorrência da prescrição inserta no Pacto de San José da Costa Rica, agora restou estampada na Constituição dentre os direitos fundamentais, garantia que, conquanto tenha sido prevista tanto para o processo criminal quanto para o cível – ao contrário do que se deu na Constituição portuguesa, que só fez referência ao princípio em relação ao primeiro –, naquele haverá de merecer atenção especial.

O preceito constitucional leva à conscientização quanto à necessidade do trâmite em tempo razoável dos feitos nos quais há tratamento da responsabilidade penal, a fim de que seja abreviada a angústia de quem fica no aguardo da definição de seu futuro, demora que pode contribuir, de forma decisiva, não apenas para estigmatizar a sua identidade perante a sociedade como para firmar o seu compromisso com a delinquência.

Ademais, a morosidade do Judiciário é o centro de toda e qualquer crítica que lhe é feita, especialmente no âmbito criminal. Isso porque ela alimenta, decisivamente, o sentimento de impunidade, que se reaviva sempre que algum caso de corrupção é denunciado ou o autor de um crime mais que causa comoção nacional é solto, apesar de o senso comum apontar para a grave

¹³⁰⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coords.) *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. v. 1, p. 15.

¹³⁰⁷ Cf. também 1.3.2, supra.

¹³⁰⁸ Op. cit., p. 60. Ele defendia que “O processo deve findar o mais breve tempo possível”, pois é “... de suma importância a proximidade do delito com a pena” (Ibid., p. 77).

¹³⁰⁹ Ibid. p. 76.

ameaça que este representa à sociedade. É um tema recorrente que desafia a identificação das causas e a busca de soluções.

O ponto de partida dessa questão é a análise da duração do processo judicial, com a discussão das diversas noções de *tempo razoável* para a magistratura, mídia, sociedade, o Parlamento e o empresariado. O debate dessa questão nasce da necessidade de se buscar um entendimento comum sobre um problema cuja solução envolve vários fatores e atores, dentre os quais os juízes.

Certamente, os diversos níveis de complexidade de uma causa são determinantes na duração do processo. Os crimes praticados por organizações criminosas, pelas inúmeras conexões e atividades ilícitas envolvidas, não podem ser resolvidos com a mesma rapidez que se espera quando se trata de um furto simples. O inadmissível é que um processo, de qualquer natureza, esteja em tramitação pelos tribunais há mais de uma década, o que não é tão raro, infelizmente, de ocorrer no nosso país.

Rever os critérios estabelecidos para a decretação da prisão preventiva, redefinir o papel da fiança e dotar a sentença condenatória de primeiro grau de maior eficácia são algumas das medidas fundamentais para minorar a sensação de impunidade que angustia a todos.

O legislador infraconstitucional, há de se reconhecer, vem fazendo a sua parte. As Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, têm como uma das orientações centrais a preocupação em dotar o sistema criminal de mecanismos indispensáveis em busca de uma duração razoável do processo. A previsão de prazo máximo (no rito ordinário de 60 dias, no sumário de 30 dias, no procedimento relativo ao tribunal do júri 90 dias) entre a data do recebimento da denúncia (entendida esta a decisão interlocutória sobre os argumentos expostos na resposta do acusado) e a realização da audiência de instrução e julgamento nos processos, não é mera retórica. Serve para estabelecer parâmetros para se observar o tempo razoável de duração do processo.

Os prazos processuais que devem ser observados para a estimativa da duração do processo são os seguintes, quando o acusado está preso, que é o que interessa mais de perto:

- a) 10 (dez) dias para a conclusão do inquérito (art. 10 do CPP), prorrogável por mais 15 (quinze) dias. Na justiça federal, 15 (quinze) dias, prorrogável por mais 15 (quinze);
- b) distribuição imediata (art. 93, XV da CF);
- c) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP) – ato de secretaria/escrivania (remessa para o Ministério Público);
- d) 5 (cinco) dias para a denúncia (art. 46, caput, 1ª parte, do CPP);
- e) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP) – atos de secretaria (para conclusão ao juiz);
- f) 5 (cinco) dias – decisão interlocutória simples de admissibilidade da ação penal (art. 800, II, do CPP);
- g) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP) – atos de secretaria/escrivania (expedição do mandado de citação);
- h) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP – interpretação extensiva) - cumprimento do mandado de citação pelo oficial de justiça;
- i) 10 (dez) dias para o acusado apresentar a resposta (art. 396, caput, do CPP);
- j) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP) – ato de secretaria (conclusão ao juiz);
- k) 5 (cinco) dias – decisão judicial (art. 399 e 800, II, do CPP); e
- l) 30 (trinta), 60 (sessenta) ou 90 (noventa) dias para a realização da audiência de instrução e julgamento (art. 400, caput, do CPP), conforme seja o procedimento sumário ou ordinário.

Tendo em conta os parâmetros estabelecidos para cada um dos procedimentos (30, 60 e 90 dias), ademais de circunstâncias especiais (acusado assistido por defensor público ou dativo, vista dos autos ao Ministério Público para falar sobre preliminares e documentos anexados com a resposta, alegações finais por memoriais)¹³¹⁰, os prazos para a duração razoável do processo são¹³¹¹:

(1) procedimento ordinário:

(1a) justiça estadual, mínimo de 105 (cento e cinco) e máximo de 168 (cento e sessenta e oito) dias;

(1b) justiça federal, mínimo de 110 (cento e dez) e máximo de 173 (cento e setenta e três) dias;

¹³¹⁰ Não foi computado o prazo que vier a ser assinado pelo juiz, caso seja determinada a realização de diligência (nova perícia, por exemplo), antes da audiência, ou na oportunidade do art. 402 do CPP

¹²⁸⁸ Sobre a forma como foi feita a contagem desses prazos, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 51-62.

¹³¹¹ Sobre a forma como foi feita a contagem desses prazos, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 51-62.

(2) procedimento sumário:

- (2a) justiça estadual, mínimo de 75 (setenta e cinco) e máximo de 107 (cento e sete) dias;
- (2b) justiça federal, mínimo de 80 (oitenta) e máximo de 112 (cento e doze) dias;

(3) procedimento relativo ao tribunal do júri:

- (3a) justiça estadual
 - (3a1) primeira fase, mínimo de 135 (cento e trinta e cinco) e máximo de 187 (cento e oitenta e sete) dias;
 - (3a2) segunda fase, 186 (cento e oitenta e seis) dias;
- (3b) justiça federal
 - (3b1) primeira fase, mínimo de 140 (cento e quarenta) e máximo de 192 (cento e noventa e dois) dias.
 - (3b2) segunda fase, 186 (cento e oitenta e seis) dias.

A duração razoável do processo criminal, portanto, é de acordo com os prazos estimados acima. Note-se, porém, que o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica não tratou de estabelecer o prazo máximo da prisão preventiva, ou seja, a *duração razoável da prisão preventiva*. Assim, de forma expressa, tínhamos, apenas, o prazo de duração da prisão temporária que é, conforme o crime, de 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias, prorrogável, respectivamente, por iguais prazos. De toda maneira, com a contagem dos prazos processuais, era possível afirmar qual era a duração razoável do processo, quando houvesse prisão preventiva. Estando o acusado preso, a estimativa do lapso temporal que caracterizava a duração razoável do processo se prestava para definir se, em um determinado caso concreto, o acusado estaria recolhido à prisão por mais tempo do que o permitido em lei, ou não. Inclusive, com base na estimativa de prazo para a conclusão do processo, é estabelecida a duração razoável da prisão preventiva, lapso temporal que, quando extrapolado, em tese, caracteriza constrangimento ilegal, em razão de o acusado ficar preso por mais tempo do que o determinado em lei, sanável por via do habeas corpus.

A despeito dessa consideração, o legislador, em em outra intervenção quanto ao tema, passou a ser mais incisivo quanto à duração razoável da prisão preventiva. Com efeito, já na Lei nº 13.850, de 2013, estabeleceu que, em relação ao crime organizado, diante da maior complexidade, não se aplica a regra temporal do procedimento ordinário, pois, quando se trata desse tipo de ilícito, “a instrução deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por ato procrastinatório atribuível ao réu”. Veja-se que, diferentemente do que consta quanto à estimativa da duração razoável do processo quando se trata dos ritos ordinário, sumário e o relativo aos processos da competência do tribunal do júri, o que o legislador se preocupou foi em estabelecer a duração razoável do tempo da prisão preventiva em si, quando se trata de crime praticado por organização criminosa.

Se o prazo máximo da prisão preventiva quando se trata de crime da gravidade daquele praticado por organização criminosa é de 120, prorrogável por igual prazo, o que não dizer quando se cuida de crime menos grave? A conclusão lógica que daí se retira é que, a despeito do que foi dito acima, independentemente do crime praticado, o tempo máximo de duração da prisão preventiva sem o julgamento em primeiro grau não pode ser superior a 240 (duzentos e quarenta) dias, salvo quando houver justa causa para o retardamento do trâmite processual. Essa questão da duração razoável da prisão preventiva será debatida com mais profundidade nos itens 9.6.5.1.1 e 9.6.5.3.1, infra.

Não infirma a assertiva acima, a inovação legislativa sobre o *prazo de validade da prisão preventiva*, trazida com a inclusão do parágrafo único no art. 316 do CPP pela Lei nº 13.964, de 2019. De fato, uma coisa é o *prazo de validade* da decretação da prisão, outra, diferente, é o prazo máximo de sua duração. E aqui o destaque todo especial. Finalmente suprimindo a omissão da segunda etapa da Reforma Tópica, o legislador da Lei nº 13.964, de 2019, estabeleceu o prazo de validade da prisão preventiva, qual seja, 90 (noventa) dias. Assim, decretada a prisão preventiva, necessariamente, sob pena de revogação automática, o juiz precisa, no prazo de 90 dias, revisá-la, a fim de mantê-la, revogá-la e, até mesmo, sendo o caso, substituir por medida cautelar diversa da prisão.

Em resumo, quanto à prisão preventiva, além da duração razoável do processo como limite para a sua subsistência, ainda deve ser observado o seu prazo de validade, que se exaure a cada 90 dias, assim como o tempo o total, que não pode superar 240 dias. Salvo, claro, quando houver justificativa para que o prazo seja extrapolado, o que acontece, por exemplo, quando a defesa, ou

mesmo o Ministério Público, indica como testemunha pessoa residente em país estrangeiro ou solicita perícia com maior grau de complexidade.

Ainda sobre o tempo de duração do processo, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão interessante, com base na Lei nº 9.296, de 1996, definiu que há ofensa ao princípio da duração razoável do processo, a existência de monitoramento telefônico de acusados pelo prazo de mais de dois anos¹³¹². Todavia, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência admitindo a possibilidade de reiteradas e sucessivas prorrogações, desde que a decisão seja fundamentada em fatos novos. Ratificando essa posição, pouco depois da decisão acima referida do Superior Tribunal de Justiça, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito 2424/RJ, no qual foi relator o Ministro Cezar Peluso¹³¹³, cujos debates, intensos e densos, se estenderam por dois dias (19 e 10 de novembro de 2008), decidiu pelo recebimento da ação penal oferecida contra diversas pessoas, dentre elas, um ministro do Superior Tribunal de Justiça, sendo ressaltado que “o prazo máximo de 30 dias para a manutenção da interceptação da comunicação não pode ser injustificadamente alargado, mas pode o magistrado, com outro motivo, e diversa motivação, determinar nova interceptação do mesmo telefone.”

Deve-se ter em consideração que a variável de tempo razoável para a interceptação telefônica, necessariamente, exige que se leve em consideração a complexidade do caso em apuração. Em situações mais complexas, em que há base organizativa com ramificação em mais de um país, envolvendo vários agentes, aos quais imputadas a prática de diversos crimes com conexão internacional, o princípio da razoabilidade em geral recomenda que essas considerações sejam levadas em consideração para se examinar, no caso concreto, se as reiteradas e sucessivas concessões de interceptação telefônica, emanadas de decisão judicial fundamentada, representam, ou não, violação ao preceito constitucional que admite a utilização dessa técnica especial de investigação, para fins de apuração de crimes mais complexos e sofisticados. Não raro, quando se trata de crime com conexão internacional, para o sucesso da investigação, faz-se necessária a cooperação de autoridades policiais de países estrangeiros, o que acarreta como consequência a prorrogação do prazo de monitoramento telefônico, sob pena de serem perdidos os passos da empresa criminosa, extremamente volátil. Em outros casos, para a eficiência das investigações, e mesmo para não comprometer a atuação das autoridades de um dos países envolvidos, é preciso que as diligências sejam coordenadas, o que leva, muitas vezes, ao retardamento da deflagração da operação policial, à espera de que, no outro país, surja o momento mais oportuno para que lá, igualmente, se dê a intervenção dos agentes do Estado. A precipitação das autoridades de um ou de outro país, inevitavelmente, diante da interação entre os agentes, pode levar a que os envolvidos saibam que estão sendo investigados. Não é incomum a autoridade policial estrangeira, em contato permanente mediante cooperação jurídica no combate a criminalidade transnacional, pedir a agentes federais de nosso país para aguardar o momento mais adequado para efetuar diligências mais contundentes, como buscas e apreensões e prisões. As autoridades brasileiras, igualmente, também assim procedem, solicitando a cooperação dos agentes estrangeiros.

¹³¹² HC 76.686-PR, Rel Min. Nilson Naves, julgado em 9/9/2008.

¹³¹³ Na parte que interessa, consta da ementa do Supremo Tribunal Federal: “o Tribunal afastou as alegações de ilicitude da prova de interceptação telefônica por falta de fundamentação, inviabilidade da prorrogação e violação da regra da subsidiariedade da prova. Afirmou-se que as decisões estariam devidamente fundamentadas nos termos do art. 93, IX, da CF c/c os artigos 4º e 5º da Lei 9.296/96, e que as interceptações telefônicas foram medidas necessárias e absolutamente imprescindíveis às investigações. Registrou-se que, a cada 15 dias, o relator analisava novamente a conveniência de se mantê-las, tendo, por diversas vezes, excluído linhas, incluído terminais, alterado o foco da investigação, no sentido de corresponder às sugestões e aos requerimentos da autoridade policial e do Procurador-Geral da República, o qual se reportava, a cada novo pedido, aos relatórios da inteligência policial. Considerou-se, também, a orientação fixada pelo Supremo no julgamento o HC 83515/RS (DJU de 4.3.2005), no sentido de ser lícita a prorrogação do prazo para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e o imponha a sua investigação, o que sucedera na espécie. Frisou-se que o prazo máximo de 30 dias para a manutenção da interceptação da comunicação não pode ser injustificadamente alargado, mas pode o magistrado, com outro motivo, e diversa motivação, determinar nova interceptação do mesmo telefone” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/informativo. Acesso em: 8 jan. 2013. Ficou vencido apenas o Ministro MARCO AURÉLIO, que entendia pela ilicitude, uma vez que extrapolado o prazo de quinze dias, prorrogável apenas por igual prazo.)

Os aspectos aqui salientados servem, apenas, para exemplificar como essa questão é intrincada e corroborar o entendimento de que as reiteradas e sucessivas autorizações judiciais, feitas mediante decisão fundamentada, escorada em fatos novos, justificam que a interceptação telefônica por espaço temporal superior a trinta dias. O que vai determinar se houve, ou não, violação à duração razoável da interceptação telefônica, como bem está assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é a verificação, no exame no caso concreto, se havia circunstâncias novas para dar respaldo às sucessivas prorrogações.

Enfim, o princípio da duração razoável do processo significa que o processo não pode ser célere a ponto de inviabilizar a segurança quanto ao conhecimento e ao exercício da ampla defesa, mas, de outra banda, tem de ser resolvido em lapso temporal que não crie azo ao sentimento de *morosidade* ou mesmo de *impunidade*. Em outras palavras, o processo não pode nem ser *célere* nem *moroso*, tem de ser desenvolvido no *tempo certo*, naquilo que se convencionou chamar *duração razoável do processo*.

Até porque, sendo o processo constituído por uma sequência de atos, praticados pelos sujeitos principais – partes e juízes – e mesmo pelos sujeitos secundários – servidores, testemunhas etc. –, mister se faz o decurso de tempo para que cada um desses atores do drama vivido no processo se manifeste, especialmente quanto ao tempo e as oportunidades para que a defesa seja exercitada. Por conseguinte, a celeridade em si não satisfaz o princípio da duração razoável do processo, na medida em que este preceito possui substância e não se confunde com velocidade na apreciação dos casos criminais pelo Judiciário, como defende Sêmely Clície¹³¹⁴ em interessante abordagem.

9.1.5 – A publicidade dos atos processuais.

Anteriormente à judicialização e conseqüente processualização do direito de punir do Estado, quando ainda não se tinha vislumbrado a necessidade do estabelecimento de regras garantidoras dos direitos do homem frente à perseguição criminal, a punição do agente era um mero ritual. A despeito de não ser assegurado o direito de defesa, as acusações e os julgamentos eram secretos, justamente para que o acusado não *atrapalhasse* o trabalho investigatório desenvolvido no sentido de descobrir a verdade dos fatos. Como aqui ficou ressaltado, BECCARIA, ao elaborar o famoso livro *Dos delitos e das penas*, não deixou de perceber que o mecanismo eficiente para coibir os abusos praticados pelo Estado, a pretexto de realizar a justiça criminal, seria a previsão da *publicidade* dos julgamentos. O marquês achava – e estava certo – que a possibilidade do acompanhamento dos julgamentos pela opinião pública era instrumento eficiente no controle de abusos do poder público, sob o fundamento de que aquela “... é talvez a única fortaleza da sociedade, (que) imponha(õe) freio à força e às paixões”¹³¹⁵. Com o seu pensamento liberal, o mestre italiano cunhou o que, mais tarde, passou a ser denominado princípio da publicidade¹³¹⁶.

Malgrado esse princípio tenha sido adotado em nosso meio logo nos primeiros instantes em que foram elaboradas as normas processuais sob o influxo das ideias liberais, até o advento da Constituição de 1988, nenhuma Carta brasileira havia elevado esse princípio à categoria de direito fundamental. Coube, por conseguinte, ao texto constitucional em vigor estabelecer, no art. 5º, LX, que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, consolidando, assim, o que já era previsto no art. 791 do Código de Processo Penal. Desse modo, como adverte ANTÔNIO SCARANCE¹³¹⁷, mesmo antes da edição da Constituição de 1988, esse princípio se encontrava incorporado à cultura do processo brasileiro.

Conquanto já fizesse parte da nossa cultura, a previsão da *publicidade* como garantia fundamental tem o condão de dar-lhe maior magnitude, como se observa, por exemplo, em relação a sua incidência no processo penal militar, pois lá a regra vigente era o julgamento em sigilo, sem falar no aspecto referente à maior amplitude com que a cláusula em destaque merece ser observada, na

¹³¹⁴ *A razoável duração do processo no âmbito da justiça criminal*, Natal: OWL, 2021. Sêmely defende que a lei estabeleça um prazo máximo para a duração do processo criminal (Op. cit., p. 232).

¹³¹⁵ Op. cit., p. 47.

¹³¹⁶ Cf. item 3.3.2, supra.

¹³¹⁷ *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 62.

medida em que transcende o interesse das partes em ter conhecimento e participar dos atos processuais, para albergar o direito da comunidade em acompanhar, mais de perto, a atividade jurisdicional. Com essa permissibilidade, confere-se transparência mais acentuada ao exercício do ofício judicante e, com isso, maior legitimidade.

Na primeira edição deste livro, realçamos que o Judiciário ainda não tinha se dado conta dessa mudança significativa introduzida em nosso meio com a previsão do princípio da publicidade como direito fundamental. Isso porque ainda era comum, quando havia autoridades envolvidas na prática de ilícitos criminais, determinar-se o trâmite do inquérito ou processo em segredo de justiça, o que não era correto. Veja-se o tratamento inicial dispensado às operações policiais realizadas sob determinação judicial, denominadas *Hurricane*, *Thêmis* e *Navalha*. Devido ao envolvimento de chefes de Estado, políticos em geral, membros do Ministério Público, da polícia e mesmo de integrantes do Judiciário, determinou-se a tramitação dos procedimentos e consequentes processos sob sigilo, quando, em razão mesmo das pessoas envolvidas, havia o maior interesse da sociedade em acompanhar toda a apuração. É justamente nesses casos que o Judiciário deve ser o mais transparente possível, além de dar prioridade ao julgamento, no desiderato de afastar a ideia de corporativismo e diminuir a sensação de impunidade.

O interessante é que, quando se determina o segredo de justiça, não se consegue, porém, evitar que informações sejam vazadas para a imprensa. Em todas essas grandes operações feitas pela polícia federal ou investigações que envolvem pessoas que ocupam cargos relevantes ou possuem maior projeção na sociedade, é divulgado na imprensa partes dos conteúdos das peças dos autos. O que é pior é que o segredo de justiça, em rigor, tem servido apenas para impedir que o judiciário, ele próprio, dê as informações oficiais do órgão sobre o processo. Nada mais do que isso.

Ademais, o acompanhamento da distribuição de justiça pela sociedade, tal como vaticinava BECCARIA, não há dúvidas, tem o condão de inibir excessos e arbitrariedades, que encontram campo fértil quando os atos são acobertados pelo campo escuro do segredo¹³¹⁸. Diante do avanço tecnológico, hoje se pode ter o acompanhamento das audiências e julgamentos por meio da transmissão não apenas por radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão), como também pela via eletrônica (internet). Reina, porém, controvérsias a respeito do alcance do princípio em relação a esse aspecto, sob o argumento de que isso pode contribuir para o sensacionalismo e exposição indevida tanto do acusado quanto da vítima e das testemunhas.

Sobre o assunto, ANTONIO SCARANCE¹³¹⁹ alerta que a publicidade propiciada pela transmissão de julgamentos por rádio ou televisão é *desnecessária e sensacionalista*, servindo para causar *constrangimento ao acusado, à vítima e às testemunhas. Modus in rebus*. Nem sempre é assim. Tome-se como exemplo a experiência positiva da transmissão, via TV *Justiça*, das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, que têm servido não apenas para aproximar do jurisdicionado o mais alto tribunal do país, fazendo com que ele fique mais conhecido e respeitado pela seriedade e profundidade como são discutidas e decididas as questões, como também para complementar o conhecimento jurídico de quantos tenham interesse em aprender questões que suscitam intrincadas indagações.

As sessões da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para apurar atos de corrupção praticados por agentes do governo e políticos, caso chamado de *Mensalão*, em razão da transmissão ao vivo pela televisão, foram acompanhadas de perto pela população, o que é salutar não apenas para que se tenha conhecimento do desempenho dos parlamentares, como também para permitir que o assunto tenha uma dimensão maior. Igualmente, na esfera judicial, o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, da denominada Ação Penal 470 – como passou a ser identificado o *Mensalão* –, foi mais longo de sua história, ocorreu em 53 (cinquenta e três) sessões, durante 4 (quatro) meses e meio, foi acompanhado, *pari passu*, pela sociedade brasileira e observadores internacionais. A publicidade, nessa dimensão, é uma consequência do direito ao *acesso à informação*, que encontra guarida na Constituição, sob a forma de direito fundamental (art. 5º, inciso XXXIII)¹³²⁰.

¹³¹⁸ Ibid., p. 63.

¹³¹⁹ Ibid., p. 64.

¹³²⁰ A esse respeito, cf. item 9.1.5.2, infra.

A experiência tem se revelado tão importante que alguns tribunais passaram a exibir ao vivo sessões mais importantes pelo YouTube. No julgamento do recurso do ex-presidente Lula contra a sentença condenatória em um dos processos da chamada *Lava Jato*, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região transmitiu a sessão pelo YouTube com grande audiência. Essa praticou se disseminou pelos tribunais no Brasil em razão das medidas de isolamento decorrentes da pandemia da Covid-19, devido à realização das sessões dos tribunais no modo remoto. Para atender ao preceito da publicidade dos julgamentos, diante da restrição do acesso às dependências dos tribunais, as sessões passaram a ser transmitidas ao vivo, por meio de plataformas eletrônicas as mais diversas.

Por outro lado, não se há de negar que, em alguns casos, é importante que não se tenha divulgação maior do processo, até para que não ocorra uma exposição indevida. Para esses casos, a própria forma como redigido o princípio se encarrega de dar a solução, ao dizer que a publicidade será restringida, quando a *defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*. Pode ser, no entanto, que a ampla publicidade com a transmissão da audiência ou julgamento se preste para atender a interesses legítimos de pessoas interessadas e envolvidas no episódio. Às vezes, porém, a publicidade pode até ser benéfica para a vítima. Recordamos de um processo (Processo nº 97.0005596-5, que tramitou na Segunda Vara da Seção Judiciária Federal do Rio Grande do Norte) de roubo à mão armada de malotes dos correios, ocorrido em um dos Municípios do Estado do Rio Grande do Norte. Antes, os agentes roubaram, também armados, o carro de uma estudante de Direito, a fim de utilizá-lo, no dia seguinte, em outro crime. Na oportunidade, a estudante, ao ter o seu carro roubado, foi levada pelos agentes, somente sendo liberada em local ermo, tendo ocorrido, inclusive, tentativa de estupro, que não se consumou devido à intervenção de um dos envolvidos na empresa criminosa, por não concordar com aquele tipo de crime. Pois bem, como os rumores na cidade eram de que a estudante havia sido estuprada – a vítima era muito conhecida na cidade e filha de pessoas da alta sociedade nortero-grandense –, ao ser ouvida como declarante, ela lamentou o fato de os interrogatórios dos acusados não terem sido acompanhados pela sociedade, a fim de desfazer a *verdade* que ficou consolidada, devido à repercussão na imprensa da *falsa notícia* de que vítima havia sido violentada sexualmente, situação que a deixou muito desconfortável, sendo alvo da maledicência humana, a ponto de surgir o boato de que teria contraído AIDS.

A bem da verdade, a ressalva constitucional quanto à publicidade, de forma a restringi-la apenas às partes envolvidas no processo, feita ante a consideração de que, às mais das vezes, ela pode acarretar às pessoas envolvidas sérios prejuízos pessoais, familiares e sociais (sensacionalismo, convulsão social etc.), está vazada com suporte em dois conceitos polissêmicos – *defesa da intimidade* e preservação do *interesse social* –, de modo que a questão deve ser analisada, como só é de ocorrer em casos tais, de forma aprofundada, na situação concreta.

Ademais, observe-se que a garantia da publicidade dos atos processuais está repetida no art. 93, IX, da Constituição, na parte em que são estabelecidas regras específicas para a magistratura. Em sua redação originária, o dispositivo em foco dispunha que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. De forma mais enfática, no intuito de indicar que o juiz, ao determinar o segredo de justiça a fim de restringir a publicidade, deve fazer uma ponderação de valores com o direito da sociedade à informação, na reforma do Judiciário introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a norma em estudo sofreu alteração em sua dicção normativa, para acrescentar, em sua parte final, que essa medida excepcional somente deve ser adotada “... em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” Aqui o constituinte derivado, peremptoriamente, sinaliza que o juiz, ao fazer a ponderação de valores entre a *preservação do direito à intimidade com o sigilo e o interesse público* à informação, deve privilegiar este, quando ele *for efetivo* e consistente e puder, por isso mesmo, ser prejudicado com a restrição da publicidade.

Malgrado o que vem de ser dito, há flagrante desapareço ao princípio da publicidade. Tome-se, por exemplo, o disposto no então art. 3º, § 3º, da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. O dispositivo em foco, para fins de preservação do sigilo constitucional, deixava claro que, em casos de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, finalizada a diligência, o auto respectivo, assim como os documentos a ele anexados, deveriam ser

conservados fora dos autos do processo, em lugar seguro, ou, em outras palavras, em *local secreto*¹³²¹. Em verdade, o legislador ordinário criou a figura dos *autos* secretos, o que não se compadece com o princípio da publicidade que, quando muito, nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, poderá ser, apenas, restringido¹³²².

Em que pese a previsão normativa em destaque dividisse o processo em duas partes (uma pública e outra secreta), a lei ainda impedia que o advogado do acusado retirasse os *autos secretos* do cartório, uma vez que somente permitia que deles tivesse vista no local estabelecido para a sua guarda e, ainda assim, na presença do juiz. Ou seja, o advogado não podia, sequer, retirar cópias dos autos para fins de elaboração da defesa de seu cliente. Como se vê, essa restrição da publicidade chegava ao ponto de criar embaraço ao exercício da ampla defesa¹³²³.

No caso conhecido como Operação *Hurricane*, o Ministro do STF CEZAR PELUSO adotou a então regra da Lei 9.034, de 1995. Todavia, logo após insistentes reclamações legítimas da OAB, o Ministro permitiu que os advogados extraíssem cópias dos autos, sob o compromisso de manter o conteúdo em sigilo¹³²⁴. A famigerada lei, no entanto, em boa hora, foi revogada pela Lei nº 12.850, de 2013.

O mesmo não se diga, porém, em relação à forma pretraçada pelo legislador ordinário para o julgamento pelo tribunal do júri, por meio da previsão da reunião em *sala especial* apenas do escrivão, de dois oficiais de justiça, bem como do Ministério Público, do assistente, se houver, do defensor do acusado e do juiz, tal como plasmado no art. 485, caput, do Código de Processo Penal. Essa forma de julgamento se amolda ao princípio do sigilo das votações previsto na Constituição. Longe de afrontar o princípio da publicidade, serve para fornecer os meios necessários para manter a imparcialidade dos jurados e a soberania dos veredictos, que se incluem dentre as cláusulas reitoras dessa espécie de processo. Não foi por outro motivo que foram anulados os julgamentos feitos pelo tribunal do júri, em que o juiz, a pretexto de aplicar o princípio da publicidade, determinou que, conquanto assegurado o sigilo, os votos dos jurados fossem colhidos em plenário, sem que providenciado o recolhimento à sala especial¹³²⁵.

¹³²¹ Em artigo publicado sobre o assunto, indagamos que lugar seguro seria esse, posto que, para fins de conservação dos elementos de prova do processo, segundo a norma em referência, não poderia haver a intervenção de cartório ou servidor (Crime organizado: a nova lei. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo: Editora Jurid Vellenich Ltda., p. 32).

¹³²² Sobre a questão, no artigo publicado sobre a Lei nº 9.034, de 1995, afirmamos: “Evidentemente que, mesmo para a preservação do sigilo, o melhor seria que o auto de diligência e a respectiva documentação ficassem anexados ao processo, passando a tramitar em segredo de justiça, limitando a publicidade apenas às partes legítimas da causa, como o permite a Constituição. Aliás, em processos em que a esfera maior da intimidade da pessoa está em franca discussão, como é o caso de processos de separação judicial por questões de ordem sexual, todas as provas estão concentradas nos autos, impondo-se, apenas, a restrição quanto à publicidade (Ibid.). Até porque, da forma como tratado na lei, cria-se um procedimento secreto, o que é abominável nos tempos de hoje, parecendo ideia de antanho. O processo, nesses casos, teria duas partes: uma pública e outra secreta. Acrescente-se, nesse particular, que a norma é inconstitucional, pois a restrição à publicidade dos atos processuais, preconizada como exceção na Constituição, não chega ao exagero com que laborou o legislador, mas apenas aos contornos então disciplinados a respeito dos processos que tramitam em segredo de justiça” (Ibid., p. 33).

¹³²³ Com a mesma incongruência, preceituava-se, no § 5º do art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, que, “Em caso de recurso, o auto de diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado para o juízo competente para a revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça”.

¹³²⁴ Ainda no mesmo dia, em que houve a autorização do acesso a documentos dos autos, começou a circular notícias em Brasília, de que um advogado havia negociado as cópias das quais teve acesso sob a promessa de manutenção do sigilo. De fato, no dia seguinte, um dos jornais divulgou, de forma indevida, o conteúdo de parte das gravações, em alguns delas com insinuações, sem a menor consistência, do envolvimento no episódio de Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Esse vazamento para a imprensa causou tremendo mal-estar entre as instituições, tendo o Ministro Cezar Peluso, corretamente, determinado a instauração de inquérito policial para apurar o seu responsável. De toda sorte, como bem disse o Ministro Carlos Britto, em uma das sessões do STF transmitida pela Tv Justiça, não se deve “coibir o uso devido o abuso”.

¹³²⁵ Sobre o tema, eis decisão unânime da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Recurso Extraordinário 140975/RJ, em acórdão relatado pelo Ministro PAULO BROSSARD: “TRIBUNAL DO JÚRI. Sigilo das votações (art. 5º, XXXVIII, CF) e publicidade dos julgamentos (art. 93, IX, CF). Conflito aparente de normas. Distinção entre julgamento do Tribunal do Júri e decisão do Conselho de Jurados. Manutenção pelo sistema constitucional vigente do sigilo das votações, através de disposição específica. DEFENSOR PÚBLICO. Intimação pessoal (Lei 7.871/89). Aplicação restrita às instâncias ordinárias. AGRAVO REGIMENTAL. Interposição por meio de fac-símile (fax). Impossibilidade ante a ausência de autenticidade exigida pela norma processual (art. 374 do CPC)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 23/06/1992. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 29 set. 2005.

A despeito dessa consideração, tenha-se presente que o princípio da publicidade não pode ser confundido com a exigência de que a decisão seja feita na presença das partes ou às portas abertas, sob o olhar e a vigilância de quantos tenham o interesse em estar presente. Veja-se o que ocorre com os julgamentos monocráticos, elaborados pelo juiz togado. Este, ao proferir a decisão interlocutória ou a sentença, salvo quando o faz na própria audiência – o que ainda é raro em nosso meio –, trabalha sozinho, em seu gabinete. A publicidade é cumprida com a entrega da decisão ou sentença em cartório, quando, aí sim, todos podem ter o pleno acesso aos fundamentos utilizados para a sua conclusão a respeito do assunto por ele dirimido. Do mesmo modo, a despeito de a votação ser dada na sala secreta e lá ser elaborada a sentença pelo juiz togado – que é quem, afinal, dá forma ao que foi decidido pelo corpo de jurados e faz, se for o caso, a dosagem da pena –, tem-se por cumprida a cláusula da publicidade com a leitura da sentença em plenário. Aliás, no caso da votação pelos jurados, feita na sala secreta, há mais publicidade do que nos casos em que a sentença é monocrática, pois, como se percebe, naquela, ao contrário do que ocorre nesta, acompanhando a decisão estão presentes na sala, além das outras pessoas mencionadas, as duas partes do processo, ou seja, o Ministério Público e o defensor do acusado.

Sob outro prisma, cabe agregar que, sem embargo de outras considerações, a decantada *lei da mordaza*, com a qual se tem a pretensão de impor restrições aos pronunciamentos de juízes, representantes do Ministério Público e delegados de polícia sobre inquéritos ou processos em andamento, pode ser considerada inconstitucional, diante de sua inadequação em relação ao princípio da publicidade. Deve-se ter em mente que eventuais excessos devem ser coibidos, pois muitas manifestações feitas na imprensa são precipitadas, exorbitam do dever de prestar as informações devidas ao público em geral e expõem, desnecessariamente, as pessoas envolvidas, muitas vezes comprometendo, severa e irreversivelmente, os envolvidos. Porém, no instante em que se torne defesa aos juízes e aos membros do Ministério Público a possibilidade de prestar informações sobre o processo, parece evidente que se tem por comprometido o princípio da publicidade, que, em uma de suas vertentes, tem o condão de permitir à sociedade o patrulhamento e acompanhamento de assunto do interesse da sociedade, que, em visão mais alentada, se constitui a vítima, ainda que indireta, do delito. Esse entendimento ganha fôlego com a nova redação emprestada ao art. 93, IX, da Constituição, ao realçar que o segredo de justiça, para fins de preservação do direito à intimidade da parte, não deve ser observado quando tal *prejudique o interesse público à informação*. Não se pode esquecer que, ao lado do princípio da publicidade, há o direito de acesso à informação, catalogado como direito fundamental, o qual assegura a todos o direito a receber dos órgãos públicos, aí incluídos os órgãos jurisdicionais, informações de seu interesse particular, ou de *interesse coletivo ou geral*. (art. 5º, XXXIII, da Constituição)¹³²⁶.

Assim, de regra, o processo judicial é público, o que importa no dever dos magistrados e membros do Ministério Público, quando solicitados, de prestarem as informações sobre o andamento de inquéritos ou processos e, mesmo quando o segredo seja indispensável para a preservação da intimidade da parte, deve-se dar prevalência ao direito fundamental da sociedade à informação, nos casos em que essa medida for necessária para que não se *prejudique esse interesse público*.

Aqui e ali, ainda se sustenta que o magistrado, mercê do princípio da imparcialidade, nos termos da Lei Orgânica da Magistratura, não pode dar informações sobre inquéritos ou processos em andamento. Todavia, o que a lei veda é o fornecimento de *opinião*, ou, em outras palavras, o *prejulgamento*, mas não que o juiz dê as devidas informações sobre o andamento dos inquéritos e processos e mesmo, quando já tiver a sua decisão, preste os esclarecimentos pertinentes a respeito¹³²⁷.

Para todos os efeitos, o Poder Judiciário é um órgão político — na mais verdadeira acepção grega da palavra —, assim como o Legislativo e o Executivo, de modo que o juiz não exerce um *poder* que seja seu, até porque o magistrado é um *representante* da sociedade. Assim, mais do que

¹³²⁶ O art. 5º, XXXIII, da Constituição tem a seguinte redação: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

¹³²⁷ A esse respeito, note-se que o art. 36, III, da LOMAN é bastante claro ao estabelecer: “é vedado ao magistrado manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentença, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

um poder, o fornecimento de informação pelo juiz é um dever, um corolário lógico de todo e qualquer sistema democrático.

De qualquer sorte, esse entendimento aqui sustentado não confere guarida a que se identifique vício de inconstitucionalidade no art. 1º, § 6º, da Lei nº 12,694, de 24 de julho de 2012, que, em relação às decisões proferidas por colegiado criado em primeiro grau para evitar a *personalização* ou *personificação* do magistrado competente, quando há risco a sua integridade física, conquanto determine que sejam devidamente fundamentas e assinadas por todos os integrantes, explica que “... serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro.” Note-se que a Lei em referência foi editada com a finalidade de disciplinar estratégia para fins de proteção aos juízes colocados em situação de risco, não sendo razoável, nesse caso, que eventual voto divergente seja conhecido.

Esse modelo adotado pelo Brasil, por outro lado, se afasta, significativamente, da figura do *juiz sem rosto*, experimentado por outros países, como a Colômbia. Da forma como redigida a norma, na decisão do colegiado deve constar os nomes dos 3 (três) magistrados que integram o colegiado, no entanto, será publicada como se o entendimento tivesse sido unânime, independentemente de ser deferindo ou negado o pleito, e seja favorável, ou não, ao preso, indiciado, acusado ou condenado.

9.1.5.1 – Informatização do processo e direito de acesso à informação

A fim de implementar a cláusula do acesso à justiça e conferir mais agilidade ao processo, foi promulgada a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006¹³²⁸, que dispõe sobre a informatização do processo judicial¹³²⁹. Como se não bastasse a informatização do processo propiciar a comodidade de os interessados credenciados poderem encaminhar as suas petições e ter a consulta dos autos sem a necessidade de deslocamento até o fórum, agregue-se que esse sistema contribui para permitir mais informações sobre os processos judiciais, na medida em que irá franquear, não apenas aos interessados diretos envolvidos na disputa, mas à sociedade em si, o acesso a informações pela via eletrônica. Isso representa, em verdade, acesso 24 horas, à distância e de qualquer lugar, ao Poder Judiciário em relação aos processos em tramitação, salvo quanto aos que se encontrem com trâmite em segredo de justiça. Os interessados, a qualquer hora e dia, mesmo fora do expediente forense e em feriados, independentemente do lugar onde estejam, poderão consultar os processos que desejar, desde que tenha conexão à rede mundial de computadores.

Outra vantagem sobremaneira importante da informatização é quanto ao acesso aos documentos dos autos. Pela via eletrônica, o interessado pode solicitar as certidões que desejar, sem a necessidade de ir até o fórum¹³³⁰, assim como pode imprimir os documentos que forem do seu interesse, em qualquer dia ou hora e sem sair do escritório ou de casa. O mesmo se diga em relação à documentação das audiências. No sistema tradicional, o juiz ouve as pessoas e, por meio de ditado, determina a sua redução a termo, mediante a digitação do documento pelo servidor. Com a informatização, a audiência pode ser documentada por meio audiovisual, ficando o áudio e o som do depoimento disponível nos autos eletrônicos, sem a necessidade de sua ulterior gravação, mesmo que haja recurso. Essa é a inteligência do § 2º do art. 417 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao Processo Penal¹³³¹.

¹³²⁸ A Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) apresentou, em 2001, à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados – CLP, sugestão de projeto de lei disciplinando o desenvolvimento do processo eletrônico. Transformada a sugestão da entidade no projeto de lei 5.828/2001, restou aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, a Lei nº 11.419, de 2006.

¹³²⁹ Sobre o processo judicial eletrônico, cf. AZEVEDO, Alba Paulo de. *Processo penal eletrônico e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2012. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Informatização do processo*. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.) *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 9-11. O Conselho Nacional de Justiça criou e disponibilizou para todos os tribunais do país o Processo Judicial Eletrônico – PJe, que está sendo implantado nos âmbitos das justiças federal, estadual e do trabalho. O PJe na área criminal ainda não está pronto.

¹³³⁰ Alguns órgãos jurisdicionais já disponibilizam esse serviço.

¹³³¹ O art. 417, do CPC, após dizer, no seu § 1º, que registrado o depoimento por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, no caso de recurso, ele deverá ser passado para a versão datilografada, esclarece, no § 2º que, “Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei”. O § 2º do referido dispositivo, que é o que interessa para o momento, expõe que “Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado

Nada obstante, para espancar qualquer dúvida quanto à desnecessidade de gravação, o § 2º do art. 405 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, deixou consignado que, “No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição”. Assim, na seara criminal, não há necessidade, sequer, que se trate de processo total ou parcialmente eletrônico, bastando, para que seja desnecessária a gravação, que tenha sido colhido tanto o áudio quanto as imagens do depoimento., o que é perfeitamente compatível com a tecnologia eletrônica disponível no mercado.

Não fosse a circunstância de a gravação sem a necessidade da transcrição do depoimento representar economia do tempo de audiência e de trabalho pelo servidor, essa prática é salutar, pois permite que se tenha a exata compreensão do contexto em que foram dadas as respostas pela pessoa inquirida, o que confere maior transparência e segurança à prestação jurisdicional, especialmente para o reexame, por via do recurso, dos aspectos factuais esclarecidos pela prova colhida por meio de depoimento¹³³².

Na mesma passada, por meio de alterações promovidas pela Lei nº 11.900, de 2009, restou disciplinado pelo Código de Processo Penal a videoconferência para a realização de atos processuais à distância, tanto em relação aos interrogatórios quanto aos depoimentos das testemunhas, o que vem sendo realizado com frequência, sem maiores custos, pelos juízes¹³³³.

Diante do receio de alguns juízes criminais¹³³⁴ em adotar essa regra e mesmo a resistência de determinados tribunais em acompanhar essa evolução normativa de fundamental importância para a simplificação e agilização do processo criminal, indispensável para o aprimoramento da prestação jurisdicional e o cumprimento da cláusula da duração razoável do processo, o Conselho Nacional de Justiça, ao elaborar o Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução penal, aprovou a Resolução nº 105, de 6 de abril de 2010¹³³⁵, deixando expresso, no caput do art. 2º, que “Os depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição”, de modo que “O magistrado, quando for de sua preferência pessoal, poderá determinar que os servidores que estão afetos a seu gabinete ou secretaria procedam à gravação, observando, nesse caso, as recomendações médicas quanto à prestação desse serviço”. (Parágrafo único do art. 2º da Resolução, 105, de 2010).

Por fim, note-se que a Constituição de 1988 inovou ao inserir, dentre os direitos fundamentais, o direito de acesso à informação, vazado nos seguintes termos: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou informações de interesse coletivo ou geral que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, inciso XXXIII)¹³³⁶.

O direito de acesso à informação, ao lado do princípio da publicidade, aplicável a todo e qualquer tipo de serviço público, permite dizer que os dados, registros e informações de posse do órgão público, seja do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, na essência, não são do Estado, que é apenas a representação do cidadão. Na verdade, as informações armazenadas pelos órgãos

digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes”. Por conseguinte, a ressalva do 1º do art. 417 do CPC não se aplica, na hipótese em que a gravação é feita em processo total ou parcialmente eletrônico, pois, nesse caso, a disciplina pertinente é aquela alvitada pelo § 2º do art. 169 do mesmo Diploma Legal.

¹³³² Ademais, essa modalidade de documentação da audiência se harmoniza com o novo texto do art. 212 do CPP (determinada pela Lei nº 11.690, de 2008), que revogou o sistema presidencial, no qual as perguntas do Ministério Público e do advogado eram feitas ao juiz para que ele reperguntasse à testemunha, e passou a adotar o *cross-examination*, em que as perguntas são feitas diretamente pelas partes.

¹³³³ A Resolução 105, de 2010, do CNJ também disciplinou a videoconferência, traduzindo, normativamente, as orientações a respeito traçadas no Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal. Sobre a videoconferência, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 163-167 e 251-254.

¹³³⁴ Foram instaurados contra alguns juízes Procedimento Administrativo Disciplinar pelo tribunal ao qual vinculado pelo fato de não promover, em razão de determinação de desembargador, a gravação de depoimentos. O Conselho Nacional de Justiça, no julgamento do Pedido de Providências nº 5129-64.2010.2.0.0000, determinou a suspensão de procedimento instaurado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, considerando esse ato arbitrário e dissonante aos preceitos da Resolução 105, de 2010.

¹³³⁵ Na qualidade de conselheiro do CNJ, coordenamos os trabalhos referente ao Plano de Gestão das Varas Criminais e de Execução Penal e fomos o relator da Resolução 105, de 2010.

¹³³⁶ Sobre o direito de acesso à informação, estampado no art. 5º, XXXIII, da Constituição, cf. SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da Silva da. Direito de acesso à informação. In: RDE Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar. V. 9, p. 149-172, 2008.

públicos não pertencem ao Estado, mas sim aos próprios cidadãos, que são os verdadeiros detentores do poder político.

Sendo os cidadãos os titulares do poder político, o agente público deve dar a mais ampla divulgação de seus atos, a fim de que possa haver o seu efetivo controle. Até porque os princípios da *transparência* e da ampla *divulgação* impõem aos órgãos públicos o dever de estabelecer mecanismos eficientes de divulgação de seus atos, de modo que as informações sejam disponibilizadas ao público em geral.

O que se quer dizer é que o direito fundamental do acesso à informação, a um só tempo, impõe o *dever de assegurar o acesso e o dever de franqueá-lo*, com a disponibilização das informações. Uma coisa é fornecer, em razão de requerimento, informações que não estão acessíveis, outra é ser obrigado, independentemente de pedido, a disponibilizar a informação, de modo a possibilitar o pleno conhecimento pelo interessado.

A informatização do processo se reveste do mecanismo mais eficiente para dar publicidade à prestação da atividade jurisdicional, a fim de torná-lo mais transparente e conhecido, assim como para permitir o efetivo acesso aos seus dados e informações.

Mas resta indagar: De conformidade com a cláusula constitucional da publicidade dos atos processuais, encartada no art. 5º, LX, todos os processos judiciais devem ser públicos no sentido de que qualquer pessoa do povo dever ter a possibilidade de acesso aos autos disponibilizados na rede mundial de computadores? Ou essa ampla publicidade, quanto ao conhecimento do inteiro teor dos autos pela internet é restrita às pessoas diretamente interessadas?

Deve-se ter em consideração que, em consonância com as democracias modernas, a Constituição de 1988, ao romper com o paradigma do Estado ditatorial, de forma sobremaneira clara e incisiva, esboçou um modelo de Estado que homenageia, com esteio na cláusula da cidadania participativa, o direito de acesso à informação. Note-se que, conquanto historicamente, desde a Carta Imperial, em nosso sistema constitucional sempre tenha sido assegurado o direito à informação, com a contemplação dos direitos de *petição e da liberdade de imprensa*, a Constituição em vigor trouxe um novo cenário para o tema.

Além de manter em seu texto o *direito de petição e a liberdade de imprensa*, o constituinte, na linha do perfil democrático do Estado desenhado na Carta de 1988, a par de assegurar o direito ao habeas data, conferiu guarida aos *princípios da publicidade dos atos processuais e da administração pública e assegurou a todos o direito fundamental ao acesso a informações de caráter particular, de interesse coletivo ou geral*.

Certamente essa, digamos, prodigalidade do constituinte decorreu do fato de, no regime democrático, o direito de acesso à informação manifestar-se como instrumento indispensável para a transparência da gestão pública ou privada de interesses alheios, possibilitando, assim, que haja maior fiscalização sobre os atos e seja exercida a cidadania. Por outro lado, esse direito fundamental é corolário lógico do direito de acesso à justiça, pois, para defender os seus interesses, é necessário que deles a pessoa seja bem informada.

Tendo em consideração essas premissas, a Constituição de 1988, de forma cogente, privilegia o direito de acesso à informação (art. 93, IX), ao acarretar, para quem detém os dados informativos, o *dever de assegurar o acesso* – quando isso lhe for solicitado – e o *dever de franquear o acesso* – com a disponibilização das informações para eventuais interessados, independentemente da demonstração de interesse da parte requerente.

Evidencie-se que, em regime autoritário, a regra é o segredo e os documentos e dados armazenados pelo Estado se apresentam como pertencentes ao governo, de modo que o acesso do público às informações neles contidas é sobremaneira restrita. Nos Estados alinhados ao perfil democrático, ocorre exatamente o contrário, uma vez que a cláusula-comando é da *máxima publicidade*. Ademais, a ampla publicidade dos atos processuais, estreme de dúvidas, tem o condão de conferir mais legitimidade à função jurisdicional.

A despeito da possibilidade de a publicidade ser *restringida* quando a *defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*, a *máxima publicidade* dos atos dos órgãos públicos – Executivo, Legislativo e Judiciário – repita-se, é uma decorrência natural do sistema democrático moderno, que não se coaduna com a cultura do segredo governamental. A nova era democrática, pautada pela *mundialização* das relações governamentais e interpessoais, tem a rede mundial de comunicação eletrônica como instrumento

fundamental para a sedimentação da *transparência* e materialização do postulado da cidadania participativa.

A leitura da cláusula da publicidade dos atos processuais, acompanhada da compreensão da publicidade como princípio orientador da administração pública (art. 37, caput, da Constituição) e do direito de acesso à informação (art. 5, XXXIII, da Constituição), leva à conclusão de que, em verdade, os dados, *registros e informações* de posse do agente público, ou melhor, do serviço estatal ou judicante, não pertencem ao Estado nem muito menos, no caso do processo, ao juiz ou às partes, mas à sociedade em si, que tem o direito de ser informada do que é objeto desse tipo de serviço público.

Até porque, sendo os cidadãos os titulares do poder político, o agente público deve dar a mais ampla divulgação dos dados sob a sua gestão, a fim de que a sociedade possa *controlar* e ter *conhecimento* do funcionamento dos órgãos. Compete, assim, à administração pública do Executivo, do Legislativo e do Judiciário estabelecer mecanismos eficientes de divulgação de seus atos, de modo que as informações referentes ao seu serviço sejam disponibilizadas ao público em geral.

Assim, de regra, o processo judicial, que é a forma de desenvolvimento do serviço jurisdicional, deve ser público, daí por que o fornecimento de informação processual é um *dever*, um corolário lógico de todo e qualquer sistema republicano e democrático.

De qualquer sorte, há de fazer-se uma distinção importante, qual seja, entre a publicidade como forma de acesso ao inteiro teor do processo pelos interessados diretos e a publicidade como dever de informação do serviço jurisdicional.

O dever de informar e disponibilizar os dados sobre o número de processos, a sua tramitação atualizada, o tempo médio de duração, a quantidade de ações distribuídas, sentenças proferidas e processos arquivados, assim como de quantos feitos estão pendentes de julgamento etc. é uma das dimensões do princípio da publicidade dos atos processuais.

Disponibilizar os dados em si dos processos, como o teor da ação, da defesa, enfim, de todos os documentos do processo, é outra das dimensões do princípio em referência.

A primeira dimensão diz respeito à publicidade dos *dados (objetivos) básicos* dos processos, na qualidade de dever de prestar contas da atuação jurisdicional, enquanto a segunda aos dados subjetivos dos processos, como garantia de acesso ao conteúdo dos autos.

Parece claro que se apresenta razoável fazer a distinção entre essas duas dimensões do princípio da publicidade, tendo em conta os seus destinatários e o interesse a ser protegido mediante o reconhecimento do direito de acesso à informação dos atos do processo.

Com isso se quer dizer que, tendo em conta essas duas dimensões do princípio da publicidade, *objetiva e subjetiva*, devem ser estabelecidos níveis de acesso às informações dos processos, por meio da previsão de *perfis específicos*, conforme o usuário do sistema.

Como dever geral de prestar informações sobre a atuação jurisdicional, o princípio da publicidade resta protegido e atendido com a disponibilização, pelo órgão jurisdicional dos *dados básicos* de todos os processos em tramitação e arquivados. Ou seja, em rigor, ao público em geral deve ser garantido o acesso a informações que dizem respeito aos dados estatísticos e outras informações que contribuem para se aquilatar a eficiência, ou não, do desempenho da atividade jurisdicional, como se deu a tramitação e quais as decisões dadas no processo.

A outra dimensão do princípio da publicidade, que corresponde à divulgação dos dados subjetivos, isto é, à disponibilização do inteiro teor do processo, tem pertinência, de regra, aos sujeitos, principais e secundários (alguns deles, é verdade) do processo. Assim, para todos os efeitos, a inteireza do conteúdo do processo deve ser assegurada, tendo em conta o princípio da publicidade, ao juiz, às partes e aos servidores do órgão jurisdicional¹³³⁷.

Essa distinção entre um tipo e outro de publicidade, tendo em conta o perfil do usuário do sistema de informação processual há de ser levada em consideração, notadamente, quando a falta dessa atenção puder resultar em prejuízo para uma das partes.

Por outro lado, não se pode desconhecer que a publicidade de todos os dados de um processo criminal, mesmo não sendo hipótese de afronta à cláusula constitucional da presunção de não

¹³³⁷ Mesmo entre esses sujeitos do processo, também se impõe reconhecer que há diferença de nível de acesso entre eles, pois, para todos os efeitos, a amplitude de acesso do juiz é uma, a dos servidores outra, que por sua vez difere da que há de ser conferida às partes. Exemplificando, o juiz, ao proferir a sentença, coloca essa informação no sistema, que fica disponível aos servidores, porém, somente passa para o acesso das partes, após a efetiva publicação desse ato processual, providenciada pela secretaria do juízo.

culpabilidade, é medida que prejudica, sobremaneira, o processo de reinserção social do condenado¹³³⁸. Em realidade, o dever de informação processual como forma de possibilitar o *controle da atuação jurisdicional* não se confunde com, ou não pode ser, instrumento para o *controle sobre a vida* das partes envolvidas nas demandas judiciais.

Por isso mesmo, o Conselho Nacional da Justiça, órgão central e estratégico do sistema judicial, definiu a política judiciária quanto à disponibilização de informações processuais por meio da rede mundial de computadores (*internet*), de modo a evitar a exposição de fatos, documentos e informações constantes dos processos que, além de comprometerem a intimidade das partes, podem trazer-lhes prejuízos indevidos de ordem pessoal, familiar, social e profissional. Cumprido com a missão de disciplinar o direito de acesso à informação plasmado no art. 5º, XXXIII, da Constituição, por meio da Resolução nº 121, de 5 de outubro de 2010¹³³⁹, a qual, ao dispor sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, fez a distinção entre (a) dados básicos do processo¹³⁴⁰, os quais devem estar disponíveis na internet a toda e qualquer pessoa, independentemente de requerimento, e o (b) inteiro teor dos autos, acessível apenas para os que integram a relação processual.

Para além da informatização do processo como forma de amplo acesso ao judiciário e maior publicidade, em decorrência das medidas de isolamento social necessárias para minimizar os efeitos da pandemia mundial provocada pela Covid-19, os tribunais passaram a adotar a realização dos atos processuais por meio da teleaudiência, que se trata de um *plus* em relação à videoconferência. Na teleaudiência, nenhum dos sujeitos do processo, principais (juiz e partes) ou secundários (servidores e testemunhas etc.) precisa estar fisicamente na sede do Judiciário, ainda quando se trata de carta precatória.

Com a sistemática da teleaudiência, nos processos criminais, independentemente de o acusado estar preso ou não e as testemunhas passaram a prestar os seus depoimentos de suas próprias residências, mediante o acesso da plataforma disponibilizada para a realização da audiência. O mesmo se aplicando em relação aos membros do Ministério Público e aos advogados, públicos e privados. Os atos processuais foram realizados com pleno sucesso, apresentando significativas vantagens em relação ao modelo tradicional.

Muitos juízes pretendem, mesmo após o período de isolamento social imposto pela pandemia da Covid-19, manter a realização de audiências no formato de teleaudiência, ainda que apenas para alguns dos sujeitos do processo, evitando, por exemplo, que a testemunha tenha de se deslocar de sua residência até a sede do fórum, a fim de ser inquirida.

9.1.5.2 – Dever de motivação das decisões judiciais

Como decorrência lógica do princípio da publicidade, há a necessidade de que as decisões judiciais sejam, sempre, devidamente motivadas, exigência que, embora dispensável, encontra-se inserta no art. 93, IX, da Constituição. Na primeira parte da norma constitucional em exame está dito que todos os *juízos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*¹³⁴¹. Com isso, se quer dizer que a publicidade dos pronunciamentos judiciais não se tem por cumprida apenas com a cientificação desse tipo de ato judicial às partes, com a possibilidade de acesso por todas as pessoas interessadas. Exige-se que a exposição dos motivos que levaram o juiz a decidir de uma determinada forma seja de pleno acesso. Com efeito, é consectário natural da publicidade que as decisões judiciais, para tornarem-se do efetivo

¹³³⁸ Note-se, aliás, que o próprio Conselho Nacional de Justiça, mediante o programa *Começar de Novo*, tem procurado desconstruir o preconceito social contra os presos ou egressos. Há uma flagrante restrição do mercado de trabalho para essas pessoas, o que dificulta, se não impossibilita mesmo, a efetividade do processo de ressocialização.

¹³³⁹ O autor deste livro foi o relator da Resolução 121, de 2010, do CNJ, que é anterior à edição da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, de modo que o direito de acesso à informação quanto aos processos judiciais foi tratado pelo órgão estratégico do Poder Judiciário antes da iniciativa do legislador ordinário.

¹³⁴⁰ Os dados básicos do processo, consoante o art. 2º da Resolução 121, de 2010, do CNJ, são: (i) número, classe e assuntos do processo; (ii) nome das partes e de seus advogados; (iii) movimentação processual; (iv) inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos; e (v) mandados de prisão registrados no Banco Nacional de Mandados de Prisão – BNMP.

¹³⁴¹ Os princípios da publicidade do processo e da motivação das decisões possuem justificação política, que é a *legitimação da função jurisdicional*.

conhecimento dos interessados e do público em geral, sejam regidamente motivadas. A fundamentação das decisões torna efetiva a publicidade do processo no que se refere a essa espécie de ato, além de ser indispensável para a preservação do princípio da ampla defesa, uma vez que, sem a exposição dos fundamentos que conduziram o juiz a se pronunciar em um determinado sentido, resta comprometida a possibilidade de sua impugnação por meio da interposição do recurso cabível.

Ademais, toda e qualquer decisão resulta de um pensamento que contém uma delicada operação lógica, a merecer explicação por escrito, para ser possível o efetivo controle no pertinente ao acerto ou desacerto da conclusão nela inserta. Essa assertiva, em rigor, se aplica ao ato judicial com o qual se dá o recebimento da ação penal pelo juiz, pois se insere na categoria de decisão interlocutória. De fato, o juiz, ao analisar a petição inicial, examina não apenas o cumprimento dos pressupostos processuais – legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido, incluindo-se, a justa causa, que se traduz no binômio prova da existência do crime e indícios de autoria. Por isso mesmo, há divergência, na doutrina, quanto à necessidade de fundamentação da decisão que recebe a denúncia. Porém o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm manifestado posicionamento no sentido de que não há necessidade de fundamentação (STF, 2ª T., HC j. 28.11.95, RTJ 160/299 e STJ, 5ª T., HC j. 16.12.97, RT 753/554), salvo quando o procedimento prevê, antes do pronunciamento do juiz, a notificação do acusado para, querendo, impugnar o recebimento, hipótese em que a decisão tem de ser motivada. Essa posição, conquanto se reconheça que seja ditada mais pelo pragmatismo, não se mostra correta. O Código de Processo Penal, em razão da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, que faz parte da reforma criminal, passou a tratar do assunto no art. 396, caput. O referido dispositivo, quanto à decisão de recebimento da denúncia, não traz nenhuma modificação de substância em relação à antiga redação do art. 394 do CPP, ao estabelecer que “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação...”¹³⁴².

Como exceção a esse princípio da motivação das *decisões* judiciais, constam os pronunciamentos dos membros do conselho de sentença, nos julgamentos levados a efeito pelo tribunal do júri. A peculiaridade de o julgamento ser feito por leigos é justificativa para essa ressalva, que se complementa com a regra da soberania dos veredictos, catalogada na Constituição como princípio inerente ao devido processo legal imaginado para o *tribunal do júri*.

9.1.6 – A nulidade das provas obtidas por meio ilícito como consequência do devido processo legal.

Toda decisão judicial supõe, necessariamente, salvo em se tratando de questão puramente de direito, a determinação prévia da existência ou não de um fato, bem assim de suas circunstâncias. Cada um dos litigantes oferece ao juiz suas variantes sobre o fato objeto do processo, o que faz com que o julgador tenha de optar por uma das duas versões apresentadas (às vezes uma parte apresenta mais de uma) ou mesmo de construir uma terceira. Não é por outro motivo que a primeira preocupação do juiz, ao se debruçar para decidir um caso, principalmente aquele em que a prova é complexa – como é o caso dos processos criminais –, é quanto à descoberta da verdade fática, para só então se ocupar das consequências jurídicas daí decorrentes (aspectos legais)¹³⁴³. Segundo MITTERMAYER¹³⁴⁴, “... em toda sentença dada sobre a culpabilidade de um acusado há uma parte essencial que decide se foi cometido o delito, se o foi pelo acusado, e que circunstâncias de fato determinam a penalidade”, questões que somente são elucidadas por meio da produção das provas.

¹³⁴² A respeito desse assunto, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, 2. ed., p. 107-109 e 176-177.

¹³⁴³ No processo criminal, além de o juiz ter como missão precisar os elementos objetivos pertinentes ao fato criminoso e às suas circunstâncias, ele ainda tem de imiscuir-se nos elementos subjetivos da conduta, a fim de definir, em muitos casos, se a ação foi praticada com dolo ou a título de culpa. Sem embargo disso, conquanto em muitos casos seja fácil se perceber que a ação delituosa, por meio mesmo de dados objetivos, foi praticada com dolo, não raro, há dificuldade extrema em se definir qual era a verdadeira intenção do agente. Observe-se a distinção, sempre tormentosa, se o agente queria praticar lesão corporal ou o crime de homicídio, quando da agressão resulta a morte da vítima. Nesse caso, o meio empregado ou a forma e circunstâncias da ação criminosa, por si sós, não se prestam para elucidar a dúvida. Por isso mesmo, a prova no processo criminal é reputada como a sua espinha dorsal.

¹³⁴⁴ Apud DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Tradução de Érico Maciel. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 25.

Por isso mesmo, conforme ensina MALATESTA,¹³⁴⁵ “... o fim supremo do processo judicial penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva”.

Pode-se asseverar que a prova é o elo essencial entre um acontecimento jurídico e a realização da justiça, escopo fundamental do Direito. A norma jurídica, em sua essência, existe de modo latente, somente passando a fluir os seus mandamentos a partir da ocorrência de um fato jurígeno. Por conseguinte, para dizer o Direito é preciso, antes de tudo, ter presente o acontecimento social que impulsionou os efeitos plasmados na norma jurídica.

CARNELUTTI¹³⁴⁶, em estudo dedicado à teoria da prova, diz que

O juiz, com efeito, ao julgar, quer saber o que houve, além do presente, no passado da pessoa a quem se julga, e o que haverá em seu futuro: se cometeu ou não um certo delito e se uma certa pena valerá ou não aos fins da prevenção e da repressão. O juízo é, em definitivo, uma espécie de salto além, mas para saltar é necessário algo firme sob os pés. Este algo de firme é o presente, do qual se argüi aquele desconhecido passado ou futuro; a isto se faz referência quando se fala de provas.

Por outro lado, HAIRABEDIÁN¹³⁴⁷, no prólogo da obra *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, em citação de GUASP, arremata:

De otras instituciones podría decirse metafóricamente que son la médula, el cerebro o el corazón del derecho procesal, de la prueba habría que decir entonces, siguiendo la metáfora, que encierra su sistema respiratorio: un buen régimen de prueba es lo único, en efecto, que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda, con el conjunto de verdades que de un modo o otro han de ser recogidas por el proceso para que éste desempeñe eficazmente su misión.

A missão do juiz, no exame das provas, assemelha-se à do historiador. Assim como este, o juiz, para revelar a verdade, sob nomes diferentes, utiliza-se dos rastros, vestígios ou sinais deixados pelo acontecimento. Evidentemente que as coisas, fatos ou seres existentes ou que já existiram, em certo sentido, são únicos, sendo impossível a reprodução em idênticas condições de tempo, lugar e outras circunstâncias. De todo modo, podem ser repetíveis em condições às vezes idênticas às anteriores, exceto quanto às circunstâncias de tempo, ou, ainda, em condições quase idênticas ou com diferenças mínimas e não merecedoras de serem tomadas em consideração¹³⁴⁸.

Em crítica sobre o assunto, diz DELLEPIANE que a “... percepção é uma alucinação verdadeira” e que “... a história e, conseqüentemente os casos judiciais, são uma ficção, uma fantasia ou novelas verdadeiras, em cuja composição ou elaboração desempenha um grande papel a imaginação inventiva”¹³⁴⁹. Ele chega a afirmar que na história se cria uma ficção no sentido de corresponder a uma realidade concreta que se deu em determinadas condições de tempo e espaço, elaborada em consonância com as evidências (provas). A prova, assim, serve para que se tenha a imagem de um fato acontecido no passado.

Tendo em conta essas considerações, parece óbvio asseverar que o juiz não julga os fatos *in natura*, tal como eles se verificaram no mundo fenomênico, mas apenas a versão desses fatos¹³⁵⁰, de acordo com a prova carreada aos autos¹³⁵¹. Não seria despropositado, assim, arrematar que o magistrado, na verdade ontológica, não julga os fatos, mas o que se conseguiu deles reproduzir na instrução do processo, até porque o fato em si não é colocado dentro dos autos, mas apenas a sua representação operada por meio das provas. Não se deve perder de vista que a teoria da prova é um capítulo da lógica aplicada (parte da filosofia). Daí por que não pode – nem deve – ser estudada

¹³⁴⁵ MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: CONAN editora Ltda., 1995. v. 2. p. 88.

¹³⁴⁶ *Das provas no processo penal*. Tradução Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005. p. 13-14.

¹³⁴⁷ *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2000.

¹³⁴⁸ DELLEPIANE. Op. cit., p. 29.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, p. 34.

¹³⁵⁰ A história contada nos livros, de igual forma, não contém os fatos *in natura*, trata-se apenas da versão a respeito dos acontecimentos. Daí por que tanto mais verossímil é o livro de história quanto mais robustas forem as *evidências*, ou seja, as provas de que o que se está dizendo corresponde à realidade dos fatos.

¹³⁵¹ A história contada nos livros, de igual forma, não contém os fatos *in natura*, trata-se apenas da versão a respeito dos acontecimentos. Daí por que tanto mais verossímil é o livro de história quanto mais robustas forem as *evidências*, ou seja, as provas de que o que se está dizendo corresponde à realidade dos fatos.

apenas no seu aspecto jurídico e exegético. A prova é uma confrontação ou verificação da verdade, que deve ser desenvolvida mediante um processo lógico e, ainda que se faça o exame isolado de cada uma de suas espécies, é preciso, antes ou depois do estudo, uma avaliação conjunta sobre a prova em geral, formando o que se chama *prova composta*.

Diante do papel relevante assumido pela prova – notadamente no processo penal –, nos Estados Unidos, diz-se que, como decorrência lógica do *due process of law*, as partes possuem o *right to evidence*¹³⁵². ADA PELLEGRINI, SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES¹³⁵³ informam que a Corte Constitucional italiana tem entendimento de que se erige à categoria de restrição do direito de defesa a limitação quanto à produção da prova, ao passo que, na Alemanha, tem-se posição no sentido de que o direito à prova vai além da mera garantia da faculdade de produzi-la, pois alcança o direito de vê-la admitida. O que se quer dizer é que de nada vale assegurar o acesso à justiça como forma de possibilitar-se a defesa dos direitos, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, de utilizar os meios de prova necessários a comprovar, perante o juiz, as alegações feitas por meio da petição¹³⁵⁴. Isso porque, nos termos da doutrina sustentada por ADA PELLEGRINI, SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES¹³⁵⁵, no quadro do contraditório, a defesa não pode ser concebida apenas no seu sentido negativo – *como oposição ou resistência* –, porém igualmente no seu aspecto positivo, pertinente ao direito à prova em um tipo de relação processual cuja investigação probatória é o momento central, razão pela qual é correto afirmar-se que “O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se apresentar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas”¹³⁵⁶.

Em verdade, conquanto a produção da prova seja um *direito* para defesa, para o Ministério Público ela assume a feição de *um dever*, assim como o é o de ajuizar a ação penal, manifestando-se como típico ônus processual. Sob a ótica da missão judicante, a produção da prova, quando sopesada com o princípio do *impulso oficial*, também se apresenta, em certas condições, como dever de o juiz determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. A questão a saber é se, diante da incidência do princípio da presunção de não culpabilidade, o juiz, na qualidade de dirigente do feito, deve envidar os esforços de mister para a boa compreensão dos fatos, ainda que, para tal desiderato, em razão da inércia das partes, tenha de determinar, *ex officio*, a produção de provas indispensáveis para a solução da questão o mais aproximado possível da realidade, tal como exposto no art. 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal, com a nova redação determinada pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008.

Veja-se o tratamento normativo a respeito da questão. Em sua redação originária, o art. 156 do CPP dizia: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Com a edição da Lei 11.690, de 2008, o art. 156 passou a ter a seguinte redação: “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”.

Na edição anterior, defendemos que procedia apenas em parte a crítica feita à Reforma Tópica por ter realçado o impulso oficial com a nova redação emprestada a esse dispositivo, ao argumento de que não seria adequado a um processo arquitetado sob o modelo acusatório. Sustentamos que a regra ali contida, em certa medida, seria o equilíbrio necessário aos princípios acusatório e da verdade material, até porque ali não se dizia que o juiz deveria sempre se substituir às partes. Argumentava que isso deveria ocorrer, apenas, excepcionalmente e, ademais, se e quando reputada necessária e relevante a diligência. Portanto, a previsão de iniciativa probatória pelo magistrado, desde que

¹³⁵² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 66.

¹³⁵³ *As nulidades do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 119.

¹³⁵⁴ Cf. item 9.5, *infra*, que trata do princípio da ampla defesa, quando se defende que a dicção normativa do inciso LV do art. 5º da Constituição contempla, quando fala em *meios*, na irrestrita possibilidade de a pessoa se utilizar das provas necessárias para dar respaldo a sua defesa.

¹³⁵⁵ *Ibid.*

¹³⁵⁶ *Ibid.*

excepcional e limitada, seria o justo equilíbrio entre os princípios acusatório, do impulso oficial e da presunção de não culpabilidade.

Mas já naquela oportunidade restou salientado que não se mostrava razoável estabelecer que, antes de iniciado o processo, o juiz poderia, de ofício, determinar a produção antecipada de provas (inciso I do art. 156 do CPP). Nessa fase, em que não há, ainda, processo, somente deveria ser permitida a intervenção judicial mediante requerimento de quem tem a legitimidade para ajuizar a ação penal. Até porque, pode ser que a prova determinada não seja do interesse do autor da ação. Essa previsão normativa supõe que o juiz dirige ou tem interesse no inquérito policial ou investigação criminal – o que era adequado na redação originária do CPP, que adotou o sistema misto –, quando, a bem da verdade, no sistema acusatório, as diligências que interessam à persecução criminal devem ser requeridas por quem detém legitimidade para tanto, ou seja, pelo Ministério Público. Portanto, não pode o juiz se substituir ao Ministério Público, mostrando-se o dispositivo em foco em flagrante atrito com o sistema acusatório. A esse respeito, FREDERICO¹³⁵⁷ vai mais adiante, a fim de salientar que, nos termos do art. 242 do CPP, o juiz, na fase da investigação, pode, ainda, determinar, de ofício, a realização de busca e apreensão, pelo que, em seu pensar, “Parece necessário restringir a aplicabilidade dessa concessão legal apenas à fase judicial, guiada estritamente pela excepcional finalidade de complementar alguma linha probatória expressamente avançada pelos sujeitos interessados”.

Para além dessa questão, a despeito da inconstitucionalidade do inciso I do art. 156 do CPP, em um cenário de processo acusatório, desenhado pela Constituição de 1988 e sedimentado com a Reforma Tópica de 2008, o conteúdo do inciso II do mesmo dispositivo legal merece ser lido com reservas. Para todos os efeitos, o Código de Processo Penal precisa ser revisitado sob as lentes de um ordenamento jurídico democrático efetivamente inaugurado com base na Constituição de 1988, o que implica que a sua análise seja feita sob a concepção de que ele não é orientado mais pelo sistema misto, mas sim pelo acusatório.

Com a mudança do *modelo misto com índole inquisitiva* para o tipo acusatório, deve-se ter em mente que o nosso ordenamento processual criminal passa a ser um sistema simplificado, transparente e oral, sendo o Ministério Público concebido como parte e assim tratado na relação processual, havendo substancial preocupação em relação às garantias do acusado, especialmente quanto à defesa efetiva, ao direito ao silêncio, à presunção de não culpabilidade e à invalidade das provas obtidas por meios ilícitos, sem se descuidar que o juiz deve ser resguardado para o desempenho propriamente da função de julgador, com vedação de imiscuição naquelas iniciativas reservadas a quem é o autor da ação. Esse distanciamento do juiz quanto ao interesse defendido pelo Ministério Público se dá especialmente quanto à produção da prova. O juiz não é mais inquiridor ou investigador: ele é julgador; não deve, em princípio, produzir prova.

Aliás, a comissão que tratou de elaborar a proposta de modificação do Código de Processo Penal apontou, como segunda orientação dos trabalhos, a consideração da necessidade de estruturá-lo de acordo com o *modelo acusatório*, com o perfeito delineamento das *funções da acusação, da defesa e do juiz*, sob a batuta de um processo pautado em uma relação processual própria de um *sistema de partes*.

Nesse sistema de partes, o Ministério Público tem o ônus de provar a culpabilidade, ou seja, o dever de produzir a prova pertinente para desconstruir o princípio da presunção de não culpabilidade, não cabendo ao juiz auxiliá-lo nessa missão, sob pena de tratamento desigual no processo, o que não é admissível no sistema acusatório, até porque, agindo dessa forma, o juiz nega a aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade.

Ora, se o Ministério Público, com a produção da prova, não conseguiu provar a culpabilidade ou eliminar a dúvida razoável, cabe ao juiz, em obséquio ao princípio da presunção de não culpabilidade, absolver o acusado. Não lhe é dado, diante da dúvida, se encarregar de fazer aquilo que era ônus do Ministério Público, postura que, assim como visto acima, é peremptoriamente vedada pelo caput do art. 3º-A do Código de processo Penal, enxertado pela Lei nº 13.964, de 2019.

De outra banda, esse direito das partes de produzir a prova, sopesado com o princípio da livre apreciação das provas pelo juiz (art. 155, caput, do CPP) – que possui como corolário lógico a

¹³⁵⁷ *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*, p.366.

premissa de incoerência de hierarquia entre as provas coligidas –, outorga ao magistrado o dever-poder de analisar, com a sua consciência, liberto de amarras, de fórmulas preconcebidas ou de qualquer ingerência outra, a contenda submetida a sua apreciação, a fim de, no cotejar as provas vivificadas nos autos, pronunciar seu pensamento acerca da matéria.

Cabe observar que, na redação anterior do CPP, o princípio da livre apreciação das provas pelo juiz estava encartado no art. 157 (“O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova”). Com a modificação introduzida pela Lei nº 11.690, de 2008, essa cláusula passou a ter abrigo no art. 155, caput, com a seguinte redação: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Como se vê, a redação do princípio ficou mais técnica e de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas, a primeiro exame, com defeito de redação, pois veda o juiz levar em consideração, para fins de sentença condenatória, os elementos informativos colhidos na fase do inquérito, na medida em que, para todos os efeitos, ele não pode é fazer a fundamentação, exclusivamente, com base nesses elementos¹³⁵⁸. Esse preceito ainda chama a atenção para a diferenciação entre *elementos informativos e provas*, pois, em princípio, na investigação pré-processual, não são produzidas provas, mas apenas elementos informativos, salvo quando se trata de coleta de prova (apreensão da arma do crime, por exemplo) e perícia. Assim, o depoimento prestado pela testemunha na fase investigatória, para todos os efeitos, não passa de *elementos informativos*, só adquirindo o *status* de prova o conteúdo da inquirição realizada na fase processual, em que assegurado o contraditório e a ampla defesa.

No ponto, MALATESTA¹³⁵⁹ chama a atenção para a consideração de que, em qualquer que seja o processo criminal, o resultado obtido com a resolução da problemática apresentada ao julgador sempre apresenta uma condenação ou absolvição, legitimando-se aquela, quando o exame dos autos autoriza conclusão quanto à certeza da culpabilidade – o que quer dizer inexistência de dúvida razoável sobre a culpabilidade, e esta, quando há certeza da inocência – o que quer dizer inexistência de dúvida razoável sobre a inocência – ou a mera dúvida – existência de dúvida razoável sobre a culpabilidade. Em outras palavras, segundo MALATESTA, o acusado é levado à absolvição sempre que se verifica a *falta de conquista da certeza do delito*. Por isso mesmo, para o renomado criminalista, o objetivo essencial perquirido com as investigações levadas a efeito durante o transcurso do processo é o *estudo das provas de certeza*¹³⁶⁰.

Constituindo-se a espinha dorsal do processo criminal, nem por isso, o *direito de provar* é irrestrito. A mesma ordem de ideias que comandou a virada jurídica no sentido de não conferir validade à confissão tomada sob tortura, respaldou a concepção de que o processo criminal ditado pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos não se harmoniza com a admissibilidade de provas que, conquanto verdadeiras, tenham sido produzidas com a agressão de regras de proteção, especialmente aquelas que estão catalogadas dentre os direitos fundamentais. A validade da prova se insere no contexto do *devido processo legal* como categoria indispensável à legitimação do exercício da função jurisdicional, pautada em processo justo e legal, “... não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional”¹³⁶¹.

Ainda que se parta da equivocada premissa de que há uma da *verdade real* e que ela comanda, em certa medida, o processo criminal, isso não dá azo a que se tergiverse com a necessidade de impor-se limite à atividade probatória desenvolvida antes ou durante a relação processual. Até porque, como aqui já se ressaltou, por mais legítima que seja a pretensão acusatória, em um Estado Democrático-Constitucional, cujas linhas mestras se encontram edificadas na solidez dos direitos fundamentais, ela há de ser concebida dentro dos parâmetros estabelecidos pela compreensão principiológica dessa categoria de direitos, que perfaz aquilo que se entende, na sua acepção mais ampla, como devido processo legal

Ademais, independentemente do ângulo de visão com que seja analisado o direito à prova como decorrência lógica do direito à ampla defesa, aí compreendido o contraditório, não se pode

¹³⁵⁸ A redação desse dispositivo contou com a colaboração de comissão criada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, que sugeriu a inclusão, no seu texto, do advérbio de modo *exclusivamente*.

¹³⁵⁹ Ibid.

¹³⁶⁰ Ibid.

¹³⁶¹ Ibid., p. 22.

perder de vista que aqui se tem como hermenêutica dessa espécie de direitos a parêmia de que não há direito fundamental absoluto¹³⁶². Ora, se o direito à ampla defesa em si não é absoluto, por questão de ordem lógica a subespécie do princípio daí oriunda não pode assim ser considerada. Fortes nessa consideração, ADA PELLEGRINI, SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES arrematam que “O direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório (supra, seção I deste mesmo capítulo), não é absoluto, encontrando limites”¹³⁶³.

Dentre esses limites está, por exemplo, a vedação da prática da chamada *fishing expedition*, caracterizada pela *investigação especulativa e indiscriminada*, sem objetivo certo ou declarado. Esse tipo de atuação no afã de buscar ou pescar provas não é aceita no ambiente do processo criminal, por representar espécie de *pesca predatória*. Com isso se veda uma *devassa estatal* vida de uma pessoa investigada. No ponto, no Inquérito 4.831/DF, em que constam como investigados o Presidente, JAIR MESSIAS BOLSONARO e o ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, SERGIO MORO, em decisão monocrática, o Ministro CELSO DE MELLO¹³⁶⁴ ressaltou que as diligências investigatórias precisam ser delimitadas, “... sob pena de conversão da pesquisa em inadmissível e indiscriminada devassa estatal, porquanto inadmissíveis operações de *fishing expedition*, havendo a necessidade de autorização de medidas de busca e apreensão.

9.1.6.1 – Teoria da exclusionary rule.

Conforme foi assinalado no capítulo 3, a partir da Carta americana, disseminou-se, entre os Estados, a ideia de que o poder político haveria de estar assentado em uma Constituição, a qual deveria conter, necessariamente, a declaração de direitos e a separação dos poderes. Com efeito, na Revolução Francesa, quando da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, restou consignado que, além da imprescindibilidade de uma Constituição na qual constem os fundamentos dos sistemas político e jurídico do Estado, para a legitimação desse documento, nele há de estar inserido o catálogo dos direitos essenciais da pessoa humana e assegurada a separação dos poderes¹³⁶⁵. Conquanto essa máxima tenha sido observada, senão pela totalidade dos países, pela sua maioria expressiva, notadamente por aqueles que seguiram a formatação gizada pelo sistema democrático¹³⁶⁶, não foi inserida, na tradição constitucionalista, a ideia de deixar consignada, dentre os direitos do homem – alçados, com o processo de constitucionalização, à categoria de fundamentais –, a regra expressa da invalidade dos atos praticados em detrimento dessa espécie de direitos. Muito embora a maioria dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições dos Estados Unidos, da Alemanha, França, Itália, Portugal e mesmo do Brasil cuidem de garantias aplicáveis ao processo penal, na qualidade de limitações ao dever-poder de punir do Estado, ainda assim, nos primeiros instantes, não houve a preocupação de incorporar, ao rol dos direitos essenciais, a cláusula da nulidade ou invalidade das provas obtidas mediante a transgressão de qualquer um dos direitos fundamentais.

De fato, as Constituições dos Estados Unidos, da Alemanha, França e Itália, até hoje, não dispõem de norma constitucional expressa para tisonar de nulidade ou invalidade as provas que, na diligência empreendida para a sua obtenção ou produção, tenham malferido um direito consagrado no Texto Maior sob a categoria de fundamental. Essa omissão normativa conferiu azo a que se propagasse, no Direito Comparado, jurisprudência no sentido de que aquilo “... que no está proibido por norma alguma, está permitido *hacerlo, sin perjuicio de la sanción penal o administrativa al responsable de la infracción a los derechos fundamentales*”¹³⁶⁷. Por outro lado, a ausência de normatização constitucional sobre a nulidade das provas deu suporte à tese de que o tema deveria ser analisado em consonância com o regime das nulidades pretraçado na legislação de regência, no caso, a lei processual, desfocando o assunto, assim, para o ambiente infraconstitucional. Por conseguinte,

¹³⁶² Cf. itens 5.7 e 7.2.2, supra.

¹³⁶³ Ibid., p. 127.

¹³⁶⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Inq4831decisao5mai.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹³⁶⁵ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Villela editor, 2002. p. 25.

¹³⁶⁶ Cf. item 3.5, supra.

¹³⁶⁷ HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 25.

a matéria era tratada como questão afeta à legalidade das formas processuais, o que permitia solucionar a *vexata quaestio* com base na ideia de que as formas processuais não possuem um fim em si mesmas e que, mesmo quando rasurado o desenho normativo estabelecido para a realização do ato, não se há de declarar a nulidade, máxime em se tratando da seara processual criminal, na qual deve preponderar o preceito da verdade material. O Doutor e professor de processo penal na Universidade Nacional de Córdoba, MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN, ao ressaltar que o Tribunal Superior de Justiça de Córdoba adotava essa linha de pensamento, faz referência ao voto vencido de um dos integrantes daquele colegiado, dando destaque acentuado ao seguinte arremate: “La justicia de lãs resoluciones judiciales no está sino en su legalidad y ésta debe ser defendida por encima de la verdad real, porque esta verdad real debe ser antes una verdad legal. Eso no es tecnicismo jurídico, ni irrealidad, sino la única forma de preservar la República”¹³⁶⁸.

Em razão mesmo do vácuo constitucional-normativo acerca da *regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos e as que dela são decorrentes*, a construção dessa teoria fez sentir-se por meio da jurisprudência dos tribunais, o que, posteriormente, contaminou a doutrina. HAIRABEDIÁN assinala que “... la doctrina comenzó a dedicarse a la cuestión con posterioridad y como consecuencia del desarrollo jurisprudencial”¹³⁶⁹.

Basicamente, dois grandes sistemas jurídicos – americano e alemão, o primeiro pertencente à família do *common law*, o segundo do *civil law* – tiveram a primazia de fecundar a tese da exclusão das provas obtidas por meios ilícitos, dando origem à teoria das *exclusionary rules* americana e das *beweisverbote* alemã. De toda sorte, a doutrina aponta a jurisprudência americana como a precursora da *teoria da nulidade das provas obtidas por meios ilícitos*. De fato, nos Estados Unidos, a despeito da inexistência de norma expressa na Constituição, desde o início do Século XIX, a tese passou a ser sustentada em decisões judiciais, sob o argumento de que a regra das *exclusionary rules* está implícita como forma de proteger os direitos fundamentais declarados na Carta Política¹³⁷⁰.

De outra banda, revela HAIRABEDIÁN que os estudos sobre o tema na Alemanha tiveram início por volta de 1903, por meio da obra *Las prohibiciones probatorias como limites de la averiguación de la verdad*, editada por BELING¹³⁷¹.

Acompanhando a evolução do tema na jurisprudência americana, EDUARDO DE URBANO CASTRILLO¹³⁷² observa que, há mais de um século, o assunto vem sendo tratado, pela Suprema Corte americana, como construção de pensamento que atingiu o apogeu na década de 1960, em que restou sedimentada corrente mais radical no sentido de compreender a *exclusionary rule* como uma *regra de proibição absoluta* para, em etapa posterior, ditada por razões de política criminal, flexibilizá-la mediante a introdução de elementos teóricos que têm a propriedade de diminuir o seu alcance¹³⁷³.

No primeiro momento, registrado no julgamento do caso *BOYD v. US*, em 1886, a Suprema Corte americana passou a exigir, para adotar como razão de decidir a regra de exclusão, que ocorresse a violação, quando da obtenção ou produção da prova, tanto à Quarta (garante a segurança das pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e apreensões arbitrárias) quanto à Quinta Emenda (garante o direito do acusado de não produzir prova contra si). Conforme registra HAIRABEDIÁN, no caso em referência, “La Corte encontró una ‘íntima relación’ entre la Cuarta (garantía contra los registros, requisas y secuestros irrazonables) y la Quinta Enmienda (que protege contra la autoincriminación involuntaria), y sostuvo que la aportación compulsiva de libros y papeles privados para ser usados como prueba en contra de quien fue obligado a hacerlo, conculcaba ambas enmiendas citadas”¹³⁷⁴.

Por isso mesmo, no caso *ADMS v. NEW YORK*, a Corte Suprema americana não invalidou a prova, ao argumento de que, na hipótese, não se detectou ofensa à Quinta Emenda. Todavia, em 1914, na apreciação do caso *WEEKS v US*, a Alta Corte norte-americana avançou na matéria, a fim

¹³⁶⁸ Op. cit. p. 26.

¹³⁶⁹ Op. cit., p. 33.

¹³⁷⁰ Ibid., p. 39.

¹³⁷¹ Ibid.

¹³⁷² *La prueba ilícita penal*: estudio jurisprudencial. Madrid: Editorial Aranzadi, 2000. p. 37.

¹³⁷³ CASTRILLO. Op. cit., p. 37.

¹³⁷⁴ Ibid., p. 38.

de estabelecer que, mesmo quando violada apenas a Quarta Emenda, a prova deve ser considerada ilícita, ao argumento de que a cláusula de exclusão encontra-se plasmada implicitamente na Constituição Federal, como forma de garantir o respeito aos direitos fundamentais nela estabelecidos, premissa que fornece lastro à conclusão de que “*si cartas y documentos privados pueden ser incorrectamente secuestrados, mantenidos y utilizados como prueba en contra de un ciudadano acusado de un delito... la protección de la Cuarta Enmienda declarando el derecho a estar seguros tanto contra secuestros y registros irrazonables, queda sin valor...*”¹³⁷⁵.

Mais adiante, precisamente no julgamento do caso SILVERTHON LUMBER CO. v US, ocorrido em 1920, a Suprema Corte americana incorporou à regra da *exclusionary rule* o princípio da ineficácia não apenas das provas obtidas ilicitamente, como igualmente das provas derivadas, entendimento que, no julgamento do caso NARDONE v US, em 1939, foi cunhado de teoria dos *fruits of the poisoned tree* (frutos da árvore envenenada)¹³⁷⁶. De todo modo, entendia-se que a *exclusionary rule* somente se aplicava aos processos federais, razão pela qual se adotou a prática conhecida como *bandeja de plata*, que consistia em os agentes federais, diante da invalidade da prova obtida ilicitamente perante os órgãos jurisdicionais federais, repassá-las para os policiais dos Estados, a fim de que fosse apresentada perante os juízes estaduais¹³⁷⁷.

Apenas na década de sessenta foi que a jurisprudência da Suprema Corte estendeu a aplicação obrigatória da *exclusionary rule* a todos os Estados americanos. Além de tornar-se obrigatória a observância da cláusula de exclusão das provas ilícitas não só nos julgamentos dos tribunais federais quanto nos estaduais, passou-se a aplicar essa regra, igualmente, em outras hipóteses de violação dos direitos fundamentais, atingindo-se o ápice da teoria no famoso julgamento MIRANDA v ARIZONA, verificado em 1966, em que a Suprema Corte americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes tenha sido claramente informada de que:¹³⁷⁸ – tem o direito de não responder; (2) tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra si; e (3) tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado. Naquela oportunidade, a Suprema Corte americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade denominada *Miranda rights* ou *Miranda-warnings* – era o bastante para inquirir de nulidade as declarações da pessoa, especialmente a confissão e as provas conseguidas a partir dela. A leitura desses direitos está imortalizada nos filmes americanos, em que a polícia, ao efetuar a prisão de alguém, desde logo, cuida de esclarecer que o detido possui o direito de ficar em silêncio, que tudo o que falar poderá ser utilizado contra ele em um tribunal e que o detido possui o direito de ter um advogado.

No referido julgamento, a Suprema Corte americana entendeu que o esclarecimento dos direitos tinha sido insuficiente, muito embora o detido (Miranda) tivesse assinado um documento, no qual dizia estar ciente de seus direitos. Ainda assim, por 5 votos contra 4, os juízes da Colenda Corte dos Estados Unidos argumentaram que a confissão somente seria válida caso tivesse ficado provado que o agente tinha sido informado claramente da sua situação (*knowing and intelligent waiver*)¹³⁷⁹.

9.1.6.1.1 – A adoção da teoria da *exclusionary rule* no Direito Comparado.

A teoria da *exclusionary rule*, de berço americano, tem encontrado respaldo no Direito Comparado, com especial destaque para o sistema alemão, que adotou, mesmo ante o silêncio da Constituição germânica, a tese das *beweisverbote*, embasada no entendimento de que as limitações ou obstáculos à produção das provas, em verdade, são normas processuais impostas como forma de preservar os direitos subjetivos fundamentais encartados no ordenamento jurídico¹³⁸⁰. Coube a BELING dar início à discussão acadêmica sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, com a edição da famosa obra *As proibições probatórias como limites da averiguação da verdade (Die*

¹³⁷⁵ Ibid.

¹³⁷⁶ Ibid.

¹³⁷⁷ Ibid., p. 39.

¹³⁷⁸ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 148.

¹³⁷⁹ Ibid, p. 150.

¹³⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 140.

beweisverbote als grenzen der wahrheitsforschung im strafprozess), escrita em 1903¹³⁸¹, tese que, tempos depois, no 46º Congresso dos Juristas Alemães, realizado em 1966, foi o tema central dos debates feitos por juristas da envergadura de *ANDENAES, MULLER, NUVOLONE, RUPP, PETERS, KLUG, SARSTEDT e JESCHECK*¹³⁸².

A pujança da produção doutrinária alemã sobre a matéria se revela na construção de várias teses sobre a questão afeta à abordagem sobre as provas produzidas por meios ilícitos merecendo menção, dentre elas, as (i) da esfera jurídica, (ii) dos três graus; (iii) da ponderação de interesses, (iv) do fim de proteção da norma, além de outras mais, recentemente incorporadas, como a doutrina da *elevação do risco*, da *proibição de regresso* e dos *processos hipotéticos de investigação*¹³⁸³.

Por isso mesmo MANUEL DA COSTA diz que é tarefa difícil “... identificar questão com relevo doutrinário ou pragmático em matéria de proibições de prova para a qual a dogmática e a jurisprudência alemãs não tenham proposto já (em termos normalmente divergentes) vias de enquadramento teórico e de superação normativa”¹³⁸⁴, o que, porém, infelizmente, como reconhece o autor, não se traduz em menor escala de *insegurança e dissenso* em torno do assunto.

As discussões teóricas na doutrina alemã não residem apenas quanto à compreensão e extensão da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas; imiscuem-se nos modelos de construção dogmática e nas soluções prático-jurídicas para transbordarem, até mesmo, em debates sobre a terminologia a ser empregada, mediante a sugestão, por parte de alguns, da substituição da expressão *proibição de prova (beweisverbot)* por *investigação proibida de fatos (verbotener sáchverhaltsermittlung)*¹³⁸⁵. No ponto, acentua ROXIN que a doutrina não logrou, ainda, adotar uma terminologia unificada, o que é complementado por GÖSSEL, ao reconhecer que “... tanto a definição das proibições de prova e dos seus elementos constitutivos como a doutrina da essência e do significado das proibições de prova constituem temas ainda inteiramente controversos”¹³⁸⁶.

Ainda que a *beweisverbote* constitua instituto dogmático distinto da *exclusionary rule*, aquela guarda convergência com esta no sentido de que não é a mera transgressão a um delineamento plasmado na StPO que define a ineficácia da prova, pois o mais importante, em consonância com o princípio da proporcionalidade, “... é saber se a intromissão na esfera íntima do acusado se pode ou não considerar justificada, em nome do relevo da infração que lhe é imputada.”¹³⁸⁷ Em um dos julgamentos célebres, conhecido como caso do gravador, julgado em 1960, o Tribunal Federal alemão (*Bundersgerichtshof, BGH*) defendeu a invalidade da gravação clandestina, forte na concepção de que a *palavra falada* faz parte do conteúdo do direito geral da personalidade, o que fere o respeito à dignidade humana¹³⁸⁸. Contudo, conforme MANUEL DA COSTA¹³⁸⁹, a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, ao fazer a valoração da prova obtida por meio ilícito, enfeixa, em cada um dos pratos da balança, dois argumentos: “o enunciado de direito de personalidade, por um lado, e a invocação da ponderação de interesses como instância de legitimação possível do seu sacrifício, por outro lado.”

No Direito espanhol, igualmente, o assunto ainda suscita muito debate. Isso tanto é verdade que, na nota introdutória ao livro *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, no qual fazem uma ampla investigação científica sobre o entendimento dos tribunais espanhóis acerca das provas ilícitas, especialmente do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo, EDUARDO DE URBANO CASTRILLO e MIGUEL ANGEL TORRES MORATO dizem que se pode chegar a duas grandes conclusões:

La primera, que en este momento no existe una doctrina científica ni jurisprudencial concluyente y de carácter general sobre la ilicitud probatoria, quizá porque se trata de un tema eminentemente casuístico y práctico; y la segunda, que la regla de la indefensión efectiva y material, es la piedra de

¹³⁸¹ Cf. HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 26; ANDRADE. Op. cit., p. 20.

¹³⁸² ANDRADE. Op. cit., p. 20.

¹³⁸³ Ibid., p. 20.

¹³⁸⁴ Op. cit., p. 21.

¹³⁸⁵ Ibid., p. 22-23.

¹³⁸⁶ Apud ANDRADE. Op. cit., p. 23.

¹³⁸⁷ Ibid., p. 140.

¹³⁸⁸ Ibid., p. 140-141.

¹³⁸⁹ Ibid., p. 142.

toque para declarar la ilicitud de un concreto medio probatorio si bien ele va a depender, en casi todos los casos, de un análisis global de las acusaciones y, en consecuencia, existe el riesgo de emitir resoluciones puntuales en función del interés que estime prevalente en cada asunto lo que puede hacer chirriar los principios y postulados generales mínimamente existentes.

EDUARDO DE URBANO faz conhecer que uma das primeiras manifestações do Tribunal Constitucional Espanhol, a respeito do tema, ocorreu no ano de 1982, ao arrematar que o postulado fundamental da presunção de inocência somente pode ser superado desde que as provas sejam produzidas em obséquio às garantias processuais. Em outra oportunidade, isso no ano de 1984, o Tribunal Constitucional da Espanha asseverou que, conquanto seja certo que os interesses particulares devam ceder quando confrontados com o interesse público da busca da *verdade processual*, tal não ocorre na hipótese em que se trate de direitos fundamentais, pois nesse caso, “... *puede afirmarse la existência prioritária de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatória del proceso*”¹³⁹⁰ – linha de pensamento que veio a ser repetida em 1985. O autor cita, ainda, que, no conhecido *Caso Naseiro*, julgado em 1992 pelo Tribunal Supremo, ressaltou-se que não se pode admitir que a verdade seja obtida a qualquer preço, pois só se pode reputar “... *licito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales.*”¹³⁹¹

Acrescenta o doutrinador espanhol que o Tribunal Constitucional, em 1984, de forma categórica, demarcou posição no sentido de que as provas seriam destituídas de eficácia, quando, na sua produção ou obtenção, direta ou indiretamente, houvesse ofensa aos direitos ou liberdades fundamentais¹³⁹². De qualquer maneira, o Tribunal Constitucional espanhol, apoiado na doutrina alemã do *principio da proporcionalidade*, passou a flexibilizar esse entendimento, a fim de deixar para o juiz a tarefa de observar, no caso concreto, a gravidade do fato, a viabilidade da medida, os interesses afetados e a transcendência da questão, a fim de declarar a ineficácia, ou não, da prova colhida com infringência a direito fundamental.

Esclarece ainda EDUARDO DE URBANO que, no ano de 1986, o Tribunal Constitucional, no desiderato de dar maior segurança ao aspecto que deve prevalecer na ponderação de valores a ser feita quando da apreciação de prova obtida por meio ilícito, estabeleceu que a resolução do problema, em sua essência, está na regra que veda a restrição ao direito de defesa do acusado¹³⁹³. Esse mesmo pensamento foi sufragado pelo Tribunal Supremo, em 1988, ao dizer que somente se tem por ineficaz a prova produzida ilicitamente, na hipótese em que acarreta para o acusado uma *situação de indefesa*. A premissa estabelecida pelo Tribunal Constitucional e pelo Tribunal Supremo espanhóis é sumariada na doutrina exposta por DE VEGA RUIZ¹³⁹⁴ para quem

*... la indefensión viene a ser quizás el último fundamento de todos los derechos fundamentales, porque cualquier alegación que se haga en defensa de la tutela efectiva del proceso, con todas las garantías y las dilaciones indebidas, también en defensa de la presunción de inocencia, busca, en definitivas, “que el justiciable no se encuentre en situación de indefensión para legítimamente actuar, ante la justicia”*¹³⁹⁵.

Esse paradigma, que orienta o Tribunal Constitucional espanhol, é sedutor, porém contém perigoso reducionismo do alcance da teoria da *exclusionary rule*. Segundo esse entendimento, a legitimidade da persecução criminal se escora em assegurar ao acusado o exercício da ampla defesa.

No sistema italiano, em resposta a pronunciamentos do Tribunal Constitucional sobre a valoração da prova, especialmente em relação à posição adotada no sentido de que o princípio do contraditório devia ser assegurado na *formação probatória*, sob pena de sua invalidade, o Parlamento, ao argumento de que o Judiciário, a pretexto de interpretar os princípios constitucionais, estava legislando sobre a matéria, tratou de introduzir cinco incisos no art. 111 da Constituição da Itália, para,

¹³⁹⁰ Ibid., p. 29.

¹³⁹¹ Ibid., 31

¹³⁹² Ibid., p. 32.

¹³⁹³ Ibid., p. 33-34.

¹³⁶⁸ Ibid., p. 34.

¹³⁹⁴ Ibid., p. 34.

¹³⁹⁵ Apud CASTRILLO, Ibid.

com eles, pinçar os princípios cardeais do processo criminal, os quais, reunidos, formam o que se convencionou chamar, entre os doutrinadores daquele país, o *giusto processo*, destacando-se, dentre eles, o princípio da reserva legal processual¹³⁹⁶. A par disso, o legislador infraconstitucional tratou de disciplinar, de forma expressa, as hipóteses nas quais a prova deve ser considerada *inutilizável*, cuidando de dizer os casos nos quais a sua ineficácia é absoluta, de modo que o juiz não pode, com base nela, proferir a sua decisão, e aqueles em que a invalidade é apenas *relativa*, quando a vedação é apenas em relação a um determinado ato ou tipo de decisão¹³⁹⁷. Em verdade, de acordo com o Código de Processo Penal italiano de 1988, a *inutilizabilidade* da prova tanto é prevista para casos específicos como genericamente, em razão da regra inscrita no art. 1991, inciso I, do CPP, segundo a qual “as provas adquiridas com violação das proibições estabelecidas pela lei não podem ser utilizadas” (*Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*). Por outro lado, o art. 421 combinado com o 514 e o 526, todos do CPP, esclarecem que a documentação dos atos da investigação, conquanto idônea para subsidiar a decisão quanto ao envio para a justiça, não serve como prova para a decisão na fase dos debates.

Tendo em conta o princípio da reserva legal, para o ordenamento jurídico italiano – adverte PAOLO TONINI¹³⁹⁸ – “A prova torna-se inutilizável somente se referida sanção for prevista expressamente pela lei como consequência da violação daquela regra de produção”.

De todo modo, a guarida dada pelo Direito Comparado à teoria da *exclusionary rule* não se esgota com a doutrina e com os pronunciamentos jurisprudenciais. Atualmente, algumas Constituições mais recentes não têm deixado passar a oportunidade de estabelecer, dentre os direitos fundamentais, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, inserindo, assim, essa teoria como mais um princípio afeto ao devido processo legal. Assim se deu com as Constituições portuguesa, canadense e brasileira¹³⁹⁹, mas a Constituição que guiou o nosso constituinte foi a portuguesa, que estabelece, no art. 32, 8, que “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. Mas, como se vê, o constituinte português, ao invés de inquirir de nulidade as provas ofensivas aos direitos fundamentais, preferiu dizer em quais hipóteses de malfeição a essa classe de direitos devem ser consideradas nulas as provas produzidas. Como se verá mais adiante, muito embora não se duvide que a Constituição de Portugal tenha sido a fonte de inspiração do constituinte brasileiro, este, em melhor técnica, preferiu não dizer em que casos seriam nulas as provas produzidas em dissonância das garantias fundamentais declaradas no texto constitucional, mas sim estabelecer uma regra geral. A escolha do constituinte brasileiro condiz mais com o entendimento de que, a *priori*, não se deve estabelecer hierarquia entre os direitos fundamentais.

9.1.6.1.2 – A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no sistema jurídico nacional.

Mesmo antes da Constituição de 1988, a questão relativa à valoração das provas obtidas por meio ilícito suscitava acirrado debate em nosso meio. Sobre o tema, são conhecidas três correntes distintas: (1) a independência entre o direito processual e o material faz com que o ato de captação da prova, embora censurável até criminalmente, não contamine a prova produzida; (2) a invalidade da prova obtida ilicitamente, tendo em conta a unidade do ordenamento jurídico, tese mais radical da *exclusionary rule*; (3) a prova ilícita só não produz efeito quando viola norma constitucional ou um princípio geral da Constituição, e, ainda assim, deve ter-se em conta o princípio alemão da *proporcionalidade* ou americano da *razoabilidade*, tese mais flexível da teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. Esta última é a corrente mais aceita ultimamente, no Direito Comparado, à qual se filiou o direito brasileiro, primeiro por meio da jurisprudência do Supremo

¹³⁹⁶ TONINI, Paulo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23. Cf. ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. *Il giusto processo*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 23.

¹³⁹⁸ *Ibid.*, p. 78.

¹³⁹⁹ HAIRABEDIÁN. *Op. cit.*, p. 34.

Tribunal Federal e, depois, diante da redação dada ao art. 157, caput (“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”) e § 1º (“São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”), do Código de Processo Penal, pela Lei nº 11.690, de 2008.

A princípio, a doutrina e a jurisprudência nacionais eram complacentes quanto à forma empregada para a produção das provas, privilegiando-se o descobrimento da verdade. Mais valia o que se descobria do que o meio empregado. Paulatinamente, observou-se uma evolução da *admissibilidade para a inadmissibilidade* das provas produzidas ilicitamente¹⁴⁰⁰. Nesse passo, a doutrina dominante passou a sustentar a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, flexibilizando, porém, a rigidez dessa tese mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Na mudança dessa orientação, porém, como destacam ADA PELLEGRINI, SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES, despontaram três decisões do Supremo Tribunal Federal, assim sumariadas:

A primeira decisão é de 11.11.1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609). Segue-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28.06.1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva.

Finalmente, e agora para o processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18.12.1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47).

No âmbito processual criminal, à míngua de disciplinamento em norma de hierarquia superior, o tema era tratado sob a ótica intrincada do sistema das nulidades esmiuçado no Código de Processo Penal. O exame da questão, por conseguinte, dava-se mediante a interpretação do sistema subconstitucional, até porque a questão não continha nenhuma linha de direção apontada pela Norma Maior. A nulidade da prova, assim, era vista sob a perspectiva da disciplina pretraçada para os atos processuais em geral, de modo que eram plenamente aplicáveis os quatro princípios basilares elencados no ordenamento processual criminal: (1) nenhuma nulidade ocorre se não houver prejuízo para a acusação ou para a defesa, que é a consagração do brocardo francês *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP); (2) nenhuma das partes poderá alegar nulidade a que haja dado causa (art. 565 do CPP); (3) não se pode invocar defeito de ato que só interessa à parte contrária (art. 565); e (4) não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa (art. 566 do CPP). O assunto, como se observa, era debatido apenas no nível do Direito infraconstitucional, o que tirava de foco a discussão relativa às consequências jurídicas decorrentes da violação de garantia emoldurada por direito fundamental.

A situação, todavia, mudou de figura a partir da edição da Constituição de 1988, pois, consoante a nova orientação ali consolidada com foros de definitividade, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inciso LVI). Uma primeira colocação, a respeito do tema, impõe-se: o que se deve considerar como *provas obtidas por meios ilícitos*, para os fins pretendidos pelo constituinte? Duas posições se credenciam: provas obtidas ilicitamente são todas aquelas para cuja produção (a) ocorre a transgressão de prescrição contida em norma jurídica, ou (b) ocorre a malfeição a direito fundamental. A primeira é mais abrangente, enquanto a segunda mais restrita. Uma coisa parece fora de dúvida: o tratamento constitucional dado ao tema é, obviamente, em sentido estrito, ou seja, a nulidade ali prevista, ao tempo em que passa a integrar a declaração de direitos sufragada pela Constituição, serve de *norma-princípio-sanção* para quando, na produção da prova, não forem respeitados os direitos fundamentais. Ela é a sanção colocada em forma de princípio pelo constituinte tendo em mira dar a devida garantia de que a falta de atenção aos direitos fundamentais acarreta consequência drástica para o *jus persequendi*.

¹⁴⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 138.

ADA PELLEGRINI, ANTÔNIO SCARANEC e ANTÔNIO MAGALHÃES¹⁴⁰¹ também encaram o assunto sob essa perspectiva, muito embora os doutrinadores em referência cuidem de especificar que esse sentido estrito diz respeito às provas colhidas “... infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.”

Essa questão foi debatida no Parlamento, quando da reforma do Código de Processo Penal em relação aos dispositivos que tratam da prova, restando definido que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (art. 157, caput, do CPP, com a redação determinada pela Lei 11.690, de 2008). Findou, assim, sendo acolhida a tese da primeira corrente, segundo a qual prova ilícita tanto é aquela produzida com violação às *normas constitucionais* como às *normas legais*.

Inclusive, é relevante anotar que essa não foi a posição adotada no Projeto de Lei nº 4.205/2001 encaminhado pelo Executivo. Nele se defendia que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.”. Durante os debates no Parlamento, no entanto, houve alteração, a fim de se adotar a tese mais abrangente, de modo que são consideradas inadmissíveis as provas produzidas não apenas com violação a *princípios ou normas constitucionais*, mas também com malfeição a *normas legais*.

Outra matéria que foi enfrentada pelo Parlamento foi quanto à perda da competência subjetiva para o julgamento do processo do juiz que tenha mantido contato com a prova produzida por meio ilícito. O Congresso nacional ao aprovar a Lei nº 11.690, de 2008, estabeleceu que “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (art. 157, § 4º). O Presidente da República, no entanto, sensível a argumentos em contrário, especialmente a nota técnica da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, vetou o dispositivo¹⁴⁰². Até porque, nos termos do texto sugerido, produzida a prova obtida por meio ilícito, ainda que o juiz, ao tomar conhecimento, não a admitisse no processo, mesmo assim ficaria impedido para o julgamento.

Acontece que a Lei nº 13.964, de 2019, incluiu no *Pacote Anticrime*, o § 5º, com o mesmo teor do § 4º que restou vetado, em 2008, pelo então Presidente da República. Entretanto, na mesma liminar deferida pelo Ministro LUIZ FUX na ADI 6.298/DF, que suspendeu os dispositivos referentes ao juiz das garantias, foi suspenso igualmente o § 5º do art. 157 do CPP. O dispositivo em foco, conforme acentuado linhas acima, não é razoável e vai criar entrave para o andamento dos processos, caso passe a ter vigência. E o inconveniente não se dará apenas em relação ao primeiro grau de jurisdição. Nos colegiados seria pior ainda. Imagine-se a hipótese em que o juiz, de primeira instância, na sentença, admitisse a prova produzida por meio ilícito, de modo que o tribunal, ao julgar o recurso de apelação, em julgamento pelo pleno ou turma, reconhecesse a sua invalidade, com conseqüente anulação da decisão. Determinada a devolução dos autos para fins de novo julgamento por outro juiz singular, se eventualmente interposto recurso da nova decisão, todos os membros do tribunal que tivessem participado do julgamento anterior estariam impedidos, uma vez que haviam tido contato com a prova ilícita anulada. O razoável seria o legislador estabelecer que, anulada a sentença sob o fundamento de ter sido embasada em prova produzida por meio ilícito, o juiz que a proferiu ficaria impedido de decidir o processo devolvido para novo julgamento. Aliás, a despeito do silêncio do legislador é razoável sustentar-se que, nesses casos, o juiz do primeiro julgamento anulado fica impedido de proferir a nova sentença.

De qualquer sorte, a discussão mais densa, no entanto, é quanto ao alcance do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, tendo em consideração os termos como foi redigida a cláusula na Constituição de 1988. Impõe-se definir qual a corrente adotada pelo constituinte brasileiro, se a mais ou a menos radical, qual seja, a que considera, sem tergiversações, a nulidade das provas obtidas por meios ilícitos, ou a outra que, ao dar caráter relativo a esse comando

¹⁴⁰¹ Ibid., p. 136.

¹⁴⁰² Na primeira parte das razões do veto presidencial consta o seguinte: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso”.

normativo, permite a utilização de critérios para obviar a ineficácia probatória, desde que observadas determinadas considerações. Evidentemente que o debate a respeito passa, necessariamente, pelo exame da posição adotada sobre o tema em destaque pelo Supremo Tribunal Federal,

A respeito do assunto, note-se que, após a vigência da Constituição de 1988, se demora houve para que o Supremo Tribunal Federal tivesse a primeira oportunidade para abordar o alcance da cláusula constitucional que estabelece a *nulidade das provas obtidas por meio ilícito*, ela não foi acentuada, uma vez que há registro de contato com a matéria pela mais Alta Corte do país já no ano de 1993, no julgamento do processo mais conhecido como Caso MAGRI, no qual a defesa apresentada pelo advogado, para fins de inibir o recebimento da denúncia, era de que a prova, consubstanciada em *gravação clandestina* de conversa do acusado com outrem, continha eiva de nulidade, por afronta ao direito fundamental da *inviolabilidade da intimidade*. Ali, naquele julgado, a Colenda Corte findou não acolhendo a tese de defesa, ao argumento de que a *gravação clandestina*, a despeito de ser reprovável no campo ético, não o é no jurídico, pois as garantias estabelecidas na Constituição em forma de direitos fundamentais, em rigor, estão previstas como forma de proteção à intervenção de terceiros, de modo que, quando um dos interlocutores cuida de registrar a sua conversa com outrem, ainda que sem o conhecimento deste, não se há de falar em ofensa ao direito à intimidade¹⁴⁰³.

De toda sorte, a posição inicial do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito veio a ocorrer exatamente naquele que foi um dos principais julgamentos de toda a história jurídica brasileira, em processo criminal promovido contra o ex-Presidente da República FERNANDO AFONSO COLLOR DE MELO, em que se adotou, de modo comedido, a cláusula da *exclusionary rule*, na medida em que não se deu guarida à teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisoned tree*). A bem da verdade, anteriormente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal chegou a debater o assunto, todavia a questão não restou suficientemente abordada, como se depreende da mera leitura da ementa do acórdão referente ao HC 69.912, assim redigida pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator do acórdão¹⁴⁰⁴:

PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5., XII, da constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de ministro impedido (ms 21.750, 24.11.93, vellosos); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.

¹⁴⁰³ STF, Inq. 657-2/DF, Relator Ministro CARLOS VELLOSO. A análise desse acórdão do STF consta do item 9.4, infra, assim como a posterior modificação de entendimento sobre a matéria, que ocorreu logo após, com a evolução jurisprudencial.

¹⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 371, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: AP – Processo: 307-3, UF: DF, PLENO, Data da decisão: 13/12/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT. Acesso em: 14 mar. 2005. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Data da decisão: 16/12/1993. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 set. 2005).

Em seu voto, o relator, Ministro ILMAR GALVÃO, acolhendo preliminar suscitada pela defesa, declarou inadmissíveis o laudo de degravação de conversa telefônica e o laudo de degravação da memória dos microcomputadores apreendidos na empresa VERAX¹⁴⁰⁵, aquele pelo fato de a gravação ter sido clandestina, enquanto este pelo fato de a apreensão não ter sido precedida de autorização judicial (a apreensão havia sido feita por agentes fiscais em diligência realizada com o fim de arrecadar mercadorias importadas de forma irregular), ademais de a polícia federal ter providenciado, ao seu alvedrio, a recuperação da memória dos equipamentos de informática para fins de revelação dos dados ali contidos, o que, no pensar verberado no acórdão, mostrava-se inadmissível, porquanto o sigilo garantido na Constituição a esse aspecto, assim como em relação à correspondência, teria sido ditado pelo constituinte de forma *absoluta*¹⁴⁰⁶. Logo após o voto do relator, ao ter a palavra na qualidade de revisor, o Ministro MOREIRA ALVES¹⁴⁰⁷, com a lucidez de sempre, sobre a referida preliminar, disse que a questão não se esgotava na declaração de invalidade das provas consistentes nas degravações da conversa telefônica e dos dados computadorizados, senão igualmente de fazer abordagem quanto à eventual contaminação das provas colhidas por derivação daquelas.

Naquele caso, o Ministro MOREIRA ALVES, reiterando o que já havia salientado no HC 69.912/RS, afirmou que, para ele, com a dicção normativa empregada pelo constituinte no art. 5º, LVI, claramente se sufragou a tese de que somente devem ser inadmissíveis no processo as *provas ilícitas em si mesmas*, e não aquela “... a que se chegou por meio daquelas, consideradas não como provas, mas apenas como pistas, e que foram produzidas lícitamente”¹⁴⁰⁸. Em arremate, o Ministro MOREIRA ALVES acrescentou que, do modo como o assunto foi tratado no texto constitucional, não há margem para que se defenda a presença da *figura retórica dos frutos da árvore venenosa*¹⁴⁰⁹. O Ministro ILMAR GALVÃO, diante da observação feita pelo Ministro MOREIRA ALVES de que a preliminar referente à inadmissibilidade das provas ilícitas era mais abrangente, no sentido de incorporar, igualmente, as provas derivadas, pedindo a palavra pela ordem, aditou ao seu voto as considerações feitas pelo então decano da Suprema Corte, acostando-se ao pensamento por ele exposto.

Essa posição, no entanto, embora acatada pelo relator¹⁴¹⁰, foi contundentemente rechaçada pelo Ministro CELSO DE MELLO. No início de seu voto, o Ministro CELSO DE MELLO, reafirmando o que já havia asseverado em outros pronunciamentos, disse que “... ninguém pode ser acusado ou condenado com base em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do poder público, *também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergência de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado.*”¹⁴¹¹. De acordo com o Ministro em referência, a hostilidade às provas tanto *ilícitas* quanto *ilegítimas*, decorrência do primado do *due process of law*, restou patenteada no texto constitucional que, de forma expressa, previu a sanção de inadmissibilidade para elas, complementando, com suporte em doutrina haurida de diversos doutrinadores, dentre eles ADA PELLEGRINI GRINOVER e MAURO CAPPELETTI, que a regra insculpida na Constituição de 1988 consagrou, em nosso meio, a ideia de que a prova obtida por meios ilícitos *deve ser repudiada sempre*, “... por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade”¹⁴¹².

Em passagem do voto, o Ministro arrematou:

A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra eventuais ações abusivas do poder público – tem, *no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas* uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu

¹⁴⁰⁵ A empresa pertencia a PAULO CÉSAR FARIAS, mais conhecido como PC, que havia sido o tesoureiro da campanha presidencial de FERNANDO COLLOR e era acusado de ser o principal mentor e executor da rede de corrupção que se instalou no governo.

¹⁴⁰⁶ Ibid.

¹⁴⁰⁷ Ibid.

¹⁴⁰⁸ Ibid.

¹⁴⁰⁹ Ibid.

¹⁴¹⁰ Ibid.

¹⁴¹¹ Ibid.

¹⁴¹² Ibid.

tem o impostergável direito de *não ser denunciado, de não ser sentenciado e de não ser condenado* com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder instrutório do Estado.

Nessa linha de pensamento, defendeu o Ministro CELSO DE MELLO que a ilicitude original da prova “... transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que *nela se apoiem*, ou *dela derivem* ou, finalmente, nela encontrem o seu fundamento causal”¹⁴¹³.

Apoiado em doutrina expandida por ADA PELLEGRINI¹⁴¹⁴, o Ministro CELSO DE MELLO argumentou que a redação empregada pela Constituição a respeito da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito não dá ensejo a que se aplique, diante do caráter absoluto da regra ali inscrita, como exclusão dessa sanção, o princípio da *proporcionalidade* construído pela cultura jurídica alemã, uma vez que nela não há nenhuma previsão nesse sentido. Acrescentou que se nota da leitura do texto normativo que a preocupação do constituinte foi “... com o momento de admissibilidade, pretendendo claramente impedir os momentos sucessivos, de introdução e valoração da prova ilícita, de modo que se aplica, no nosso ordenamento jurídico, a doutrina dos *frutos da árvore venenosa*, que consagra, em nosso meio, a tese da ilicitude da prova por derivação”¹⁴¹⁵. Essa proposição, sustentada pelo Ministro CELSO DE MELLO, que deu caráter absoluto à *exclusionary rule*, seduziu o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que votou em seguida, argumentando, sem maiores considerações, que “Se essa (prova) é ilícita, o que dela advier, não apenas como prova de ilícito fiscal, mas como prova eventual de outros ilícitos, estará contaminado. Já aplico, aqui, Sr. Presidente, a tese dos ‘frutos da árvore venenosa’, suscitada genericamente pela defesa neste processo”¹⁴¹⁶.

Contudo, o Ministro SYDNEY SANCHES, em que pese tenha reconhecido a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, acostando-se ao pensamento defendido pelo Ministro MOREIRA ALVES, não estendeu a ineficácia às provas derivadas, rejeitando, por conseguinte, a teoria dos *fruits of the poisoned tree*. Em prol de sua posição, o Ministro SYDNEY SANCHES ponderou que a teoria dos frutos da árvore venenosa pode conduzir a situação inquietante, citando como exemplo a hipótese em que a polícia, chamada pelo marido para investigar o desaparecimento da mulher que teria, segundo ele, sido sequestrada, mediante interceptação telefônica sem autorização judicial – por isso mesmo ilícita – vem a descobrir que, em verdade, ela fora assassinada pelo esposo e que o corpo se encontrava enterrado em determinado local.

Nesse caso – argumentou o Ministro SYDNEY SANCHES – não seria razoável que fosse considerada inválida, sob o pálio de ilicitude por derivação, apenas pela circunstância de a polícia ter dado início a sua investigação com base naquela informação colhida ilicitamente com a interceptação telefônica inidônea, igualmente a prova de balística que demonstra ter partido da arma do marido os disparos referentes aos projéteis encontrados no corpo da esposa, na autópsia realizada após a exumação do cadáver, todas essas diligências realizadas em consonância com os preceitos normativos. Em outra parte de seu voto, advertiu o Ministro SYDNEY SANCHES: “Se se entender, em casos como esse, que o ato inicial de interceptação telefônica, pela polícia, praticado inconstitucionalmente, por constituir prova ilícita, inadmissível, por isso mesmo, em Juízo, contamina todos os demais elementos probatórios, obtidos lícitamente, inclusive a confissão judicial do réu, em perfeita harmonia com os demais elementos de convicção, então jamais se poderá punir um crime como esse. E a consequência será, sempre e sempre, a absolvição do autor do delito, o que, ‘*data venia*’, me parece um rematado contrassenso”¹⁴¹⁷. Esse raciocínio desenvolvido pelo Ministro SYDNEY SANCHES convenceu os demais ministros, de modo que foi acatada a tese, inicialmente invocada naquele julgamento pelo Ministro MOREIRA ALVES, de que a cláusula constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, tendo em conta a

¹⁴¹³ Ibid.

¹⁴¹⁴ Ibid.

¹⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: AP – Processo: 307-3, UF: DF, PLENO, Data da decisão: 13/12/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT. Acesso em: 14 mar. 2005.

¹⁴¹⁶ Ibid.

¹⁴¹⁷ Ibid.

forma como redigido o art. 5º, LVI, da Constituição, não alberga a teoria originada do sistema americano, denominada *fruits of the poisoned tree*¹⁴¹⁸.

Porém, já no ano de 1996, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando voltou a se pronunciar sobre o assunto, o que ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 73.351/SP, por maioria, contrariando a orientação anterior plasmada no famoso *Caso COLLOR*, adotou o princípio dos *fruits of the poisoned tree* como razão de decidir, ao deixar escrito que “... a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e inviabilizá-la —, contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta”¹⁴¹⁹.

Originariamente, a questão fora submetida à apreciação da Primeira Turma, porém entendeu-se, à unanimidade, que se tratava de assunto afeto ao Pleno. Nesse julgamento, estando ocasionalmente ausente o Ministro CELSO DE MELLO – lembre-se que ele, no *Caso COLLOR*, havia defendido a aplicação da teoria dos *frutos da árvore venenosa* – e impedido o Ministro CARLOS VELLOSO, restaram vencidos os Ministros MOREIRA ALVES, OCTÁVIO GALLOTTI, NÉRY DA SILVEIRA e SYDNEY SANCHES, tendo votado, em consonância com o Relator, Ministro ILMAR GALVÃO, que defendeu a aplicação da teoria da contaminação da prova obtida por derivação, os Ministros FRANCISCO REZEK, MARCO AURÉLIO, MAURÍCIO CORRÊA e SEPÚLVEDA PERTENCE, que desempatou, na qualidade de Presidente. Verifique-se que o Ministro ILMAR GALVÃO, no julgamento do caso COLLOR, aderiu à tese defendida pelo Ministro MOREIRA ALVES, mas, no entanto, na apreciação do HC 73351/SP, modificou o seu voto, passando a defender a aplicação, em nosso sistema, da teoria dos *fruits of the poisoned tree*. No corpo de seu voto, o Ministro ILMAR GALVÃO, após considerar que a apreensão da droga e consequente prisão dos acusados somente foram possíveis em decorrência da interceptação telefônica obtida sem a necessária autorização judicial, arrematou que “... o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos ‘fruits of the poisonous tree’, é que as provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas”¹⁴²⁰.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 1996, em relação à inadmissibilidade da prova por derivação, a despeito da ponderação quanto à aplicação da cláusula dos *frutos da árvore envenenada*, salientou que “... as provas obtidas por meios ilícitos contaminam”, *apenas e tão-somente*, “... as que são exclusivamente delas decorrentes”¹⁴²¹.

A aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa foi mais uma vez acatada, na apreciação do Habeas Corpus 72.588/PB, restando vencidos os Ministros MOREIRA ALVES, OCTÁVIO GALLOTTI, NÉRY DA SILVEIRA, SYDNEY SANCHES e CARLOS VELLOSO. Mas note-se que, sem embargo de ficar, de uma vez por todas, consolidada a divisão de duas correntes de pensamento no Supremo Tribunal Federal, uma liderada pelo Ministro MOREIRA ALVES, contra a aplicação da teoria dos *fruits of the poisoned tree*, enquanto a outra, capitaneada pelo Ministro CELSO DE MELLO, no sentido de que o texto constitucional dá guarida a essa cláusula, na maioria alcançada por seis votos contra cinco, ficou esboçada a tese de que não se tem como imprestáveis todas as provas derivadas, senão aquelas derivadas *exclusivamente* da prova obtida por meio ilícito.

¹⁴¹⁸ Conforme o extrato da ata do julgamento da AP 307-3, quanto à repercussão da prova inadmissível sobre as demais dela decorrentes, restaram vencidos o Ministro CELSO DE MELLO e, em menor extensão, os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e NÉRY DA SILVEIRA. (Ibid.)

¹⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Data da decisão: 09/05/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 8 set. 2005.

¹⁴²⁰ Ibid.

¹⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. Data da decisão: 12/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 set. 2005.

Reforçando esse entendimento, no final do ano de 1996, ao ter sobre a mesa o Habeas Corpus 74.530/AP, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, lavrado pelo Ministro ILMAR GALVÃO¹⁴²², tendo participado do julgamento, presidido pelo Ministro MOREIRA ALVES, os Ministros OCTÁVIO GALLOTTI, SYDNEY SANCHES e CELSO DE MELLO – portanto três dos Ministros (contando com o Presidente da Turma) que não admitiam a tese dos *frutos da árvore venenosa* –, esclareceu, em mitigação a essa teoria, que a prova por derivação, a princípio inidônea, pode ser admissível, na hipótese em que “... não for a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar com as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial”. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal¹⁴²³, que passou a apoiar a tese dos *fruits of the poisoned tree* em sua forma mitigada, por maioria, no Habeas Corpus 76.203/SP, ressaltou que a “Escuta telefônica que não deflagra ação penal, não é causa de contaminação do processo”, devendo ser emprestada, ao caso, a “Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos.”

Vê-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, conquanto tenha, inicialmente, expressado entendimento de que a cláusula da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (*exclusionary rule*), nos termos como redigida pelo constituinte, não alcançava as provas derivadas, posteriormente, modificou essa orientação, de modo a entender que o vício da prova ilícita contamina, igualmente, por derivação, as demais provas, acolhendo, assim, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisoned tree*), porém, mediante interpretação restritiva, pois, em rigor, esta não tem aplicação, ainda segundo a posição adotada pela Excelsa Corte, quando as secundárias não tenham procedência exclusiva na originária eivada de ilicitude. Assim, o Supremo Tribunal Federal saiu da posição de inadmissibilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada para a de admissibilidade irrestrita e, por fim, para uma mais ponderada, em que a admite, porém em sua forma mitigada (*admissibilidade restrita*).

Aqui, como será especificado, o Supremo Tribunal Federal acolhe, em nosso meio, a regra de exclusão de ilicitude da prova derivada consubstanciada nas teorias da fonte independente (*independent source*) e, em certa medida, do descobrimento inevitável (*inevitable discovery*), hauridas da jurisprudência da Suprema Corte Americana.

Essa posição jurisprudencial foi acolhida pelo legislador, por meio da Lei nº 11.690, de 2008, ao alterar o art. 157 do CPP e, com o enxerto do § 1º, definir que “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”¹⁴²⁴ Indo mais além, o legislador cuidou de considerar fonte independente “... aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (§ 2º). Aqui, como se verá mais adiante, ao dar a definição de fonte independente, em verdade, o legislador tratou da teoria da descoberta inevitável.

Isso não quer dizer, porém, que outras exceções às *exclusionary rules* não possam ser invocadas, consoante será analisado a seguir. O que se tem é que, expressamente, o legislador infraconstitucional, em rigor, adotou três regras oriundas da jurisprudência americana: (1) falta de nexo de causalidade entre a prova originária ilícita e a derivada; (2) fonte independente da prova derivada; (3) descoberta inevitável da prova derivada.

¹⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO EXTEMPORÂNEA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO-ACOLHIMENTO. Data da decisão: 12/11/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 set. 2005.

¹⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Relator p/ acórdão Ministro NELSON JOBIM. Data da decisão: 16/06/1998. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 set. 2005. No julgamento, ficaram vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO e MAURÍCIO CORRÊA, que defendiam a aplicação abrangente da cláusula dos *frutos da árvore venenosa*.

¹⁴²⁴ No Projeto de Lei nº PL 4.205/2001, a questão da prova derivada foi abordada de forma mais lacônica (“art. 157, § 1º: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras”) e não tinha a explicação do § 2º.

9.1.6.2 – As exclusionary rules.

Como se observará da leitura desse item, a Suprema Corte Americana, tempos antes, fez o mesmo percurso do Supremo Tribunal Federal: recalcitrou, no início, em admitir a teoria dos frutos da árvore envenenada, depois passou a admiti-la de forma ampla e, por fim, passou a criar uma série de exceções à nulidade da prova ilícita. A Suprema Corte norte-americana empregou essa doutrina na sua feição mais radical, porém, depois, notadamente na década de 70 (setenta), passou a tergiversar sobre o tema.

Em verdade, ao mesmo tempo em que a teoria das exclusionary rules atingia, nos Estados Unidos, a sua expressão máxima com o entendimento de que ela abrangia, ainda, as provas derivadas, surgia, em contranota, forte reação contra a rigidez dessa regra, que ganhou fôlego com as vozes fortes do movimento criminal denominado *law and order*, com o qual se reclamava a adoção de temperamento à tese, com consequente redução do seu alcance, especialmente em relação à contaminação das provas por derivação¹⁴²⁵.

A esse respeito, JOSHUA DRESSLER¹⁴²⁶, em análise sobre a visão filosófica da Suprema Corte americana na aplicação dos direitos fundamentais no processo criminal, identifica 3 (três) fases bem definidas, conforme as presidências (*chief justices*) de EARL WARREN (1953-1969), WARREN BURGER (1969-1986) e WILLIAM REHNQUIST (1986-2005)¹⁴²⁷. Salienta que, resumidamente, “sob a presidência de Warren a corte promoveu o ativismo judicial, sendo o poder judicial usado para desenvolver regras favoráveis aos indivíduos em confronto com o Estado”¹⁴²⁸. As decisões da Suprema Corte americana, nesse período, no contexto do processo criminal, expandiram de tal maneira os direitos fundamentais do acusado, que representam uma verdadeira *criminal justice revolution*¹⁴²⁹. Todavia, ao tempo das presidências de BURGER e de REHNQUIST – nesta menos do que naquela –, deu-se prevalência a outro modelo de processo criminal, denominado *crime control*, afinada com o movimento da lei e ordem.

A bem da verdade, reconhece JOSHUA¹⁴³⁰, sob a presidência de REHNQUIST, a Suprema Corte americana buscou o *justo equilibrio* entre a proteção aos direitos fundamentais e a eficiência da persecução criminal. No ponto, a referido doutrinador salientou que

O Tribunal Rehnquist colocou ênfase maior do que a Corte de Warren sobre a questão de obter (ou, pelo menos, seus críticos diriam, mais retórica de obter) um resultado confiável factualmente no julgamento, e menos ênfase do que a anterior (BURG Court) nos métodos empregados pelo governo para obter as provas utilizadas para condenar os réus.

Essa mutação histórica da jurisprudência americana temperou os rigores da teoria dos *fruits of the poisoned tree*, fazendo exsurgir algumas cláusulas de exclusão da nulidade. Em detalhado estudo do Direito Comparado, com especial destaque para a jurisprudência americana, MAXIMILIANO HAIRBEDIÁN identifica 12 (doze) exceções às *exclusionary rules*, as quais mitigam sobremaneira a teoria dos *fruits of the poisoned tree*: (1) a fonte independente; (2) o descobrimento inevitável; (3) a boa-fé (good faith); (4) a doutrina do purged taint ou dos vícios sanados; (5) a prova benéfica em prol do acusado; (6) o princípio da proporcionalidade ou *balancing test*; (7) a destruição da mentira do imputado; (8) a teoria do risco; (9) a plain view doctrine e os campos abertos; (10) a renúncia do

¹⁴²⁵ ANDRADE. Op. cit., p. 23.

¹⁴²⁶ DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*. 3. ed. New York: Lexis Nexis, 2002, p. 19.

¹⁴²⁷ O livro foi escrito em 2002.

¹⁴²⁸ “... the Warren Court was an activist Court that used its judicial Power to develop rules favorable to individuals vis a vis de government.” (Ibid.)

¹⁴²⁹ Eis as palavras de JOSHUA: “In te context of criminal procedure, the Warren Court was responsible for most of the constitutional decisions that expanded the rights of persons accused of crime. Indeed, the ‘criminal justice revolution’ – as it has often been called – was largely led by the Warren Court (or, more accurately, a majority of its members) (Ibid.).

¹⁴³⁰ “The Rehnquist Court has usually placed greater emphasis than did the Warren Court on the matter of obtaining (or, at least, its critics would claim, more rhetoric of obtaining) a factually reliable outcome at trial, and less emphasis than the earlier Court on the methods employed by the government to obtain the evidence used to convict defendants” (Ibid.)

interessado; (11) a infração constitucional alheia; e (12) a infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial¹⁴³¹.

Para melhor compreender a adoção dessas exceções à regra das *exclusionary rules* pela Suprema Corte americana, impõe-se esclarecer que, no sistema estadunidense, o escopo dos direitos fundamentais é prevenir e reprimir os abusos praticados pela polícia criminal na apuração dos fatos criminosos, daí por que, esclarece, não sem razão, COSTA ANDRADE¹⁴¹²¹⁴³² que “A questão verdadeiramente decisiva em debate na fase do processo americano relativa à admissibilidade dos meios de prova é, assim, determinar se terá ou não ocorrido uma violação da lei por parte da polícia”. Por isso mesmo, pode-se concluir que, no sistema americano, em primeiro lugar, os direitos fundamentais servem de parâmetros para a atuação da polícia, o que faz sobrelevar o entendimento de que algumas cláusulas de exclusão, como a *good faith*, são adotadas pela jurisprudência como forma de atenuar, em prol da atividade policial, a rigidez das *exclusionary rules*¹⁴³³.

A ideia é de que a ilicitude da prova deve ser reconhecida como forma de desestimular ou inibir os agentes policiais quanto ao uso de métodos, na atividade investigatória dos crimes, que se contrapõem aos direitos fundamentais. Por isso mesmo, JOHN STRONG, apud HAIRBEDIÁN, leciona que uma das hipóteses em que a ilicitude empregada contamina a validade da prova é quando isso se mostra “... útil para desanimar determinada conducta ilícita de los funcionarios encargados de perseguir el delito”¹⁴³⁴, dando como exemplo a hipótese em que “... alguien grabe ilegalmente una conversación y luego intente testificar sobre el contenido de la misma, no em base a la grabación, sino a lo que recuerda su memoria”¹⁴³⁵, pois, nesse caso, ainda que o testemunho em si tenha uma fonte independente da gravação, o reconhecimento da ineficácia dessa prova seria pertinente para coibir o policial de realizar gravações clandestinas, sem autorização judicial, de conversas alheias. O afastamento da ilegalidade sob o enfoque da produção independente, nesse caso, teria o efeito negativo de estimular esse tipo de conduta por parte da polícia.

O mesmo não se dá em outros sistemas jurídicos, como é o caso do Alemão, porquanto a regra expressa do art. 1º, 3, da Constituição germânica exprime que “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”, preceito que anima ALEXY a dizer que essa previsão estabelecida no Texto Maior confere não apenas força normativa a essa espécie de direitos – aliás, máxima força normativa –, como rompe com a tradição de normas meramente programáticas identificadas no constitucionalismo do Império e da República de Weimar, e, de permeio, constitucionaliza o Direito em sua totalidade, para fins de celebrar a realização plena dos direitos fundamentais¹⁴³⁶. Aqui vale recordar que coube à Constituição da República de Weimar, editada em 1919, a concepção de que os direitos fundamentais, na perspectiva das relações interpessoais, apresentam-se sob a qualidade de direitos da personalidade, daí por que as normas deles dimanadas servem tanto para proteger os cidadãos nas suas relações com o Estado como para protegê-los uns dos outros¹⁴³⁷.

Assim como no Direito tedesco, no sistema jurídico brasileiro, os direitos fundamentais são previstos como regras que vinculam não apenas os aparelhos dos órgãos de segurança que se ocupam da atividade investigatória, mas igualmente todos, com isso se dizendo que não se tratam de normas cujas garantias se contentam em inibir o abuso do poder público, até porque eles visam garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, que pode ser arranhada não só por aqueles, como igualmente por uma pessoa física. Assim, do mesmo modo que a gravação clandestina, ou seja, produzida sem o conhecimento da pessoa ou autorização judicial, levada a efeito pela autoridade policial, não goza de idoneidade para servir de prova, do mesmo modo não tem valia aquela que vier a ser conseguida por obra de iniciativa de um particular, salvo quando tal se dê para fins de defesa¹⁴³⁸.

¹⁴³¹ Faz menção, ainda, à regra de exclusão sob a denominação divisão do processo, em que a prova somente é admissível em relação a determinadas fases processuais, o que não se mostra muito afinado com o nosso sistema nem tem muita relevância.

¹⁴³² Ibid., p. 144.

¹⁴³³ Ibid., p. 145.

¹⁴³⁴ Op. cit., p. 69.

¹⁴³⁵ Ibid.

¹⁴³⁶ *Derechos fundamentales y estado constitucional democrático*. p. 34.

¹⁴³⁷ Cf. 5.8, supra.

¹⁴³⁸ Cf. RE 212081/R0, Primeira Turma, un., Relator Ministro OCTÁVIO GALLOTI.

9.1.6.2.1 – A fonte independente (independent source).

A teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) vem sendo adotada em vários pronunciamentos da Suprema Corte americana, que consiste em relevar a nulidade da prova derivada quando, ainda que ilícito o meio empregado na apuração, esta exista por si mesma, podendo ser obtida em conformidade com o ordenamento jurídico. Ela serve para temperar o rigor da teoria dos frutos da árvore envenenada, excepcionando-se “... da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras é tênue ou de modo a não se colocarem as primárias e as secundárias como causa e efeito”¹⁴³⁹. Essa hipótese denomina-se, no sistema americano, *independent source doctrine*. HAIRABEDIÁN faz notar que “Ya em 1920, cuando la Corte extendió la ineficacia probatoria a la prueba derivada de la ilegal en el caso ‘Silverthorne’, el voto de juez Holmes agregaba que la teoría de la extensión no necesariamente implicaba que las pruebas adquiridas en virtud de la violación eran de una invalidez ‘sagrada’, y que si el ‘conocimiento de ellas es obtenido de una fuente independiente, pueden servir como prueba como cualquier otra”¹⁴⁴⁰.

Nessa linha de pensamento, a despeito da ilegalidade praticada na obtenção da prova (confissão à força, por exemplo), não se tem por contaminada a prova que resulta de procedimento independente, sem conexão direta com a violação constitucional anteriormente praticada na investigação. Conforme HAIRABEDIÁN¹⁴⁴¹, a Suprema Corte americana, em relação à exclusão de contaminação da prova derivada decorrente da prova obtida por meio ilícito, faz notar que a tese da fonte independente é fundamentada em dois sentidos: (1) casos em que o Ministério Público, tendo obtido provas de forma legal e ilegal, faz uso apenas da obtida licitamente, que é a hipótese propriamente dita da fonte independente (*independent source*)¹⁴⁴²; (2) ou quando o Ministério Público faz uso em conjunto de todas as provas obtidas na investigação, incluindo as contaminadas, o que enseja a necessidade de que sejam especificadas as provas que, com a supressão hipotética do ato eivado de vício, podem igualmente permitir a mesma conclusão ou substituir a inválida.

Como exemplo de julgado com base nessa tese, HAIRABEDIÁN cita o caso em que, feito o reconhecimento do autor do crime por testemunha, sem a prévia cientificação ao defensor, o ato se renova no julgamento. Mas adverte HAIRABEDIÁN que a jurisprudência norte-americana, em alguns casos, quando surgem dificuldades fáticas para definir o grau de nexos de causalidade entre a ilicitude originária e a última prova derivada, não tem aplicado a cláusula de exclusão das *exclusionary rules*, ressaltando que, nesses casos, tem plena aplicação o princípio do *in dubio pro reo*¹⁴⁴³.

Em *NIX v. WILLIAMS*¹⁴⁴⁴, a Suprema Corte americana evidenciou o fundamento da *independent source doctrine*, com a seguinte assertiva:

O interesse da sociedade em deter a conduta policial ilegal e o interesse público de que o júri receba as provas do crime são corretamente balanceados para colocar os policiais na mesma posição, não em pior situação do que eles teriam se não houvesse o erro policial ou a má conduta tivesse ocorrido. Quando a prova questionada tem uma fonte independente, a exclusão dessa prova colocaria os policiais em uma posição pior do que se eles não tivessem cometido nenhum erro ou violação.

¹⁴³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 136. Note-se que essa teoria foi adotada no Projeto de Lei nº PL 4.205/2001, na redação proposta para o art. 157, § 1º.

¹⁴⁴⁰ Op. cit., p. 68.

¹⁴⁴¹ Ibid.

¹⁴⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 136)

¹⁴⁴³ Op. cit., p. 69.

¹⁴⁴⁴ “(t)he interest of society in deterring unlawful police conduct and the public interest in having juries receive all probative evidence of a crime are properly balanced by putting the police in the same, not a worse position that they would have been in if no police error or misconduct has occurred. When the challenged evidence has an independent source, exclusion of such evidence would put the police in a worse position than they would have been in absent any error or violation.” DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*, p. 414.

JOSHUA DRESSLER¹⁴⁴⁵, com lastro em pronunciamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos, diz que essa teoria é aplicável em duas situações distintas: (a) quando a prova questionada é obtida por meio de procedimento legal da polícia, sendo a ilegalidade praticada posteriormente; (b) quando a prova inicialmente é obtida ilegalmente, mas, depois, é obtida legalmente (MURRAY v. United States). De toda sorte, menciona o julgamento em COMMONWEALTH v. MELENDEZ, no qual se esclareceu que essa doutrina somente é válida quando a *independent source* é independente do policial ou da equipe de investigação engajada na conduta inicial ilegal¹⁴⁴⁶

Em análise do sistema processual alemão, MANUEL DA COSTA¹⁴⁴⁷ diz que a vedação se restringe à “... valoração das declarações obtidas pelos métodos proibidos e legalmente descritos, mas já não dos meios de prova que aquelas declarações tornam mediatamente possíveis”, porquanto “... a ilicitude que inquina a prova primária, não preclui a possibilidade de acesso, por procedimentos legalmente admissíveis, à prova secundária.”¹⁴⁴⁸ Em citação à lição emanada de GÖSSEL, o doutrinador português diz que

O § 136 da StPO quer seguramente impedir que seja utilizado para efeitos de convicção o material directamente resultante do atentado à livre conformação da vontade do arguido (v.g. uma confissão obtida mediante tortura); mas já não impedir a consideração dos demais resultados daquela investigação que, apesar de obtidos a partir dos dados indevidamente alcançados, podem ser legitimamente introduzidos no processo.

O Tribunal Supremo Espanhol também tem reconhecido a tese da *fonte independente* (*independent source*), ao deixar consignado que a prova derivada não há de ser tida como contaminada, não sendo, por conseguinte, considerada ilícita, na hipótese em que “... *es posible establecer desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas*”¹⁴⁴⁹. Há registro, até mesmo, da adoção pela Corte Suprema espanhola da tese do descobrimento inevitável hipotético, registrado em caso no qual, em que pese tenha ocorrido interceptação telefônica ilegal, a pessoa já vinha sendo investigada pela polícia, tendo ocorrido anteriormente, inclusive, autorização judicial para que fosse violado o sigilo telefônico, de modo que inevitavelmente, e por meios regulares, já estava em marcha o descobrimento dos fatos¹⁴⁵⁰.

Existem precedentes do Supremo Tribunal Federal em ambos os sentidos com os quais é concebida a teoria da *independent source*. Com efeito, no julgamento do Habeas Corpus 76.203/SP, ocorrido perante a Segunda Turma da Excelsa Corte, observou-se que a prova ilícita decorrente da escuta telefônica indevida não ocasiona a contaminação das demais provas, na hipótese em que ela não é utilizada para *deflagrar a ação penal*, ou seja, o Ministério Público, no momento da propositura da denúncia, não faz uso da prova inadmissível por ofensa a preceito fundamental¹⁴⁵¹. No referido julgado, no corpo da ementa, ressaltou-se que essa linha de entendimento, que na verdade acolhe a teoria da *independent source* propriamente dita, confere uma “Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos”.¹⁴⁵² Essa é aquela hipótese em que o Ministério Público, de posse de provas obtidas de forma lícita e ilícita, ao oferecer a denúncia, escora a pretensão acusatória apenas nas que foram validamente produzidas, de modo que, mesmo estas tendo grau de derivação da que estava contaminada, não se há de falar em aplicação da tese dos frutos da árvore venenosa, uma vez que gozam de existência autônoma.

Há registro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, igualmente, de acolhida da tese da *fonte independente* mesmo quando o Ministério Público, a um só tempo, apoia a sua pretensão

¹⁴⁴⁵ *Understanding criminal procedure*, p. 414-415.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 415, nota de rodapé nº 176.

¹⁴⁴⁷ *Op. cit.*, p. 171.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 171.

¹⁴⁴⁹ HAIRABEDIÁN. *Op. cit.*, p. 70. No mesmo sentido, cf. EDUARDO DE URBANO. *Op. cit.*, p. 46-47.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 76.

¹⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Relator p/ acórdão Ministro NELSON JOBIM. Data da decisão: 16/06/1998. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 set. 2005. Esse julgado também está mencionado no item 9.1.6.1.2, supra.

¹⁴⁵² *Ibid.*

punitiva em provas carreadas para o processo mediante procedimento lícito e ilícito. Tal se observa da leitura do acórdão redigido no Habeas Corpus 83.921/RJ, no qual funcionou como relator o Ministro EROS GRAU¹⁴⁵³, merecendo destaque a parte da ementa em que se diz que não cabe censura a decisão judicial quando, a despeito da existência de ilicitude no procedimento adotado para que fosse colhido o reconhecimento fotográfico, o pronunciamento se escora “em provas autônomas produzidas em juízo.” De acordo com essa mesma orientação, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, em votação unânime, tendo como Relator o Ministro FÉLIX FISCHER¹⁴⁵⁴, atestou que “Não há como acolher a pretensão do recorrente de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (the fruits of the poisonous tree), haja vista que o vergastado acórdão reconheceu a independência entre a prova tida como ilícita e as demais...”, tese que igualmente passou a ser defendida em outros julgados. À guisa de exemplo, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, também à unanimidade, no Recurso Especial nº 204080/CE, relatado pelo Ministro FERNANDO GONÇALVES, certificou que, no caso, não merecia censura a decisão de pronúncia prolatada, uma vez que os indícios de materialidade e autoria que lhe deram suporte não foram “... derivados de provas ilícitas (utilização de dados telefônicos sem autorização judicial), mas autônomos, sem a contaminação de que fala a teoria dos frutos da árvore envenenada”¹⁴⁵⁵.

A tese defendida pelos tribunais superiores, por conseguinte, é no sentido de que a prova, mesmo derivada de outra que é considerada ineficaz por ter sido obtida por meio ilícito, não deve ser considerada contaminada pelo vício, na medida em que ela tem existência própria, independente da prova colhida de forma ilícita. Essa posição foi defendida, com bastante sagacidade pelo Ministro SYDNEY SANCHES, no já mencionado julgamento do caso COLLOR.

Com base nessa tese, imagine-se a situação em que, mediante escuta telefônica ilegal, se obtém a confissão do crime, a qual em si é uma prova que decorre exclusivamente do meio ilegal empregado. Em outras palavras, a confissão em si não existe senão em razão da ilicitude, mas tal não contamina, por exemplo, a diligência que, feita sob as cautelas legais, porém a partir da informação colhida naquele procedimento, logra encontrar o corpo da vítima¹⁴⁵⁶.

Ademais, conforme salientado, com a edição da Lei nº 11.690, de 2008, essa jurisprudência do STF, seguida de perto pelo STJ, foi transformada em lei, na medida em que, nos termos do art. 157, § 1º, do CPP, a prova derivada não é considerada inadmissível, quando tiver origem em *fonte independente*. Note-se que, como se verá adiante, o legislador incorporou outra teoria que é muito similar à fonte independente, a saber, a *falta do nexo de causalidade*. Para complicar, a definição legal de fonte independente, encartada no § 2º do art. 157 do CPP (“Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”), não se coaduna propriamente com a explicação dada a essa teoria quer pela jurisprudência, quer pela doutrina. Essa definição legal, em verdade, refere-se à *inevitable discovery doctrine*.

Por fim, importa ter em conta a observação feita por JOSHUA DRESSLER, quanto à diferença basilar entre a (i) *independent source*, (2) *inevitable discovery rule* e (iii) *attenuated connection principle ou purged taint*. Como foi visto, no caso da fonte independente, a prova questionada não é

¹⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQUENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. un., Data da decisão: 03/08/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 set. 2005.

¹⁴⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ARTS. 213 E 214 C/C ART. 224, A, E ART. 147, TODOS DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. DEGRAVAÇÃO. PROVA ILÍCITA. ORDEM CONCEDIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO PARA DETERMINAR O DESENTRANHAMENTO DA REFERIDA PROVA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS PROVAS RECONHECIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE ACURADO EXAME DO MATERIAL COGNITIVO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA, Data da decisão: 28/06/2005. un. Disponível em: www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em: 9 set. 2005.

¹⁴⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. CRIMINAL. PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO GENÉRICA DE LEI. PRONÚNCIA. PROVAS ILÍCITAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NÃO-OCORRÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA 7. Data da decisão: 21/08/2001. Disponível em: www.stj.gov.br/Jurisprudencia. Acesso em: 10 set. 2005.)

¹⁴⁵⁶ Cf. item 9.1.6.1.2, supra.

fruto da árvore envenenada. Já as teorias do descobrimento inevitável ou da conexão atenuada ou mancha purgada servem para excepcionar a regra de que os frutos da árvore envenenada são inadmissíveis¹⁴⁵⁷.

9.1.6.2.2 – O descobrimento inevitável (inevitable discovery).

Outra tese que, em consonância com a jurisprudência da Suprema Corte americana, serve para dar flexibilidade à teoria dos *frutos da árvore envenenada* é a doutrina do descobrimento inevitável ou *inevitable discovery rule* também conhecida como *hipopetical independent source*. Tal ocorre quando, sem embargo do procedimento ilegal empregado para o descobrimento do fato, é possível obter-se a prova de forma lícita¹⁴⁵⁸. Conquanto parecida com a tese da *independent source*, daquela se distingue devido à circunstância de não prescindir de produção probatória independente, senão de que o descobrimento inevitável seja *hipoteticamente fático*. A despeito dessa distinção, reconhece HAIRABEDIÁN, “... es común la confusión entre una excepción y otra, dadas las similares características que presentan ambas, o que há llevado a tratarlas en conjunto”¹⁴⁵⁹.

No caso do inevitable discovery, “... as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira”¹⁴⁶⁰, ou, em outras palavras, “... a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas”¹⁴⁶¹. Aqui parece evidente que a tese admite a validade da prova derivada quando ela, suprimida a prova anterior e ilícita, seja possível exsurgir licitamente, o que pressupõe, por conseguinte, a existência concreta dessa prova derivada, não apenas a possibilidade de ela ter sido obtida.

De todo modo, HAIRABEDIÁN cita caso em que a Suprema Corte entendeu pertinente para dar validade à prova que embora obtida ilicitamente seria inevitavelmente obtida mesmo se tivesse sido adotada a forma legal, tese que, segundo o autor em referência, é sufragada por ROXIN, que crê acertado aplicar-se essa exceção ante um *alto grau de probabilidade do descobrimento inevitável*¹⁴⁶². Contudo, o mais correto parece ser a exigência de que a prova derivada exista concretamente, pois a validade não é da prova obtida por meio ilícito, mas sim da que dela é derivada, porém, por não depender única e exclusivamente daquela e, por isso mesmo, ser inevitável o seu descobrimento, tem-se por eficaz, aplicando-se a *exclusionary rules*. Ademais, no caso em que o descobrimento inevitável se sustenta ante uma *probabilidade fático*, tem-se uma mera presunção de prova derivada lícita, o que não se coaduna com o princípio do *in dubio pro reo*, que dimana do direito fundamental da *presunção de não culpabilidade*.

Em julgamento do processo nº 2006.84.00.004873-0, ao proferir a sentença, a despeito de reconhecer a ilicitude da prova derivada da diligência levada a efeito em busca e apreensão aparelhada com decisão oriunda de Juízo com incompetência absoluta, entendemos pela validade da prova consistente de fotografias da fachada do estabelecimento, as quais, para serem obtidas validamente, prescindiam da autorização judicial.

O que se verifica é que essa cláusula de exceção contém acentuado grau de indefinição, daí que merece atenção a advertência de que “*La doctrina del descubrimiento inevitable debe ser usada com restricción para que no se convierta em um vehículo que derogue el derecho de todos los ciudadanos a estar libres de registros y secuestros irrazonables*”¹⁴⁶³. Por isso mesmo, além de alguns tribunais, como é o caso da Suprema Corte de Massachusetts, exigirem, para aplicar a exceção, a demonstração da certeza do descobrimento inevitável, a boa-fé da polícia e a prova de que não houve violação do domicílio, outros, a exemplo da Suprema Corte do Arizona, em alguns casos, mesmo quando suprida a exigência do *inevitable discovery*, ainda assim, não fazem uso da excepcionalidade, tendo em conta a intensidade do direito fundamental violado, “... que

¹⁴⁵⁷ DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*, p. 413.

¹⁴⁵⁸ HAIRABEDIÁN. p. 73.

¹⁴⁵⁹ Op. cit. p. 73.

¹⁴³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 136.

¹⁴⁶⁰ Ibid.

¹⁴⁶¹ Ibid. p. 136.

¹⁴⁶² Ibid., p. 74.

¹⁴⁶³ Ibid., p. 79.

debe disuadirse aun cuando el descubrimiento de la evidencia secuestrada hubiese sucedido inevitablemente”¹⁴⁶⁴.

De toda maneira, a Suprema Corte americana, ainda em NIX v. WILLIAMS, também aplicou a teoria do *inevitable discovery*, em relação à circunstância em que, tendo os agentes policiais induzido o acusado, com violação à Sexta Emenda que assegura o direito à assistência jurídica, a mostrar o lugar onde estava enterrado o corpo da vítima, outra equipe de investigação já se encontrava a poucas milhas do cadáver, que teria sido inevitavelmente descoberto, caso, diante da colaboração inquinada de ilegal, não tivesse sido abortada a operação¹⁴⁶⁵.

EDUARDO DE URBANO¹⁴⁶⁶ menciona decisão do Tribunal Supremo espanhol, prolatada no ano de 1995, na qual se adotou essa tese, ao argumento de que não se deve ter como ineficaz a prova derivada, “*si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas; y que esa desconexión siempre existe en la jurisprudencia norte-americana en los caso de hallazgo inevitable*”.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, no julgamento do Habeas Corpus 16.956/RJ, em que se apresentou como Relator o Ministro FERNANDO GONÇALVES¹⁴⁶⁷, acolheu expressamente essa tese, ao preceituar que “Não se aplica à espécie a doutrina ‘dos frutos da árvore envenenada’ se a escuta telefônica, malgrado tenha sido realizada sem a observância do devido processo legal, não foi a prova decisiva ou única para o indiciamento do paciente.” Vê-se que, nesse caso, para o Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo ilícita a prova produzida, deve-se relevar essa irregularidade, e, assim, admitir a prova derivada, desde que a prova originária contaminada não seja decisiva ou então não seja a única. Note-se que o precedente do Superior Tribunal de Justiça vai além da forma como é concebida no sistema americano a cláusula do *inevitable discovery*, pois ali, para se admitir a exceção à *exclusionary rule*, exige-se que a prova originária angariada de forma ilícita não seja determinante, enquanto, no pronunciamento judicial em comento, para afastar essa regra, afirmou-se que basta, para tanto, não ser ela a decisiva ou a única.

Porém, se a cláusula do *inevitable discovery*, aplicada sob o argumento de que se deve ter como admissível a prova obtida de forma ilícita quando ela não é determinante para a condenação, possuindo, assim, apenas uma força subsidiária, é extremamente perigosa, o que não dizer alargá-la para afirmar que a exceção à *exclusionary rule* deve ocorrer sempre que se verificar a existência de outras provas que autorizam a condenação. Se assim for, praticamente não se aplicará a tese da *inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito*, pois, dificilmente, em um processo, há apenas as provas que foram angariadas ilícitamente, na medida em que o conjunto probatório, em seu todo, além delas, compreende as que são colhidas de forma lícita. Não se pode perder de vista, no entanto, que o precedente em foco do Superior Tribunal de Justiça foi dado no ambiente estreito do exame de habeas corpus, com o qual se pretendia a extinção do processo (impropriamente denominado *trancamento da ação penal*). Certamente, a tese da *inevitable discovery* não seria recebida dessa forma abrangente, caso a manifestação da Egrégia Corte fosse dada em julgamento quanto ao mérito da demanda, quando se faz o juízo de culpabilidade.

De toda sorte, há pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça aplicando a teoria do descobrimento inevitável conforme a sua essência. No julgamento do Habeas Corpus 146.949, no qual funcionou como Relator o Ministro JORGE MUSSI¹⁴⁶⁸, a Quinta Turma, à unanimidade, ao apreciar pedido de nulidade da prova ao fundamento de ilegal a atuação de policiais e peritos com base em convênio irregular, entendeu que, afastando-se, hipoteticamente, a ilegalidade, a diligência poderia ter sido realizada, razão pela qual era plenamente válida a diligência que resultou na prisão em flagrante. Na parte que interessa, a ementa está assim redigida¹⁴⁶⁹:

¹⁴⁶⁴ Ibid.

¹⁴⁶⁵ DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*, p. 417.

¹⁴⁶⁶ Op. cit., p. 44.

¹⁴⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO DECIDIDA PELO TRIBUNAL ATACADO. NÃO-CONHECIMENTO. NULIDADE. PROCESSO. INOCORRÊNCIA. ESCUTA TELEFÔNICA. PR OVA IL EGÍ T IMA, Data da decisão: 13/11/2001. Disponível em: www.stj.gov.br/Jurisprudencia. Acesso em: 10 set. 2005.

¹⁴⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 16/11/2010. Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Acesso em 10 jan. 2013.

¹⁴⁶⁹ Ibid.

PROVAS QUE SERIAM OBTIDAS INDEPENDENTEMENTE DO CONVÊNIO SUPOSTAMENTE ILEGAL. TEORIAS DA FONTE INDEPENDENTE E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. SUBSISTÊNCIA DO FLAGRANTE E DAS PROVAS OBTIDAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Ainda que o convênio celebrado no caso vertente fosse considerado nulo ou ilegal, o que, repita-se, não ocorreu, a prisão em flagrante e a prova pericial seriam válidas, porquanto o referido acordo não foi determinante para a obtenção da prova que se reputa nula por derivação (teorias da fonte independente e da descoberta inevitável).

Esse pensamento foi repetido em votação unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus 5062/RJ, também relatado pelo Ministro FERNANDO GONÇALVES, com ementa vazada nos seguintes termos¹⁴⁷⁰:

‘HABEAS CORPUS’. NULIDADE DO PROCESSO. ESCUTA TELEFÔNICA. PROVA ILEGÍTIMA. 1. Se a acusação resulta de um conjunto probatório, no qual a escuta telefônica, judicialmente autorizada, foi apenas um meio para se chegar a verdade dos fatos, tem-se por excluída a tese da ilicitude da prova, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada. 2. A influência de um destes meios probatórios no resultado do julgamento deverá ser pesquisada em sede de apelação. 3. precedentes do STF (HC 69.912-0/RS) E DO STJ (RHC 45.158/SP). 4. Ordem denegada.

Em outro caso bastante interessante, em que houve a quebra de sigilo sem autorização judicial¹⁴⁷¹, consistente na publicidade da movimentação financeira dada ao sobrinho da vítima, o Superior Tribunal de Justiça, pela sua Sexta Turma, na apreciação do Habeas corpus nº 52.995, relatado pelo Ministro OG FERNANDES, à unanimidade, afastou a ilegalidade da prova, com suporte na teoria do descobrimento inevitável, ao argumento de que, sendo a pessoa a quem revelado o sigilo bancário também herdeiro, essa informação ser-lhe-ia franqueada igualmente independentemente de ordem judicial, a partir do momento em que fosse habilitado como sucessor da vítima no respectivo inventário. Eis o teor da ementa do acórdão:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexiste, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. (...) o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada.

Cabe observar que, consoante já foi aqui salientado, o legislador, ao definir o que seria fonte independente, findou tratando de hipótese que a *inevitable discovery*: “... aquela que por si só,

¹⁴⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 10/12/1996. Disponível em: www.stj.gov.br/Jurisprudencia. Acesso em: 19 set. 2005.

¹⁴⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Data da decisão: 16/09/2010. Acesso em 14 jan. 2013.

seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (art. 157, § 2º, do CPP)¹⁴⁷².

Assim, pode-se concluir que, ao lado da fonte independente, com a Reforma Tópica de 2008, foi acolhida, normativamente, a teoria do descobrimento inevitável, entendimento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

9.1.6.2.3 – A boa-fé (*good faith*).

No sistema americano, ainda se aplica a teoria das *exclusionary rules* tendo como suporte a boa-fé (*good faith*) dos agentes incumbidos de realizar os atos investigatórios. Esse tema é extremamente delicado, visto que trata de situação em que o agente, em razão de *erro de fato*, finda malferindo, com o seu agir, um direito fundamental; todavia, em virtude de sua boa-fé, tem-se por afastada a ilegalidade. Para exemplificar a situação, HAIRABEDIÁN imagina caso em que a polícia, ao fazer a ronda de rotina, escuta gritos oriundos do interior de uma residência e, em razão disso, nela ingressa sem autorização judicial, porém lá verifica que, em verdade, está ocorrendo uma festa, não se tratando de pedido de socorro; mas, antes de se retirar, vê a ocorrência de um crime.

No caso imaginado por HAIRABEDIÁN, o crime vislumbrado pelos agentes policiais no interior da casa seria relacionado com o porte de drogas. Aliás, em diversas passagens, ele aborda jurisprudência da Suprema Corte em que se tem a ilicitude de invasão domiciliar sem autorização judicial, mesmo quando a finalidade da diligência é a apreensão de drogas. No nosso sistema, diferentemente, em se tratando de tráfico de drogas, crime considerado permanente, como a Constituição prevê que, em caso de flagrante delito, a invasão domiciliar não enseja prévia autorização judicial, o ingresso sem o consentimento do morador não teria, em rigor, o condão de invalidar a prova obtida¹⁴⁷³.

Essa tese foi acolhida pela Suprema Corte americana no *leading case* US v. LEON, em julgamento verificado no ano de 1984, no qual ficou assentado que deve ter-se por válida a prova obtida com violação a princípios constitucionais, desde que isso não tenha decorrido da intenção de quem procedeu à investigação, mas sim de erro ou ignorância, pois “*la Cuarta Enmienda no requiere la exclusión de prueba secuestrada de acuerdo com una orden aparentemente válida em la que la policía actuó de buena fe*”¹⁴⁷⁴.

Naquele julgamento, os agentes policiais pediram ao juiz um mandado de busca de arma que estaria em poder de uma pessoa, porém, ao ser feita a diligência, ao contrário da coisa em razão da qual foi dada a autorização, encontrou-se droga. Mais uma vez, a Suprema Corte americana sublinhou que a *exclusionary rule* está prevista como forma de limitar a atuação policial na atividade investigatória, de modo a dissuadir a malferição dos direitos fundamentais por parte de seus agentes, razão pela qual não se impõe a sua aplicação, nos casos em que a atuação é feita com base em uma ordem dada tendo em consideração uma pressuposição fática que, porém, no momento da sua execução da diligência, descobre-se outro fato ilícito¹⁴⁷⁵.

HAIRABEDIÁN traz a conhecimento o caso ARIZONA v. EVANS, em que os policiais, com base em uma informação errônea do sistema informatizado, procederam à busca de um veículo, na crença de que contra ele havia uma ordem de apreensão, vindo, em consequência, a descobrir a ocorrência de um crime¹⁴⁷⁶. Tendo como parâmetro o que ficou consignado pela Suprema Corte nos julgamentos US v. LEON e US v. KRULL, JOHN STRONG¹⁴⁷⁷, defende-se que, para a aplicação da exceção da boa-fé, necessário que o procedimento adotado pela polícia seja *objetivamente razoável*, não se prestando, para tal fim, uma boa-fé subjetiva, sendo exigido, ainda, que o defeito da ordem ou da lei que ampara a ação não “... *es tan evidente que razonablemente un policía bien entrenado lo advertiria*”. A esse respeito, sustenta-se que a vedação da prova obtida por meio ilícito serve para evitar abusos por parte da autoridade policial, daí por que, se a ordem judicial ou a lei não se harmoniza com os direitos fundamentais, não foi o agente encarregado da investigação quem cometeu

¹⁴⁷² Esse texto foi sugerido por comissão da Associação dos Juízes Federais do Brasil– AJUFE.

¹⁴⁷³ Cf. item 9.4.5.1, *infra*.

¹⁴⁷⁴ HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 80.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.* p. 80.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 81.

¹⁴⁷⁷ Apud HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 82.

a ilegalidade. Essa orientação da Suprema Corte americana é bastante criticada por boa parte da doutrina, sob o argumento de que os *fins de dissuasão* devem ser dirigidos igualmente para o legislador e para o julgador¹⁴⁷⁸, como é a posição da jurisprudência brasileira, a exemplo dos questionamentos sobre as atuações dos membros do Ministério Público e do juiz, na chamada *Operação Lava Jato*.

De toda sorte, muitos tribunais estaduais estadunidenses, como as cortes de Nova Jersey e do Mississippi, possuem posição mais avançada do que a sustentada pela Suprema Corte americana, ao fundamento de que a razão de ser da exclusão da prova obtida por meio ilícito não se esgota na contenção do agir policial, na medida em que a sua essência tem em mira inibir a afronta aos direitos fundamentais em si, independentemente de quem seja o responsável, especialmente em se tratando de juiz, ao qual é confiada a missão de dar guarida a esse catálogo de direitos. Conforme consta em voto de três dos integrantes da Suprema Corte do Mississippi, “... *el principal error del caso ‘Leon’ es que la Corte Suprema falló en reconocer que la responsabilidad de los jueces en allanamientos incorrectamente ordenados ‘sugiere una mayor necesidad de exclusión, no una menor’*”¹⁴⁷⁹.

HAIRABEDIÁN¹⁴⁸⁰ registra que, na Europa Continental, a teoria da boa-fé (*good faith*) não tem merecido adesão, trazendo, à guisa de exemplo, posicionamento de doutrinador alemão para quem a licitude ou ilicitude probatória não fica a depender da boa ou má-fé do funcionário encarregado da investigação.

No ordenamento jurídico brasileiro, assim como no alemão, essa doutrina da boa-fé, não está expressamente prevista em lei. Observe-se que, quando se trata de diligência a ser executada em *casa* – aí estando compreendida não apenas a residência ou domicílio no qual a pessoa vive só ou com a sua família, mas também os locais nos quais ela exerce atividade profissional (escritório) ou cultural (escolas, associações¹⁴⁸¹ –, a autorização judicial, que supre a ausência de consentimento do *morador*¹⁴⁸² e flexibiliza o direito fundamental da *inviolabilidade do domicílio*, formalizada por meio do mandado de busca e apreensão, deve indicar, expressamente, quais os objetos, coisas, documentos ou pessoas que podem ser recolhidos pela autoridade policial, sob pena de invalidade.

Naturalmente que, se a polícia, de posse de mandado de busca e apreensão, ao fazer a diligência em uma residência para outro fim, encontra drogas, essa diligência possui validade em nosso sistema, pois, na hipótese, como se trata de tráfico de entorpecentes, crime classificado sob a categoria de *permanente*, ocorre flagrante delito, daí por que, para esse fim, não seria necessária a autorização judicial para a invasão do domicílio. Seria surreal que, em caso assim, o agente policial tivesse de fazer vista grossa para o crime de tráfico.

O que se pode dizer é que, em qualquer que seja a hipótese, a despeito de o ingresso da polícia no local ter sido legitimado por mandado de busca e apreensão, no qual se encontra especificado o que deve ser objeto da diligência, sendo caso de flagrante delito, tem-se por válida a ação do agente do órgão de segurança no sentido de fazer a pronta intervenção. Imagine-se a situação em que, estando no interior de uma residência em cumprimento da determinação judicial para que seja apreendido determinado documento, o proprietário do imóvel, após discutir com o filho, vem a agredi-lo fisicamente ou mesmo a matá-lo. Lógico que, em casos tais, o agente policial não só pode, como deve mesmo atuar para fazer a prisão em flagrante, em que pese a autorização que lhe foi passada para entrar na casa tenha sido para outro fim.

Mas é até mesmo razoável aceitar a teoria da boa-fé em caso que não caracteriza flagrante delito, mas cuja prova vem a se apresentar fortuitamente perante o agente durante a diligência, a exemplo de quando se encontra, em um compartimento do local, o cadáver de uma pessoa.

Cenário diferente é aquele em que a autoridade policial, de posse de mandado de busca e apreensão de uma arma, na diligência, encontra um bilhete, que é prova do crime. Nesse caso, como o bilhete não é objeto do mandado de busca e apreensão, a validade dessa prova é no mínimo

¹⁴⁷⁸ Ibid. p. 83.

¹⁴⁷⁹ Ibid., p. 83.

¹⁴⁸⁰ HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 85.

¹⁴⁸¹ Cf. item 9.4.5.2, infra, no qual se empreende estudo acerca dos contornos constitucionais do conceito da expressão *casa*, redigida no inciso XI do art. 5º da Constituição.

¹⁴⁸² Cf. itens 9.4.5.3, 9.4.5.3.1 e 9.4.5.3.2, infra, nos quais se aborda a questão referente ao conceito de *morador* para fins constitucionais.

questionável. Para evitar que isso venha a ocorrer, os juízes, quando fazem a expedição do mandado de busca e apreensão, geralmente especificam um determinado objeto ou documento a ser arrecadado com a diligência, mas cuidam, por cautela, de colocar uma cláusula aberta de que sejam apreendidos objetos e documentos que tenham relação direta ou indireta com o ilícito em apuração. Essa previsão, que consta em alguns mandados de busca e apreensão, não malferia a cláusula constitucional que dá abrigo à inviolabilidade do domicílio, nem muito menos o que está disposto no art. 243 do Código de Processo Penal, pois ali, conquanto se exija a indicação, o mais precisamente possível, da casa e do nome do respectivo proprietário, em relação ao objeto da diligência, estabelece apenas que constem os fins da diligência¹⁴⁸³.

Em um caso concreto, em diligência realizada por meio de operação destinada à investigação de desvio de recursos públicos mediante a contratação de funcionários *fantasmas*, que teria sido praticado por gestores da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, os agentes, de posse de mandado de busca e apreensão expedido pela autoridade judiciária, embora não houvesse a referência ao ingresso nos gabinetes dos Deputados Estaduais, estenderam a atuação esses locais, suscitando questionamento quanto à validade da prova obtida. O mais correto, claro, seria os agentes encarregados da diligência terem solicitado ao juiz a menção expressa aos gabinetes, a fim de evitar discussão a respeito. Esse tipo de prática caracteriza o que no direito americano se denomina *fishing expedition*, forma de a autoridade policial burlar a necessidade de prévia autorização judicial.

Acrescente-se, no ponto, que o assunto fez parte da discussão encetada no julgamento do caso COLLOR¹⁴⁸⁴. Com efeito, naquela oportunidade, discutiu-se, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a validade da degravação dos dados da memória de computadores que foram apreendidos em uma das empresas de Paulo César Farias. O problema ali sublinhado foi de que os computadores não haviam sido apreendidos em diligência dos agentes policiais acobertados por mandado de busca e apreensão. Em verdade, os equipamentos de informática foram recolhidos por agentes fiscais, sob suspeita de que eles tinham sido importados sem o devido pagamento do Imposto de Importação, o que, em tese, no nosso ordenamento jurídico, caracteriza o crime de descaminho. Essas máquinas, posteriormente, foram encaminhadas pelos agentes fiscais para os policiais federais, o que foi o bastante para se entender que as provas derivadas da recuperação da memória dos equipamentos de informática eram ilícitas, posto que a autoridade policial, para dispor dos microcomputadores que estavam guardados em escritório profissional, teria de ter empreendido, antes, diligência no local com base em mandado de busca e apreensão.

Há registro da adoção pelo Supremo Tribunal Federal dessa teoria da boa-fé, ainda que não em sua essência. Com efeito, a Suprema Corte tem aplicado essa teoria quando, na interceptação telefônica, realizada com suporte em autorização judicial, é colhida informação sobre a prática de crime punido com detenção. Mesmo que a Lei nº 9.292, de 1996, restrinja a interceptação telefônica à hipótese de crime punido com reclusão, na eventualidade de haver crime de detenção conexo, o Supremo Tribunal Federal entende que, em virtude da boa-fé, os elementos de prova em relação a este também são válidos¹⁴⁸⁵. Abordando especificamente a questão referente aos *conhecimentos fortuitos*, MANUEL ANDRADE salienta que a jurisprudência alemã é no sentido de que só podem ter validade aqueles que “... constituem a finalidade ou a atividade da associação criminosa”¹⁴⁸⁶.

Ressalte-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – tendo como *leading case* o HC 81.260/ES, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 19 de abril de 2002 – tem por válida a prova obtida a partir de decisão judicial oriunda de juiz incompetente, adotando, para tanto, a denominada *teoria do juízo aparente*¹⁴⁸⁷. A cláusula do juízo aparente nada mais é do que uma variável do princípio da boa-fé, pois parte do pressuposto que o juiz tenha dado a decisão no pressuposto de que ele era efetivamente competente.

¹⁴⁸³ Cf. item 9.4.5.5, *infra*.

¹⁴⁸⁴ Cf. o item 9.1.6.1.2, *supra*, no qual consta exame aprofundado do referido julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁸⁵ STF, AI 626.214-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2.a T., j. 21.09.2010. No mesmo sentido: HC 83.515, Rel. Min. NELSON JOBIM, julgamento em 16-9-2004, Plenário, DJ de 4-3-2005. Vide: HC 102.304, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, julgamento em 25-5-2010, Primeira Turma, DJE de 25-5-2011 (BRASIL. www.junior-dpj.blogspot.com.br/2011/09/stf-julgados-importantes-par-te-ii. Acesso em 14 jan. 2013.)

¹⁴⁸⁶ ABDRADO, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 308

¹⁴⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99619/RJ. Julgado em 14/02/2012. Disponível em www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 23 jul. 2018.

Essa situação é muito comum em casos de corrupção no serviço público, em que a investigação se inicia no ambiente estadual, com diversas diligências determinadas pelo juiz de direito (quebra de sigilo telefônico, fiscal, bancário, buscas e apreensões etc.), mas no aprofundamento da apuração descobre-se o desvio de verbas repassadas pela União, com consequente declinação da competência para a justiça federal. Na hipótese, o que fazer com a prova produzida com respaldo em decisão nula? Para contornar essa *vexata quaestio*, o Supremo Tribunal Federal, a despeito do entendimento de que os atos decisórios praticados por juiz incompetente são nulos, firmou o entendimento de que a *teoria do juízo aparente* excepciona essa regra, a fim de ter-se por válida a prova inicialmente ilícita, quando evidenciado que o juiz atuou acreditando que era competente para decidir a respeito.

Por fim, a inclusão no texto normativo da teoria da boa-fé como regra de exclusão da nulidade da prova obtida por meio ilícito foi uma das propostas apresentadas pelo Ministério Público para o aprimoramento do sistema normativo quanto ao tratamento para os crimes de corrupção e de base organizativa. Essas propostas do Ministério Público ficaram conhecidas como as *10 Medidas contra a corrupção*. Com a proposta, pretendia-se, expressamente, normatizar as teorias do *juízo aparente* a teoria da boa-fé em si, com dispositivos específicos.

De toda sorte, as redações sugeridas para a inclusão das duas teorias no inciso V ao § 2º do art. 157 do CPP, não guardavam fidelidade com a orientação jurisprudencial do STF. Com efeito, no inciso III do § 2º do art. 157 do CPP, pretendia ter-se por excluída a nulidade da prova, quando “o agente público houver(sse) obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada”. Conforme se observa, da forma como escrito, o dispositivo conferia margem à aplicação da boa-fé sob o enfoque *subjetivo*, o que tornava a exceção à nulidade porosa, na medida em que a boa-fé ou erro escusável era definida como “a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou (o agente) a crer que a diligência estava legalmente amparada”. A avaliação da boa-fé seria em consonância com a avaliação subjetiva do agente público, o que não é razoável.

De outra banda, quanto à teoria do *juízo aparente*, que se apoia na boa-fé, a proposta consistia na inclusão do inciso V ao § 2º do art. 157 do CPP, a fim de reconhecer a licitude da prova quando “derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé”. No âmbito criminal, para declarar uma nulidade, basta a identificação do *abuso de poder ou a ilegalidade ou má-fé*. Não se há de exigir que o abuso de poder seja *evidente* ou que a ilegalidade ou a má-fé seja *flagrante*, como constava da proposição normativa.

9.1.6.2.4 – Falta de nexo de causalidade entre a prova originária ilícita e a derivada e a doutrina do *purged taint* ou dos vícios sanados ou da falta do nexo de causalidade.

O Supremo Tribunal Federal de há muito tempo — mais precisamente a partir do julgamento do Habeas Corpus 72588/PB, esclareceu que a prova derivada da originária obtida por meio ilícito, embora em princípio seja inválida, tem-se por idônea quando ela “... não for a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal..”, uma vez que esteja suficientemente corroborada pelas demais provas obtidas de forma lícita¹⁴⁸⁸. Assim, a Suprema Corte passou a adotar a posição de que a nulidade da *prova derivada* obtida a partir de prova ilícita só deveria ter por declarada a sua nulidade quando dependesse *exclusivamente* da *prova originária*.

Essa expressão utilizada pela jurisprudência – *depende exclusivamente da prova originária* – fez com que, na primeira edição deste livro, a tese fosse catalogada como hipótese de *fonte independente*. Todavia, tal como redigido o § 1º do art. 157 do CPP, inserido com a Reforma Tópica de 2008, não restam dúvidas de que o legislador quis extremar a teoria da *falta de nexo de causalidade* da teoria da *fonte independente*.

É possível que o legislador tenha tido a preocupação de mencionar as duas teorias, fazendo expressamente referência a ambas, a fim de evitar divergências quanto ao alcance da aplicação das regras de exclusão de ilicitude. Por conseguinte, ainda que de difícil distinção, seja como for, o nosso sistema normativo abriga as duas teorias, a *falta do nexo de causalidade* e a *fonte independente*. Em

¹⁴⁸⁸ Cf. item 5.1.8.2.3, supra.

linhas gerais, o que distingue a teoria da falta do nexo de causalidade é a circunstância de esta não decorrer exclusivamente daquela, a despeito do vínculo entre a prova originária e a derivada.

Todavia, no texto sugerido pela Comissão da Reforma constava, no § 1º do art. 157, a observação de que “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras e, quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras”. A previsão normativa proposta padecia da necessidade de maior detalhamento, a fim de facilitar a compreensão de seu efetivo alcance. Por isso mesmo, modificou a redação da proposta.

Tentou-se, ainda, um avanço maior, a fim de agasalhar a doutrina sufragada pela Suprema Corte americana da *mancha purgada* (*purged taint*), dos vícios sanados ou da tinta diluída. Essa teoria se aplica ao caso em que, diante da *falta de imediatidade*, a prova posterior, a despeito do *nexo de causalidade*, não é considerada contaminada pelo vício embutido em ato antecedente do qual mantém relação de derivação, o que faz com que ocorra a atenuação, diluição ou eliminação da ilicitude primária. Em sintonia com essa cláusula de exceção, não se aplica a teoria dos *fruits of the poisoned tree*, “... *si la relación entre la ilegalidad y la prueba actualmente cuestionada es tal que el veneno de la ilicitud fue atenuado al momento en que la evidencia fue obtenida.*” Conforme exame dos precedentes das Cortes americanas, STRONG¹⁴⁸⁹ pinça os seguintes elementos que devem estar presentes para a aplicação da cláusula de exceção *purged taint*:

- a) Secuencia de tiempo: Un prolongado lapso temporal entre la ilegalidad primaria y la evidencia cuestionada en último término.
- b) Circunstancias interferentes: La cantidad y naturaleza de los factores lícitos que intervienen entre la ilicitud original y la última prueba, pueden ser tenidos en cuenta para la procedencia de la limitación a la regla de exclusión por disipación del tinte de ilegalidad. Algunos sugieren qué si en algunas de las circunstancias interferentes autónomamente legales ha obrado la autoridad judicial, ello también es una base importante para el funcionamiento de la excepción.
- c) Magnitud de la inconducta funcional: El propósito y la intensidad de la primera ilegalidad es relevante para tomar en cuenta la “dosis de veneno que puede transmitir a la evidencia subsecuente. Ello está medido en función de la utilidad de la exclusión para disuadir la mala conducta policial.
- d) Elección voluntaria: Se da cuando la cadena de hechos involucra una decisión voluntaria de alguno de cooperar con la investigación, generalmente en casos de arrestos incorrectos (como en “Wong Sun”)¹⁴⁹⁰

No caso WONG SUN v. US, mencionado por STRONG, a polícia, ilegalmente, obteve a confissão de A, com base na qual se efetuou a apreensão de drogas em posse de B, que, por sua vez, disse tê-la recebido de C. Em razão disso, a Suprema Corte reconheceu a nulidade da confissão, assim como de seu efeito imediato, a apreensão da droga que estava com B, porém não entendeu que a falta de eficácia da prova por derivação ilícita atingisse o que se apurou contra C, ao argumento de sua “... *tenué relación com la ilicitud inicial que dispó el tinte de ilegalidad*”¹⁴⁹¹.

Na pesquisa levada a efeito em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se observou a existência de pronunciamento com o qual se dê abrigo a essa tese. Essa teoria guarda alguma similitude com a da *independent source*, mas com ela não se confunde, pois o nexo causal entre a prova primária e secundária é atenuado não em razão da circunstância de esta possuir existência independente daquela, mas em virtude de o espaço temporal decorrido entre uma e outra, as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória e conjunto probatório, a menor relevância da ilegalidade ou a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal atenuarem, sobremaneira, o procedimento ilícito inicial. HAIRABEDIÁN¹⁴⁹² cita decisão do Tribunal Supremo da Espanha que não acolheu essa tese, ao argumento de que, mesmo debilitado

¹⁴⁸⁹ Apud HAIRABEDIÁN, Op. cit., p. 87-88.

¹⁴⁹⁰ No caso Wong Sun v. Us, a polícia, ilegalmente, obteve a confissão de A, com base na qual se efetuou a apreensão de drogas em posse de B, que, por sua vez, disse tê-la recebido de C. Em razão disso, a Suprema Corte reconheceu a nulidade da confissão, assim como de seu efeito imediato, a apreensão da droga que estava com B, porém não entendeu que a falta de eficácia da prova por derivação ilícita atingisse o que se apurou contra C, ao argumento de sua “... *tenué relación com la ilicitud inicial que dispó el tinte de ilegalidad*” (HAIRABEDIÁN, Op. cit., p. 86).

¹⁴⁹¹ HAIRABEDIÁN, Op. cit., p. 86.

¹⁴⁹² Ibid., p. 89.

o nexo causal entre a prova primária ilícita e a derivada, ainda assim ele continua a existir, de modo que a contaminação há de ser reconhecida.

Note-se que, para todos os efeitos, o legislador brasileiro, com a redação do § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal, admitiu a validade da prova derivada das ilícitas, apenas se e quando “... não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”. Como se vê, expressamente, o sistema jurídico brasileiro passou a aceitar a prova derivada como lícita quando ela não tiver *nexo de causalidade* decorrente da ilícita, ou seja, quando ela não depender exclusivamente desta.

Não há previsão, portanto, do *purget taint*. Registre-se que outra iniciativa de incluir essa teoria expressamente no ordenamento jurídico nacional se deu com proposta contida nas chamadas *10 Medidas contra a Corrupção*, mediante a inclusão no § 2º do art. 157 do inciso IV. No texto proposto, ficou sugerido que a nulidade não seria declarada quando “a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação”.

Seja como for, conforme acentuado acima, as regras de exclusão consubstanciadas nas teses da fonte independente e do descobrimento inevitável, já são o bastante para podar o alcance da teoria dos frutos da árvore envenenada, de modo que não se mostra muito adequado contemporizar ainda mais com a cláusula constitucional que impõe a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, mediante a adoção do *purget taint*.

9.1.6.2.5 – A prova benéfica em prol do acusado.

Conforme registra HAIRABEDIÁN, a doutrina de alguns países tem adotado a tese de que a prova produzida de forma ilícita há de ser considerada eficaz, quando ela é utilizada em prol do acusado¹⁴⁹³. A esse respeito, o doutrinador argentino faz referência à decisão do Tribunal Supremo espanhol, na qual se admite a utilização da prova ilícita em prol do acusado, até porque se, em razão do princípio da presunção de não culpabilidade, na dúvida, o juiz deve absolver, não teria sentido que ele não desse a devida atenção a uma prova que, conquanto produzida de forma ilícita, demonstra a inculpação do acusado¹⁴⁹⁴.

Essa tese parece acertada. A partir do momento em que se entenda que a norma constitucional vazada como declaração de direito fundamental representa, antes de mais, uma limitação ao direito de punir do Estado, facilmente se percebe que o juiz pode, com suporte em uma prova obtida ilicitamente, proferir uma sentença absolutória. Isso porque, quando o constituinte diz que é inadmissível a prova ilícita, ele está deixando escrito que o Estado não pode apoiar-se nesse tipo de prova para lograr a obtenção da condenação do acusado. Sendo assim, a vedação estampada na Constituição direcionada para o juiz é em relação à prolação de sentença condenatória com suporte em prova angariada com vício, nunca, porém, que ele, com suporte nela, profira sentença absolutória. Até porque, conforme foi ressaltado no item 7.2.1, supra, a garantia constitucional é em relação ao acusado, e não em prol do Ministério Público ou, em outras palavras, os direitos fundamentais enunciam limitações ao dever-poder de punir do Estado.

Ademais, a forma como estão dispostos e disciplinados, na Constituição de 1988, os princípios da ampla defesa e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos reforçam a aplicação dessa tese em nosso meio. Com efeito, no inciso LV do art. 5º da Constituição, está previsto o princípio da ampla defesa que, em relação ao processo criminal, diz respeito apenas à defesa, conforme será bem detalhado no item 9.5.1, infra. Por ora, basta dizer que, na norma jurídica em foco, enquanto trata da cláusula da ampla defesa na seara cível como garantia inerente ao autor e ao réu, pois fala em *litigantes*, no pertinente ao ambiente criminal, o preceito constitucional está direcionado tão-somente ao acusado, uma vez que utiliza a expressão *acusados*. Ou seja, a ampla defesa no processo criminal está, constitucionalmente, assegurada apenas para o inculpação, permitindo que se diga que, em nosso sistema constitucional, enquanto a defesa do acusado é ampla, a do autor – quem está em juízo, ainda que na condição de autor, está, em verdade, defendendo um direito – não é, uma vez que sofre limitações¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹³ Ibid., p. 90.

¹⁴⁹⁴ Ibid., p. 91.

¹⁴⁹⁵ Cf. item 9.5, infra.

A limitação mais evidente, em relação ao direito de defesa do autor no processo criminal, está exposta justamente no inciso seguinte, pois lá está dito que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (LVI do art. 5º da Constituição). A análise conjunta dos incisos LV e LVI ambos do art. 5º da Constituição leva à conclusão de que os seus comandos normativos, dentro da ideia de que os direitos fundamentais, no âmbito do processo criminal, expressam limitações ao direito de punir do Estado, estão direcionados para reger a atuação do Ministério Público, pois tanto a *ampla defesa do acusado* quanto a *inadmissibilidade das provas ilícitas* estão catalogadas dentre os direitos fundamentais como medidas de proteção ao dever-poder de punir.

Por conseguinte, o que se torna defeso é a utilização de uma prova produzida ilicitamente para fins de expedição de decreto judicial condenatório, nunca, contudo, quando ela serve para inculpar. Se esse não for o entendimento, pode-se argumentar, de qualquer modo, que, ficando comprovada, com a prova produzida de forma ilícita, a inocência do acusado, seria o caso de o juiz absolver alegando a insuficiência de provas para a condenação (art. 386, VII, do CPP)¹⁴⁹⁶. O que se apresenta incoerente é um juiz condenar o acusado, sabendo que ele é inocente, consoante ficou exposto, de forma irresponsável, em decisão da Corte Suprema espanhola.

A tese da admissibilidade da prova ilícita quando ela é produzida em benefício do acusado tem sido acolhida, como revelam ADA PELLEGRINI, ANTONIO FERNANDES e GOMES FILHO¹⁴⁹⁷, praticamente à unanimidade, com base no princípio da proporcionalidade, mediante a conclusão de que o direito de defesa deve preponderar no confronto com o direito de punir. Sem embargo disso, quando o acusado pratica uma ilegalidade para poder defender-se de modo amplo e efetivo no processo criminal, verifica-se o fenômeno da exclusão de ilicitude, com base no instituto da legítima defesa, daí por que, em verdade, não se há de falar propriamente em prova obtida de forma ilícita.

Conquanto não se conheça precedente do Supremo Tribunal Federal acolhendo diretamente essa tese, há outras manifestações da Excelsa Corte que sinalizam a sua posição a respeito do tema, que se apresenta, até mesmo, mais avançada. Observe-se que, após o caso MAGRI, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a prova obtida por meio de gravação clandestina, é considerada, em tese, ilícita, uma vez que afronta o direito à intimidade. Mas quando feita como forma de defesa, possui plena validade, pois, no caso, este direito fundamental deve prevalecer¹⁴⁹⁸. Atente-se que, no caso analisado no RE 212081/RO, a prova não foi produzida com o fim de ser utilizada na defesa do acusado dentro do processo criminal¹⁴⁹⁹. De fato, um dos interlocutores, diante da exigência do outro para que lhe fosse concedida propina, resolveu gravar, sem o conhecimento deste, as conversas entre os dois e, depois, apresentou-as como indício de que estava sendo acochado para cobrar o valor indevido. O conteúdo das gravações, embora tenha servido para incriminar um dos interlocutores, somente foi aceito porque, em verdade, serviu para demonstrar a liceidade da conduta de quem efetuou a gravação clandestina. Esse fato foi o bastante para o Supremo Tribunal Federal admitir a prova, postura que vem sendo mantida.

Assim, como se observa, o Supremo Tribunal Federal tem posição mais avançada do que aquela que propõe a admissibilidade da prova ilícita produzida em prol do acusado, pois, consoante o seu posicionamento, não apenas pode ser utilizada para a defesa do agente na fase do inquérito ou do processo judicial, como é idônea, também, para, eventualmente, incriminar outra pessoa.

Dentre as propostas das *10 Medidas contra a Corrupção*, sugeridas pelo Ministério Público Federal, constava essa cláusula de exclusão da ilicitude da prova, mediante a inclusão do inciso VIII ao § 2º do art. 157 do CPP, de modo a admitir a prova obtida por meio ilícito, desde que “necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena”. Caso esse dispositivo tivesse sido aprovado, não haveria de se discutir, por exemplo, quanto à admissibilidade na qualidade de prova dos diálogos mantidos entre o então juiz federal Sergio Moro e os Procuradores da República a respeito dos diversos processos oriundos da *Operação Lava Jato*, notadamente o que resultou em uma das condenações ao ex-presidente da República LULA, obtidos por meio de *hackers* e veiculadas pelo meio de comunicação *The Intercept Brasil*.

¹⁴⁹⁶ Conforme alteração da Lei nº 11.690, de 2008.

¹⁴⁹⁷ *As nulidades no processo penal*. p. 134-135.

¹⁴⁹⁸ Cf. item 9.4, *infra*, no qual se mostra a evolução do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

¹⁴⁹⁹ Cf. item 9.4, *infra*.

9.1.6.2.6 – O princípio da proporcionalidade ou *balancing test*.

Faz parte do Direito judicial americano a cláusula de exceção à regra da *exclusionary rule* identificada como *balancing test*, que corresponde à versão adaptada do *princípio da proporcionalidade* criado no sistema jurídico alemão. Note-se que o princípio da proporcionalidade como exceção à *exclusionary rule* não se confunde com a sua utilização como ponderação para valorar a colisão entre direitos fundamentais no caso concreto, a fim de orientar o exegeta na conclusão quanto a qual deles deve preponderar.

Aqui, o princípio da proporcionalidade ou *balancing test* é usado afim de excluir a ilicitude de prova produzida por meio ilícito. Em outras palavras, para flexibilizar a rigidez da *exclusionary rule*, tem-se aceitado que o juiz, em cada caso concreto, faça a ponderação de valores assegurados pela Constituição, tendo em consideração a *intensidade e quantidade da violação ao direito fundamental* e o dano que poderá advir caso a prova não seja admitida.

Por ocasião da apreciação do caso US v. PAYNER, em pronunciamento feito no ano de 1980, a Suprema Corte americana assinalou que “*La exclusión de la prueba en cada caso de ilegalidad debe ser sopesada frente al considerable dano que pueda surgir de una aplicación indiscriminada de la regla de exclusión*”¹⁵⁰⁰. Em verdade, essa posição já havia sido defendida, em 1948, em voto do juiz JACKSON, que entendia ser a ineficácia da prova dependente da *gravidade* da ofensa ao direito fundamental¹⁵⁰¹. No precedente colhido da Suprema Corte americana no exame do caso SCHMERBER v. CALIFÓRNIA, aceitou-se como válida a prova oriunda “... de una extracción de sangre al acusado hecha sin orden judicial en virtud de la urgencia para evitar la eliminación de alcohol”¹⁵⁰².

O princípio da proporcionalidade foi construído na doutrina e jurisprudência alemãs, possuindo ampla aceitação no Direito europeu continental. Quanto ao tema da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que, na dogmática alemã, segue o regime das *Beweisverbote*, o Tribunal Constitucional Federal do referido país, em compasso com anotação de COSTA ANDRADE¹⁵⁰³, adota, em sua linha argumentativa, duas vertentes, pondo, de um lado, o paradigma da preservação dos direitos da personalidade (direitos fundamentais) e, do outro, recorre ao princípio da proporcionalidade, a fim de fazer a *ponderação de interesses* e, com isso, conceber a legitimação da prova, sacrificando, na hipótese, o bem jurídico do acusado.

A proibição da valoração da prova adquirida de forma ilícita, sob a batuta do princípio da proporcionalidade, deve ser o resultado de apreciação judicial que tem de levar em consideração (1) o interesse concreto da persecução criminal, (2) a gravidade da lesão à norma, (3) o bem jurídico tutelado pela norma constitucional violada e (4) a carência de tutela do interesse lesado¹⁵⁰⁴.

Em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se encontraram decisões em que se discute a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de validar prova conseguida ilicitamente. De todo modo, no julgamento do Habeas Corpus 39.052/SP, em acórdão lavrado, à unanimidade, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro ARNALDO ESTEVES¹⁵⁰⁵, diante da jurisprudência firmada na referida Corte, muito embora tenha ressalvado o seu ponto de vista pessoal, sustentou que, com “... base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na busca do bem jurídico maior a ser protegido no caso concreto, de acordo com a vontade do legislador constituinte”, deve ser valorada prova consistente em registros, em inquéritos e processos criminais sem sentença transitada em julgado, para fins de dosimetria da pena na sentença condenatória, à conta de circunstâncias judiciais.

Naquele julgamento do caso COLLOR, examinado em suas minúcias no item 9.1.6.1.2, o Ministro CELSO DE MELLO, em seu voto, categoricamente, refutou a aplicação, em nosso sistema, da teoria da proporcionalidade cunhada pela doutrina e jurisprudência alemãs, ao fundamento de que

¹⁵⁰⁰ HAIRABEDIÁN. p. 97.

¹⁵⁰¹ Ibid., p. 97-98.

¹⁵⁰² Ibid.

¹⁵⁰³ Op. cit., p. 142.

¹⁵⁰⁴ ANDRADE. Op. cit., p. 143.

¹⁵⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: CABIMENTO: PROVA ILÍCITA. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Disponível em: www.justicafederal.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 28 set. 2005.

o constituinte, ao estabelecer a cláusula da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, não fez nenhuma consideração a esse respeito, deixando patente, assim, que a sua preocupação era com o momento de admissibilidade da prova em si, ficando prejudicada, por conseguinte, a possibilidade de sua introdução válida no processo e consequente *valoração*¹⁵⁰⁶. Essa tese voltou a ser reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰⁷, em 2001, por meio de decisão da Primeira Turma, com a qual se julgou o Habeas Corpus 80.949/RJ, tendo como Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, o qual asseverou, com força cogente, que

Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.

Como se vê, nesse pronunciamento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma categórica, rechaçou a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de validar a admissibilidade de prova obtida por meio ilícito, pois, em nosso sistema, diferentemente do que ocorre em outros, diante da forma como foi redigida a norma constitucional – inserida dentre os direitos fundamentais –, que veda o seu uso, deve prevalecer, sempre, a garantia estabelecida na Constituição, em detrimento da persecução criminal. Esse mesmo assunto, ainda no mesmo ano, enfim voltou a ser debatido no Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 79.512/RJ, quando então, malgrado mantida a orientação da inaplicação da teoria da proporcionalidade, o pronunciamento, que também teve o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE¹⁵⁰⁸ como relator, deu-se de forma mais comedida, pois nele se admitiu, ainda que excepcionalmente, a possibilidade de que o princípio da proporcionalidade seja invocado pelo juiz. Com efeito, a ementa daquele julgado, referente à invasão de domicílio sem autorização judicial, mereceu a seguinte redação:

(...) 2. Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.

Note-se pela ementa que, no caso, pretendia-se validar, sob o pálio do princípio da proporcionalidade, prova obtida com invasão de domicílio sem a prévia autorização judicial, o que não foi aceito. De toda sorte, a tese vitoriosa, além de não ter sido à unanimidade, ainda se mostrou mais restrita do que aquela constante do julgamento do Habeas Corpus 80.949/RJ, decidido pela Primeira Turma. Isso porque, conquanto se tenha estabelecido que coube ao próprio constituinte

¹⁵⁰⁶ Cf. item 9.1.6.1.2, supra.

¹⁵⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: CABIMENTO. Data da decisão: 30/10/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 jul. 2008.

¹⁵⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PROVA: ALEGAÇÃO DE ILCITUDE DA OBTIDA MEDIANTE APREENSÃO DE DOCUMENTOS POR AGENTES FISCAIS, EM ESCRITÓRIOS DE EMPRESA – COMPREENDIDOS NO ALCANCE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO – E DE CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DAQUELA DERIVADAS: TESE SUBSTANCIALMENTE CORRETA, PREJUDICADA NO CASO, ENTRETANTO, PELA AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA DE RESISTÊNCIA DOS ACUSADOS OU DE SEUS PREPOSTOS AO INGRESSO DOS FISCAIS NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA OU SEQUER DE PROTESTO IMEDIATO CONTRA A DILIGÊNCIA. Data da decisão: 16/12/1999. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencial/jurisp.asp. Acesso em 7 jul. 2008.

proceder à ponderação de valores e, no caso, escolher a prevalência da inaceitabilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ressalvou-se que essa regra pode ser excepcionada, *em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável*.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal admitiu, em outro julgamento sobre o assunto, que cabe ao juiz, mesmo que remotamente, aplicar a teoria da proporcionalidade como espécie de *exclusionary rule* e, assim, dar validade à prova que, desde que a inobservância da regra formal que alberga direito fundamental tenha sido cometida em caso extremo de *necessidade inadiável e incontornável*, situação que deve ser considerada tendo em conta o caso concreto.

Até porque, como se verá no item 9.4, sob certa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal, adota a proporcionalidade como espécie de *exclusionary rule*, na medida em que, embora considere, como regra, ilícita prova decorrente de gravação clandestina, admite a prova oriunda dessa afronta ao princípio da inviolabilidade da intimidade, quando feita pelo próprio interlocutor, para fins de defesa, pois, nesse caso, há de prevalecer este direito fundamental em detrimento daquele.

9.1.6.2.7 – A destruição da mentira do imputado.

Interessante hipótese de exceção ao princípio da *exclusionary rule*, que faz parte da construção jurisprudencial americana, é aquela em que a prova obtida sem a observância das formalidades estabelecidas e, por isso mesmo, ilícita, pode ser valorada no sentido de demonstrar que o autor do fato criminoso está mentindo, não sendo idônea, porém, para provar a culpabilidade do acusado. O *leading case* dessa tese se deu no julgamento do caso WALDER v. US, verificado no ano de 1954, em que o acusado (WALDER), ao ser perguntado, em seu interrogatório, se já tinha sido, anteriormente ao fato objeto de julgamento, pego com droga sob sua posse, respondeu negativamente, o que não era verdade, pois, tempos atrás, em uma operação considerada ilícita, a polícia havia apreendido, em sua casa, uma determinada quantidade de heroína. Considerou-se, no julgamento, que foi o próprio acusado quem “... *abrió la puerta al uso de la prueba ilícita*”, ademais de esta ser admissível quando se baste para rebater a declaração falsa prestada, não valendo para comprovar a culpabilidade do crime em apuração¹⁵⁰⁹.

Sem embargo de no julgamento ter ficado consignado que a prova obtida ilicitamente, em se tratando de declarações, não pode ser utilizada para fins de comprovação da culpabilidade, a incidência da *exclusionary rule* somente é aceita em relação às afirmações do agente que praticou o crime, não sendo possível dela se fazer uso no desiderato de desacreditar testemunha, conforme decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso JAMES v. ILLINOIS, em julgamento ocorrido no ano de 1990¹⁵¹⁰. Estreitando, ainda mais, essa regra de exceção, a Alta Corte americana faz a distinção entre as declarações ou confissões obtidas sem as devidas formalidades legais, a exemplo daquelas que são tomadas sem a especificação dos *Miranda-rights*, da hipótese em que as informações são coligidas com base na força ou tortura, até porque, nesse caso, faltam confiança e segurança quanto ao que foi dito pela pessoa¹⁵¹¹.

Em outro julgado significativo, ocorrido no caso HARRIS, decisão dada em 1971, o juiz, a despeito de o agente ter feito declarações à polícia sem que lhe tivessem sido apresentados os *Miranda-warnings*, orientou os jurados para que eles as considerassem apenas para confrontá-las com a versão apresentada em juízo pelo acusado, não como prova da culpabilidade, entendimento que foi confirmado pela Suprema Corte americana sob o argumento de que “‘Uma cosa es decir que el Estado no puede utilizar evidencia obtenida ilegalmente’, otra muy distinta es que el acusado torne el método ilegal ‘em su propia ventaja y se provea de um escudo contra las contradicciones de sus mentiras’”¹⁵¹².

Assinala STRONG, apud HAIRABEDIÁN, que muitos tribunais de Estados americanos aceitam apenas limitadamente essa tese, enquanto outros a rechaçam, como é o caso da Corte de Oregon, que defende a ineficácia da prova obtida por meio ilícito, seja para condenar, seja para contradizer declarações falsas dadas pelo acusado¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁹ HAIRABEDIÁN, Op. cit., p. 99.

¹⁵¹⁰ Ibid., p. 100.

¹⁵¹¹ Ibid., p. 101.

¹⁵¹² Ibid., p. 99-100.

¹⁵¹³ Ibid., p. 102.

A teoria merece ser olhada com atenção, porque os termos como ela vem sendo aceita pela jurisprudência da Suprema Corte americana se mostram aceitáveis. A prova ilícita, nesse caso, além de somente poder servir para desmentir declarações contendo versões fáticas do acusado que não dizem respeito, propriamente, à culpabilidade, não tem validade quando o procedimento adotado para a sua obtenção compromete a verdade do que nela se contém, como se dá, por exemplo, no caso da utilização da tortura.

Como se observa, a aplicação da *exclusionary rule*, com esteio na doutrina de que o meio ilícito deve ser ignorado quando a prova daí proveniente puder servir apenas para desdizer uma mentira do acusado, ademais de não importa no reconhecimento da culpabilidade, mostra-se pertinente para os casos em que as declarações tomadas não se revestem das formalidades legais. Seria o caso, por exemplo, das gravações clandestinas que, quando são feitas para fins investigatórios, não estritamente como forma de defesa, são consideradas, inadmissíveis. Adotada essa tese originada da inteligência da Suprema Corte dos Estados Unidos, as gravações clandestinas, notadamente as que são feitas pelos órgãos de imprensa, passariam a ter alguma serventia para a apuração de ilícitos, desde que contida a validade para o fim de revelar a mentira de uma afirmação feita pelo acusado.

Até certo ponto, o Supremo Tribunal Federal sufragou essa teoria no RE-Agr 402.035, em acórdão relatado pela Ministra ELLEN GRACIE. Naquela oportunidade, admitiu-se a validade da gravação clandestina feita por um dos interlocutores, dentre os outros argumentos, pela circunstância de destinar-se a fazer prova da existência de um diálogo entre os interlocutores¹⁵¹⁴. No ponto, restou consignado na ementa do acórdão, na parte que mais interessa, que “A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa”¹⁵¹⁵.

Não se pode esquecer, no entanto, que decisão desse jaez contém forte componente de ordem política, pois a eventual acolhida desse pensamento pode fomentar, ainda mais, esse procedimento indevido, que não deixa de ser ofensivo à inviolabilidade da intimidade.

Certamente essa cláusula de exclusão da ilicitude se mostra importante para os casos de gravação de som e imagem em operações policiais e de trânsito. Com efeito, o art. 277, §2º, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, com a redação determinada pela Lei nº 12.760, de 2012 (“A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.”), permite a documentação audiovisual da abordagem feitas aos motoristas, a fim de comprovar a condução de veículo sob efeito de substância que reduz a capacidade psicomotora.

No nosso entendimento, nesse caso, não há necessidade de prévia autorização judicial, pois, como se verá mais adiante¹⁵¹⁶, defendemos ser aplicável na hipótese tanto a teoria do risco quanto a dos campos abertos. Isso sem falar que esse é mais um caso em que a autoridade policial, no exercício do dever de polícia, pode, independentemente de autorização judicial, flexibilizar direito fundamental, pois ela não está em atividade investigatória, conforme expandido nos itens 7.2.3.1.3 e 7.2.3.1.3.2, supra. Mas, ainda assim, se o entendimento for de que é necessária a prévia decisão do juiz, autorizando a filmagem do motorista, poder-se-ia contornar o seu rigor, no escopo de, com base na teoria da destruição da mentira do acusado, admitir a gravação sem autorização judicial, apenas, para demonstrar que o acusado estaria mentindo quanto ao seu estado de embriaguez.

Dessa forma, a gravação admitida com essa ressalva serviria para dar apoio às demais provas, atestando a ausência de sobriedade para a condução de veículo, notadamente as testemunhais, que às mais das vezes são agentes policiais que participaram da operação.

Essa tese foi objeto da sugestão e projeto de lei elaborado pelo Ministério Público Federal, denominada *10 Medidas contra a Corrupção*, sendo sugerida a inclusão do inciso VII no § 2º do art. 157 do CPP, a fim de deixar consignada a possibilidade de considerar válida a prova obtida por meio ilícita, quando “usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de

¹⁵¹⁴ Cf. item 9.4, infra.

¹⁵¹⁵ STF, RE-AGR nº 402.035, Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁵¹⁶ Cf. itens 9.1.6.2.8, 9.1.6.2.9 e 9.4, infra.

fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena”.

9.1.6.2.8 – A teoria do risco.

A *teoria do risco* também se apresenta como uma exceção da ilicitude, com base na qual se procura dar sustentação à validade de prova obtida mediante malfeição ao direito à intimidade, com a utilização de escutas telefônicas, filmagens e fotografias clandestinas. O argumento é de que a pessoa que faz, espontaneamente, revelações a respeito de sua participação em eventos ilícitos, assume o risco quanto à documentação do fato por outrem, podendo ser glosado o entendimento na parêmia de que “*Si usted no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un juez*”¹⁵¹⁷. Essa doutrina pretende resolver a questão tendo como parâmetro o dever de sigilo que acompanha algumas profissões, uma vez que quem faz a confissão ou revelações espontâneas de um delito a outrem, que não tem o dever legal de não contar o segredo, assume o risco de que o assunto esteja sendo registrado e que o trato seja descumprido, sendo irrelevante a circunstância de aquele não ter conhecimento concreto de que, no momento, estão sendo tiradas fotografias, procedidas escutas ou filmagens etc.

Ainda que haja alguma resistência na doutrina e na jurisprudência, essa tese vem sendo acolhida pelos tribunais americanos, o que é extremamente perigoso. De toda forma, saliente-se que há algumas decisões judiciais, como a emanada do Nono Tribunal de Circuito dos Estados Unidos, o qual entendeu que, se é certo que quem convida alguém a ingressar em sua casa assume o risco quanto a quem de fato é o visitante, de modo que este pode, ao sair, contar tudo o que viu e escutou, igualmente correto é ponderar que, com esse convite, a pessoa não assume o risco de que tudo o que seja visto e ouvido em sua casa venha a ser registrado por meio de fotografias e/ou gravações sonoras e de imagens¹⁵¹⁸. Há crítica no sentido de que, em contraposição à chamada doutrina do *igual tratamento*, a jurisprudência americana se mostra condescendente quando se trata de aplicação da *teoria do risco* nas ações praticadas pela polícia, ao passo que não tem admitido nas hipóteses em que o ato é praticado pela imprensa. Deixando consignada a sua censura a essa distinção, citando BERTONI, HAIRABEDIÁN escreve que¹⁵¹⁹

los tribunales demuestran una gran desprobación a las operaciones secretas desarrolladas por los medios de comunicación en relación con las que practican las fuerzas de seguridad, a pesar de la teoría de la igualdad de tratamiento: los tribunales no imponen sanciones a estas fuerzas, mientras sí lo hacen a los periodistas. Los casos más demostrativos son ‘Dietman v. Time Inc.’, ‘Food Lion Inc. V. Capital Cities/ABC Inc.’ Y ‘Copeland v. Hubbard Broadcasting Inc.’. Estos casos se contraponen con otros, donde operaciones secretas realizadas por las fuerzas de seguridad fueron consideradas válidas: ‘On Lee v. United States’, Hoffa v. United States’, y United States v. White.

O Tribunal Federal alemão, a partir do famoso caso do gravador, decidido em 1960, tendo em consideração que a *palavra falada faz parte do direito geral de personalidade*, posicionou-se que uma gravação, sem o conhecimento de um dos interlocutores, não se reveste de legalidade¹⁵²⁰.

No mesmo passo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rechaça, para o fim de validar gravação clandestina, a tese americana. Como visto, após alguma tergiversação a respeito, já no caso MAGRI ficou estabelecido que a gravação clandestina, mesmo sendo realizada por um dos interlocutores, ofende o direito à intimidade, a não ser quando é feita para fins de defesa¹⁵²¹. Indo mais além, posteriormente, o STF firmou a tese de que a gravação clandestina tem validade, desde que o diálogo não esteja protegido por sigilo legal ou cláusula de reserva de conversação, conforme estabelecido, sob o regime de repercussão geral no julgamento do RE 402.717/PR, relatado pelo Ministro CEZAR PELUSO¹⁵²². Assim, essa doutrina também não é chancelada pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁵¹⁷ Ibid. p. 102.

¹⁵¹⁸ HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 112.

¹⁵¹⁹ Ibid.

¹⁵²⁰ ANDRADE, Op. cit., p. 141.

¹⁵²¹ Cf. itens 9.1.6.1.2, supra, e 9.4, 9.4.1 e 9.4.2, infra.

¹⁵²² Cf. item 9.4, infra.

A teoria do risco, porém, pode ser invocada em relação às filmagens que são feitas como forma de segurança, e não de investigação, como são os casos das câmeras instaladas em estabelecimentos bancários, supermercados e outros locais, até mesmo em casas residenciais ou quando, fortuitamente, um cinegrafista amador ou profissional flagra alguém na prática de crime em via pública ou, então, para dar validade a prova oriunda de filmagem feita em blitz, demonstrando o estado de embriaguez de condutor de veículo, tal como consta do §2º do art. 277, da Lei nº 9.503, de 1997, com a redação determinada pela Lei 12.760, de 2012¹⁵²³, a chamada *Lei Seca*.

Cabe agregar que, na hipótese da gravação para fins de prova quanto ao estado de embriaguez, a filmagem realizada não é clandestina, mas é feita às claras, porém, às mais das vezes, sem o consentimento do motorista. Por conseguinte, o questionamento da validade, nessa hipótese, da gravação seria mais pertinente por ofensa ao princípio do direito ao silêncio que, para todos os efeitos, garante o direito de não ser produzida, à força, prova contra si. Porém, nessa hipótese, não há ofensa ao direito ao silêncio, conforme salientado no item 9.5.12.1, infra, o que não vamos repetir para não sermos repetitivos.

Ainda sobre a teoria do risco, conferir o item 9.4 infra, quando aprofundamos os aspectos inerentes à gravação clandestina, ressaltando a sua validade quando feita para fins de defesa e, em posição mais alargada do Supremo Tribunal Federal, quando não há ofensa a sigilo previsto em lei ou em cláusula de reserva de conversação.

9.1.6.2.9 – A *plain view doctrine* e os campos abertos.

Invoca-se, igualmente, como causa de exclusão quanto à aplicação da *exclusionary rule*, a *plain view doctrine* (doutrina da visão aberta), que se reporta, especificamente, às buscas e apreensões sem ordem judicial, realizadas em local protegido pela cláusula constitucional que veda a invasão do domicílio. Essa doutrina foi construída nos Estados Unidos porque, no sistema americano, independentemente do consentimento do ofendido, em princípio, uma diligência realizada em locais protegidos pelo princípio da inviolabilidade do domicílio somente tem validade caso esteja amparada por mandado judicial, mesmo que se trate de caso de flagrante delito.

Assim, no ordenamento jurídico americano, se a autoridade policial obtém autorização judicial para apreender documentos ou objetos relacionados a um crime, mesmo que seja encontrada, na diligência efetuada em cumprimento à ordem passada pelo juiz, uma grande quantidade de droga, em tese, tal fato não teria validade, pois a circunstância de tratar-se de crime permanente, o que caracteriza o flagrante delito, não inibe a necessidade de prévia ordem do órgão jurisdicional.

Exatamente para expungir esse rigorismo, construiu-se a teoria aqui abordada, que se aplica como uma forma de tornar, com base no princípio da razoabilidade, legítima a apreensão de elementos probatórios do fato investigado ou mesmo de outro crime, quando, a despeito de não se tratar da finalidade gizada no mandado de busca e apreensão, no momento da realização da diligência, o objeto ou documento é encontrado por se encontrar à plena vista do agente policial¹⁵²⁴. Essa situação encontra apoio, ainda, na teoria da boa-fé.

Noticia HAIRABEDIÁN¹⁵²⁵ que a teoria em foco tem sido acolhida em diversos pronunciamentos judiciais americanos, pois

la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha admitido la validez de las probanzas adquiridas durante un allanamiento, aunque los efectos no estén enumerados en la orden judicial respectiva, cuando en oportunidad de sua ejecución el funcionario tropieza por accidente con pruebas de un delito, o donde las encuentra a simple vista, ya que en tal caso no necesita desviar la mirada e ignorar lo que evidentemente tiene frente a él.

O autor menciona, ainda, o julgamento do caso UNITED STATES V. CARTY, em que se conferiu validade à busca e apreensão de arma equipada com silenciador, encontrada na casa do acusado, muito embora o documento judicial a ela não fizesse referência.

¹⁵²³ Sobre o assunto, cf. item 9.4, infra.

¹⁵²⁴ HAIRABEDIÁN. Op. cit., 116-117.

¹⁵²⁵ Op. cit., p. 117.

Sem embargo do que foi aqui dito no final do item 9.1.6.2.3, quando se fez, tendo em conta as peculiaridades do nosso sistema jurídico, o exame da teoria da boa-fé (*good faith*), há registro, na jurisprudência americana, de decisões que invalidam a aplicação da tese da *plain view doctrine*, nos casos em que o agente policial (1) já tenha cumprido a diligência que consta do mandado judicial ou (2) faz revista em lugares em que claramente não estaria o documento ou objeto conforme a finalidade do mandado de busca e apreensão assinado pelo juiz¹⁵²⁶. Ou seja, nesse caso, exige-se a boa-fé do agente policial, que se caracteriza pela circunstância de o documento ou objeto que não deu causa à expedição do mandado judicial ter sido encontrado *involuntariamente*.

O doutrinador em destaque relata que o Tribunal Supremo espanhol tem admitido a aplicação dessa tese, quando o que é encontrado pelo agente policial se trata de flagrante delito de outro crime¹⁵²⁷. No nosso sistema, como já foi dito, isso é plenamente possível, até porque a regra constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio, de forma expressa, faz a ressalva da possibilidade de a diligência ser realizada independentemente de autorização judicial, desde que haja o consentimento do *morador*¹⁵²⁸.

Extremamente assemelhada à cláusula de exceção da *plain view doctrine* é a dos *campos abertos*. Essa teoria também foi construída no Direito judicial americano, a fim de dar validade à busca e apreensão de drogas que, muito embora feita em propriedade privada, ocorre em local ao ar livre. No nosso ordenamento jurídico, especialmente em se tratando de substâncias entorpecentes, não há necessidade de recorrer-se a essa teoria, pois, nessa situação, como já se disse, por se tratar de flagrante delito, não seria de mister a exigência de prévia autorização judicial. O assunto pode despertar interesse quando, não se tratando de droga, o objeto ou documento esteja à vista, em um terreno baldio que, embora de propriedade particular, não é habitado ou, sequer, tem qualquer edificação. Parece razoável admitir-se, nesse caso, que seja feita a busca e apreensão, independentemente da expedição do mandado judicial, muito embora não seja recomendável que assim proceda a polícia, pois quando a apreensão do documento ou objeto assim ocorre, a prova quanto às circunstâncias em que se desenvolveu a diligência mostra-se fragilizada.

Essa cláusula pode ser invocada, ainda, como justificativa para a legalidade das gravações clandestinas feitas em vias públicas e, ainda mais, das gravações feitas para comprovar o estado de embriaguez de condutor de veículos¹⁵²⁹.

9.1.6.2.10 – A renúncia do interessado.

A tese da renúncia encontra guarida, igualmente, na jurisprudência da Suprema Corte americana. Como no sistema estadunidense, independentemente do consentimento do morador, exige-se, para dar validade à busca e apreensão em local garantido pela inviolabilidade do domicílio, a expedição de autorização judicial, surgiu discussão se o assentimento da pessoa não teria o condão de expungir a eventual nulidade da diligência realizada pela autoridade policial ao arrepio de autorização do juiz. HAIRABEDIÁN¹⁵³⁰ diz que tanto a doutrina quanto a jurisprudência estrangeira têm aceitado essa tese, desde que o consentimento da pessoa seja dado de *forma prévia, expressa, livre, comprovada e indubitável*.

No nosso sistema, em razão da forma como está redigida a cláusula da inviolabilidade do domicílio, a discussão é bizantina¹⁵³¹, uma vez que a Carta Magna, peremptoriamente, assevera que a garantia constitucional é no sentido de impedir que alguém, sem o consentimento do morador¹⁵³², ingresse indevidamente na casa¹⁵³³. A questão é saber se o consentimento dado é válido, especialmente em relação àquele que pode, legitimamente, dispor da garantia constitucional, assunto tratado, à exaustão, no item 9.4.5.3.

¹⁵²⁶ HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 118.

¹⁵²⁷ Op. cit., p. 119.

¹⁵²⁸ Cf. item 9.4.5.3, *infra*.

¹⁵²⁹ Cf. item 9.4, *infra*.

¹⁵³⁰ Op. cit., p. 121.

¹⁵³¹ Cf. item 9.4.5, *infra*.

¹⁵³² Sobre o conceito de morador, para os fins constitucionais, cf. item 9.4.5.3, *infra*.

¹⁵³³ Cf. item 9.4.5.2, *infra*.

A questão ganha interesse, quando se discute a possibilidade de efetuar-se a busca e apreensão do lixo produzido pela pessoa e que é descartado para ser recolhido pelo serviço público de limpeza. Nesse caso, especialmente no sistema norte-americano, discute-se se o que é colocado no lixo não é uma forma de renúncia ao direito à intimidade ou, ao contrário, permanece como extensão da intimidade, até porque, em última análise, basicamente toda atividade humana se converte em resíduo.

Não se há de olvidar que o lixo humano pode conter extratos bancários e de cartões de crédito, contas de energia, água e telefone, com revelação, nesse caso, das ligações telefônicas realizadas. Ainda nesses casos, em nosso sistema, parece claro que não há necessidade de mandado de busca e apreensão, a não ser que o lixo se encontre dentro da casa, o que é, convenhamos, coisa distinta. Mas se o lixo está disposto na calçada, não se mostra razoável exigir-se, em caso de diligência policial, prévia expedição de mandado de busca e apreensão, sendo pertinente, aqui, valer-se, se for o caso, igualmente, da teoria do risco¹⁵³⁴.

Essa teoria não se confunde com a exigência contida no art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850, de 2013, segundo a qual, quando da celebração do acordo de colaboração premiada, o acusado deverá renunciar, nos depoimentos, aí incluídos os interrogatórios, devidamente assistido por seu defensor, do direito ao silêncio, assinando o compromisso legal de dizer a verdade. Assim como será acentuado no item 9.5.2, infra, quando do ajuste da colaboração premiada, não há propriamente renúncia do direito ao silêncio, senão promessa de que esse direito não será exercido, sendo plenamente possível, por conseguinte, que o agente, posteriormente, mude de ideia e não queira assumir o compromisso da verdade ou mesmo, nada obstante o ajuste dessa cláusula, não cumpra essa obrigação, o que tem o condão, apenas, de conferir azo ao desfazimento do negócio processual firmado entre o Ministério Público, a defesa técnica e o acusado.

9.1.6.2.11 – A infração constitucional alheia.

Em consonância com essa regra, somente pode solicitar a invalidade da prova ilícita a pessoa que teve o direito fundamental violado e que é prejudicada com a sua admissibilidade no processo. Diante dessa regra, se a garantia fundamental desrespeitada refere-se a outra pessoa distinta do acusado, a prova há de ser admitida, pois, em relação ao acusado em si, ela não é ilegítima. HAIRABEDIÁN assinala que a Suprema Corte americana vem, reiteradamente, adotando essa tese, porém o assunto ainda suscita muita divergência entre os tribunais estaduais, sendo certo que os tribunais da Califórnia, Vermont e Nova Jersey têm rejeitado a sua aplicação. De qualquer modo, o autor em referência acrescenta que a Suprema Corte alemã também acolhe essa teoria, posição criticada por ROXIN, para quem “... *esta teoria ignora directamente el derecho del imputado a que no solo aquellas disposiciones que han sido dictadas para proteger sus derechos sean respetadas sino también la regularidad del procedimiento seguido em su contra.*”¹⁵³⁵

Em nosso Direito, pela forma como o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado essas questões, a inadmissibilidade das provas ilícitas tem como escopo não apenas a proteção dos direitos fundamentais do acusado, mas também de impor o comportamento ético do Estado, de modo a respeitar os parâmetros constitucionais estabelecidos, especialmente, para limitar o seu direito de punir, daí por que a tese em destaque não tem prestígio em nosso meio. Com efeito, no julgamento do caso COLLOR, o Ministro CELSO DE MELLO¹⁵³⁶, ao escrever o seu voto, realçou que o princípio do *due process of law*, que serve para dar garantias aos acusados contra eventuais abusos do poder público, tem, na inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, regra que submete a atividade persecutória do poder público à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico, importando a extrapolação dessas regras na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Como se vê, essa teoria da infração constitucional alheia não tem guarida em nosso sistema.

Conquanto pareça acertada a posição do Supremo Tribunal Federal, e com ela se concorde, de qualquer sorte, essa regra de exclusão seria plenamente aplicável na hipótese em que, sendo vários

¹⁵³⁴ Cf. item 9.1.6.2.8, supra.

¹⁵³⁵ Op. cit., p. 140.

¹⁵³⁶ Cf. item 9.1.6.1.2, supra.

os moradores de uma casa, algum deles, que não fosse o investigado, não desse o consentimento para o ingresso da autoridade policial, desprovida do mandado judicial de busca e apreensão. Ainda que se entenda que houve, diante da recusa de um dos moradores, maltrato à garantia constitucional, sendo a prova colhida em desfavor de outra pessoa, não seria o caso de ser reconhecida a sua inadmissibilidade, pois não teria havido, diante de seu consentimento, ilicitude em relação à pessoa investigada¹⁵³⁷.

9.1.6.2.12 – A infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial.

Como aqui já foi ressaltado por diversas vezes, de acordo com o sistema americano, a inadmissibilidade da prova ilícita é cláusula destinada a impedir a prática de abuso por parte dos policiais. Assim, em princípio, a prova somente deve ser considerada ilícita quando a ilegalidade advenha de ato praticado diretamente pelo agente policial. De tal modo, estariam de fora não só ilegalidades levadas a efeito por outros agentes dos organismos estatais como as ações de particulares e de autoridades estrangeiras.

No entanto, não é essa a posição da doutrina e jurisprudência brasileiras. Lembre-se do caso MAGRI e da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal elaborou a respeito da escuta clandestina realizada por particular, quando se estabeleceu, como regra, a sua ilegalidade, excepcionando-se a sua admissibilidade, apenas, quando feita no intuito de defesa.

A questão, porém, ganha maior relevo, quando se vislumbra situação que pode ocorrer em tema de cooperação jurídica internacional. Imagine-se situação em que a autoridade brasileira solicita a um determinado país estrangeiro que seja efetuada a quebra do sigilo telefônico. Ainda no plano da suposição, admita-se que, segundo a legislação do país alienígena, para a produção da diligência solicitada, não haja necessidade de prévia autorização judicial e, por isso mesmo, aquele determine que a medida seja adotada sem o pronunciamento de autoridade judicial. Finalizada a cooperação jurídica internacional mediante o encaminhamento da gravação da conversa telefônica sem autorização judicial, seria o caso de indagar-se se o acusado poderia, no processo, invocar o maltrato ao seu direito à inviolabilidade do sigilo telefônico, pois, conforme a Constituição brasileira, aquela diligência somente poderia ter sido cumprida com suporte em determinação dada por um juiz.

Pode-se dizer que o direito fundamental assegurado na Constituição não tem como barreira os limites territoriais do seu país, de modo que, mesmo se cuidando de diligência realizada em outro território, como o processo tramita no Brasil, as garantias plasmadas em nosso texto constitucional devem ser observadas. Contudo, a solução mais adequada é a recomendada pela regra de Direito Internacional, segundo a qual, na cooperação jurídica entre dois países, o ato deve ser praticado segundo a legislação daquele que presta o auxílio. Até porque, em respeito à soberania, o Estado requerente não pode impor ao requerido a sua legislação, ainda que nada impeça que, no pedido de cooperação, diante da divergência entre os sistemas jurídicos, aquele solicite que a diligência seja feita com a adoção de determinada formalidade, o que, na praxe internacional, motivada pelo princípio cooperativo, sempre é atendido, na medida em que tal não afronte a *ordem pública* do Estado requerido¹⁵³⁸.

Sobre o tema, no julgamento da Extradicação nº 524/DF, requerida pelo Paraguai, em decisão unânime do Pleno, o Supremo Tribunal Federal¹⁵³⁹, conquanto tenha assinalado que não se pode,

¹⁵³⁷ Esse assunto voltará a ser debatido no item 9.4.5.3.1, infra.

¹⁵³⁸ Em compasso com essa orientação do Direito Internacional, o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional, elaborado pela comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, propôs, no caput do art. 27, a seguinte dicção normativa: “Os procedimentos de cooperação jurídica internacional passiva regem-se pelas disposições desta lei, aplicando-se subsidiariamente a legislação processual civil e penal”. Ressaltou-se, porém, no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, que “Será atendida a forma da lei estrangeira, quando requerida, salvo se incompatível com a ordem pública”.

¹⁵³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EXTRADIÇÃO PASSIVA. NATUREZA DO PROCESSO EXTRADICIONAL. LIMITAÇÃO JURÍDICA DOS PODERES DO S.T.F. INEXTRADITABILIDADE POR DELITOS POLÍTICOS. COMPROMISSO CONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO. ASILO POLÍTICO. EXTRADIÇÃO POLÍTICA DISFARÇADA. INOCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO DE EXTRADIÇÃO – INOBSERVÂNCIA DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO BRASIL/PARAGUAI. INCERTEZA QUANTO À ADEQUADA DESCRIÇÃO DOS FATOS DELITUOSOS. ÔNUS PROCESSUAL A CARGO DO ESTADO REQUERENTE. DESCUMPRIMENTO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO. Relator Ministro CELS O DE

sob o manto do *princípio da solidariedade* entre os países, prestar-se a cooperação jurídica internacional em colaboração com pretensões que são inadmissíveis sob a ótica dos direitos fundamentais, ressaltou que não cabe, no seu exame de legalidade, ingressar na análise do mérito ou de questões de ordem formal para o fim, neste caso, de enxergar eventuais nulidades. Merece destaques a parte da ementa assim redigida:

(...) O processo extradicional, que é meio efetivo de cooperação internacional na repressão à criminalidade comum, não pode constituir, sob o pálio do princípio da solidariedade, instrumento de concretização de pretensões, questionáveis ou censuráveis, que venham a ser deduzidas por estado estrangeiro perante o governo do Brasil. São limitados, juridicamente, os poderes do supremo tribunal federal na esfera da demanda extradicional, eis que esta corte, ao efetuar o controle de legalidade do pedido não aprecia o mérito da condenação penal e nem reexamina a existência de eventuais defeitos formais que hajam inquinado de nulidade a persecução penal instaurada no âmbito do estado requerente. A necessidade de respeitar a soberania do pronunciamento jurisdicional emanado do estado requerente impõe ao Brasil, nas extradições passivas, a indeclinável observância desse dever jurídico.

Observe-se que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal trazido à baila diz respeito à extradição passiva, porém reflete a principiologia adotada em tema de cooperação jurídica entre os países, no sentido de respeitar as regras de ordem formal referentes à condução dos processos judiciais de conformidade com as estabelecidas no ordenamento jurídico do País em que ele tem trâmite.

Em resumo, se a diligência feita em outro país em atendimento a pedido de cooperação jurídica internacional resta cumprida em consonância com o sistema jurídico do Estado estrangeiro, não se há de imputar, quando de sua internação no processo em curso no território nacional, a nulidade da prova, ao argumento de que não se homenageou regra expressa contemplada na nossa Constituição, razão pela qual, nesse sentido, mostra-se pertinente o acolhimento da cláusula de exclusão consubstanciada na tese da *infração constitucional alheia/estrangeira*.

9.2 – Princípio da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade.

Antes de vicejarem as ideias revolucionárias e humanitárias propugnadas por BECCARIA, o acusado não possuía, sequer, o direito de defesa. Com uma visão além de seu tempo, o Marquês de BECCARIA disse que a absolvição do acusado não limpava a mancha lançada à sua honra, porque ele era misturado no cárcere aos condenados e porque a prisão antes da condenação, ao invés de ser uma *custódia* do réu, assim como a própria pena de prisão, já se constituía em um verdadeiro suplício¹⁵⁴⁰. Embora aí já se identifique a semente do princípio da *presunção de inocência*, o pensamento filosófico de BECCARIA ficou mais claro, quando ele, com força cogente, reclamou que “Não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, senão quando tenha decidido que ele violou os pactos segundo os quais aquela proteção lhe foi outorgada”¹⁵⁴¹. Por isso mesmo, para ele, só a força, e não o Direito, pode autorizar o juiz a aplicar a pena a um cidadão¹⁵⁴², “... enquanto ainda se duvida que ele seja réu ou inocente”¹⁵⁴³.

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o *cidadão é réu ou inocente*, preconizado por BECCARIA na sua obra editada em 1764, foi inserido dentre as *Declarações dos Direitos do Homem da Virgínia*, que se deu em 1776 – ou seja, 12 (doze) anos depois –, o que não é mera coincidência, mas uma sinalização muito concreta de que a obra de BECCARIA era conhecida e serviu de paradigma para os notáveis do referido Estado americano. O princípio foi albergado no art. 8.º, com a seguinte dicção: “Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem direito... de ser julgado com presteza por um júri imparcial..., o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros...”. A última parte destacada

MELLO, Data de decisão: 31/ 10/ 1990. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 28 set. 2005.

¹⁵⁴⁰ Op. Cit., p. 45.

¹⁵⁴¹ Ibid., p. 55. A palavra *réu*, utilizada por BECCARIA, certamente se confunde com a figura de condenado.

¹⁵⁴² Em uma época em que o agente não era respeitado nem muito menos possuía direito contra a pretensão punitiva do Estado, é impressionante verificar que BECCARIA o qualificasse como cidadão.

¹⁵⁴³ Ibid. p. 55.

do art. 8º da Declaração de Direitos da Virgínia denota que o que foi assegurado ao agente foi o direito de *não ser considerado culpado*, senão por meio de uma decisão tomada à unanimidade pelo tribunal do júri.

Seguindo essa orientação, na declaração de direitos fundamentais enxertada à Constituição americana, mais precisamente na Quinta Emenda, está dito que “Ninguém será levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri...”¹⁵⁴⁴. Sem embargo do que sobressai a uma interpretação literal do texto, JOHN R. VILE¹⁵⁴⁵ esclarece a essência do dispositivo em destaque e anota que ele, a despeito de estabelecer o sistema acusatório “... é baseado na presunção de que uma pessoa é legalmente inocente até que seja provada a sua culpa e que é melhor ter vários culpados livres do que um inocente condenado”. Por conseguinte, mesmo sem a mesma clareza redacional, o princípio de que ninguém pode ser declarado culpado sem embasamento em uma determinada certeza continuou prestigiado.

Percebe-se claramente que, até esse ponto, o que se assegurou foi o direito de a pessoa não ser declarada culpada, senão pela sentença de um juiz ou decisão de um júri. Ao ser investigado ou mesmo ser denunciado e durante o curso do processo, a pessoa *não pode ser considerada culpada*, pois há uma presunção de que ela *não é culpada*, na medida em que não há, ainda, um *juízo de culpa*.

Essa cláusula foi acolhida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu item IX, com a seguinte dicção normativa: “... todo homem deve ser presumido inocente até que declarado culpado...” Com a declaração francesa, empregou-se, pela primeira vez, a expressão *presumido inocente*, daí por que, nesse sentido, procede a afirmação de GRANDINETTI¹⁵⁴⁶, segundo a qual foi na célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que apareceu, em um texto legal, o princípio com essa expressão. Mas observe-se que, nada obstante se tenha feito referência à expressão *presumido inocente*, a vigência dessa presunção foi delimitada para *até se e quando* a pessoa for *declarada culpada*. Aliás, o texto é suficientemente explícito, quando salienta que a garantia de o agente ser *presumido inocente* vigora e se mantém hígido até que ele tenha sido *declarado culpado*.

Seguindo essa orientação, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, realçou, no art. 11, 1, que “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. Com a mesma limpidez, restou plasmado nessa declaração que a garantia se traduz em uma presunção de inocência, mas se cuidou de deixar patente que essa cláusula tem um limite, ou seja, *presume-se (a pessoa) inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada*.

Seguindo a mesma diretriz, no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, aprovado pela ONU em 91 de dezembro de 1966, está plasmado no art. 14, 2, que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Note-se o limite da garantia: *enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*. Ainda no mesmo passo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, editada em 22 de novembro de 1969, no art. 8º, 2, primeira parte, reafirma, com ênfase, que “Toda pessoa acusada tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Aqui, mais uma vez, resou delimitado o alcance essencial do princípio: *enquanto não se comprove legalmente sua culpa*.

O Pacto de São José da Costa Rica, igualmente, em sua dicção normativa, explícita o alcance dessa garantia universal, ao deixar plasmado, no art. 8º, 2, primeira parte, que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

¹⁵⁴⁴ No original: “No person shall be held to answer for a capital, or other wise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury” Na tradução feita por COMPARATO: “Ninguém será considerado réu de um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia de um júri de acusação (grand jury)” (Op. cit., p. 108).

¹⁵⁴⁵ VILE. John R. *A companion to the united states constitution and its amendments*. 3. ed. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001. p. 157. (“... is base on the presumption that an individual is legally innocent until proven guilty, and that it is better for many guilty individuals to go free than for any innocent person to be falsely convicted”).

¹⁵⁴⁶ *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 70.

Como se vê, os textos internacionais, ao tempo em que consagram a presunção de inocência como cláusula fundamental na arquitetura de todo e qualquer sistema normativo, estabelecem um marco normativo em que essa garantia resta flexibilizada; a saber: enquanto não houver, conforme o devido processo legal, a declaração da culpa, que só pode e há de ser feito por um órgão julgador. O tratamento normativo conferido pelas declarações internacionais, mais do que ser uma escolha política para fins de delimitação do alcance ou limite da garantia, obedece a um imperativo lógico. Ora, ao julgar o processo, o juiz ou o júri, necessariamente, tem de fazer um juízo que implica em absolver, reconhecendo ou não inocência, que é presumida, ou em condenar, reconhecendo a culpabilidade, que precisa ser provada. Portanto, a decisão que condena alguém pela prática do crime, seja no Brasil ou onde quer que seja, emite uma declaração de culpa. Em outras palavras, a despeito da presunção de inocência, com suporte nas provas constantes dos autos, com a condenação se *considera a pessoa culpada*. O juiz não pode condenar quem quer que seja, *considerando-o inocente*. O juiz só pode condenar se considerar o acusado culpado. Em síntese, o juiz, ao condenar, faz *juízo de culpabilidade*.

Se no cenário internacional o princípio da presunção de inocência é consagrado desde as primeiras declarações dos direitos do homem¹⁵⁴⁷, no nosso sistema jurídico, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal (STF, HC 67707-0/RS. Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Primeira Turma, j. em 07/11/80, DJ de 14/08/92, p. 12.225).

Ainda assim, em verdade, tal como redigido, é lícito afirmar que o Código de Processo Penal foi elaborado tendo como pano de fundo a *presunção de culpa*. Aqui não vai nenhuma aleivosia. Nesse passo, impõe-se a advertência de FERRAJOLI¹⁵⁴⁸, ao afirmar que o o Código Rocco de 1930 – esse mesmo que foi fonte de inspiração do atual CPP – repeliu a presunção de inocência, de modo que o preceito só foi restabelecido pela Constituição atual, sob a forma de presunção de não culpabilidade. A despeito dessa constatação, a leitura atenta de vários artigos do CPP descortina essa realidade. Veja-se o que dispunha o então art. 186 do CPP, antes de revogado pela Lei nº 10.792, de 2003. Lá estava dito que, embora não estivesse obrigado a responder às perguntas formuladas, o silêncio do acusado poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Além de conceber o *silêncio* como um *ônus* e não um *direito*, ao autorizar o juiz a fundamentar o juízo de culpabilidade na circunstância de o acusado ter preferido ficar calado, claramente era permitido que se presumisse a culpa. Por isso mesmo, para adaptar o CPP ao princípio da não culpabilidade, houve a revogação do texto anterior e ficou ressaltado que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (art. 186, parágrafo único).

No mesmo passo, na redação originária do Código de Processo Penal era prevista a *prisão preventiva obrigatória*, hipótese em que, mesmo não havendo motivo para a determinação do recolhimento ao cárcere, era decretada a prisão apenas pelo fato de o crime imputado possuir pena máxima igual ou superior a 10 (dez) anos (art. 312 do CPP). Só o fato de o agente ser pego em flagrante era suficiente para que ele permanecesse preso, salvo se o crime fosse afiançável ou então houvesse elementos de que o fato tivesse sido praticado com suporte em uma das excludentes de criminalidade (art. 310 do CPP). Para piorar, se o acusado, ao ser julgado, estivesse preso, ainda que absolvido, a interposição do recurso pelo Ministério Público tinha o condão de fazer com que ele permanecesse no cárcere até o julgamento pelo tribunal, na hipótese em que a pena máxima prevista para o crime fosse igual ou superior a 8 (oito) anos (art. 596, caput, do CPP). Todos esses dispositivos foram revogados.

A consagração desse princípio dentre os direitos fundamentais é uma das inovações da Constituição de 1988, o que tem a propriedade de promover profunda alteração em nosso sistema. Consoante a redação do art. 5º, LVII, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Parte dos doutrinadores identifica, aí, a chancela do que se convencionou chamar de princípio da *presunção de inocência*; outros acreditam que, em verdade, o dispositivo constitucional anuncia o princípio da *presunção de não culpabilidade*.

¹⁵⁴⁷ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada em 1948 pela ONU, a Convenção do Conselho da Europa e o Pacto de São José da Costa Rica falam, expressamente, no princípio da presunção de inocência.

¹⁵⁴⁸ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2002, p. 440.

No Direito comparado, o princípio encontra guarida também nos textos constitucionais dos países democráticos. Em investigação às Constituições que influenciaram mais de perto a elaboração da Carta Magna de 1988, observa-se que a Constituição da Espanha assegura, na qualidade de direito fundamental, que “... todos têm direito... à presunção de inocência”. (art. 24, 2); a de Portugal que “Todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação...”; e a da Itália que “O acusado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva”¹⁵⁴⁹ Merece anotação que a Constituição portuguesa estabelece como limite da presunção de inocência o *trânsito em julgado da sentença de condenação*, enquanto a italiana diz que ninguém pode ser considerado culpado *senão após condenação definitiva*.

Em resumo, nota-se desse bosquejo histórico do princípio em exame que a presunção de não culpabilidade foi pensada por BECCARIA e adotada nas Constituições do Estado da Virgínia e dos Estados Unidos com essa conotação, somente passando a ser tratada como *presunção de inocência* a partir da declaração de direitos esculpida na Revolução Francesa. Disso resulta que, ademais de nas declarações internacionais e regionais a nomenclatura adotada ter sido *presunção de inocência*, na França, Espanha e Portugal o princípio recebeu a mesma nomenclatura, ao passo que, nos Estados Unidos, na Itália e no Brasil, o princípio foi catalogado como *presunção de não culpabilidade*.

Aliás, a dicção normativa eleita para o princípio pelo constituinte brasileiro é praticamente a mesma utilizada na Constituição italiana, circunstância que evidencia não só sua fonte inspiradora, como também que o constituinte brasileiro foi fortemente influenciado pelas disposições da Constituição portuguesa¹⁵⁵⁰.

Apresenta-se de todo relevante a terminologia da mencionada cláusula “... haja vista a sua correta dicção ter o condão de mensurar seu alcance aplicativo, justificar e legitimar sua incidência, tornando, ademais, límpida sua razão de existir.”¹⁵⁵¹

Em exame perfunctório, a escolha do constituinte brasileiro merece aplausos, pois, em verdade, nenhum país adota propriamente o princípio da inocência, porque isto inviabilizaria por completo o sistema processual, especialmente quanto às medidas de natureza cautelar. Se presunção de inocência houvesse durante todo o transcurso do processo, sem nenhuma flexibilização, no desiderato de respeitar a essência desse princípio, para o recebimento da ação penal, por exemplo, haveria de ser exigir que a prova quanto à participação do agente fosse idêntica àquela que dá a certeza material da culpabilidade.

De toda sorte, tendo em consideração o diálogo da ordem jurídica nacional com o Direito Comparado e, especialmente, com as declarações internacionais, a conclusão é de que, para todos os efeitos, sem embargo da nomenclatura empregada ou preferida pelo constituinte brasileiro, o nosso sistema adota o princípio da presunção de inocência, que se apresenta mais abrangente do que o da presunção de não culpabilidade, sendo este apenas uma das espécies daquele.

Em síntese, temos a presunção de inocência como gênero, do qual são espécies a *presunção de inocência stricto sensu* e a *presunção de não culpabilidade*. A par dessa consideração, cabe notar que os dois princípios cuidam de *regra de tratamento* a ser conferido ao investigado ou acusado. Não se trata de preceito que *regula a prisão*. O princípio constitucional que estabelece a diretriz sobre a prisão é o inciso LXI do art. 5º da Constituição (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”).

Por fim, saliente-se que essa cláusula jurídica universal, imanente a todo e qualquer sistema criminal de cunho democrático, é de difícil assimilação pela sociedade. Trata-se de uma questão cultural que não prescinde de sólida formação humanística e, notadamente, de sentimento de solidariedade e de crença no próximo. Mesmo países que possuem esse preceito na raiz da formação de seus sistemas experimentam rejeição social quanto à razão de ser dessa orientação normativa. Especialmente nos dias atuais, em que o comportamento e o pensamento de boa parte da sociedade

¹⁵⁴⁹ No original da Constituição italiana, o preceito assim está redigido “*L'imputato no è considerato colpevole sino allá condanna definitiva*”.

¹⁵⁵⁰ Essa origem direta do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 foi logo revelada pelo então juiz WÁLTER FANGANIELLO MAIEROVITCH Presunção de não culpabilidade. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. n. 126, p. 96.

¹⁵⁵¹ BRITO, Carla Maria Fernandes. *Arcabouço teórico do princípio da não culpabilidade no sistema jurídico penal brasileiro*. 2003. 61f. Especialização (Especialização em Direito) – Especialização em Direito, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Natal, 2003, p. 50.

são formatados conforme os assuntos são explorados nos meios de comunicação e nas mídias sociais. Quando alguém é apontado como o responsável por um crime pela mídia e são feitas as entrevistas coletivas pelas autoridades policiais e membros do Ministério Público, o investigado ou acusado está irremediavelmente condenado pela maioria da sociedade. A equação se inverte. Para a sociedade a pessoa já é considerada culpada até prova em contrário, sendo essa a maior das *provas diabólicas*. É como diz CASARA¹⁵⁵², entre nós, a presunção de inocência/não culpabilidade é uma *ilustre desconhecida*.

9.2.1 – Posição da doutrina e da jurisprudência quanto à nomenclatura presunção de inocência presunção ou presunção de não culpabilidade.

A doutrina e a jurisprudência costumam falar em princípio *da presunção de inocência* como preceito que se faz sentir no inquérito policial e no processo judicial, o que, como se tentará evidenciar, não se mostra adequado. O constituinte, nesse passo, foi extremamente feliz, ao cuidar de utilizar a palavra *não culpabilidade*, com isso querendo dizer que só é admissível a condenação criminal de alguém quando houver certeza processual escoimada de *dúvida razoável*. Com efeito, a Constituição não assegurou que todo homem é *considerado inocente até a prova de sua culpabilidade*, mas sim que ninguém será *considerado culpado antes do trânsito em julgado* de sentença criminal condenatória. Essa assertiva, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não tem o condão de fragilizar a garantia constitucional, pois, em verdade, serve para reclamar o cumprimento de sua essência, fazendo-se a devida distinção entre a presunção de inocência propriamente dita e a presunção de não culpabilidade, cláusulas que se manifestam em momentos distintos, conforme a etapa na qual se encontra a investigação ou o processo¹⁵⁵³. Esse entendimento se conforta com a teoria do processo como *situação jurídica*, defendida por GOLDSCHMIDT, segunda a qual o processo gera uma série de situações, que se formam conforme os atos praticados pelas partes ou pelo juiz, “que constituem, modificam ou extinguem expectativas, possibilidades ou cargas processuais ou a dispensa de regras”.

MANZINI¹⁵⁵⁴, apud CARLOS RUBIANES¹⁵⁵⁵, identificava um certo paradoxo e mesmo irracionalidade na expressão *presunção de inocência* como garantia presente nos inquéritos e nos processos criminais, independentemente da fase, visto que, segundo ele, isso significaria a impossibilidade de proceder-se à custódia preventiva e outras providências que têm como pressuposto a existência de indícios de autoria, acompanhados da prova da ocorrência do ilícito. Para aquele autor, melhor seria dizer que há, no processo criminal, *mais uma presunção de culpabilidade* do que de inocência, até porque, “... *si se presume la inocência del imputado, pregunta el buen sentido, ¿ por qué entonces procede contra él?*”¹⁵⁵⁶ Não há de negar-se que a indagação do processualista italiano é inquietante. Ora, para se apontar alguém como autor de um ilícito, embora não signifique um *juízo de culpabilidade*, por uma questão de imperativo lógico, pressupõe que se tenha transposto a barreira da presunção da inocência, o que se verifica quando há *justa causa* para a imputação criminosa.

A presunção da inocência em si se basta como garantia ao cidadão de não se ver, sem justa causa, sob o constrangimento de responder a inquérito ou mesmo a processo criminal, pelo que, para o indiciamento ou acusação de alguém, deve existir uma *culpa sumária formada*, escorada na certeza de que o crime realmente ocorreu (materialidade) e na existência de indícios de que aquela pessoa, à qual imputada a conduta ilícita, tenha sido a responsável pelo fato. Em outras palavras, em obséquio ao princípio da presunção de inocência, para que uma pessoa seja apontada como autora de uma ação

¹⁵⁵² *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2013, p. 29.

¹⁵⁵³ *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Tradução Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 53. Para o autor, o processo é não é propriamente uma relação jurídica, mais uma situação jurídica ou uma série de situações jurídicas complexas, que criam chances, as quais, quando aproveitadas, liberam a parte de cargas processuais, deixando mais próxima de uma decisão favorável ou, se desperdiçadas, a uma decisão desfavorável. O aproveitamento das chances gera direitos processuais, consistentes em expectativas, possibilidades e liberação de uma carga processual.

¹⁵⁵⁴ Cf. 1.3.8, *supra*.

¹⁵⁵⁵ *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1985. v 1. p. 77.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 77-78.

delituosa, quer na fase do inquérito, quer do processo judicial, exige-se que haja *justa causa* para a imputação¹⁵⁵⁷.

Parece de todo ilógico aceitar que, nada obstante a presunção de inocência, o juiz possa decretar uma prisão preventiva, partindo do pressuposto de que contra a pessoa há prova da ocorrência do crime e de indício suficiente de que foi ela a autora do fato. VÉLEZ MARICONDE¹⁵⁵⁸, na tentativa de contornar, doutrinariamente, essa incongruência, informa que não há, propriamente, a consagração de uma presunção de inocência, mas de um *estado jurídico* segundo o qual ele é inocente até que a sua culpabilidade seja declarada em uma sentença, o que não impede a imposição, durante o processo, de medidas embasadas na *presunção de culpabilidade*.

Acatando essa tese, RUBIANES¹⁵⁵⁹ diz que, para todos os efeitos, o acusado é considerado inocente durante o transcurso de todo o processo, situação jurídica que só se modifica após a declaração final da culpabilidade por meio da sentença, sem que isso impeça, porém, que “... *en forma más o menos intensa, aparezca em el proceso una presunción de culpabilidad, que justifique medidas em su contra*”. À objeção feita por CLARÍA OLMEDO quanto a essa linha de raciocínio, sob o argumento de que, se o processo criminal em rigor contempla uma *presunção de culpabilidade*, isso implicaria afirmar que o ônus da prova em contrário caberia ao acusado, RUBIANES¹⁵⁶⁰ contrapõe que tal não ocorre, pois a acusação tem de transformar aquela presunção de culpabilidade em certeza de responsabilidade penal, sob pena de o estado de inocência continuar incólume¹⁵⁶¹.

Referindo-se ao princípio da inocência declarado como direito fundamental do homem por diplomas internacionais e acatado no ordenamento jurídico colombiano¹⁵²¹, LONDOÑO HIMÉNEZ¹⁵⁶² reconhece que, tal como se há entendido em sua plenitude, “... *dicho principio no es fácil que tenga plena eficacia dentro del proceso penal*” e admite que “... *dados los actos jurídicos que necesariamente deben producirse dentro del proceso penal, a la luz de nuestra ley, queda la sensación de que la presunción es la contraria, es decir, la de culpabilidad*”¹⁵⁶³.

O doutrinador colombiano constrói o pensamento de que, à medida em que o processo judicial vai aprofundando-se em provas contrárias ao acusado, na mesma intensidade vai diminuindo a presunção de inocência. Ele diz que o princípio em referência vai destruindo-se gradualmente, “... por la situación de captura em estado de flagrancia o cuasiflagrancia, por una orden de captura escrita, por la indagatoria, por el auto de privación de la libertad, por el enjuiciamiento, por la comparecencia en la calidad de procesado a la audiência pública, por el veredicto condenatório, etc.”¹⁵⁶⁴ Meditando sobre o assunto, EUGENIO FLORIÁN¹⁵⁶⁵ aponta que, em muitas situações, devido à robustez da prova contra o acusado, a presunção de inocência pode *descartarse y eliminarse, sem que isso se relacione, efetivamente, com “... ninguna presunción, sino que, por el contrario, encierra elementos de prueba que se manifiestan desde el comienzo y que revelan un estado de hecho desfavorable al acusado. Aquí la presunción de inocencia está ausente, no por razones teóricas sino de hecho, o, por lo menos, tal presunción se vé rápidamente eliminada por elementos adversos”*.

Em crítica aos que defendem a presença do princípio da inocência como cláusula reitora do processo criminal, GIOVANE LEONE¹⁵⁶⁶ adverte que isso comporta uma inversão do sentido lógico e jurídico do sistema em si, daí por que é mais apropriado dizer que “*Mientras hay un procedimiento en curso, no hay ni culpable ni inocente, sino unicamente indiciado: solo en el momento en que recaiga en la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o inocente.*” De forma mais precisa,

¹⁵⁵⁷ Mostra-se acertada a iniciativa do legislador em estabelecer, mediante a Lei nº 12.830, de 20 de julho de 2013, que o indiciamento deverá ser “fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias” (art. 2º, §6º).

¹⁵⁵⁸ Apud RUBIANES. Op. cit., p. 79.

¹⁵⁵⁹ Op. cit., p. 79.

¹⁵⁶⁰ Ibid. p. 79.

¹⁵⁶¹ Art. 3º do Código de Processo Penal colombiano: “*Toda persona a quien se atribuya um heco punible se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad em setencia ejecutoriada*”.

¹⁵⁶² Tratado de derecho procesal penal. Bogotá: Editorial Temis, 1989. t. 1, p. 17.

¹⁵²³ Ibid., p. 18.

¹⁵⁶³ Ibid., p. 18.

¹⁵⁶⁴ Ibid., p. 19.

¹⁵⁶⁵ Apud JIMÉNEZ. Op. cit., p. 19.

¹⁵⁶⁶ Ibid., p. 21.

BETTIOL¹⁵⁶⁷, prestando atenção ao sistema italiano, verifica que, ao contrário da expressão utilizada no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Constituição da Itália, no seu art. 27, não expressa tecnicamente uma presunção de inocência.

Na doutrina nacional, a discussão também é acirrada. MIRABETE¹⁵⁶⁸, com esteio em lição de FLORIAN, defende que não existe uma presunção de inocência, mas apenas uma tendência de presunção de inocência, “... ou, mais precisamente, um estado de inocência”, chegando mesmo a concordar com CARLOS RUBIANES, quando o autor argentino afirma que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade penal. MARCELO FORTES BARBOSA, partindo do pressuposto de que a fonte de nosso princípio advém da Constituição da Itália, igualmente defende que o princípio é o da não culpabilidade. Já CAPEZ¹⁵⁶⁹ embora sem maior profundidade, fala, uma hora, em estado de inocência e, em outra, em presunção de inocência. Em sentido contrário, TOURINHO FILHO¹⁵⁷⁰ sustenta que a nossa Constituição consagrou o princípio da inocência encartado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, emitida pela ONU em 1948¹⁵⁷¹.

Na jurisprudência brasileira, há julgados nominando o princípio de presunção de inocência e da não culpabilidade. O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 9, deu preferência à expressão presunção de inocência. O Supremo Tribunal Federal, embora também utilize a nomenclatura presunção de inocência, em vários julgados faz referência à expressão presunção de não culpabilidade, o que parece ser de melhor técnica¹⁵⁷².

9.2.2 – Distinção entre o princípio da presunção de inocência e o da presunção de não culpabilidade.

Malgrado o constituinte brasileiro tenha adotado, expressamente, a orientação italiana, deixando declarado entre os direitos fundamentais que, em verdade, não se *presume a inocência*, mas, sim, *a não culpabilidade*, em interpretação com base na ideia do transconstitucionalismo defendida por MARCELO NEVES¹⁵⁷³, impõe asseverar que o nosso sistema, sem embargo da dicção normativa que consta da Carta Ápice, tendo em conta o diálogo da ordem interna com a internacional, alberga tanto o princípio da presunção de inocência quanto o da não culpabilidade. De outra banda, questões de ordem lógica e mesmo jurídica conduzem à necessidade de que se faça a distinção entre os dois princípios, não sendo pertinente ou correto confundir um com o outro, como o faz boa parte da doutrina.

Sem querer aqui apresentar uma visão reducionista do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, não se pode deixar de perceber que um dos reflexos mais contundentes desse princípio incide sobre a questão da prova, conferindo validade ao princípio do *favor rei* (*favor innocentiae* ou *favor libertatis*) ou do *in dubio pro reo*¹⁵⁷⁴. A doutrina e a jurisprudência reconhecem que esse princípio declarado na Constituição tem o condão de estabelecer que as prisões processuais possuem natureza cautelar e, como se verá mais adiante, permite também que se privilegie o *status*

¹⁵⁶⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Tradução de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1973. p. 265.

¹⁵⁶⁸ *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 42.

¹⁵⁶⁹ *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 37.

¹⁵⁷⁰ *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 62.

¹⁵⁷¹ Art. 11: “*Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law*” (Tradução livre: “Toda pessoa que responde a processo criminal será considerada inocente até ser provada a sua culpa de acordo com a lei”).

¹⁵⁷² No STF: (a) julgados que adotam a nomenclatura princípio da presunção de não culpabilidade: HC, Primeira Turma, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. 07.11.89, RTJ 141/816 e RT 690/380; HC 71.918-0, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJU 17.11.95, p. 39.206; HC 76.592-6, Segunda Turma, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJU 30.10.98, p. 3; RHC, Segunda Turma, Rel. Ministro PAULO BROSSARD, j. 13.04.92, RTJ 142/254; HC 83.728, Primeira Turma, DJ 23.04.2004, p. 25; (b) julgado que adota o princípio da presunção de inocência: HC, Primeira Turma, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, j. 26.4.94, RTJ 159/213; (c) julgados que utilizam as duas expressões: HC 81964 Primeira Turma, Rel. Ministro GILMAR MENDES, j. 10.12.2002, DJ 28.02.2003, p. 16. HC 80535 / SC, Primeira Turma, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 12.12.2000, DJ 02.03.2001, p. 03.

¹⁵⁷³ Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁵⁷⁴ O Ministro CELSO DE MELLO, em voto dado na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que o princípio é o da *não culpabilidade*, embora não afaste outros reflexos que dele decorrem, arremata que o seu “... domínio de incidência mais expressivo é o da disciplina da prova”. (In *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 219).

libertatis do acusado no embate que ele trava, durante a relação processual, com o *jus perseguendi* exercido pelo Ministério Público em nome da sociedade.

No Superior Tribunal de Justiça instaurou-se divergência, entre a Quinta e Sexta Turmas, quanto à admissibilidade, ou não, de serem considerados como maus antecedentes processos e inquéritos em andamento. Essa divergência foi superada com a edição pelo STJ da Súmula 444, no sentido de que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. O Supremo Tribunal Federal tinha precedente em sentido contrário¹⁵⁷⁵, porém, posteriormente, na decisão do pleno quando da apreciação do Recurso Extraordinário 591054/SC, em julgamento sob o regime de repercussão geral, adotou a orientação do Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁷⁶.

Em outra leitura, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade sinaliza que, para a adoção de providências contrárias ao acusado, a justificativa deve repousar em uma *verdade material* – ou indene de dúvida razoável –, e não apenas *formal*, pois, na dúvida, a decisão deve ser em prol do inculpatado. Como decorrência dessa cláusula, para que seja autorizada decisão contrária ao acusado, exige-se que o juiz tenha apoio em provas inquebrantáveis, dissipando eventuais dúvidas quanto ao acerto da posição adotada. Os argumentos apresentados quanto à incongruência de um princípio da inocência residem, justamente, no fato de o sistema processual permitir a adoção de várias providências de ordem criminal contra uma pessoa, sem que contra ela se tenha, ou mesmo seja exigida, a certeza de sua culpabilidade.

Note-se que, conquanto se exija um suporte probatório mínimo para que, pelo menos, seja instaurado um inquérito policial¹⁵⁷⁷ ou processo criminal contra alguém, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal sanável por via do habeas corpus, em nenhum momento se garante à pessoa que ela somente poderá ser *indiciada ou acusada* caso se tenha prova de sua culpabilidade. Pelo contrário, a própria legislação entende que é suficiente, para que a pessoa seja indiciada ou denunciada, a existência de culpa sumária ou suporte probatório mínimo. A garantia que a pessoa tem se resume em não ser molestada na esfera jurídica de sua liberdade, honra e imagem sem que haja ao menos provas de que o fato ocorreu e indícios de que ela seja a responsável.

Por isso mesmo, a autoridade policial, ao fazer o indiciamento, não parte de nenhum juízo de certeza quanto à culpabilidade, do mesmo modo como procede o Ministério Público quando do oferecimento da denúncia. Para esses dois atores do sistema criminal, bastam a materialidade e indícios de autoria, o que significa dizer que, mesmo não tendo *certeza da culpabilidade*, eles devem levar adiante a *persecutio criminis*, assim como ocorre, até mesmo, em relação ao magistrado, quando chamado, em vários momentos antes do julgamento do processo, a decidir diversas questões. Aliás, em muitas passagens do processo o juiz é autorizado a decidir contra os interesses do acusado com suporte apenas na materialidade e nos indícios de autoria, como sucede quando do recebimento da ação penal e da decretação de medidas cautelares as mais diversas.

Em resumo, a autoridade policial, com base na materialidade e nos indícios de autoria, pode e deve, por ato fundamentado, indiciar o agente no inquérito policial. De igual modo, caso o Ministério Público concorde com o indiciamento, ele deve oferecer a denúncia com suporte nesses mesmos elementos, assim como o juiz, com apoio neles, deve admitir a ação penal. Em nenhum desses casos, é certo, está havendo a aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade, pois para indiciar,

¹⁵⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. HABEAS CORPUS. 2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3. PROCESSOS E INQUÉRITOS EM ANDAMENTO. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES. RESSALVA DE UMA MELHOR ANÁLISE DA MATÉRIA. 4. HABEAS CORPUS INDEFERIDO, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: HC – Processo: 81.974, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 22/10/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 17 fev. 2005.

¹⁵⁷⁶ “A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2631969&numeroProcesso=591054&classeProcesso=RE&numeroTema=129>. Acesso em: 19 mai. 2015.

¹⁵⁷⁷ É importante ter presente a diferença entre instaurar inquérito e proceder ao indiciamento. Não raro, a autoridade policial instaura o inquérito sabendo, apenas, que ocorreu o ilícito, não tendo, em alguns casos, sequer um suspeito. Assim, em obediência ao princípio da obrigatoriedade, com base apenas na notícia de que um crime pode ter ocorrido, a autoridade policial instaura o inquérito. Todavia, para indiciar alguém ela precisa reunir não apenas provas de que o crime ocorreu, como também indícios de que aquela pessoa perpetrar o ilícito.

oferecer a ação penal ou admiti-la não se exige que haja certeza da culpabilidade, sendo suficientes meros indícios de autoria. Se nesses momentos fosse aplicável o princípio da presunção de não culpabilidade, fosse para indiciar, acusar ou receber a ação penal, seria necessário que houvesse prova suficiente da culpa do acusado, o que, como se sabe, não se há de exigir.

Por imperativo de ordem lógica, parece paradoxal defender que a autoridade policial, o Ministério e o magistrado – conquanto devam ter em conta o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade –, estão autorizados, respectivamente, a indiciar, acusar e receber uma denúncia contra o agente, tudo isso tendo como suporte, apenas, a prova da materialidade e meros indícios de autoria. E essa possibilidade é inerente a todos os sistemas jurídicos, independentemente dos que adotam expressamente o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade.

Pertinente lembrar que, em diversos momentos do processo, para tomar uma decisão contrária aos interesses do acusado, o juiz não precisa do auxílio da verdade material ou afastada de dúvida razoável. Como dito, a procedência dessa assertiva se mostra já na primeira decisão dada pelo juiz no processo, que diz respeito ao juízo de admissibilidade da denúncia. Nesse momento, o magistrado se contenta, para proferir decisão desfavorável aos interesses do acusado, em observar se há elementos probatórios pertinentes à materialidade e indícios quanto à autoria. Para todos os efeitos, o juiz, ao receber a ação penal, está a dizer que, diante dos elementos probatórios coligidos durante a investigação, há indicativos de que o acusado realizou a conduta, devendo, portanto, no processo criminal, ser apurada a sua culpabilidade, quando, mercê do princípio da presunção de não culpabilidade, se e somente se afastada dúvida razoável, poderá ser proferida sentença condenatória.

Ora, se nesse momento fosse aplicado o princípio da *presunção de não culpabilidade*, ou mesmo se esse preceito se fizesse sentir em todo e qualquer momento do processo, o juiz não poderia sequer admitir a denúncia, a não ser que estivesse fulcrado em prova conclusiva quanto à culpabilidade. Ou seja, para iniciar o processo, seria necessário que o juiz tivesse certeza quanto à culpa do acusado, o que implica dizer que ele deveria *julgar* o caso antes da ampla defesa e do contraditório e mesmo da instrução do processo em si. Isso seria, evidentemente, ilógico.

Várias outras decisões dadas pelo julgador ao longo do processo podem ser citadas como exemplo de situação em que não se aplica o princípio da presunção de não culpabilidade. Veja-se o caso da decretação da prisão preventiva. Se os fundamentos (*periculum libertatis*) estão embasados na necessidade da garantia da ordem pública ou econômica/evitar a prática de infrações penais¹⁵⁷⁸, quanto à conveniência da investigação ou instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, os requisitos (*fumus commissi delicti*) reclamados para que o juiz esteja autorizado a determinar a privação do direito de liberdade se circunscrevem à prova da existência do crime e aos indícios *suficientes* da autoria (art. 312, segunda parte, do CPP)¹⁵⁷⁹. É verdade que aqui, para a decretação da medida cautelar, que importa na restrição do direito de liberdade, não bastam os *indícios* que são exigidos para a admissibilidade da ação penal, sendo necessário, conforme a dicção normativa do art. 312, que existam *indícios suficientes*. Indício suficiente não se confunde com os *indícios* que conferem lastro ao ajuizamento da ação penal. O indício que satisfaz a exigência para o oferecimento da ação penal é aquele que se mostra pertinente para demonstrar que os elementos probatórios indicam a *possibilidade* de o acusado ter praticado o crime. Em outro passo, o *indício suficiente*, que é necessário para a decretação da prisão preventiva, é aquele que revela a *probabilidade concreta* de que o agente efetivamente praticou o crime imputado¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁸ Note-se que os fundamentos para a decretação de toda e qualquer medida cautelar criminal de ordem pessoal passou a ser disciplinada no art. 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 12.403, de 2011. Dessa forma, a leitura harmônica dos arts. 282, I, e 312, primeira parte, do CPP, leva à conclusão de que, para todos os efeitos, doravante, seguindo o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, para fins legais, a decretação de medida cautelar tendo como fundamento a manutenção da ordem pública ou econômica só está autorizada quando se mostra necessária para evitar a prática de infrações. Cf. item 9.6.5.1.1, infra. Cf. SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. Reforma tópica do processo penal, p. 436-439 e 451-455.

¹⁵⁷⁹ Note-se que, mesmo sob a nomenclatura de princípio da presunção de não culpabilidade, o Supremo Tribunal Federal reconhece que esse postulado tem como consequência a concepção de que a prisão processual possui natureza acautelatória, de modo que somente deve ser decretada em situações excepcionais, sem a necessidade de prova quanto à culpa em si (cf. HC 80.719, Primeira Turma, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. 26/06/2001, DJ 28.09.02, p. 37). Os reflexos do princípio da não culpabilidade em relação à prisão processual serão abordados mais adiante. Cf. item 9.6.5.1.1, infra.

¹⁵⁸⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 266.

Não é adequado se dizer que, devido à exigência de culpa sumária para que alguém seja indiciado na esfera policial ou denunciado perante o juízo e mesmo para que o juiz admita a ação penal, vigora nessas oportunidades o princípio da presunção de não culpabilidade, preceito que, conforme *communis opinio doctorum*, em *ultima ratio*, quer dizer que, presente dúvida razoável, o exegeta deva alvitrar a solução mais favorável ao agente a quem imputada a prática do ilícito. O que se quer evidenciar é que, nesses casos, o nome técnico correto do princípio é o da *presunção de inocência*, até porque a presunção de não culpabilidade somente vigora, em toda a sua essência, quando o juiz, com o seu pronunciamento, puder proferir uma decisão no sentido de condenar o acusado.

Pode-se asseverar peremptoriamente que, quando o magistrado analisa um pedido principal ou incidental que não pode importar em conclusão quanto à culpabilidade do agente, o princípio que rege o assunto não é o da presunção de não culpabilidade. Tome-se como primeiro parâmetro o que ocorre na apreciação de toda e qualquer decisão interlocutória, e não apenas em relação àquela com a qual o Juízo analisa o recebimento da denúncia. Pois bem, no momento do exame de uma questão interlocutória, o juiz não decide se o acusado *é, ou não, culpado*, pelo que para decidir contra o interesse deste não há necessidade de que o decreto jurisdicional tenha como lastro a verdade material ou afastada de dúvida razoável, sendo suficiente a formal, que se baseia na prova quanto à existência do crime e em indícios de autoria¹⁵⁸¹. Em alguns casos, como na busca e apreensão, basta a suspeita de que a pessoa oculte arma proibida ou objeto relacionado a um crime (art. 240, § 2º, do CPP).

A verdade da afirmação feita supra se manifesta com mais força quando se examina o que ocorre nos processos da competência do tribunal do júri; no final da primeira fase, após as razões finais, os autos vão conclusos para julgamento, a fim de que o órgão judicante pronuncie, impronuncie, desclassifique o crime para outro que não seja da competência do tribunal do júri ou então absolva liminarmente o acusado. O juiz, em nenhuma dessas hipóteses, decide se o inculpatado é culpado ou inocente; no máximo, se a decisão for a de pronúncia, remete o processo para o tribunal do júri, a fim de que lá ele seja julgado. É um mero juízo de admissibilidade do julgamento perante o referido tribunal. Por isso mesmo, para pronunciar, é suficiente que o julgador se convença da existência do crime e de indícios suficientes de que o réu seja o seu autor (art. 413, caput, do CPP). Ele não faz um juízo de culpabilidade, senão de que há provas nos autos que justificam o julgamento pelo tribunal do júri. Não se há de falar, portanto, em aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade¹⁵⁸². Ademais, a doutrina e a jurisprudência defendem que, na dúvida, entre pronunciar ou impronunciar, o juiz deve inclinar-se para a primeira, pois, nesse caso, não se aplica o princípio da presunção de não culpabilidade. Alguns doutrinadores sustentam que na hipótese aqui em foco o princípio aplicável é o do *in dubio pro societate*. Já defendemos essa posição. No entanto, no nosso sentir, esse entendimento emerge do erro em não se fazer a distinção entre os princípios da presunção de inocência e o da presunção de não culpabilidade. O princípio que rege o momento referente ao pronunciamento judicial na primeira fase do procedimento relativo ao tribunal do júri é o da *presunção de inocência no sentido estrito*, o qual significa apenas que, como o juiz nessa oportunidade não faz juízo de culpabilidade, para que a decisão seja desfavorável ao acusado se mostra bastante que haja prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria.

Todavia, o que mais reforça essa tese é quando se observa o que acontece em relação à absolvição sumária. No procedimento relativo ao tribunal do júri, tendo em conta que o juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é o conselho de sentença, formado por pessoas leigas recrutadas da sociedade, a doutrina e a jurisprudência possuem posição consolidada no sentido de que o magistrado, na *dúvida*, deve pronunciar o acusado. De outra banda, a absolvição sumária, que é a decisão com a qual o juiz diz que o acusado é inocente da acusação ou é inimputável, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência, só é possível quando o juiz tiver a certeza da inculpabilidade ou da inimputabilidade¹⁵⁸³. Aqui, inverte-se a lógica do processo:

¹⁵⁸¹ Podem ser mencionadas todas as medidas cautelares de ordem criminal (escuta telefônica, quebra de sigilo etc.), a começar pela prisão preventiva.

¹⁵⁸² Cf. item 9.6.5.1.4, *infra*.

¹⁵⁸³ “Art. 415: O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime”.

para absolver, a decisão do juiz, na sua motivação, tem de estar acompanhada de prova robusta em prol do acusado – prova material.

Na sapiência de SEABRA FAGUNDES¹⁵⁸⁴, na seara do tribunal do júri, “A prova para dar lugar à absolvição, com base em causa excludente da imputabilidade, deve ser tão plena e segura como a que exige da autoria e materialidade do delito para a definitiva condenação.” Essa posição da doutrina e da jurisprudência brasileiras só é sustentável a partir do momento em que se admita que há distinção, sim, entre os princípios da presunção de inocência e o da não culpabilidade, e que ambos foram sufragados pelo constituinte ou, pelo menos, foram incorporados em nosso sistema devido às declarações internacionais.

Tendo em consideração esse *distinguish* entre os princípios da presunção de inocência e o da não culpabilidade, tem-se que, para todos os efeitos, este último só está presente em sua essência nos momentos processuais em que o juiz, com a sua decisão, pode reconhecer a culpabilidade do denunciado. Assim, como na primeira fase do tribunal do júri, especialmente na absolvição sumária, o juiz não pode fazer juízo de valor quanto à culpabilidade, pois, quando muito, só lhe é permitido inocentar o acusado, não há de falar-se, aqui, em *princípio da presunção da não culpabilidade*, do *favor rei* ou do *in dubio pro reo*, mas, sim, do *princípio da presunção de inocência*.

Na linha de raciocínio embasada nessa premissa, a absolvição sumária prevista para os demais procedimentos, inovação introduzida com a primeira etapa da Reforma Tópica de 2008¹⁵⁸⁵, também é orientada pelo princípio da presunção de inocência. Como já tivemos a oportunidade de dizer, a absolvição sumária é “... uma decisão de exceção, que somente deve ser dada nas hipóteses em que o juiz está seguro, com base na robustez da prova, de que o acusado deve ser, independentemente da instrução do processo, desde logo absolvido”¹⁵⁸⁶. Por conseguinte, para encerrar prematuramente o processo com a prolação de sentença absolutória, o juiz precisa ter a certeza material da inculpabilidade, da inimputabilidade ou de que, efetivamente, o fato imputado ao acusado não constitui crime.

Essa característica é ínsita à revisão criminal, não apenas porque nesse caso há uma sentença condenatória transitada em julgado, mas porque na apreciação da pretensão embutida nessa espécie de ação não se pode condenar ou piorar a situação da pessoa, mas apenas absolvê-la ou melhorar a sua situação. O mesmo ocorre em relação ao habeas corpus, de modo que, quando ele visa a extinção de processo sob o fundamento de que o acusado é inocente, para que seja decidido pela procedência do pleito, é preciso que a prova da inocência seja evidente¹⁵⁸⁷. Nessas situações o que se tem é a incidência do princípio da presunção de inocência em sentido estrito.

Por conseguinte, o mais apropriado é arrematar que o preceito encartado em nossa Constituição dá azo a que se enxergue nele não apenas uma presunção de *não culpabilidade* como, igualmente, uma *presunção mesmo de inocência*.

Em obséquio aos diplomas internacionais que conferem preferência à nomenclatura *presunção de inocência* e, ademais, em compasso com o argumento da exigência da culpa sumária (materialidade e indícios de autoria) para o indiciamento ou a existência de um processo criminal, o mais correto é afirmar que, para todos os efeitos, essa expressão, *lato sensu*, engloba a presunção de inocência *stricto sensu* e a presunção de não culpabilidade.

9.2.3 – A presunção de inocência como garantia contra a instauração de inquérito ou de processo criminal sem justa causa.

O princípio plasmado no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, como se ressaltou acima, diz respeito ao juízo de culpabilidade, de modo que ele, quanto ao seu campo de domínio maior, que é o

¹⁵⁸⁴ Apud BARROS; Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 254.

¹⁵⁸⁵ Mais especificamente, em razão da redação determinada no art. 397 do CPP pela Lei nº 11.719, de 2008. A própria redação dos incisos do art. 397 do CPP demonstra que, exceto quanto à absolvição sumária com base na extinção da punibilidade, questão objetiva, nas demais hipóteses, o juiz precisa estar fulcrado em juízo de certeza. Vejam-se as expressões grifadas nos incisos 397 do CPP: “I – a existência *manifesta* de causa excludente de ilicitude do fato; II – a existência *manifesta* de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato *evidentemente* não constitui crime; ou V – extinta a punibilidade do agente” (Grifamos).

¹⁵⁸⁶ SILVAJÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 171.

¹⁵⁸⁷ STF, RHC 68.525/DF, Segunda Turma, Rel. Ministro Paulo Brossard, j. 13.04.92, DJ de 12.06.92, p. 9.028.

da prova, somente se faz sentir quando o juiz se debruça sobre o caso para definir se o acusado é culpado ou inocente. Todavia, exegese desse princípio em consonância com a dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da honra e mesmo em razão do diálogo com diplomas internacionais permite extrair do texto constitucional a presença do princípio da presunção de inocência *stricto sensu*, conforme pinçado supra.

Note-se que, consoante a doutrina e a jurisprudência brasileiras, para que alguém seja indiciado ou acusado em processo judicial, mister se faz que haja um suporte probatório mínimo que aponte a existência do crime e de indícios de sua autoria. Assim além dos 2 (dois) pressupostos básicos de admissibilidade da ação¹⁵⁸⁸, a ação penal tem um terceiro e específico pressuposto, que é a justa causa¹⁵⁸⁹.

Ainda que sem a melhor técnica, a modificação introduzida no Código de Processo Penal por obra da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, pondo fim a divergência doutrinária, explicitou que a *justa causa* é um pressuposto de admissibilidade específico da ação penal, sendo a sua ausência hipótese para o juiz rejeitar a denúncia ou queixa, deixando de recebê-la¹⁵⁹⁰.

A exigência de *justa causa* para o indiciamento em inquérito policial ou oferecimento da ação penal é uma garantia por demais importante, porque assegura que nenhuma pessoa será constrangida, por meio de inquérito ou de processo criminal, quanto ao seu direito de liberdade e mesmo à honra e à imagem, sem que exista contra ela provas de que o fato efetivamente ocorreu, assim como de indícios que, se não autorizam a conclusão de sua culpa, justificam que ela seja apontada como a possível autora do fato criminoso.

Mas por que se precisa de justa causa para se indiciar ou acusar alguém? GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET¹⁵⁹¹ ressaltam que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, diante dos danos que a mera existência de um processo criminal acarreta à dignidade pessoal do indivíduo, ocorre constrangimento ilegal quando a persecução penal é *injusta*, ou seja, precária e sem apoio naquilo que se convencionou denominar *culpa sumária*.

É como se o sistema dissesse que todas as pessoas são *presumidamente inocentes*, daí por que, para que ela seja apontada como a provável autora de um crime, exige-se que essa imputação se faça com base em uma *apuração sumária*, na qual reunidos elementos a respeito da materialidade e da autoria. Como sustentado, a interpretação mais larga do inciso LVII do art. 5º da Constituição permite a conclusão de que, a despeito da redação emprestada ao dispositivo, o nosso sistema alberga tanto o princípio da presunção de inocência na forma estrita quanto o da presunção de não culpabilidade. Assim, diante da presunção de que todas as pessoas são inocentes, ninguém pode ser perturbado com imputações criminosas, a não ser que tal afirmação, feita pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, tenha como suporte um lastro probatório mínimo.

¹⁵⁸⁸ Sem embargo de a dogmática, com suporte na disciplina do CPC de 1973, fazer a distinção entre as condições da ação e os pressupostos processuais, o NCP de 2015, sendo mais pragmático, abandonou essa distinção. Não se há mais de falar em condições da ação, mas, sim, em *pressupostos processuais relativos à admissibilidade da ação*. De outra banda, pondo fim a divergência doutrinária, a *impossibilidade jurídica do pedido* passou a ser considerada como questão de mérito. Por conseguinte, para todos os efeitos, no ambiente do processo civil só há dois *pressupostos processuais de admissibilidade da ação*, que são a *legitimidade e o interesse de agir*.

¹⁵⁸⁹ MARIA THEREZA MOURA não considera a *justa causa* uma das condições da ação, porquanto, para ela, a falta de uma das três condições da ação constitui-se, por si mesmo, em uma das hipóteses de *falta de justa causa* (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221). Dessa forma, para MARIA THEREZA, justa causa corresponde a um "... juízo de mínima probabilidade de condenação" (Ibid., p. 245), até porque, para o ajuizamento da ação penal, "Não se exige, de pronto, a certeza moral quanto à ocorrência do fato, da autoria e da culpabilidade. Esta será imprescindível no final, para autorizar um decreto condenatório". (Ibid.)

¹⁵⁹⁰ "Art. 395: A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal". À primeira vista, a *justa causa*, assim como a *inépcia da inicial*, não foi considerada seja como condição da ação, seja como pressuposto processual, distinção que era feita no CPC de 1973. No nosso entendimento, "Menos preocupado com o rigor científico do que com a realidade, o que se teve em mente, com a redação emprestada ao art. 395 do CPP, foi ressaltar que, no momento desse exame, o juiz, dentre os pressupostos processuais e as condições da ação, deve dar acentuado destaque exatamente para aqueles vícios que, mais frequentemente, são questionados no decorrer do processo, muitas vezes, até mesmo, por meio da interposição de habeas corpus" (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 103.).

¹⁵⁹¹ Op. cit., p. 529.

Para o cidadão, essa presunção de inocência é uma garantia no sentido de que ele não poderá ser desassossegado em sua paz nem arranhado em sua dignidade como pessoa, tanto em sua honra quanto em sua imagem, com imputações levianas, invocadas sem a menor plausibilidade, com o propósito apenas de deixá-lo em situação constrangedora.

Para os órgãos do Estado encarregados da persecução criminal, a presunção de inocência, na perspectiva aqui sustentada, impõe uma limitação quanto a essa atuação, na medida em que exige a necessidade de que a imputação criminosa tenha como lastro uma prévia reunião de elementos probatórios a respeito da materialidade e autoria do delito, ou seja, haja justa causa para a persecução criminal.

Essa posição aqui sustenta ganha um colorido especial com o papel a ser desempenhado pelo juiz das garantias quanto ao *controle da legalidade da investigação criminal*, na medida em que além de ser informado da instauração do procedimento (art. 3º-B, IV), será de sua atribuição “determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento” (art. 3º-B, IX), especialmente quando não enxergar justa causa para o indiciamento do investigado.

9.2.4 –Aplicação do princípio da presunção de inocência nas atuações da autoridade policial e do Ministério Público.

Conforme foi visto nos itens anteriores, o princípio da não culpabilidade tem seu alcance propriamente dito relacionado ao momento em que o magistrado vai fazer o seu juízo de culpabilidade do acusado. Isso explica o motivo pelo qual o princípio *in dubio pro reo* não se faz sentir quando do juízo de admissibilidade da denúncia, na decisão de medida cautelar, aí incluída a decretação de prisão preventiva – a sua repercussão em relação à prisão processual é apenas para estabelecer que ela só é admissível com natureza cautelar –, na apreciação de habeas corpus, em revisão criminal e nas decisões de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e de desclassificação.

O alcance do princípio da não culpabilidade, sumariamente, estabelece que (1) só se admite a decretação de prisão do acusado, antes da sentença definitiva, a título de medida cautelar; (2) o acusado não tem o dever de provar a sua inocência, recaindo sobre o Ministério Público o ônus de provar a culpabilidade daquele¹⁵⁹²; e (3) para condenar o acusado, o juiz deve ter como base a plena convicção da culpabilidade (ausência de dúvida razoável), sendo suficiente, para a absolvição por insuficiência de provas, a dúvida quanto à culpa (*in dubio pro reo ou favor rei*).

Se o alcance do princípio da não culpabilidade liga-se mais diretamente ao juízo de culpabilidade, evidencia-se que ele não é observado pela autoridade policial nem muito menos pelo Ministério Público, que é apenas parte na relação processual e, por isso mesmo, não possui o poder de decidir sobre a culpabilidade do acusado. Que a autoridade policial, na direção do inquérito policial, não se guia pelo princípio da presunção de não culpabilidade é algo que se apresenta com bastante clareza e há mesmo muitas justificativas para tal, pois o que ela faz se trata de mera investigação. Quanto a isso não há maior divergência.

Todavia, quando se faz essa afirmação nos meios acadêmicos e mesmo para membros do Ministério Público, as reações são as mais diversas, muitos se posicionando veementemente contrários à assertiva. Defendem que o Ministério Público, como guardião dos valores plasmados na Constituição de 1988, com especial destaque para os direitos fundamentais, não pode conduzir-se de modo contrário aos princípios preceituados na Carta Política. Porém, essa posição não se coaduna com a natureza das coisas. Em primeiro exame, não se pode perder de vista que, no âmbito do processo criminal, o Ministério Público é parte, e como tal deve comportar-se, uma vez que defende não propriamente o Estado, mas a sociedade.

O Ministério Público recebeu da Constituição a titularidade da ação penal para agir em nome da sociedade, como ação coletiva com a qual, na defesa do interesse do grupo social, procura obter o

¹⁵⁹² Nos termos do Código de Processo Penal, assim como ocorre no processo civil, o ônus da prova cabe a quem alega o fato (art. 156, caput, com a redação determinada pela Lei 11.690/2008). Assim, se o acusado alega um fato, que é ele quem tem o ônus de prová-lo. Todavia, o princípio da presunção de não culpabilidade modifica substancialmente essa lógica processual, na medida em que, para a condenação, necessário que afastada a dúvida razoável. Assim, para todos os efeitos, o que é suficiente para a absolvição é que a defesa produza prova ou argumento que fragilize a certeza material das evidências trazidas pelo Ministério Público.

esclarecimento do ilícito e a aplicação das medidas adequadas para restabelecer a ordem. Caso se diga que o Ministério Público, no exercício de sua função, orienta-se pelo princípio da não culpabilidade, está-se defendendo que ele deve aparelhar a ação penal com prova que afaste dúvida razoável sobre a culpabilidade, o que muitas vezes, por questão de lógica, não é desejável e juridicamente é mesmo impossível. A verdade afastada de dúvida razoável é para ser perquirida no processo criminal que é instaurado por meio da ação penal, sendo assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Ora, o inquérito policial não é instrumento para se obter verdade material, pois o seu fim não é perquirir a prova cabal da culpabilidade do agente, mas apenas coletar elementos probatórios que levem à conclusão de que o fato criminoso ocorreu e de que há indícios quanto à autoria. Não sendo a prova material objeto do inquérito policial, mas apenas a formal, logicamente não se há de exigir, ou dizer, que a ação penal formulada com amparo nele se faz valer de prova indene de dúvida quanto à culpabilidade, tal como se necessita para a condenação. Por outro lado, a verdade material só pode advir do devido processo legal, o que significa dizer procedimento no qual se permite, a observância, na potência máxima, de todas as garantias, especialmente da ampla defesa e do contraditório, o que não há no inquérito policial ou procedimento criminal investigatório. Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência consolidada há muito tempo, consigna que é nula a sentença condenatória lastreada em prova obtida exclusivamente em inquérito policial¹⁵⁹³.

Outra incongruência ao se defender que o Ministério Público pauta o seu agir pelo princípio da não culpabilidade, é que ele seria autorizado, no caso de dúvida, a pedir o arquivamento do inquérito, negando, por linhas transversas, à vítima e à sociedade em geral o direito de ver o assunto esclarecido por meio do processo judicial. Isso seria o mesmo que negar o acesso à justiça. Nem se argumente que, nesse caso, o juiz poderia utilizar-se da medida sinalizada pelo art. 28 do CPP, que ainda está em vigor em sua redação originária, pois isso de nada adiantaria, uma vez que o Procurador-Geral, obediente ao mesmo princípio, não teria outra alternativa que não insistir no arquivamento. Por outro lado, o Ministério Público transformar-se-ia no próprio julgador, avocando para si a função judicante, sem sequer ter havido a instauração do processo, atitude que nem mesmo o juiz pode fazer, a não ser no momento final, que ocorre quando ele vai se pronunciar acerca da culpabilidade ou não do acusado. O Ministério Público, nessa hipótese, assim como ocorre com o juiz no momento em que este vai decidir se recebe, ou não, a denúncia, deve pautar o seu agir com suporte na verdade formal, sendo orientado. Em verdade, assim é porque, para todos os efeitos, o princípio que rege o agir não é o da não culpabilidade, mas, sim, o da presunção de inocência, que resta flexibilizado quando existente a prova da materialidade e de indícios da autoria.

Assim, o Ministério Público deve agir tendo em conta a culpa sumária, o suporte probatório mínimo, enfim, a verdade formal que exala dos autos do inquérito, de modo a oferecer a denúncia para, sob a batuta do devido processo legal, buscar a verdade material necessária à satisfação de sua pretensão. Mas não se pense que o Ministério Público deve orientar-se pelo princípio da presunção de inocência ao invés do da não culpabilidade apenas no momento da propositura da ação. Esse princípio da presunção de inocência – com os limites tal como defendido em nossa tese – o acompanha no decorrer do processo, de modo que, para pedir a absolvição do acusado, não deve determinar-se pelo princípio do *in dubio pro reo*. Se o Ministério Público não tem convicção da inocência do acusado, deve persistir na imputação criminosa.

Essa orientação do agir consoante o princípio da presunção de inocência se transmuda conforme as fases processuais, especialmente após a prolação da sentença absolutória. É plenamente defensável que o Ministério Público, exercitando o *fair play*¹⁵⁹⁴, após a instrução processual, entendendo que não há prova material a autorizar a prolação de sentença condenatória, peça a absolvição do acusado. Essa situação pode ser apontada como hipótese de repercussão direta do princípio da presunção de não culpabilidade no agir do Ministério Público. Igualmente, se o

¹⁵⁹³ Esse pensamento jurisprudencial foi traduzido normativamente, com a nova redação conferida ao art. 155 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690, de 2008 (“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”).

¹⁵⁹⁴ O *fair play* processual representa uma das orientações centrais do Novo Código de Processo Civil, plenamente aplicável ao processo penal, especialmente quanto à atuação do órgão ministerial que, embora parte no processo, não tem compromisso com a acusação em si, mas com a realização da justiça.

Ministério Público, diante da sentença absolutória, concorda que não há prova livre de dúvida razoável quanto à culpabilidade, pode, e deve, deixar de recorrer. Nessas duas hipóteses, como se percebe, o Ministério Público deve atuar em consonância com o princípio da presunção de não culpabilidade.

Em última nota sobre o tema, cabe salientar que quanto ao Ministério Público, a repercussão do princípio da presunção de não culpabilidade é no sentido de que para além do ônus de produzir a prova, ou seja, ele tem o *dever de provar*, enquanto a defesa se revela bastante alcançar estabelecer *dúvida razoável* quanto à ocorrência do crime ou a culpabilidade do acusado

9.2.5 – Exigência da ausência de dúvida razoável da culpabilidade como condição para a condenação (*in dubio pro reo* ou *favor rei*) como decorrência do princípio da não culpabilidade e seu alcance em relação à prova.

Do princípio da presunção de não culpabilidade é que decorre o do *in dubio pro reo*, pelo que leva à conclusão de que a regra que determina o magistrado a decidir, na dúvida, em favor do acusado, somente se aplica quando ele estiver para julgar sobre a culpabilidade ou não. Em outra análise, esse princípio insere, no âmbito do processo criminal, o que se convencionou chamar *favor rei* ou de exigência de ausência de dúvida razoável para a condenação, também chamada de *verdade material*.

Tal princípio consagra a máxima construída pela inteligência de CARRARA¹⁵⁹⁵ ao ensinar que, para a sociedade, era preferível absolver um culpado do que condenar um inocente, até porque, se outro não fosse o motivo, a condenação do inocente representa um mal concreto e real, enquanto a absolvição do culpado tem apenas a potencialidade de causar um perigo de lesão social. Isso sem falar que, com a absolvição de um culpado se comete *um erro*, qual seja, não se condenar quem deveria. Em contrapartida, condenar um inocente gera *dois erros*, pois, além de se condenar quem não deveria, deixa-se impune o verdadeiro culpado.

Conquanto o alcance do princípio sirva para estruturar o próprio sistema criminal no sentido de equilibrar as forças das partes e dar maior tutela na relação processual ao direito de liberdade do acusado, a repercussão mais direta do princípio da presunção de não culpabilidade incide quanto à determinação de sobre quem recai o ônus da prova e da força que lhe deve ser dada. Consectário lógico do princípio da não culpabilidade é que o juiz, para condenar alguém, deve escorar-se na verdade material¹⁵⁹⁶, uma vez que, na dúvida, ele deve aplicar o *favor rei* ou o brocardo do *in dubio pro reo*.

Quanto ao Ministério Público, a repercussão do princípio da presunção de não culpabilidade é no sentido de que ele tem o ônus de produzir a prova material, ou seja, ele tem o *dever de provar*, enquanto a defesa se revela bastante alcançar estabelecer *dúvida razoável* quanto à ocorrência do crime e ou à culpabilidade do acusado.

Como o princípio da não culpabilidade é ínsito ao processo criminal, sem repercussão no processo civil, diz-se que uma das distinções basilares entre um e outro é justamente porque aquele se lastreia pela verdade material, enquanto o segundo, mesmo para o julgamento procedente da pretensão, pode se contentar com a verdade apenas formal. Dessa forma, a verdade material ou aquela que afasta a dúvida razoável como princípio reitor do processo criminal se baseia na premissa de que não interessa à sociedade encontrar *um* culpado, mas sim *o* culpado, pois a área de segurança afetada com a ação ilícita somente terá possibilidade de ser recuperada ou ter amenizado o gravame a ela causado, caso o verdadeiro responsável pelo delito seja chamado a sua responsabilidade.

Ou seja, a função do processo criminal é encontrar o culpado e fazer incidir sobre ele as medidas adequadas para reorientá-lo quanto ao convívio em sociedade. No processo civil, via de regra, o que está em jogo são interesses particulares, que podiam ter sido resolvidos extraprocessualmente, daí por que a resolução do problema da responsabilidade pode ser encontrada das mais variadas formas, até mesmo com a assunção por terceiros da obrigação de dar, fazer ou

¹⁵⁹⁵ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora LZN, 2002. v. 2. p. 292-293.

¹⁵⁹⁶ A verdade material, em sua essência, quer dizer que o juiz, ao julgar, deve estar o mais aproximado possível da realidade fática que permeia o caso.

prestar o que é devido pelo réu. Como a resolução da questão cível não tem a cláusula da presunção de não culpabilidade, o assunto pode ser tratado com base em uma verdade meramente formal, qual seja, aquela admitida pelas partes ou que está disposta nos autos.

Todavia, a questão precisa ser mais bem explicada. No processo penal, não raro, a decisão é tomada com base em uma verdade meramente formal e, em alguns casos, ela é, até mesmo, consensuada, como ocorre nas hipóteses de transação, suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal. Quanto a essas hipóteses de negociação entre as partes, conforme explicitado no item 9.1.3, supra, nosso sistema processual não adota propriamente o *plea bargain* americano, pois o ajuste firmado entre o Ministério Público e o acusado, assistido pelo seu defensor, não implica em reconhecimento da culpabilidade e muito menos aplicação de pena. Por uma questão de política criminal, a previsão da transação, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução é a forma de utilizar o processo para resolver o problema penal sem imputação de culpa, pelo que não se aplica o princípio da presunção de não culpabilidade. Mas, de toda sorte, assim como se observa com mais nitidez da primeira parte do caput do art. 28-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, para o acordo imprescindível que não seja *caso para o arquivamento*, isto é, exista justa causa (prova da ocorrência do crime e indícios da autoria), enfim, tenha sido flexibilizado o princípio da presunção de inocência.

Sob outro ângulo de visão, quando o juiz, em obséquio ao princípio da não culpabilidade, absolve o acusado por insuficiência de provas, a sentença se apoia na verdade formal. Tem-se, assim, que a sentença absolutória, embora possa ser proferida com suporte em uma verdade material, sempre e sempre o juiz está autorizado a exarar sentença absolutória, ainda que sem a certeza da inocência, tal como se observa dos incisos II, V, VI primeira parte e VII todos do art. 386 do CPP¹⁵⁹⁷. Isso porque, para absolver, basta que o magistrado não tenha base em prova material para condenar.

Do mesmo modo, conforme já observado acima, ao longo do processo, o juiz prolata decisões que têm como supedâneo a mera verdade formal, como ocorre nas decisões interlocutórias, pois nelas o juiz firma a sua convicção quanto ao atendimento do pleito do Ministério Público – mesmo quando essa decisão importa em privação da liberdade do acusado –, apenas com base na materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, sem imiscuição quanto à culpabilidade.

Como se vê, não é correto asseverar que o processo criminal é inteiramente regido pelo princípio da verdade material. O que se pode e deve afirmar é que decorre do princípio da presunção de não culpabilidade a assertiva de que o Ministério Público, para conseguir a procedência de sua pretensão acusatória, tem o ônus/dever de comprovar os fatos constitutivos do dever-poder de punir, porquanto o juiz somente pode condenar o agente com base na certeza escoimada de dúvida razoável de que ele é culpado. Vendo as coisas pelo polo passivo da relação processual criminal, tem-se que o acusado, além de não ter o ônus de provar a sua inocência, deve ser absolvido caso reste dúvida quanto a sua culpabilidade. Mantendo a análise sob essa perspectiva, pode-se dizer que o princípio da não culpabilidade confere ao acusado o direito de ter uma sentença absolutória que não tem como certa a sua inocência, mas sim a dúvida de que ele seja culpado, ou não. Em outras palavras, essa sentença absolutória não é feita com base em uma verdade material, senão em uma verdade formal.

O expendido acima autoriza a conclusão de que a verdade material, corolário lógico do princípio da presunção de não culpabilidade, trata-se de princípio que deve ser observado nas sentenças condenatórias, mas não quanto à sentença absolutória calcada na insuficiência de provas, o que reforça, ainda mais, a tese de que há de ser feita a distinção entre os princípios da presunção de inocência e o da não culpabilidade, pois este diz respeito apenas às situações processuais em que o magistrado pode firmar juízo de culpabilidade, e não a toda e qualquer decisão ou momento processual.

¹⁵⁹⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 219.

9.2.6 – O princípio da presunção de não culpabilidade e a sua repercussão no tratamento dado às partes na relação processual.

Quando ocorre um crime, a norma penal abstrata exala como efeito o dever-poder de o Estado perquirir a responsabilidade penal do agente que praticou a conduta típica. A despeito da legitimidade para o exercício da persecução criminal, ao agente a quem se imputa a prática do ilícito é reconhecido o direito de defender a sua liberdade, mediante a utilização de instrumentos eficazes. Por mais legítimo que seja o exercício do dever-poder de punir, ainda que se enxergue nele mais um direito coletivo da sociedade¹⁵⁹⁸ do que um mero interesse estatal, o acusado tem de merecer, pelo menos, um tratamento igualitário. Até porque na relação jurídica instaurada com o processo penal, existem dois direitos fundamentais coletivos que suscitam as maiores preocupações dos cidadãos e do Estado: de um lado, o dever-poder de punir e, do outro, o direito de liberdade.

Em essência, verifica-se no processo penal uma colisão de direitos fundamentais: o dever-poder de punir representa os direitos fundamentais na perspectiva objetiva, enquanto os limites a essa missão estão consubstanciados na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. A solução desse *vexata quaestio* se faz mediante a técnica da ponderação, partindo da premissa de que os conflitos das normas constitucionais devem ser resolvidos em consonância com as circunstâncias de cada caso concreto, exigindo-se do intérprete o adequado balanceamento dos bens, interesses e valores tutelados pelos direitos fundamentais envolvidos.

Sob outro aspecto, a mera existência do processo penal, sem embargo de macular a imagem da pessoa perante a sociedade, importa, no mínimo, em ameaça ao direito de liberdade¹⁵⁹⁹. Nesse sentido, GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET¹⁶⁰⁰ esclarecem que a persecução criminal injusta ofende o princípio da *dignidade da pessoa humana*, a par de essa ofensa ser potencializada, na medida em que ameaça a *esfera da liberdade de locomoção*¹⁶⁰¹.

Os cidadãos em geral, e não apenas aquele que está sendo processado, ainda que não tenham a atenção despertada para tal, têm o efetivo interesse de que o direito de liberdade seja respeitado pelo Estado quando do exercício da persecução criminal. Assim, a preservação dos direitos fundamentais, nas perspectivas objetiva e subjetiva interessam de perto a todos os cidadãos, e não apenas ao projeto político de um determinado governo ou somente ao agente que está se defendendo no processo, não havendo, em princípio, hierarquia entre um e outro.

Assim, como em dimensão última tanto o dever-poder de punir quanto o de liberdade, honra e imagem possuem gênese coletiva, deve-se ter em conta, antes de tudo, que não é adequado dizer que o dever de punir, por representar um interesse coletivo, merece receber mais prestígio do que o direito de liberdade do acusado. Isso ocorria antes da jurisdicionalização do dever-poder de punir, ou seja, da previsão do devido processo legal como indispensável para se obter a responsabilidade penal. Naquele ensaio de justiça criminal, a persecução criminal levada a efeito pelo Estado não conhecia regras, era feita de forma absoluta e não admitia, sequer, que o acusado tivesse o direito de defesa. Essa situação, repudiada com veemência por BECCARIA no livro *Dos delitos e das penas*, a partir da garantia do devido processo legal, sofreu modificação profunda. No primeiro passo, ao acusado foi reconhecido o direito de defesa, pois a ele deveria ser assegurada a possibilidade de defender-se no processo, direito fundamental que é inerente à condição humana. O seu chamamento ao processo deixou de ser para que ele fosse objeto de prova, a fim de que, agora, a sua participação seja para apresentar defesa às imputações que lhe são feitas na ação penal. De todo modo, junto com o direito de defesa, adveio outra cláusula fundamental para o homem, justamente a *presunção de não culpabilidade*, que veicula a parêmia de que, na dúvida, o juiz deve decidir em prol do acusado.

Essa máxima foi o resultado lógico da inteligência emprestada ao princípio da não culpabilidade, pensada por BECCARIA e sufragada, pela primeira vez, em um texto normativo, na Declaração de Direitos da Virgínia. O pranteado mestre CARRARA, discípulo de BECCARIA e que assumiu para si a missão de fazer as deduções jurídicas da primeira escola penal, construiu a sua

¹⁵⁹⁸ A ação penal é uma ação coletiva, na qual o Ministério Público substitui o grupo social, que tem o interesse no descobrimento da verdade e que seja buscada a responsabilidade penal mais adequada ao restabelecimento da ordem pública.

¹⁵⁹⁹ A pena restritiva de direitos, muito embora não suprima o direito de liberdade, tem o condão de restringi-lo e, de qualquer sorte, arranha a imagem da pessoa.

¹⁶⁰⁰ Op. cit., p. 529.

¹⁶⁰¹ Ibid.

teoria tendo como suporte a conclusão de que, para a sociedade, é menos pernicioso absolver um culpado do que condenar um inocente. Com essa assertiva, ele disse, com todas as letras, que, entre a tutela da liberdade do acusado e a do dever-poder de punir, deve prevalecer a primeira¹⁶⁰². De fato, debruçando-se sobre a hipótese em que a prova, não sendo certa, suscitava no julgador a dúvida entre tutelar o direito do acusado ou o da sociedade com a condenação, disse aquele que mereceu, mais do que ninguém, o título de *il professore*¹⁶⁰³

.... qual a que deve prevalecer? Sem dúvida a de tutelar o direito do acusado. É palpável a razão principal da resposta, pois violado o direito em prejuízo do acusado, ocasiona-se um mal certo e positivo, a condenação do inocente; ao passo que, se preferir a absolvição no caso de dúvida, ter-se-á, perante a verdade oculta, violado o direito que tinha os associados à punição do culpado, não se produzindo mais que simples perigo. (...) Além disso, ao mal real da condenação do inocente volta a reunir-se um duplo perigo também para os associados: 1º, o perigo de que o verdadeiro culpado, assim conservado impune, extraia daí incitamento a novas lesões do direito. 2º o perigo que pesa sobre cada um de ser, por sua vez, vítima de um erro judiciário, pelo qual os cidadãos hesitam entre o temor dos crimes e o temor das aberrações judiciais, sentindo-se eles próprios inseguros, e antipática a justiça.

Na mesma passada, GIUSEPPE BETTIOL¹⁶⁰⁴, após advertir que o princípio do *favor rei* (*favor innocentiae*) é um princípio básico de toda legislação processual penal inspirada em sistema jurídico que tem como cláusula reitora a proteção do direito de liberdade, conclui que “*En la contraposición entre el ius puniendi del Estado, de um lado, y el ius libertatis del imputado, del outro, la preeminencia debe ser atribuída a este último si quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe.*” Em nosso meio, concordando com as colocações de BETTIOL, TOURINHO FILHO adverte que há várias disposições no Código de Processo Penal que consagram o *favor libertatis ou favor rei*¹⁶⁰⁵.

Como foi ressaltado, o fundamento do sistema democrático-constitucional brasileiro se pauta pela preservação do direito de liberdade, de modo que este, e não o direito de punir, é que merece tratamento mais atencioso por parte do legislador e do operador jurídico. A regra vazada na parêmia de que para alguém ser condenado há necessidade de prova robusta e inquebrantável, pois, na dúvida razoável deve-se absolver o acusado, revela que o nosso sistema jurídico é arquitetado sob uma plataforma que deve privilegiar, na relação processual, a posição do acusado. Com isso, em prol da preservação do direito de liberdade do acusado, o ônus da prova recai sobre o Ministério Público, pois este somente conseguirá a condenação do acusado se revelar, sob a marca da verdade material, que ele deve ser considerado culpado.

Em homenagem à escolha política de privilegiar-se o direito de liberdade em detrimento mesmo da *persecutio criminis*, aparentemente, quebra-se a igualdade de tratamento das partes, com a imposição ao Ministério Público de buscar a verdade material no processo, enquanto para o acusado a verdade formal é bastante para a sua absolvição. Note-se que, no processo civil, em obséquio ao princípio isonômico, tal não ocorre, daí por que, na dúvida, o juiz não está autorizado a julgar em prol do réu. Com isso, se nota que, quanto à prova, tema fundamental do processo criminal, não haveria tratamento igualitário, pois, como decorrência lógica do princípio da presunção de não culpabilidade, o direito de liberdade recebe atenção maior do sistema, a ponto de autorizar o juiz a decidir em seu favor, sempre que ele estiver com dúvida quanto à culpabilidade.

Esse procedimento está coerente com o surgimento das declarações dos direitos do homem, o que corresponde à própria razão de ser do processo criminal. O processo criminal foi pensado como um instrumento para preservar os direitos essenciais da pessoa humana na refrega contra a pretensão punitiva do Estado. As declarações de direitos do homem, depois encartadas nas Constituições sob a

¹⁶⁰² Op. cit., p. 292.

¹⁶⁰³ Ibid., p. 292-293.

¹⁶⁰⁴ Op. cit., p. 262.

¹⁶⁰⁵ Op. cit., p. 70. O autor, além de mencionar os casos de proibição da *reformatio in pejus* (art. 617), dos recursos privativos da defesa, como o protesto por novo júri e os embargos infringentes ou de nulidade (arts. 607 e 609, parágrafo único), da revisão criminal como ação exclusiva do acusado e da regra do art. 615, § 1º, do CPP, inclui, ainda, a absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII) e o princípio da presunção de inocência. Na verdade, porém, a absolvição por insuficiência de provas decorre do princípio da presunção de inocência, aqui chamado de presunção de não culpabilidade.

modalidade de direitos fundamentais e que formam as regras basilares do processo criminal, foram criadas como normas necessárias para proteger os valores essenciais da pessoa humana, em especial a vida, a liberdade e a honra, mediante a imposição de limites ao Estado.

Na medida em que os direitos fundamentais surgiram para que eles fossem respeitados frente ao exercício do dever-poder de punir, é válido afirmar que estes possuem posição de proeminência no sistema jurídico, o que importa dizer que a tutela dos direitos do acusado detém, na relação processual criminal, força mais destacada do que a tutela da persecução criminal. Por isso mesmo, o *desequilíbrio* da relação processual ou o *tratamento privilegiado* da tutela da liberdade não se mostra apenas quando se examina a questão referente à prova necessária para autorizar o acolhimento da pretensão acusatória. Isso se verifica, igualmente, na maior liberdade da produção de prova pelo acusado¹⁶⁰⁶, na previsão da revisão criminal em prol apenas da defesa, no habeas corpus, na retroatividade da lei penal benéfica ao acusado, na mutabilidade permanente da coisa julgada condenatória etc.

A pertinência desse entendimento aqui defendido resultou expressamente ressaltada, à unanimidade, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.263-SP, no qual foi relator o Ministro ILMAR GALVÃO¹⁶⁰⁷, tendo assim ficado redigida a ementa, na parte que interessa ao assunto em foco:

(...) a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo.

Por conseguinte, o princípio da presunção de não culpabilidade, aparentemente, resulta em *desequilíbrio* da igualdade das partes na relação processual criminal, ao conferir a prevalência do direito à *liberdade em detrimento do dever de acusar*, o que, aliás, é uma decorrência lógica da função limitadora da pretensão punitiva desempenhada pelos direitos fundamentais, desde as suas primeiras formulações como declarações de direitos do homem, essência que permanece hígida nos sistemas democráticos.

Acontece que não se pode deixar de reconhecer que a persecução penal tem como titulares órgãos públicos criados por lei e devidamente estruturados para o cumprimento da missão institucional, com o recrutamento de pessoas qualificadas por meio de concurso. Nessa tarefa investigatória e de postulação em juízo atuam em sintonia a polícia judiciária e o Ministério Público. Ambas as instituições representam o *Estado em juízo* ou na *persecução penal*, isso sem falar que, especialmente nas grandes operações, vários outros órgãos estatais auxiliam na investigação, a exemplo dos tribunais de contas, receita federal, controladorias, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF etc.

Há, pelo menos em tese e em regra, um *desequilíbrio* no processo criminal, diante do gigantismo e estrutura dos órgãos estatais, notadamente da polícia judiciária e do Ministério Público, servindo o princípio da presunção de não culpabilidade para compensar a desigualdade em que se encontra o acusado, a fim de conferir paridade de armas entre as partes.

9.2.7 - O alcance do princípio da presunção de não culpabilidade: (im)possibilidade da execução antes do trânsito em julgado.

Cabe indagar se o princípio da presunção de não culpabilidade vigora, com a sua plena higidez durante todo o trâmite do processo criminal ou se sofre variações, conforme as sucessivas etapas da persecução do processo criminal. A primeira questão que se apresenta é quanto à dicção normativa empregada pelo constituinte na declaração do princípio: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da Constituição). À primeira vista, o alcance do dispositivo, conforme restou encartado em nosso sistema, é sobremaneira elástico,

¹⁶⁰⁶ O STF, no julgamento do HC 80.224-SP, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, expressou entendimento no sentido de que a defesa, mesmo após a interposição do recurso de apelação, pode produzir novas provas das quais somente teve conhecimento posteriormente.

¹⁶⁰⁷ HC 80.263-SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, j. 20.02.2003, DJ de 27.06.2003, p. 30.

mantendo-se inflexível em todo o curso do processo, sem nenhum tipo de variação quanto às fases, exceto quando da execução da sentença condenatória *transitada em julgado*.

Tendo em conta essa interpretação literal, antes do trânsito em julgado, o acusado não haveria de ser recolhido à prisão em decorrência de sentença condenatória. Não haveria nenhuma distinção, portanto, quando o processo estivesse na fase recursal, mesmo que, na hipótese dos recursos especial e extraordinário, que na nossa tradição jurídica não possuem efeito suspensivo.

Essa questão exige uma primeira explicação. O princípio da presunção de não culpabilidade não regula a prisão. Cuida-se, conforme acentuado no item 9.2, supra, de *regra de tratamento*. A cláusula constitucional que *regula a prisão* é a que consta no art. 5º LXI da Constituição. Portanto, a possibilidade, ou não, de alguém ser recolhido à prisão antes do trânsito em julgado há de ser feita com base no dispositivo em foco, não em sintonia com o preceito da presunção de não culpabilidade, que está plasmado no art. 5º, LVII, da Constituição.

Analisada a problemática sob a ótica do inciso LXI do art. 5º da Norma Maior, observe-se que o comando normativo estabelece duas exceções ao direito de liberdade. A primeira é quando ocorre o flagrante delito, em que é feita a detenção da pessoa, independentemente de autorização judicial. A segunda exceção se dá na hipótese em que existe *ordem escrita e fundamentada* do juiz. Tendo em conta essa disciplina, a doutrina tradicional, a despeito da redação dada pelo constituinte ao postulado que regula a prisão, identifica na expressão *ordem escrita e fundamentada* a hipótese de prisão provisória, que tem como espécies, em nosso sistema normativo, a prisão preventiva e a prisão temporária.

Acontece que não é disso que se trata. Malgrado se reconheça a atecnia redacional do preceito, a partir mesmo – cf. item 9.6.5.2, infra – do uso da expressão *preso* para quem é *detido* em flagrante delito, o constituinte, quanto à prisão com ordem judicial, não se referiu, apenas, à *prisão preventiva ou temporária*. Não há nenhuma insinuação nesse sentido, a não ser a circunstância de o comando normativo fazer referência ao flagrante delito. Aqui se aplica a regra de hermenêutica: onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Claro que essa regra, assim como em princípio toda e qualquer regra, comporta exceção. Mas, todavia, não parece ser a hipótese, notadamente quando se pretende reduzir o alcance da expressão *ordem escrita e fundamentada* há hipótese de prisão preventiva ou temporária.

É uma questão de política legislativa a definição de quando cabe a imposição da prisão, que deve estar compassada com os preceitos constitucionais. Por exemplo, na redação primária do Código de Processo Penal, tendo em consideração o disposto nos arts. 393, I e 594, a prisão era um efeito *ipso facto* da sentença condenatória, quando o crime fosse inafiançável. Essa regra, de toda sorte, não era adequada, pois permitia o início da execução da pena sem que esgotada a jurisdição de partes. Equacionando essa anomalia, a Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, mais conhecida como *Lei Fleury*, em razão da nova redação emprestada ao art. 594, para a decretação da prisão com a sentença condenatória necessário fundamentar a medida com base na circunstância de o acusado ser *reincidente ou não possuir maus antecedentes*. Com a revogação do art. 594 do CPP pela Lei nº 11.719, de 2008, a prisão como efeito da condenação passou a ser regulada pelo art. 637 do CPP, ou seja, após o esgotamento da discussão do caso perante a jurisdição de partes. Essa previsão, para todos os efeitos, não malferia o princípio da presunção de não culpabilidade, pois essa cláusula constitucional, em verdade, cuida-se apenas de regra de tratamento, não significando dizer, portanto, que o início da execução da pena somente há de ter início após o trânsito em julgado do processo.

Note-se, ainda, que os recursos extraordinário e especial, conquanto tenham apenas função uniformizadora da jurisprudência, não se apresentam como obstáculo ao cumprimento do que ficou acertado na condenação. Eventualmente, em razão da existência do recurso extraordinário ou especial, o acusado pode pedir, com a interposição do recurso extraordinário ou especial ou por meio de habeas corpus, que, diante das circunstâncias do caso, seja suspenso o efeito da condenação, sendo-lhe assegurando, assim, o direito de permanecer em liberdade, até a solução propriamente definitiva do processo. Nesse passo, não merece retoques a afirmação de AFRÂNIO JARDIM, quando mostra que, em nosso meio, essa execução provisória sempre fora admitida, sem maiores discussões, quando se tratava do recurso extraordinário. No ponto, o referido doutrinador arremata: “Claro e indiscutível que, na hipótese de recurso extraordinário, como é da tradição de nosso direito processual em geral, teremos, necessariamente, uma execução de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, à míngua de efeito suspensivo do apelo heroico. Este fenômeno sempre existiu

em nosso direito, embora no processo penal, muitos não se tenham dele dado conta ou tirado todas as consequências jurídicas”¹⁶⁰⁸.

Até porque o direito à ampla defesa, que compreende a possibilidade de esgotar a jurisdição por meio a interposição de recursos, vai até o que se convencionou denominar *justiça de partes*, ou seja, a rediscussão da matéria nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça, na seara da jurisdição comum¹⁶⁰⁹.

De qualquer maneira, se não há necessidade do trânsito em julgado em si da sentença condenatória para que haja o início da execução da pena imposta pela autoridade judiciária, em verdade, pela sistemática adotada em nosso regime, não parece razoável admitir-se que isso se dê já em relação à decisão de primeira instância. O mais adequado é entender-se que o princípio da presunção de não culpabilidade se apresenta como barreira à execução provisória da sentença condenatória apenas, e tão-somente, enquanto não for exaurida a jurisdição de partes, o que, de acordo com a nossa organização judiciária e recursal, ocorre quando, após proferida a decisão em primeiro grau de jurisdição, o caso é reexaminado em segunda instância por meio do ajuizamento do recurso de apelação¹⁶¹⁰. Encerrada a discussão da matéria perante a jurisdição de partes é razoável ter lugar a execução provisória do julgado, pois, em verdade, não há empecilho constitucional. Até porque, como aqui já foi realçado, o princípio da ampla defesa somente alcança o direito de esgotar o pronunciamento dos órgãos jurisdicionais que, de acordo com a sistemática organizacional do Poder Judiciário, integram o que se convencionou denominar jurisdição de partes.

A esse respeito, no item 9.5.1, *infra*, desenvolve-se o entendimento de que o princípio da ampla defesa só contempla o direito do acusado de discutir a lide, da forma mais ampla possível, até o segundo grau de jurisdição. Desse modo, ele sempre possui o direito de apelação, como forma de rediscutir não só as questões tratadas na sentença como igualmente as decisões incidentes para as quais não foi admissível a interposição do recurso em sentido estrito. Por isso mesmo, o recurso de apelação é de *fundamentação livre* e se presta para renovar a discussão sobre as matérias não só de direito como de fato. Mas não se insere no preceito da ampla defesa o direito de interpor os recursos chamados extraordinários, cujas espécies principais são o extraordinário propriamente dito e o especial (o recurso ordinário previsto para as decisões dadas em habeas corpus por tribunal também é considerado como espécie da classe dos recursos extraordinários). Tal se explica pelo fato de o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no exercício da jurisdição exercitada por meio da interposição do recurso extraordinário, para o primeiro, e especial, para o segundo, não funcionarem como órgãos judiciários de partes, mas com a função político-estratégica de manterem a unidade do pensamento judicial sobre as questões de ordem constitucional e infraconstitucional federal.

E aqui há uma importante distinção a ser feita, entre a prisão que prescinde da declaração de culpa daquela que exige prévio preceito condenatório, superando a dúvida razoável exigida devido à incidência do princípio da presunção de não culpabilidade. A leitura conjunta do princípio de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da Constituição) com o de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXII, da Constituição), permite que se faça a seguinte conclusão. Enquanto não há um *preceito condenatório* contra o investigado ou acusado, a prisão preventiva ou temporária, além dos fundamentos, requer a prova da ocorrência do crime e de indício suficiente de autoria, não havendo necessidade, por conseguinte, de declaração da culpa na ordem judicial. Por outro lado, a prisão como efeito da sentença condenatória exige prévia declaração de culpa do acusado, ainda que passível de revisão, mercê da interposição de recurso. É como se o sistema normativo dissesse que a pessoa, antes de ser considerada culpada, não pode ser presa senão a título de prisão preventiva ou temporária. Porém, ainda que se trate de uma *declaração de culpa provisória*, o acusado pode vir a ser recolhido à prisão, se assim definido na decisão condenatória, para fins de início do cumprimento da pena estabelecida.

É verdade que essa execução penal *provisória* atrai riscos que precisam ser sopesados. Diante da arquitetura judiciária *sui generis* experimentada pelo Brasil, em que a jurisdição de primeiro grau

¹⁶⁰⁸ Op. cit., p. 278.

¹⁶⁰⁹ Cf. itens 9.5.3 e 9.5.3.1, *supra*.

¹⁶¹⁰ Com isso, se quer dizer o julgamento não só do recurso de apelação, como igualmente dos demais instrumentos recursais que devam ser apreciados e decididos pelo tribunal de segunda instância, a exemplo dos embargos infringentes.

se faz por juízo singular, sendo devolvido aos tribunais de segundo grau o reexame de toda a matéria jurídica e fática agitada no recurso de apelação, não seria razoável estabelecer que o início da execução deve ocorrer a partir da sentença condenatória, como constava do inciso I do art. 393 do Código de Processo Penal, revogado pela Lei nº 12.403, de 2011. Em verdade, essa iniciativa legislativa apenas reverberou o pensamento da jurisprudência e da doutrina de que, em razão do princípio da presunção de não culpabilidade, não era razoável impor o recolhimento à prisão do acusado antes de exauridos os recursos admissíveis perante o respectivo tribunal de justiça ou regional federal. Isto é, nos termos dos dois preceitos constitucionais que regulam o tratamento dispensado ao investigado ou acusado e a prisão, o recolhimento para fins de cumprimento da pena de prisão se inicia após acórdão do tribunal de segundo grau ou de qualquer tribunal, quando se trata de competência firmada em razão da prerrogativa de função.

Aliás, parece que assim pensou o legislador, pois, a despeito de toda a controvérsia quanto à possibilidade ou não do recolhimento à prisão antes do trânsito em julgado, embora tenha cuidado de revogar o inciso I do art. 393 do CPP, não promoveu qualquer alteração no art. 637 (“O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”).

E mais. Esse tratamento diferenciado entre o princípio que cuida da regra de tratamento do indiciado ou acusado e o que regula a prisão, exposto na Constituição de 1988 respectivamente nos incisos LVII e LXI do art. 5º, teve como inspiração a Constituição de Portugal. Com efeito, lá, no art. 32º, 2, está dito que “Todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação”, no entanto, antes, no art. 27º, 2, esclareceu que “Ninguém pode ser privado da liberdade a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”. Lamenta-se o constituinte brasileiro não ter sido tão claro.

O entendimento aqui firmado quanto à validade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado não é infirmado ainda que se entenda que a disciplina da prisão imposta em decisão condenatória está regulada apenas e tão somente no inciso LVII do art. 5º, não tendo aplicação, no caso, a regra do inciso LXI, todos da Constituição. Com efeito, quem argumenta no sentido de que o princípio da presunção de não culpabilidade plasmado na Constituição revogou o art. 637 do CPP, faz uma interpretação literal do preceito, ao asseverar que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ora, há de se ter em consideração que a sentença é um dos tipos de pronunciamento judicial, nome técnico jurídico atribuído à decisão exarada por juiz singular, integrante da judicatura de primeira instância, que põe fim à relação processual, com ou sem apreciação do mérito. *Acórdão*, como se sabe, não se confunde com *sentença*, pois se trate do tipo de decisão dimanada de tribunal, em sua composição plena ou fracionária. O art. 393, I, do CPP, revogado pela Lei nº 12.403, de 2011, disciplinava os efeitos da *sentença condenatória*. A norma jurídica que disciplina os efeitos do acórdão proferido por tribunal de segundo grau está catalogada no art. 637 do CPP. São coisas distintas, portanto.

Ademais, o que a redação literal do inciso LVII do art. 5º da Constituição impede é que o tratamento de culpado seja conferido antes do trânsito em julgado de sentença, não de acórdão. E aqui cabe indagar? Quando se dá o trânsito em julgado de uma sentença? Tecnicamente, isso só ocorre quando não há recurso de apelação da sentença proferida em primeiro grau. Por uma questão muito simples. Quando há o recurso de apelação, ainda que mantidos os termos da sentença, o acórdão tem a propriedade de substituir o pronunciamento submetido a reexame. Esse esclarecimento era feito no Código de Processo Civil de 1973 e teve a ideia dogmática repetida no NCPC de 2015, conforme consta de forma peremptória no art. 1.008 (“O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso”), aplicável subsidiariamente ao ordenamento processual penal.

Assim, se o inciso LVII do art. 5º da Constituição torna defeso o recolhimento à prisão no caso de condenação sem trânsito em julgado, o seu raio de ação se dirige, expressamente, à *sentença*, não fazendo referência, por conseguinte, ao *acórdão*. Não se discute que a interpretação literal não é a melhor, notadamente quando se trata de examinar o alcance de um princípio constitucional, ainda

mais porque, de acordo com lição de Carlos Maximiliano¹⁶¹¹, a técnica de interpretação do texto constitucional é diferente das normas legais, dentre outros fatores, pelo fato de ser redigido de modo sintético e em termos gerais. No entanto, se se quer definir o alcance do princípio levando em consideração a interpretação literal da expressão *trânsito em julgado*, necessário, igualmente, fazê-la em relação a todo o texto, de modo a ter em consideração que a referência é, apenas, a trânsito em julgado de sentença. Diferente teria sido, por exemplo, se o constituinte tivesse colocado a palavra *decisão*.

Sem embargo do que foi dito, seja como for, levar à última consequência a assertiva de que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* conduz a um paradoxo incontornável. Isso porque a sentença condenatória pressupõe que o juiz declare o acusado culpado. Por consequência, com essa forma de ver as coisas, toda vez que o juiz condena alguém, há o descumprimento do preceito constitucional, pois resta afirmada a culpabilidade sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado.

Assim, apresenta-se em sintonia com o preceito constitucional em causa a assertiva de que a presunção oriunda dessa cláusula constitucional só detém toda a sua elasticidade e alcance em relação a uma pessoa enquanto não houver um *juízo de culpabilidade* contra ela. A partir do juízo de culpabilidade feito pelo magistrado de primeiro grau, esse princípio da presunção de não culpabilidade inicia o seu processo de flexibilização.

Dessa forma, ainda que a decisão na qual se escora o juízo de culpabilidade seja passível de desconstrução mercê do provimento de pretensão recursal eventualmente interposta, uma coisa é certa: a presunção de não culpabilidade foi quebrada, pois um juiz, com observância do devido processo legal, considerou o acusado culpado, afastando dúvida razoável quanto a essa conclusão. Em compasso com essa linha de raciocínio, o *Criminal Procedure Code* americano deixa claro, no art. 16, que “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo”. Lá o juízo firmado no primeiro grau é levado em consideração, de modo que a regra é o cumprimento imediato das decisões emanadas dos juízes.

Em nosso meio, esse arremate normativo merece atenção, notadamente caso esse juízo de culpabilidade esteja firmado em decisão de tribunal de segundo grau, instância que, conforme visto, na sistemática jurídica nacional, exaure a *jurisdição de partes*, isto é, encerra a discussão fática sobre o assunto submetido a deslinde do judiciário. Cabe observar que, de conformidade com as Súmulas 279 do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) e 7 do STJ (“A pretensão de simples reconhecimento de prova não enseja recurso especial”), os recursos especial e extraordinário, de regra, não se prestam para buscar o reexame da matéria fática. Pode-se dizer, assim, que, em rigor, quanto à *matéria fática*, no nosso sistema, verifica-se o *trânsito julgado* a partir da decisão de segundo grau.

Nessa linha de entendimento, mostra-se plenamente compatível com o princípio da presunção de não culpabilidade a previsão de que os efeitos de preceito condenatório se façam sentir quando oriundo de decisão de órgão colegiado de segundo grau, como ocorre quanto ao enquadramento da pessoa como detentora de *ficha suja*, que é causa de inelegibilidade para de participação em certame eleitoral destinado ao recrutamento para o exercício de cargo eletivo¹⁶¹².

Ressalte-se que, consoante esmiuçado no item 9.2 supra, nenhuma declaração de direitos internacional assegura que a pessoa só será considerada culpada após o trânsito em julgado. No julgamento pelo STF no HC nº 85.866, em 2005, a Ministra ELLEN GRACIE, em seu voto, chegou a afirmar que “Em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica aguardando o referendo da Suprema Corte”. A esse respeito, em amplo estudo realizado a respeito, LUZIA CRISTINA, MÔNICA NINIDA E FÁBIO GUSMAN asseveram que nenhuma país adota a posição de a execução da pena só pode ocorrer após o

¹⁶¹¹ *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

¹⁶¹² Nesse sentido, cabe observar que o art. 1º, I, alínea e, da Lei Complementar nº 64, de 1990, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010, define que são inelegíveis os que forem condenados em decisão proferida por órgão judicial colegiado, nos crimes que especifica.

esgotamento de todos os recursos previstos¹⁶¹³. A propósito, BARBAGALO¹⁶¹⁴ lembra que de acordo com o art. 588, 1, art. 625, 2, e art. 625, 5, do Código de Processo Penal italiano, há a possibilidade de afastar o efeito suspensivo do recurso, de modo a permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Há de se ter em conta a regra de hermenêutica constitucional vazada na afirmação de que o constituinte, por ter como foco ditar preceitos de conteúdo político¹⁶¹⁵, não emprega as palavras necessariamente conforme a expressão técnico-jurídica dos diversos ramos do direito. Por isso mesmo, e acertadamente, a orientação prevalente no Supremo Tribunal Federal, mesmo após a Constituição de 1988, era de que o princípio da presunção de não culpabilidade, a despeito da forma como redigido no rol dos direitos fundamentais, não era obstáculo à possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade. Com efeito, no julgamento do Habeas Corpus nº 68.726, em que relator o Ministro NERI DA SILVEIRA, cujo julgamento foi realizado em 28 de junho de 1991, merece destaque a passagem abaixo da ementa do aresto:

(...) Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mando de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu”.

Existe registro da manutenção desse entendimento pela Suprema Corte até o julgamento do Habeas Corpus nº 91.675, julgado pela Primeira Turma e publicado no DJ em 7 dez. 2007, com a parte substancial da ementa elaborada pela Ministra CÂRMEN LÚCIA contendo o seguinte teor:

(...) 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.

Em certa medida, o direito sumular construído pelo Supremo Tribunal Federal nos verbetes nºs 716 (“Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”) e 717 (“não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”), ambos aprovados no Plenário em 24 de setembro de 2003, confirmam e reafirmam a posição assumida pela Suprema Corte.

Entretanto, essa jurisprudência consolidada do STF foi alterada pelo Plenário em 5 de fevereiro de 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG¹⁶¹⁶, quando, por uma maioria de 7 (sete) votos a 4 (quatro)¹⁶¹⁷, os ministros definiram, em obséquio ao princípio da presunção de não culpabilidade, a impossibilidade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado.

A ementa do acórdão do referido *leading case* foi redigida pelo Ministro Eros Grau, merecendo menção as seguintes partes:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de

¹⁶¹³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 840.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁶¹⁴ *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015, p. 130.

¹⁶¹⁵ A expressão *político* aqui está grafada na acepção mais grega da palavra. É na mesma consideração de que a Constituição se constitui em uma Carta Política.

¹⁶¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.jus.br. Data do julgamento: 17 fev. 2016. Acesso em: 04 out. 2017.

¹⁶¹⁷ Ficaram vencidos os Ministros MENEZES DIREITO, CÂRMEN LÚCIA, JOAQUIM BARBOSA e ELLEN GRACIE. O Relator Eros Grau foi acompanhado pelos Ministros CELSO DE MELLO, MARCO AURÉLIO, GILMAR MENDES, CEZAR PELUSO, CARLOS BRITTO e RICARDO LEWANDOWSKI.

liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

(...)

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

(...)

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Essa nova orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal foi por nós criticada na segunda edição deste livro. Ademais de não haver precedente do Direito Comparado, essa orientação, ademais de toda a argumentação expendida acima, se mostra de toda inadequada no cenário nacional, cuja arquitetura complexa do judiciário contempla a existência de 4 (quatro) instâncias, de modo que esse entendimento, no mínimo, gera sensação de impunidade, diante da demora para que ocorra o trânsito em julgado.

A inadequação dessa nova posição da Corte Suprema, sem embargo de criticada por parte significativa da doutrina, logo se revelou efetivamente inadequada, pelo que não tardou de ocorrer a reviravolta no entendimento sobre o tema. De fato, no mês em que a nova orientação jurisprudencial do Supremo completou sete anos, mais precisamente em 17 de fevereiro de 2016, a Corte, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, voltou ao entendimento anterior. Por maioria, vencidos os Ministros ROSA WEBER, MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO e RICARDO LEWANDOWSKI¹⁶¹⁸, em voto da relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI¹⁶¹⁹, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, deixou plasmada a seguinte posição:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (...)

No desiderato de firmar o retorno à orientação tradicional sobre a matéria e, de permeio, guiar as decisões nas demais instâncias judiciais, o Tribunal Excelso, em regime de repercussão geral, no julgamento do RE 964.246/SP¹⁶²⁰, reafirmou a jurisprudência no “sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.

Observa-se desse bosquejo histórico que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade, exceto durante o lapso temporal compreendido entre fevereiro de 2007 a fevereiro de 2016, sempre foi no sentido de que os efeitos da decisão condenatória quanto ao cumprimento de eventual pena aplicada se fazem sentir logo após o julgamento pela instância de segundo grau, sem embargo da dicção normativa encartada no art. 5º, inciso LVII, da Constituição.

¹⁶¹⁸ Acompanharam o Relator TEORI ZAVASCKI os Ministros GILMAR MENDES, CÁRMEN LÚCIA, DIAS TÓFOLLI, LUIZ FUX, ROSA WEBER, ROBERTO BARROSO e EDSON FACHIN.

¹⁶¹⁹ Disponível em www.stf.jus.br. Data do julgamento: 17 fev. 2016. Acesso em: 04 out. 2017.

¹⁶²⁰ Disponível em www.stf.jus.br. Data do julgamento: 17 fev. 2016. Acesso em: 04 out. 2017.

Estreme de dúvidas, esse entendimento se revela a mais aceitável, ademais de retomar a posição que é da tradição de nosso sistema jurídico e está em sintonia com o Direito Comparado. Até porque o acusado poderá, sempre e sempre, conforme o caso, diante das singularidades, pedir na pendência da interposição ou apreciação de recurso especial ou extraordinário, que seja emprestado efeito suspensivo ao pleito recursal, com suporte no art. 1.029, § 5º, do NCPC de 2015¹⁶²¹.

Isso sem contar que o Ministro TEORI ZAVASCKI salientou, em seu voto, que a defesa pode se utilizar, ainda, do habeas corpus, quando tiver fundamentos relevantes que apontem a temeridade do prematuro recolhimento à prisão, solicitando, assim, que seja concedida liminar no escopo de sustar a execução provisória.

Por outro lado, essa delimitação do alcance do princípio da presunção de não culpabilidade exsurge ainda da necessidade de harmonizá-lo com a garantia da duração razoável do processo, que no ambiente do processo penal não se apresenta apenas como critério para observar a eficiência do sistema, pois a demora na resposta alimenta, decisivamente, o *sentimento de impunidade*. Aliás, toda e qualquer abordagem crítica do processo criminal tem como ponto de partida a questão do tempo do processo, especialmente em casos que causam maior comoção perante a sociedade. Ademais, não raro, seja pela confissão, seja em razão do avanço tecnológico das perícias e a utilização como prova de imagens da cena criminosa, a permitir que se certifique tanto a materialidade quanto a autoria, o tempo é utilizado como instrumento para evitar, ao extremo, a responsabilização pelo crime.

Há crimes em que os agentes são flagrados de forma inescandível por câmeras de segurança e outros tantos que são esclarecidos com precisão pelo exame pericial realizado com a coleta de perfis genéticos, de modo que o próprio acusado não encontra outra alternativa senão confessar. Em situação assim, a única estratégia efetiva para obstar que os efeitos de uma sentença condenatória sejam efetivados é a utilização de todos os recursos disponíveis. E aqui não se está criticando a possibilidade da interposição de recurso. Para todos os efeitos, o problema não é a existência em si dos recursos, mas, porém, a disciplina normativa que lhe é conferida e, especialmente, o alcance que se dá ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Ainda quanto ao fenômeno do tempo no processo penal, deve-se ter em mente que no nosso sistema, na medida em que não se admite a pena de morte e sequer a pena de prisão com caráter perpétuo, a função da pena é perquirir a ressocialização ou a redução de danos, evitando que a pessoa em liberdade pratique crimes, e servir de exemplo a desestimular as outras pessoas na prática de ações delituosas. Por conseguinte, a eventual pena a ser imposta no processo criminal deve guardar certa contemporaneidade com os fatos, sob pena de deixar a sociedade sujeita à reiteração da prática de crimes pelo agente.

É verdade que, para obviar essa questão do custo temporal do processo, a medida cautelar de ordem pessoal detentiva ou diversa da prisão, em certa medida, pode ser suficiente para obstar que o acusado, enquanto tramita o processo, pratique outros crimes. Entretanto, imagine-se a situação em que alguém pratica um crime de homicídio e, a partir desse fato, arrependido pelo que fez, muda radicalmente seu estilo de vida, passando a ter um comportamento exemplar, evidenciando ser, daí em diante, uma pessoa, incapaz de qualquer ato de violência. Mesmo assim, passados 20 (anos) do crime, enfim, o processo a que responde transita em julgado, mercê do julgamento do recurso extraordinário, sendo expedido o mandado de prisão para o início do cumprimento da pena. Tendo em conta os fins da pena, seria como se o sistema dissesse assim: você vai ser preso para pagar pelo que fez – em outras palavras, ser punido – e evitar que venha a praticar outros crimes e a fim de que você seja recuperado. Ora, isso não parece razoável.

A resposta lógica do observador atento: se durante esses 20 (vinte) anos ele não voltou a praticar nenhum crime, pelo contrário, teve uma *vida exemplar*, não há necessidade de que seja preso para evitar que ele pratique novos crimes, ademais de o tempo demonstrar que ele está pelo mesmo

¹⁶²¹ O NCPC revogou os arts. 26 a 29 da Lei n° 8.038, de 1990, que disciplinavam os recursos extraordinário e especial. Assim, hoje, os recursos extraordinário e especial na matéria criminal estão regulados no NCPC. O pedido de efeito suspensivo deve ser dirigido (a) ao tribunal superior respectivo, se solicitado no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua respectiva distribuição; (b) ao relator, se já distribuído o recurso; e (c) ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, conforme estabelecido no respectivo regimento interno, se solicitado no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso (art. 1.029, §5º, incisos I, II e III, do NCPC).

objetivamente, recuperado. Por conseguinte, a aplicação da pena, nesse caso, representa, apenas, a *punição pela punição*.

Dessa maneira, até mesmo tendo em conta a finalidade do processo criminal, impõe-se entender que o princípio da presunção da não culpabilidade deve sofrer variações conforme exista um *juízo de condenação*, notadamente quanto tal se verifica em segundo grau de jurisdição ou em decisão emanada por colegiado, no caso de competência por prerrogativa de função.

No entanto, infelizmente, alguns Ministros do Supremo Tribunal, contrariando a repercussão geral do julgado, em decisões monocráticas, passaram a decidir que era incompatível com o princípio da presunção de não culpabilidade a execução provisória antes do trânsito em julgado, dando origem a inaceitável instabilidade jurídica. O pior é que esse comportamento não foi adotado apenas por Ministros que ficaram vencidos no julgamento, a exemplo de CELSO DE MELLO e MARCO AURÉLIO. Até mesmo quem votou, na oportunidade própria, favoravelmente à tese da possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado do processo, em pouco tempo, sem que tivesse ocorrido nenhum fato novo a justificar a mudança de posição, passou a conceder liminares em habeas corpus para assegurar ao acusado o direito de permanecer em liberdade nada obstante a condenação por tribunal, sob o fundamento de que o recolhimento à prisão, antes do trânsito em julgado, só pode ocorrer como prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, desrespeitando o precedente judicial que ele próprio contribuiu na construção.

Ademais, no julgamento do habeas corpus preventivo nº 152.752, impetrado em nome do ex-presidente LUÍS INÁCIO LULA DA SILVA, malgrado o Supremo Tribunal Federal, por maioria de um voto, tenha mantido o novo entendimento sobre o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade, foi lançado o indicativo¹⁶²² de que, quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade sobre o art. 312 do Código de Processo Penal, seria alterada uma vez mais a jurisprudência a respeito do tema, para ser firmada a posição de que o cumprimento da pena só pode ter início após o trânsito em julgado.

E a nova mudança da orientação jurisprudencial de fato se efetivou. Em 7 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, voltou atrás mais uma vez, agora para exigir o trânsito em julgado de decisão condenatória para o início da execução da pena.

Para consolidar esse entendimento, a Lei nº 13.964, de 2019, alterou a redação do art. 283, caput, do CPP. Na redação anterior, imposta pela Lei nº 12.403, de 2011, o legislador tratou basicamente de reproduzir o texto constitucional em relação ao princípio da presunção de não culpabilidade, de modo que repetiu a expressão *sentença condenatória transitada em julgado*. Com a alteração promovida pelo chamado Pacote Anticrime, foi utilizada a expressão *condenação criminal transitada em julgado*. Dessa forma, pelo menos no plano infraconstitucional, está claro que o início da execução penal reclama o trânsito em julgado, independentemente do tipo de decisão. Essa iniciativa do legislador evidencia a procedência da tese aqui defendida de que, tal como redigido, o princípio da presunção de não culpabilidade Constituição não é empecilho para o início do cumprimento da pena após decisão de tribunal. No ponto, trata-se de uma escolha política do legislador definir que assim seja, sendo possível, entretanto, a alargar o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade, assim como procedeu o Parlamento, ao alterar, por meio da Lei nº 13.964, de 2019, a redação do caput do art. 283 do CPP.

O problema é que o mesmo Pacote Anticrime modificou a redação do art. 492, alínea *e*, do CPP, a fim de permitir, quando se tratar de condenação oriunda de decisão do tribunal do júri, em que imposta pena igual ou superior a 15 (quinze) anos, o imediato início do cumprimento da pena. É certo que o nome técnico da decisão da alçada do conselho de sentença é denominado *veredito*. Mas, de toda sorte, se enquadra no gênero *decisão*. De outra banda, quem faz a dosimetria da pena não é o conselho de sentença, mas o juiz presidente do tribunal do júri. Portanto, aparentemente, uma regra se atrita com a outra. Porém, como ambas alterações foram obra da Lei nº 13.964, de 2019, o mais

¹⁶²² Ocorreu o que na cultura dos precedentes a doutrina denomina *sinaling*. Essa circunstância ficou clara no teor do voto da Ministra ROSA WEBER, que, invocando o princípio da segurança jurídica, manteve o entendimento do colegiado, porém, sinalizou que modificaria o seu entendimento, quando a matéria fosse decidida em ADC proposta a respeito do tema, o que, de fato, findou ocorrendo.

adequado é entender que o disposto na alínea “e” do art. 492 é uma exceção à regra estampada no art. 283, caput, ambos do CPP.

9.3 – Princípio acusatório.

Assim como visto nos itens do capítulo 1 supra, na época do Estado absoluto, a persecução penal — mero ritual — era deduzida sem o conhecimento de *regras* ou *limites*, circunstância que conferia azo à prática de toda sorte de arbitrariedades, como julgamentos secretos, negativa do direito de defesa, aplicação da tortura e de penas cruéis e infamantes. Esse absolutismo estatal, na seara punitivista, se escorava nas correntes de pensamento forjadas sob a batuta do *pensamento natural ou primitivo*, e das *concepções religiosa e política*. Para todos os efeitos, o surgimento da ciência criminal somente se deu a partir da segunda metade do Século XVIII, sob a orientação do pensamento filosófico-liberal plasmado na obra *Dos delitos e das penas*, da autoria de Cesare Beccaria¹⁶²³.

A *ideia central* de Beccaria era a *processualização* do direito de punir como instrumento indispensável para limitar a persecução criminal, doutrina que influenciou, na área criminal, a declaração de direitos fundamentais na Constituição americana, enxertados mediante as primeiras emendas que lhe foram incorporadas, e, ainda nessa seara, a declaração de direitos da revolução francesa.

Esse viés liberal foi *desconstruído* pela *Escola Positiva*, que surgiu na primeira metade do Século XIX¹⁶²⁴ com a pretensão de mudar o foco de preocupação do Direito criminal e privilegiar, na relação processual penal, a posição do Estado. A razão de ser do processo criminal não seria mais a garantia dos direitos do acusado, mas a *defesa social*, i. é, defender o estado¹⁶²⁵. Esse discurso jurídico punitivista foi radicalizado por *Escolas Neopositivistas*.

Ao sabor dessas correntes de pensamento, passaram a ser conhecidos 3 (três) modelos ou sistemas processuais criminais, decorrendo de cada um deles princípios que lhes são inerentes: o *acusatório*, o *inquisitivo* e o *misto*. Em verdade, cronologicamente, o primeiro foi o sistema acusatório, que predominou aproximadamente até o Século XII. A partir daí, foi sendo substituído pelo *sistema inquisitivo*, o qual vigorou absoluto por longo tempo, especialmente na Europa continental, até o Século XIII, sendo que em alguns países se estendeu até parte do Século XIX. Esse sistema inquisitório foi fomentado pelas ideias consagradas pela Escola Positiva, que detinha um viés punitivista, exigindo do juiz uma postura mais rigorosa no tratamento da criminalidade, tendo como norte efetivar a *defesa social*. Sob os influxos das ideias da Escola Positiva, o foco do direito criminal não era a pessoa do acusado, mas, sim, a figura do Estado.

Com o passar do tempo, o inquisitivo foi sendo azeitado com as ideias do *sistema acusatório*, fazendo exsurgir o denominado *sistema misto*, adotado pelos países da família do *civil law*. Após a Segunda Guerra Mundial, com o segundo movimento de redemocratização e de reafirmação dos direitos essenciais à condição humana, surgiu nova visão criminal, na qual os direitos fundamentais passaram a ser a espinha dorsal do ordenamento jurídico, fomentando amplo movimento de retorno ao sistema acusatório.

A par disso, como uma derivação do sistema acusatório, foi concebido o denominado *sistema adversarial*, forjado no ambiente dos países da família do *common law*, no qual há uma ampla margem de negociação entre as partes, permitindo a solução do *problema penal* de forma *consensuada*. No adversarial, as partes, Ministério Público e acusado, por meio da defesa, podem negociar várias formas de solução do processo, com assunção de culpa (*plea guilty*) e aplicação de pena consensuada. É um modelo no qual há amplo espaço para a realização da chamada *justiça consensual* ou *autocompositiva*, alternativa à *justiça heterocompositiva*, *imposta* ou *conflitual*.

Em linhas gerais, no regime inquisitivo, o processo tem início sem a necessidade de provocação por parte de pessoa distinta do juiz e não há a *separação orgânica* entre o *órgão acusador*

¹⁶²³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

¹⁶²⁴ Cf. LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

¹⁶²⁵ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Tradução Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, p. 67.

e o *órgão julgador*¹⁶²⁶. Esse sistema guardava identidade com a época do *Estado absoluto ou absolutista*, no qual, como se viu, não havia processo propriamente dito, mas apenas um ritual, de modo que a persecução criminal não se baseava em regras pertinentes ao devido processo legal. O sistema inquisitivo dominava a Europa continental, com exceção apenas da Inglaterra, que adotava o julgamento pelo tribunal do júri, com o que se assegurava não apenas a publicidade e o direito de defesa, mas também a separação entre quem acusava e aquele que se encarregava de julgar. Logo após a Revolução Francesa, a França passou a adotar o sistema misto, o que refletiu em praticamente toda a Europa.

Em síntese, temos dois grandes sistemas ou modelos de processos criminais, o misto e o acusatório, dado que nenhum país dado como democrático tem como adotar um genuíno sistema inquisitivo.

No sistema misto, conquanto de regra a iniciativa do processo seja atribuída a quem conferida a legitimidade para a propositura da ação, em alguns casos, o juiz tem uma função ativa no processo tendo em mira descobrir uma *verdade* que se quer e acredita ser *real*, sendo-lhe atribuída diversas funções que são atípicas à atividade judicante, notadamente quanto à busca da comprovação do que alegado pelo Ministério Público, conferindo, assim, tratamento privilegiado ao Ministério Público, considerado como uma espécie de *juiz de pé*. Foi o sistema adotado na concepção do atual Código de Processo Penal. Juiz e Ministério Público agem de forma conjunta e ordenada no propósito de comprovar a apuração levada a efeito na fase investigatória, atuando juntos como se irmãos siameses fossem,

Essas características do sistema misto animam AURY LOPES JR. a defender a tese de que o conceito de *sistema misto* é um reducionismo *ilusório (e ineficiente)*. Ele diz, com respaldo em BINDER, que a afirmativa de que o nosso sistema é o *acusatório formal* é o mesmo que falar em *inquisitivo* dos dias atuais, com a participação do Ministério Público. Por isso mesmo, arremata, com ênfase: “Nós preferimos fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório, para não induzir ninguém em erro”¹⁶²⁷. Nessa mesma linha de pensamento, se o sistema adotado na redação originária foi o misto, afirmamos que foi um sistema misto com *forte sotaque inquisitivo*.

O sistema acusatório, por sua vez, é aquele em que a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinhem com a equidistância a ser tomada quanto aos interesses das partes, não lhe cabendo a *gestão da prova*, muito menos ainda auxiliar o Ministério Público na pretensão acusatória. Não pode complementar a obra ministerial, a pretexto de *combater* a criminalidade. Juiz, no modelo acusatório, não *combate* ou *luta* contra a criminalidade. Apenas julga os processos tendo em conta a pretensão acusatória exercitada pelo Ministério Público, apoiada nas provas por ele produzidas, e os argumentos e provas apresentadas pela defesa.

BECCARIA, tendo concentrado o seu pensamento na ideia de estabelecer limites ao poder de punir do Estado, lançou a pedra fundamental para a construção do sistema acusatório, ao dizer que o soberano não pode reunir, em suas mãos, o poder de *acusar e julgar*, sendo “... necessário, portanto, que um terceiro julgue a verdade do fato”¹⁶²⁸. O que ele defendia é que houvesse uma efetiva separação entre a pessoa que acusa e a que julga, pois, a persistir a forma como até então vigia, o acusado não tinha a garantia de um julgamento imparcial.

Plantadas as suas sementes, o sistema acusatório surgiu como consequência natural do devido processo legal, diante da necessidade de separar aquele que deduz a pretensão acusatória daquele que deve julgar o caso. O sistema acusatório (re)apareceu com o avanço humanitário e a consequente propagação das declarações de direitos que levaram à processualização da justiça penal¹⁶²⁹. É o sistema que se encaixa no perfil de Estado democrático. Isso tanto é verdade que o princípio

¹⁶²⁶ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 73.

¹⁶²⁷ *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

¹⁶²⁸ Op. cit., p. 40. Como já foi dito, BECCARIA construiu o seu pensamento com base na teoria do contrato social de ROUSSEAU, de modo que, para ele, o crime era a violação do pacto firmado entre as pessoas que compõem a sociedade.

¹⁶²⁹ No segundo quartel do Século XIX, ganhou fôlego o movimento tendente à extinção do sistema inquisitivo na fase instrutória, com a eliminação do sistema misto e a edificação, em seu lugar, do sistema acusatório. (Cf. TOURINHO FILHO. Op. cit., p. 81-87).

acusatório foi catalogado como direito fundamental logo na Constituição americana, mais precisamente por força da Quinta Emenda¹⁶³⁰, e alguns países, como é o caso de Portugal, ainda hoje consagram, de forma expressa, dentre os direitos fundamentais, que o processo criminal deve seguir o sistema acusatório¹⁶³¹. Acompanhando esse raciocínio, JOSÉ FREDERICO MARQUES, acertadamente, lança a afirmação de que “A processualização da justiça penal é corolário lógico do sistema acusatório”. Ademais, a sedimentação do brocardo *ne procedat iudex ex officio* foi o avanço que fez exsurgir os três sujeitos principais da relação processual (juiz, autor e réu).

A Constituição de 1988 não trata expressamente do sistema acusatório nem muito menos as anteriores. Devido ao fato de esse princípio não ter ficado expresso nas Constituições anteriores, o Código de Processo Penal previa, no art. 531, que o processo criminal relativo às contravenções penais teria início com o auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, forma que foi estendida, por força da Lei nº 4.611, de 1965, para as lesões corporais e homicídios culposos¹⁶³². Assim, nessas hipóteses, o processo podia ter início por provocação do próprio juiz, o que se identificava com o sistema inquisitivo. Desse modo, na feitura do Código de Processo Penal adotou-se o sistema misto, pois, embora como regra geral a iniciativa do processo estivesse vinculada ao ajuizamento da ação penal, para alguns casos – contravenções, homicídios e lesões corporais culposos –, o processo podia ter início por portaria do juiz e, até mesmo, da autoridade policial, o que é próprio do sistema inquisitivo.

Embora a Constituição de 1988 não tenha feito como o constituinte português, pelo menos de forma implícita acolheu o sistema acusatório, até porque este é o único que se pauta em consonância com o modelo de Estado democrático¹⁶³³. Com efeito, a interpretação sistemática da Constituição de 1988 conduz à conclusão de que o princípio acusatório está imanente no nosso ordenamento jurídico, a partir do momento em que, com a redação do art. 129, inciso I, da Constituição, tornou privativa do Ministério Público a propositura das ações penais de iniciativa pública¹⁶³⁴. Isso teve o condão de realçar que agora, sob nenhuma hipótese, pode ter início o processo criminal pelo magistrado sem que antes haja a devida provocação por quem detém a legitimidade para fazê-la, ficando vedado, dessa forma, o procedimento de ofício¹⁶³⁵. Daí se conclui que foram revogadas as hipóteses em que o processo tinha início por meio de portaria editada pelo juiz.

Por outro lado, sendo o nosso sistema normativo arquitetado sob a orientação dos direitos fundamentais, o único modelo de processo criminal admissível é aquele que trata o acusado como sujeito de direitos, na qualidade de parte ao lado do Ministério Público, sendo assegurada a efetiva *paridade de armas*.

Se é verdade dizer que o Código de Processo Penal – elaborado sob a batuta da Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história constitucional –, pelo fato de ter sido concebido sob uma ideologia que não acreditava na democracia, senão no Estado forte e dominador, com cunho eminentemente repressivo, precisa ser revisitado sob as lentes de um ordenamento jurídico democrático

¹⁶³⁰ De fato, JOHN VILE sustenta que o preceito constitucional em foco, ao dizer que ninguém será levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri, adota expressamente o princípio acusatório. (Op. cit., p. 157).

¹⁶³¹ A Constituição de Portugal, no art. 32, 5, dispõe: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

¹⁶³² VICENTE GREGO ressalta que essas exceções ao princípio acusatório, “... apesar de terem resistido ao crivo jurisdicional por mais de 30 anos, eram, na verdade, inconstitucionais, e no novo texto constitucional desapareceram totalmente” (Op. cit., p. 73).

¹⁶³³ O sistema processual penal chileno era inquisitivo, até a implantação do processo de democratização, cujo marco regulatório é a Lei de Reforma Constitucional nº 19.519, publicada em 16 de setembro de 1997. O Ministério Público só veio a ser criado pela Lei 19.640, de 1999 (Lei Orgânica Constitucional do Ministério Público). (LENNON, Maria Ines Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigacion*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 28.

¹⁶³⁴ Na sistemática do processo criminal, a forma inquisitiva somente era admissível nos crimes que desafiavam ação penal de iniciativa pública. Por conseguinte, ao dizer que, nas ações penais de iniciativa pública, a função acusatória é privativa do Ministério Público, o constituinte suprimiu a possibilidade de a autoridade policial ou o juiz, em qualquer hipótese, dar início ao processo.

¹⁶³⁵ Cf. GRECO FILHO. Op. cit., p. 73; MIRABETE. Op. cit., p. 571. JARDIM. Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 197 Sem embargo de a Constituição ter explicitado o sistema acusatório no art. 129, I, na medida em que nela não se atribuiu ao Poder Judiciário função estranha à atividade judicante, essa posição ficou reforçada.

efetivamente compassado com a Constituição de 1988, é singularmente válido afirmar que o processo criminal necessita ser lido com a concepção de que ele não é orientado mais pelo sistema misto, mas, sim, pelo sistema acusatório, com todas as consequências daí decorrentes. Precisa ser revisitado sob as lentes de um ordenamento jurídico democrático, compasso com a Constituição de 1988.

Essa advertência é mais válida ainda porque, mesmo que não se aceite a tese de AURI LOPES JR., no sentido de que, efetivamente, não há um sistema misto, ou ele é inquisitivo ou acusatório, com algumas impurezas, sendo o modelo misto uma síntese dos dois sistemas, de toda sorte, ele sofre influência direta¹⁶³⁶

... da cultura, das tradições e em particular do momento histórico do país que o adota, especialmente em relação à criminalidade e à vontade de combatê-la com maior ou menor determinação, ainda que a custo de qualquer limitação dos direitos do indivíduo.

Note-se que a maioria dos doutrinadores, com muita propriedade, prefere falar em sistema inquisitivo, *sistema misto e sistema acusatório*, a falar em *princípio inquisitivo, princípio misto ou princípio acusatório*, pois, na verdade, cada um deles representa um sistema processual distinto, com características determinantes, das quais resultam diversos princípios próprios à forma escolhida pelo legislador. Por isso mesmo, com a mudança do sistema misto para o acusatório, não houve a simples alteração de um princípio específico do processo criminal, mas a transformação do paradigma mesmo do sistema processual, advindo daí as mais diversas consequências.

A sistemática inquisitiva alimentava, por exemplo, a ideia de que o processo criminal, ao contrário do civil, não possui lide, e que o Ministério Público, a bem da verdade, não é parte. Com o sistema acusatório, essas assertivas perdem sentido, pois ele se pauta na noção do contraditório manifestado pela existência de uma pretensão acusatória, deduzida pelo autor da ação, resistida por quem ocupa o polo passivo da relação processual, por meio da defesa feita pelo acusado. Nessa concepção de processo criminal, o Ministério Público, assim como o acusado, é parte e como tal há de ser visto, a fim de que ambos sejam tratados com igualdade e, até mesmo, haja tratamento mais privilegiado da defesa, em razão da aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade (*in dubio pro reo*)¹⁶³⁷, que serve, em verdade, para manter o equilíbrio entre partes que são marcadamente *desiguais*. Isso porque na titularidade da persecução criminal atuam, no mínimo, dois órgãos públicos extremamente estruturados, que são a *polícia judiciária* e o *Ministério Público*.

Alguns doutrinadores refutam a tese de que o Ministério Público é parte no processo penal, uma vez que não há *igualdad de tareas e igualdad de medios* (“*igualdad de armas*”) *com la parte contraria (defensor y acusado)*¹⁶³⁸, na medida em que o Ministério Público possui outras atribuições, dentre as quais postular em prol do próprio acusado, se assim for o correto¹⁶³⁹. Nessa perspectiva, BAUMANN¹⁶⁴⁰ põe em dúvida se é oportuno defender essa posição, porquanto “*Um mero papel de parte y la situación psicológica procesal correspondiente (el ministerio público como adversário del imputado: situación de duelo) podrían perjudicar considerablemente al imputado em la distinta distribución de los medios coercitivos.*”

De toda sorte, quando se defende que o Ministério Público é *parte* no processo penal não se pretende, com isso, dizer que seja transformado em genuíno *órgão acusador*. Pelo contrário, mesmo na qualidade de parte, a justificativa para a titularidade da ação recair em órgão estatal dotado de independência funcional é para que os interesses legítimos da sociedade sejam defendidos, o que compreende o pedido de absolvição ou outros pronunciamentos em favor do acusado. Até porque, consoante arguta observação feita por CARRARA, pedir a condenação de um inocente é dupla

¹⁶³⁶ “... della cultura, delle tradizioni e in particolare del momento storico del paese che lo adotta specie in relazione all'andamento della criminalità e allà volontà di combatterla con maggiore o minore determinazione, ache a costo di qualche limitazione dei diritti dell'individuo” (FORTUNA, E.; DRAGONE, S.; FASSONE, E; GIUSTOZZI, R.; PIGNATELLI, A. *Manuale pratico del nuovo processo penale*. 2. ed. Padova: Cedam, 1991, p. 13).

¹⁶³⁷ Cf. item 9.2 e segs., supra.

¹⁶³⁸ BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 22.

¹⁶³⁹ Na Reforma Tópica do processo penal tem-se utilizado, expressamente, a expressão *partes* para se referir não apenas à defesa, mas ao querelante, ao assistente, se houver, e, ainda, ao Ministério Público. Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 469.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*

injustiça, na medida em que pode ser punido quem não deve, ao passo que se deixa impune o verdadeiro culpado¹⁶⁴¹. De mais a mais, ainda que o acusado seja culpado, a atuação do Ministério Público deve ser no sentido de que seja aplicada a melhor solução jurídica, o que pode ser, a depender da hipótese, a transação, suspensão do processo, acordo de não persecução penal ou substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos etc.

Afastado esse risco de a circunstância de o Ministério Público ser considerado parte restringir a sua atuação no âmbito do processo penal, a resistência a essa tese só se justifica como resquício da cultura própria do sistema inquisitivo, segundo o qual o processo criminal não comporta lide ou conflito de interesses, pois não é adequado dizer-se que alguém possui o direito de colocar resistência ao desempenho de uma atividade necessária e fundamental, como é o exercício do *dever-poder* de punir.

Só no sistema inquisitivo e mesmo no misto, se concebe que a pretensão acusatória receba tratamento privilegiado em detrimento do direito de defesa, reconhecendo-se ao Ministério Público posição de destaque no processo criminal, no sentido de receber homenagens como se fora uma espécie de *magistrado em pé*, e não de parte¹⁶⁴².

FORTUNA, DRAGONE, FASSONE, GIUSTOZZI e PIGNATELLI¹⁶⁴³ dizem que o sistema acusatório se caracteriza: (i) órgão acusador distinto do julgador, garantindo a neutralidade do juiz; (ii) paridade de armas entre o Ministério Público e a defesa; (iii) produção das provas pelas partes; (iv) observância do princípio da presunção de inocência (não culpabilidade); (v) limitação da prisão processual; (vi) contraditório entre as partes; (vii) oralidade; (viii) publicidade.

Em outro trabalho, em apertada síntese, dissemos que a mudança de um sistema misto, com forte sotaque inquisitivo, como é o modelo da redação originária do Código de Processo Penal brasileiro, para um acusatório como quer a Constituição vigente, implica a adoção de um sistema (i) simplificado, (ii) transparente/publicidade, (iii) oral, (iv) de partes (Ministério Público concebido como parte e assim tratado na relação processual, (v) observância das garantias constitucionais do acusado, especialmente em relação (v1) à defesa efetiva, (v2) ao direito ao silêncio, (v3) à presunção de não culpabilidade, (v4) nulidade das provas obtidas por meio ilícito, e (v5) preservação da imparcialidade do juiz, afastando-o das atribuições reservadas para o Ministério Público¹⁶⁴⁴.

Tendo em consideração essas ideias, a partir da Constituição em vigor, paulatinamente, ocorreram alterações no CPP, a fim de moldá-lo ao sistema acusatório, mediante a separação orgânica entre o juiz e o órgão acusador, reservando-se àquele a prática dos atos de cunho decisório e a este o papel de parte.

Mas não tem sido tarefa fácil desconstruir o modelo misto/inquisitivo, pois se trata de uma questão cultural. Ademais, para efetivamente alterar o modelo, imprescindível a edição de um novo Código de Processo Penal, desejo acalentado desde os anos 1970¹⁶⁴⁵.

De qualquer sorte, as reformas tópicas promovidas no Código de Processo Penal têm sido no sentido de sedimentar o sistema acusatório. A Lei nº 13.964, de 2019, que aprovou o chamado *Pacote Anticrime*, expressamente foi nessa direção, ao preceituar que “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”¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴¹ *Programa do curso de direito criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002, 2v., p. 292-293.

¹⁶⁴² A posição de destaque do Ministério Público na sala de audiência, com o direito, assegurado em lei (art. 18, inciso I, alínea “a”, da Lei Complementar 75, de 1993), de sentar à direita do juiz, é um simbolismo da cultura inquisitiva. Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça, na 159ª Sessão Plenária, ao apreciar o Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0001023-25.2011.2.00.0000, à unanimidade, em voto da relatoria do Conselheiro Emmanoel Campelo, manteve liminar, até o julgamento do mérito, para assegurar ao Ministério Público o direito de sentar à direita do magistrado. (www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22547. Acesso em 13 dez. 2012.)

¹⁶⁴³ FORTUNA, E.; DRAGONE, S.; FASSONE, E.; GIUSTOZZI, R.; PIGNATELLI, A. *Manuale pratico del nuovo processo penale*. 2. ed. Podova: Cedam, 1991, p. 11.

¹⁶⁴⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 51.

¹⁶⁴⁵ O movimento reformista começou ainda em 1975, com um anteprojeto de autoria de José Frederico Marques, transformado no Projeto de Lei nº 1.655, de 1983, que chegou a ser aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, mas não foi votado pelo Senado. O Projeto de Lei nº 156, de 2009, instituindo o novo Código de Processo Penal, foi aprovado na Câmara dos Deputados, porém, ainda não o foi pelo Senado.

¹⁶⁴⁶ Como se sabe, esse dispositivo está suspenso, devido à liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux.

Indo mais além, o legislador ordinário, mediante sucessivas reformas tópicas implementadas no Código de Processo Penal e em leis esparsas, ao tempo em que está transformando o sistema misto de então em outro, de verniz acusatório, vem incorporando institutos próprios para possibilitar a negociação entre o Ministério Público e o acusado¹⁶⁴⁷.

9.3.1 – Resquícios do sistema misto no Código de Processo Penal.

Até a Constituição de 1988, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal era o misto, razão pela qual havia exceções ao princípio acusatório, com a admissão de que, em alguns casos, o processo tivesse início por provocação do próprio juiz. A circunstância de o legislador ter seguido um sistema misto, naturalmente, teve repercussão igualmente na redação de outros dispositivos, especialmente quanto à definição do papel que pode ser desempenhado pelo juiz na relação processual e na postura do Ministério Público. Quanto à postura deste, os resquícios do sistema misto são revelados, até mesmo, em situações que parecem apenas simbólicas, como é o caso da posição que deve ocupar o Ministério Público nas audiências¹⁶⁴⁸.

Em razão de dispositivos da lei orgânica dos Ministérios Públicos federal e estaduais (respectivamente, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 18, I, a, e Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 41, XI), os representantes desses órgãos têm a prerrogativa funcional de sentar à direita do juiz ou do presidente do órgão judicial colegiado, o que resulta em uma imagem de superioridade quanto à defesa do acusado, que não fica sentada na mesma bancada do juiz¹⁶⁴⁹. De acordo com o sistema acusatório, no qual o Ministério Público é parte e não tem posição de destaque em relação à defesa do acusado, autor e réu devem sentar-se à mesa de audiência da mesma forma como se faz no processo civil. Até porque a audiência deve retratar fielmente a figura triangular que representa graficamente a relação processual, de modo que o juiz deve ficar equidistante das partes, no vértice do triângulo, enquanto estas devem ocupar, na mesma linha, cada uma um dos dois lados opostos.¹⁶⁵⁰

Assim, a posição de destaque do Ministério Público na sala de audiência, com o direito, assegurado em lei, de sentar à direita do juiz, é um simbolismo da cultura inquisitiva. Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça, na 159ª Sessão Plenária, ao apreciar o Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0001023-25.2011.2.00.0000, à unanimidade, em voto da relatoria do Conselheiro Emmanoel Campelo, manteve liminar, até o julgamento do mérito, para assegurar ao Ministério Público essa *prerrogativa*¹⁶⁵¹.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁵², faz algum tempo, já se posicionou no mesmo sentido, todavia, a questão está pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de

¹⁶⁴⁷ Cf. item 9.1.3 a 9.1.3.313, supra.

¹⁶⁴⁸ Quanto aos membros do Ministério Público estadual, a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 41, XI, estatui como prerrogativa institucional: “tomar assento à direita dos juizes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma. Em relação ao Ministério Público federal, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, é mais incisiva: “sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juizes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem” (art. 18, I, a).

¹⁶⁴⁹ Não raro o acusado se impressiona com a cena que ele vivencia na audiência, pois vê o Ministério Público, que é contra quem ele está debatendo no processo, sentado do lado do juiz, à sua direita, como se fosse alguém que pertencesse ao Judiciário, do outro o escrivão, e mais ao fundo, do lado esquerdo, o seu advogado.

¹⁶⁵⁰ Basicamente há duas formas de organização da sala de audiência. Com a bancada em forma de “t” (uma bancada reta no sentido horizontal e outra no sentido vertical perpendicular àquela) ou de “u” (uma bancada reta no sentido horizontal e duas retas verticais, perpendiculares àquela, deixando um espaço vago no meio, destinado para que fiquem as pessoas que vão ser ouvidas pelo juiz na audiência). Em forma de “t” ou de “u”, o juiz fica na bancada horizontal, tendo, ao seu lado, o escrivão ou digitador e, na bancada vertical, ficam as partes. Se a questão é que o Ministério Público no processo criminal tem de ficar à direita e no mesmo plano, isso não é problema.

¹⁶⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22547. Acesso em: 13 dez. 2012.

¹⁶⁵² No julgamento do RHC 13.720/SP, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro GILSON DIPP, assim decidiu: “O fato de o defensor do réu não estar assentado ao lado do Juiz Presidente, por ocasião de julgamento na Sessão Plenária do Tribunal do Júri, não configura constrangimento à liberdade de ir e vir. O posicionamento do Ministério Público, que se coloca sentado ao lado do Magistrado Presidente do Tribunal do Júri, decorre da Lei no 8.625/1993, não significando superioridade em relação ao defensor” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Data da decisão: 09/09/2003. Disponível em: www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp. Acesso em: 11 out. 2005).

Inconstitucionalidade 4768, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

A par dos resquícios simbólicos, há outros que decorrem especialmente da forma como foram estabelecidos os deveres do juiz. Ora, se no sistema misto o juiz, em alguns casos, pode, até mesmo, dar início ao processo em substituição ao Ministério Público, como decorrência natural dessa forma de processo, várias outras atribuições lhe são passadas que são mais próprias do autor da ação. É o que ocorre, v. g., com a atribuição outorgada ao juiz pelo art. 5º, II, do Código de Processo Penal, de representar à autoridade policial a instauração de inquérito policial¹⁶⁵³. Mediante a requisição, o juiz determina que a autoridade policial instaure o inquérito que, depois, servirá de base para o ajuizamento da ação penal que poderá ser julgada pelo próprio magistrado.

Essa forma de proceder não se coaduna com o sistema acusatório, cuja regra é deixar a iniciativa da persecução criminal com quem tem a legitimidade para a propositura da ação, como forma de resguardar a neutralidade do órgão julgador¹⁶⁵⁴. A tendência do sistema acusatório “... é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória”¹⁶⁵⁵, de modo que ao juiz não deve ser dado que provoque, mesmo indiretamente, a sua própria jurisdição¹⁶⁵⁶. De forma contundente, AFRÂNIO SILVA JARDIM¹⁶⁵⁷ finaliza que “... estão varridas quase todas as funções persecutórias, por isso que anômalas, que o velho Código de Processo Penal ainda, residualmente, deixara ao Poder Judiciário”.

Pode-se dizer que o sistema acusatório instaurado com a Constituição de 1988 não tenha tido o condão de revogar a autorização legislativa dada ao juiz de requisitar a instauração do inquérito policial, mas parece por demais evidente que, nesse caso, o próprio juiz que provocou, mesmo que indiretamente, a persecução criminal, fica impedido de exercer a jurisdição do caso.

Outro resquício muito claro do sistema misto é a previsão contida no art. 28 do Ordenamento Processual Penal. Em virtude da adoção do sistema acusatório puro, em que não é admissível a existência de processo sem ação penal, seja ela pública ou privada, o art. 28 do CPP se encontra revogado, não mais podendo ser aplicado, pois aqui a provocação da persecução criminal pelo juiz não é apenas indireta, mas direta mesmo. Sob essa ótica, o art. 28 do Código de Processo Penal representa reminiscência do sistema inquisitivo, presente em nosso ordenamento processual até a instauração da nova ordem constitucional, ocorrida com a promulgação da Lei Maior de 1988. Daí a razão pela qual, a partir de então, no tornar privativo do Ministério Público o impulso quanto aos crimes de ação penal pública, constituindo-o, assim, em essência, o *dominus litis* da ação, todos os dispositivos do diploma processual penal não consentâneos com esse mandamento foram, implicitamente, revogados. Com efeito, como aqui se disse, logo após a promulgação da nova Constituição, a doutrina, referendada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passou a a revogação dos dispositivos de lei infraconstitucional que admitiam o início de processo criminal mediante portaria do juiz ou da autoridade policial.

Agora é hora de avançar o entendimento para afirmar que, em homenagem ao sistema acusatório, a instauração ou provocação da iniciativa do processo criminal pelo juiz nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal encontra-se revogada. Ademais, cabe agregar em socorro a essa tese que, em sintonia com o Projeto de Lei nº PL 4.209/2001, que trata da investigação criminal, e está em discussão no Congresso Nacional, a Lei nº 13.964, de 2019, alterou o art. 28 do Código de Processo Penal, estabelecendo que o próprio Ministério Público, quando se convencer da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia, promova, fundamentadamente, o arquivamento do inquérito, com o conseqüente envio da promoção para o órgão superior da instituição, para fins de homologação, com a devida comunicação à vítima, ao investigado e à autoridade policial. Outro ponto de destaque da modificação é a previsão de que a vítima ou o seu representante legal, no prazo de 30 (trinta dias) do recebimento da comunicação, caso não concorde com o arquivamento da investigação, pode postular perante o órgão revisor do ministério público (art. 28, § 1º, do CPP).

Esse é o melhor tratamento para a matéria, que é semelhante ao que ocorre no caso de arquivamento de inquérito civil. Nem se diga que tal providência tem a possibilidade de gerar algum tipo de instabilidade,

¹⁶⁵³ Dentre outras hipóteses, AFRÂNIO SILVA JARDIM identifica o art. 5º, II, do Código de Processo Penal como resquício do *inquisitorialismo* e acredita que “... a provável legislação processual penal varrerá de nossa ordem jurídica tais indesejáveis dispositivos, preservando o Juiz destas funções anômalas, porque persecutórias” (Op. cit., p. 87).

¹⁶⁵⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, p. 196.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.* p. 196.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.* p. 197.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.* p. 197.

até porque, mesmo com a disciplina empregada na redação originária do art. 28 do CPP, a última palavra quanto ao oferecimento, ou não, da denúncia fica com o órgão ministerial.

Infelizmente, sob o argumento de que os órgãos do Ministério Público necessitam se estruturar para poderem dar conta do volume de serviço com a transferência do encargo quanto ao arquivamento da alçada do Judiciário para a do Ministério Público, o Ministro Luiz Fux, na decisão monocrática prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF, também determinou a suspensão da alteração promovida pela Lei nº 13.964, de 2019, *represtinando* o art. 28 em sua redação originária. A ementa do julgado em causa referente a esse ponto, está assim redigida:

(c) Artigo 28, caput, Código de Processo Penal (Alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial): (c1) Viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (Artigo 169, Constituição), além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos (Artigo 127, Constituição), a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial, máxime quando desconsidera os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do parquet; (c2) A previsão de o dispositivo ora impugnado entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tivessem tido tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida, revela a irrazoabilidade da regra, inquinando-a com o vício da inconstitucionalidade. A vacatio legis da Lei n. 13.964/2019 transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a propositura de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática; (c3) Medida cautelar deferida, para suspensão da eficácia do artigo 28, caput, do Código de Processo Penal;

A situação, portanto, permanece como está, pelo menos enquanto persistir a suspensão da inovação legislativa. O que fazer então, se o art. 28 do CPP, em sua redação originária, conforme o entendimento aqui expendido, está revogado pelo sistema acusatório implantado pela Constituição de 1988? Uma coisa é certa. Nada obstante o entendimento doutrinário aqui sustentado, a prevalência do sistema acusatório requer, antes de tudo, que se possibilite alguma forma de controle dos pronunciamentos do representante do Ministério Público, assim como ocorre no que diz respeito ao arquivamento dos inquéritos cíveis instaurados para os fins da ação civil pública e foi alvitado com a nova redação emprestada ao art. 28, caput, do CPP, pela Lei nº 13.964, de 2019.

Enquanto não prevista a forma de obviar o monopólio por parte do representante do Ministério Público quanto à intenção de oferecer a denúncia ou não, há de encontrar-se solução intermediária razoável, a fim de não ocasionar instabilidade jurídica. Desse modo, tem-se que, enquanto suspensa a alteração do art. 28 do CPP, naqueles casos em que o representante do Ministério Público pede o arquivamento do inquérito policial ao argumento de que inexistem para o oferecimento da denúncia elementos de prova suficientes no pertinente à autoria e/ou à materialidade, impõe-se ao juiz, sem adentrar o exame dos fundamentos, determinar o arquivamento, ficando ressalvada, contudo, a possibilidade de, exurgindo novas provas, vir a ser exercitada a ação penal. Até porque, nesses casos, a decisão, como se sente, faz apenas *coisa julgada formal*, podendo, enquanto não prescrita a pretensão punitiva, ser ofertada a peça acusatória.

No entanto, naquelas hipóteses em que o representante do Ministério Público pede o arquivamento do inquérito policial sob outro fundamento, que traz como consequência do pronunciamento judicial a formação de *coisa julgada material*, deve o magistrado analisar, acuradamente, o mérito da questão e, não concordando com as razões ali asseveradas, desacolher o pleito, determinando o encaminhamento dos autos à instância de revisão ministerial. De qualquer modo, aqui o juiz só deve deixar de acolher o pedido de arquivamento quando as provas em contrário no inquérito forem manifestas, denotando o desacerto da promoção ministerial.

É a aplicação do entendimento exposto pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, e seguido, reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, da ocorrência, diante de certas circunstâncias, de uma espécie de *inconstitucionalidade progressiva, ou melhor, revogação progressiva*¹⁶⁵⁸.

Essa parece ser a solução mais adequada, enquanto persistir a redação originária do art. 28 do CPP. Obviamente que, nesses casos, o juiz, pelo fato de determinar a remessa dos autos para o Procurador-Geral com base no art. 28 do CPP, fica impedido de funcionar no processo, pois ele passa a ser o agente que provocou o ajuizamento da ação penal, quando o próprio membro do Ministério Público entendeu que não

¹⁶⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*, p. 191.

era o caso¹⁶⁵⁹. Acreditamos mesmo que deveria ser o caso de permitir-se à vítima direta da ação ilícita, em casos tais, oferecer queixa criminal subsidiária, em homenagem ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição¹⁶⁶⁰.

Também merece registro a questão da *mutatio libelli* (art. 384, caput e parágrafo único, do CPP)¹⁶⁶¹. Diferentemente da hipótese da *emendatio libelli*, na qual o juiz apenas corrige errônea verificada na denúncia a fim de dar a definição jurídica correta do fato criminoso narrado (art. 383 do CPP)¹⁶⁶² na *mutatio libelli*, o juiz provoca o ajuizamento da ação penal em relação a um fato criminoso que não foi objeto da denúncia ou a alteração da pretensão acusatória, a fim de que seja dada nova definição jurídica ao fato. Nos termos da redação originária do art. 384, caput e parágrafo único, quando a nova definição não importava em aplicação de pena mais grave, não havia, sequer, necessidade de aditamento da peça acusatória, o que era, convenhamos, uma clara ofensa ao princípio acusatório¹⁶⁶³. No nosso entendimento, esse dispositivo, nessa parte, encontrava-se revogado pela Constituição de 1988.

A nova redação emprestada por meio da Lei nº 11.719, de 2008, ao art. 384, caput, escoimou essa anomalia, de modo que, doravante, ainda que não seja o caso de aplicação de pena mais grave, sendo cabível, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, nova definição jurídica do fato, terá de haver, no prazo de cinco dias, o aditamento por parte do Ministério Público.

Atendendo ainda a recomendação sugerida pela doutrina, com a inserção do § 2º ao art. 384, restou estabelecido que o juiz deve utilizar, por analogia, a solução alvitada pelo art. 28 do CPP, na hipótese em que o Ministério Público, ao receber a vista dos autos para fins de aditamento na forma do art. 384, caput e parágrafo único, do mesmo Diploma Legal, recalitra em fazer a mudança da acusação.

Embora a disciplina dada ao assunto *da mutatio libelli* tenha ficado mais adequada ao sistema acusatório, ainda persiste certa incongruência na matéria, pois o art. 28 do CPP, em si, como aqui já foi dito, é um resquício do sistema inquisitivo, por ensejar uma clara cooperação do juiz quanto à pretensão persecutória.

Para piorar, não se resolveu, ainda, o tratamento normativo emprestado ao instituto da *emendatio libelli*, pois o legislador da Lei nº 11.719, de 2008, cuidou apenas de fazer tímido ajuste no caput do art. 283 do CPP, ao deixar expresso que “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em

¹⁶⁵⁹ Esboçou-se doutrina no sentido de que o art. 28 do CPP está revogado por ofensa ao princípio do promotor natural. Essa posição, porém, não se sustenta. Caso ela fosse acolhida, o princípio do promotor natural seria bem mais forte do que o do juiz natural, pois este não impede que as decisões do juiz sejam revistas pelas instâncias superiores. Se o princípio do promotor natural impedisse o reexame da posição do representante do MP pelas instâncias superiores do órgão ministerial, este passaria a possuir um *domínio único e completo* da persecução criminal, o que não é salutar em um regime democrático.

¹⁶⁶⁰ De acordo com o art. 5º, inciso LIX, da Constituição, insere-se na categoria de direito fundamental a propositura de ação privada, mesmo nos casos de ação pública, “... se esta não for intentada no prazo legal”. Note-se que essa é uma garantia mínima, não havendo nenhuma vedação, por conseguinte, à possibilidade de o legislador ordinário alargar as hipóteses de ajuizamento de queixa penal subsidiária. Cf. item 9.3.3.3, infra.

¹⁶⁶¹ Outros resquícios do sistema misto estão presentes no art. 10, § 3º, no art. 26 e art. 531 do CPP. Os arts. 26 e 531 do CPP já foram declarados revogados. Quanto ao art. 10, § 3º, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI nº 1.615-6/DF, relatada pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA, deferiu liminar para afastar a aplicação do Provimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na parte em que determinava que, na hipótese de haver novo pedido de dilação de prazo para conclusão do inquérito, a tramitação deveria dar-se diretamente entre o Ministério Público e o órgão policial (Tribunal Pleno, j. 12.06.997, DJ de 5.11.99, p. 2.) Com isso, o Supremo Tribunal Federal, no exame da tutela de urgência requerida, entendeu que o pedido de dilação do prazo para conclusão do inquérito formulado pela autoridade policial ao juiz não é uma reminiscência do sistema misto. De qualquer modo, em outro caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em razão do princípio acusatório, o juiz não pode, quando o Ministério Público pede o arquivamento, *determinar de ofício a realização de novas provas de investigação no inquérito* (HC 82.507-SE, Primeira Turma, un., Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 10.12.2002, DJ de 19.12.2002, p. 92).

¹⁶⁶² Na redação originária, o dispositivo estava assim redigido: “O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. Com melhor técnica redacional, a Lei 11.719, de 2008, alterou o texto, nos seguintes termos: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

¹⁶⁶³ Ada Pellegrini se manifestava nesse sentido (Cf. CHOUKR, Frauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2000, p. 86-87)

consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. Isso porque, na prática forense, não raro, a aplicação desse instituto prejudica de forma clara a defesa. Os exemplos concretos são vários. Vejamos. Em um caso concreto, nada obstante o entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência, o Ministério Público ofereceu a denúncia classificando o crime na forma continuada, em situação na qual os agentes, antes de roubar uma agência bancária, no dia anterior, roubaram um veículo para ser utilizado na empreitada criminosa. Nessa hipótese, o entendimento é de que há dois crimes de roubo, em concurso material. Também não é raro o Ministério Público, nada obstante a narrativa da conduta, não apontar a incidência de uma circunstância agravante ou até mesmo não levar em consideração uma circunstância que se apresenta como causa de aumento ou que qualifica o crime.

Claro que a defesa, nesses casos, não vai se contrapor à classificação feita pelo Ministério Público, nem muito menos vai discutir que no caso não deve incidir a circunstância que agrava ou aumenta a pena ou que se apresenta como qualificadora do ilícito, a fim de não despertar a atenção do juiz para a questão. Em verdade, a defesa fica em situação extremamente delicada. Se abordar a questão, pode chamar a atenção do juiz para a errônea classificação do crime. Se ficar em silêncio, pode ser *surpreendido* com a *emendatio libelli* feita de ofício pelo juiz, na sentença, de modo que não terá a oportunidade de debate o tema.

Não se pode perder de vista que mesmo a mera *emendatio libelli* permite que o juiz profira sentença com *argumento novo*, pelo menos em relação à tipificação da conduta, que não foi objeto de debate pelas partes. Isso faz muita diferença. Imagine-se caso em que o Ministério Público denuncia imputando a prática do crime de corrupção ativa, porém, aplicando a *emendatio libelli*, o juiz reconhece que o que houve foi o crime de concussão? Não se há de negar que, nessas situações, está sendo permitido que, no ambiente do processo penal, em malferição ao princípio da ampla defesa, o acusado seja surpreendido com o fundamento de parte substancial da sentença. Não parece razoável.

Note-se que esse ponto também era bastante questionado no processo civil. Por isso mesmo, a fim de evitar essa situação, o NCPC, no art. 10, deixou claro que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Instaurou-se no ambiente cível o que a doutrina denomina *princípio da não surpresa*.

A questão é: esse preceito contido no art. 10 do NCPC se aplica ao processo penal? Não temos dúvidas de que incide, e com mais razão ainda do que no processo civil, dada a dimensão do princípio da ampla defesa no ambiente criminal. Com essa posição, porém, não defendemos que o art. 383, caput, do CPP, está revogado. É plenamente possível compatibilizá-lo com o princípio da não surpresa encampado expressamente pelo NCPC.

Preferencialmente, o juiz deve aplicar a *emendatio libelli* já quando do juízo de admissibilidade da ação penal ou, então, no momento do saneamento do processo (art. 399 do CPP). Não tendo ainda o juiz atentado para o erro na classificação do delito, deve fazê-lo, pelo menos, no início da audiência de instrução e julgamento, antes de iniciar a inquirição das testemunhas. Se a desclassificação for feita após a instrução, obviamente, isso pode acarretar prejuízo para as partes, que não terão a oportunidade de explorar, se for o caso, esse ponto nas oitivas das testemunhas e mesmo no interrogatório do acusado.

Excepcionalmente, admite-se, ainda, que a *emendatio libelli* seja feita nas razões finais pelo Ministério Público, desde que, na hipótese, não se enxergue prejuízo para a defesa, dado que demonstrada a irrelevância de a audiência de instrução não ter sido realizada com suporte na nova classificação delitiva. Dependendo do crime imputado, diante da mudança da classificação feita na ação penal, pode haver a necessidade de alteração não apenas da resposta, mas igualmente das próprias provas produzidas ou requeridas pela defesa. Imagine-se a situação em que a denúncia, a despeito de descrever a conduta referente à aplicação indevida de rendas ou verbas públicas, classifica a conduta do acusado no art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 201, de 1967, isto é, como se o ilícito fosse em razão apenas de o prefeito ter deixado de realizar a prestação de contas da aplicação de recursos, no devido tempo. Na sequência, ainda em audiência, após a produção de toda a prova documental e oral, nas razões finais, o Ministério Público pede, com suporte no art. 383, caput, do CPP, a classificação da conduta para o tipo previsto no inciso III do mesmo Diploma Legal. Ora, resta claro que a defesa fica prejudicada. A argumentação, a documentação acostada aos e as testemunhas arroladas na resposta vão estar focadas no sentido de demonstrar que não houve omissão quanto à prestação das contas. A única solução possível, aqui, caso seja acolhida a *emendatio libelli*,

é aplicar o art. 384, § 4º, do CPP. Principalmente se a *emendatio libelli*, no caso imaginado, for para acrescentar à imputação, além do tipo do art. 1º, VII, do Código Penal, o ilícito estampado no inciso III do dispositivo em foco. Ou então, o que é mais conveniente em alguns casos, a fim de não prejudicar o andamento do processo, especialmente quando há outros crimes para decidir, o juiz pode não aceitar a *emendatio libelli*, ressaltando a possibilidade de que a outra e especificamente ação penal seja ofertada pelo Ministério Público.

Na situação em que as razões finais já tenham sido oferecidas, o juiz, em obséquio ao princípio da não surpresa plasmado no art. 10 do NCPC, tem duas alternativas, quando entender que, na hipótese, há a possibilidade de aplicação do art. 383, caput, do CPP: (a) determinar a intimação, sucessivamente, do Ministério Público e da defesa, a fim de que complementem as respectivas razões finais, tendo em consideração a possibilidade de haver a *emendatio libelli* para determinado crime; (b) se for o caso, especialmente quando se trata de acusação pelo cometimento de mais de um ilícito, para evitar o retardamento do trâmite processual, julgar o processo sem aplicar a *emendatio libelli*, com conseqüente absolvição em relação ao crime capitulado de forma equivocada, ressaltando, a possibilidade de o Ministério Público, mediante o ajuizamento de outra ação penal, denunciar o acusado pela prática do crime correto.

Quanto à segunda opção acima, que pode ser utilizada independentemente de já ter ocorrido ou não a apresentação das razões finais, cabe observar que a exceção da coisa julgada, na seara criminal, só pode ser oposta em relação ao *fato principal* que tiver sido objeto da sentença. Portanto, é suficiente para evitar a formação da coisa julgada, a consideração na sentença de que a absolvição quanto a um dos crimes foi pela impossibilidade de aplicação da *emendatio libelli* de ofício, pelo que não fica vedada a possibilidade de nova imputação com suporte nos mesmos fatos, desde que corrigida a classificação do tipo penal.

De outra banda, não há réstia de dúvida de que o art. 385 do Código de Processo Penal apresentase de todo incompatível com a nova sistemática processual, ao preceituar ser admissível “Nos crimes de ação pública, o juiz (poderá) proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição...”. A conclusão aceitável e única é de que esse dispositivo foi revogado pela Constituição de 1988, não sendo possível o juiz condenar o acusado quando o Ministério Público pede a absolvição, pois isso só seria adequado a um sistema misto com forte sotaque inquisitivo. Seria o mesmo que condenar sem pedido ou pretensão acusatória, pior ainda do que a aplicação do art. 28 do CPP, na medida em que ali o juiz não passa de provocador da ação penal, enquanto, na famigerada hipótese do art. 385, o magistrado tira a toga e põe as vestes do Ministério Público.

9.3.2 – Poderes investigatórios na fase preparatória à ação penal, de acordo com o sistema acusatório.

Na ideia do sistema acusatório, as funções de acusar e julgar são separadas por órgãos pertencentes a poderes políticos distintos. Em uma visão mais alargada, é como se o dever-poder de responsabilizar, criminalmente, as condutas fosse dividido em três partes: (1) a que diz quais são os crimes e qual deve ser a pena; (2) a que pede a condenação e aponta a sanção que deve ser imposta quando ocorre o fato definido como crime; e (3) a que julga se, realmente, o caso é considerado crime e diz qual é a medida adequada para solucionar a questão. Cada uma dessas funções é exercida por um poder diferente: (1) quem diz em tese quais são os crimes e quais as medidas que podem ser adotadas na solução do caso é o Legislativo, mediante a feitura das normas jurídicas; (2) quem deduz a pretensão acusatória e pede a aplicação da medida é o Executivo; e (3) quem decide, mediante a interpretação dos fatos e das normas jurídicas, é o Judiciário.

O Executivo, para melhor gerenciar essa atividade punitiva, dividiu a persecução criminal em dois momentos distintos: (1) a *preparatória ou investigatória* e (2) a *postulatória* (pretensão acusatória) perante o Judiciário. Para tanto, possui órgãos específicos para cada uma dessas tarefas. Quanto à fase preparatória ou investigatória, a Constituição de 1988, inovando na nossa tradição, cuidou de regulamentar o assunto e conferiu a missão, no âmbito federal, à polícia federal e, no

estadual, à polícia civil¹⁶⁶⁴, enquanto o Código de Processo Penal, sem qualquer distinção, denomina polícia judiciária o órgão incumbido dessa missão (art. 4º, caput).

No tocante à polícia federal, o constituinte, no art. 144, § 1º, IV, da Constituição em vigor, disse que seria de sua competência “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. Quanto à polícia civil, afirmou que a ela incumbe, “... ressalvada a competência da União, as funções de *polícia judiciária* e a apuração de infrações penais exceto as militares”.

No que tange à pretensão acusatória em juízo, o legislador afirmou que cabe ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Note-se que, ao cuidar de definir a atribuição para atuar perante o Judiciário, o constituinte teve o cuidado de realçar que a ação penal era *privativa* do Ministério Público. Lembre-se que a ação penal é o gênero do qual a denúncia é apenas uma de suas espécies. De ordinário, por conseguinte, a atividade investigatória fica a cargo da polícia judiciária, sendo de sua alçada apurar os elementos probatórios referentes à materialidade e à autoria, a fim de fornecer ao Ministério Público a munição necessária para o ajuizamento da denúncia, pois é este quem detém, *privativamente*, capacidade postulatória para ajuizar toda e qualquer ação penal de iniciativa pública.

De todo modo, a despeito do silêncio da Constituição, como consequência do sistema misto adotado na feitura do Código de Processo Penal e de leis extravagantes, a autoridade policial conserva parcela de capacidade postulatória, de maneira que, quando precisa realizar diligência somente possível caso haja autorização judicial, ela pode pedir diretamente ao magistrado a determinação da providência, sendo desnecessário solicitar ao Ministério Público o ajuizamento do pleito. Em muitos casos tratam-se de medidas indispensáveis para a eficácia da apuração feita no inquérito policial, como são as hipóteses de pedido de quebra dos sigilos telefônico, fiscal e bancário e de busca e apreensão, mas outros são medidas meramente acautelatórias, que não têm pertinência com a apuração em si, a exemplo do que ocorre na representação para que seja decretada a prisão temporária ou preventiva¹⁶⁶⁵.

Quando a autoridade policial aciona o judiciário pedindo para que seja tomada uma determinada providência, está sendo reconhecida a sua capacidade para postular em juízo, ou melhor, de aforar ações perante o órgão judicante. Na primeira edição deste livro, sustentamos que essa é uma função atípica, que é um corolário lógico da missão outorgada pela Constituição às polícias federal e civil, pois se elas tivessem que solicitar ao Ministério Público que este providenciasse o pedido perante o Judiciário, tal comprometeria a agilidade e mesmo a eficiência da apuração.

Esse entendimento, porém, não parece o mais acertado. Isso porque, conforme acentuamos em outro trabalho, sob a batuta do¹⁶⁶⁶

“... sistema acusatório, como passou, a partir de 1988, a ser o nosso, não tem sentido nenhum atribuir à autoridade policial legitimidade para pedir, quando já concluído o inquérito policial, a prisão preventiva ou mesmo a aplicação de uma medida cautelar diversa. Até porque, sendo o Ministério Público o titular da *ação principal*, como é próprio da processualística, também o é da *ação cautelar* correspondente”.

Na segunda etapa da Reforma Tópica, o legislador infraconstitucional, com a edição da Lei nº 12.403, de 2011, corrigiu, em parte, essa anomalia, no instante em que, com a nova redação alvitrada para o art. 282, § 2º, do CPP (“As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”), restringiu a outorga de capacidade postulatória à autoridade policial apenas às medidas cautelares preparatórias, ou seja, aquelas requeridas antes da instauração do processo principal.

O certo é que o Ministério Público, sendo o *dominus litis* do processo principal, também o seja do processo cautelar, seja ele preparatório ou incidental. Lamenta-se que o legislador da segunda

¹⁶⁶⁴ Cf. tópico 7.2.3.1.3, supra, em que se faz a distinção entre as polícias impropriamente chamadas judiciárias (federal e civil) e as polícias preventiva e ostensiva.

¹⁶⁶⁵ A única circunstância em que a decretação de prisão preventiva pode ser ordenada para viabilizar o inquérito ocorre quando ela é deferida para a conveniência de sua instrução. Nos demais casos, ela não serve propriamente ao inquérito policial.

¹⁶⁶⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 461.

etapa da Reforma Tópica, seduzido pela *cultura do sistema misto-inquisitivo*, tenha preferido manter a nossa tradição de atribuir à autoridade policial ainda parcela de capacidade postulatória¹⁶⁶⁷.

9.3.2.1 – Inexistência de privatividade da polícia judiciária para a investigação dos crimes (persecução criminal extraprocessual).

Pela leitura dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria, percebe-se que a Carta Magna não concedeu exclusividade à polícia judiciária na apuração dos delitos. Com efeito, ao tratar da investigação extraprocessual, o constituinte, em nenhum momento, disse que essa atividade seria privativa da polícia judiciária. A única menção que ele fez à *exclusividade* foi quanto à polícia federal, mas não em relação à apuração das infrações propriamente ditas, porém apenas para ressaltar que esse exercício exclusivo dizia respeito às *funções de polícia judiciária da União*¹⁶⁶⁸. Desse modo, o que se tem é que o constituinte disse que a função investigatória seria de regra exercida pelas polícias federal e civil, conforme fosse o caso, nunca que outros órgãos, em função atípica, não pudessem cuidar de levar adiante investigações, como medida suplementar e mesmo substitutiva.

Da exegese extraída do art. 144, § 1º, I e IV e § 4º, da Constituição, tem-se que, de forma expressa, ficou atribuída à polícia judiciária a persecução penal investigatória. Veja-se, nesse particular, que, quando o constituinte quis dizer que a persecução criminal era privativa, ele o fez de forma expressa. Assim como se afirmou, linhas atrás, esta foi a primeira vez que a própria Constituição, no art. 144, explicitou os órgãos do Estado aos quais seria confiada a missão de exercer a persecução criminal¹⁶⁶⁹. Para esse fim, mantendo a tradição brasileira, ele separou os campos de atuação da persecução criminal, a saber, aquela que é meramente apuratória e extraprocessual da que é eminentemente postulatória e processual: a primeira ficou com a polícia judiciária e a segunda com o Ministério Público. Quando o constituinte tratou de definir a atribuição referente à persecução criminal postulatória e processual, ele teve a preocupação de ressaltar que ela era privativa do Ministério Público. Todavia, quando abordou a atribuição da persecução criminal investigatória e extraprocessual, ele não disse que era privativa da polícia¹⁶⁷⁰.

Sem embargo dessa consideração, a própria Constituição faz duas ressalvas, uma explícita e outra implícita. A explícita é quanto aos crimes militares (art. 144, § 4º, da Constituição) e a implícita é quando confere à Comissão Parlamentar de Inquérito os poderes investigatórios (art. 58, § 3º, da Constituição). Embora lá se diga que os poderes investigatórios são próprios das autoridades judiciais, em verdade, com essa afirmação, o que se realça é que, no exercício de sua função investigatória, esse órgão do Legislativo, de ordinário, não precisa de autorização judicial para quebrar uma garantia constitucional, exceção feita aos casos em que a Constituição, de forma expressa, faz a reserva de jurisdição¹⁶⁷¹. Ou seja, o poder investigatório das CPIs é superior ao das polícias judiciárias, pois, de regra, elas mesmas têm o poder de determinar a flexibilização de uma garantia constitucional.

Pode-se dizer que esses dois casos, de uma forma ou de outra, estão previstos na própria Constituição como exceção. Ainda assim, cabe lembrar que antiga súmula do Supremo Tribunal Federal enuncia que “O poder de polícia da câmara dos deputados e do senado federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do

¹⁶⁶⁷ Ibid., p. 463- 464.

¹⁶⁶⁸ Interpretando esse preceito constitucional, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, em voto da relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, adotou esse entendimento ao decidir o HC 89.837/DF, merecendo menção a seguinte parte da ementa: “ (...) – A cláusula de *exclusividade* inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (*polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal*), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.” (Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoAndamento.asp? Data da decisão: 20.10.2009. Acesso em 11 dez. 2012. Os grifos são do original).

¹⁶⁶⁹ Cf. item 7.2.3.1.3, supra.

¹⁶⁷⁰ Esse ponto não passou despercebido por EUGÊNIO PACELLI. O autor, ao defender que não há exclusividade da polícia judiciária para a apuração das infrações, anota que “a CF não prevê nenhuma *privatividade* da polícia para as investigações criminais, como o faz, por exemplo, em relação à titularidade para as ações penais públicas, o que parece remeter a solução da questão para indagações de outra natureza (não exclusivamente jurídicas)” (*Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 51).

¹⁶⁷¹ Cf. itens 7.2.3.1.1 e 7.2.3.1.2, supra.

acusado e a realização do inquérito”. E não é só. Mesmo a Constituição de 1988 não tendo nenhuma disposição expressa a respeito, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), no art. 33, parágrafo único, estabelece que, caso a suspeita quanto à prática de crime recaia na pessoa de juiz, a direção do inquérito deve ser repassada para o tribunal ou órgão especial do tribunal ao qual está vinculado o magistrado¹⁶⁷². Se se entender que a investigação é privativa da autoridade policial, este dispositivo terá de ser considerado revogado, o que não parece ser o caso. Até porque o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que, quando se trata de magistrado, a atividade investigatória, excepcionalmente, passa a ser dirigida pelo tribunal ao qual ele pertence (RHC 84.903/RN, Primeira Turma, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 4.2.2005)¹⁶⁷³.

Aliás, há o entendimento de que, quando se trata de crime envolvendo pessoa com direito a prerrogativa de função perante a Excelsa corte, o próprio inquérito há de ser conduzido por ela, e não pela autoridade policial. Por isso mesmo, na chamada operação Navalha, em razão de estar entre um dos envolvidos um então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o inquérito foi conduzido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶⁷⁴.

O Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 4º, após estatuir como regra que a apuração das infrações compete à polícia judiciária, ressalva que essa previsão não exclui das autoridades administrativas a competência para investigar as ações ilícitas que elas tenham como obrigação apurar. Colmatando essa norma, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990¹⁶⁷⁵, impõe, entre os deveres da autoridade administrativa, promover, sempre que tiver ciência, a imediata apuração de irregularidades no serviço público (art. 143, caput), dispondo, ainda, que deverá arquivar o processo, quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou *ilícito penal* (art. 144, parágrafo único). Mesmo que fosse desnecessário, para realçar ainda mais o poder investigatório deferido à autoridade administrativa, o diploma legal em foco deixa expresso, no art. 171, que “Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal ...”

Vê-se, assim, que a legislação infraconstitucional comete à autoridade administrativa a competência para apurar crimes quando estes praticados no exercício da função pública, razão pela qual a remessa dos autos não é direcionada para a polícia judiciária, mas sim para o Ministério Público, a fim de que este, de posse dos elementos que informam a existência da justa causa, ofereça a ação penal¹⁶⁷⁶. Tal função cometida à autoridade administrativa seria inconstitucional, caso o entendimento fosse de que o poder investigatório é privativo da polícia judiciária. Se essa for a

¹⁶⁷² O parágrafo único do art. 33 da LOMAN está assim redigido: “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”.

¹⁶⁷³ No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal, embora tenha afirmado que o inquérito deve ser feito pelo próprio tribunal, não reconheceu a nulidade suscitada pelo fato de a denúncia já ter sido recebida e, ademais, não ter ficado evidenciado nenhum prejuízo para o acusado (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL: EXCEÇÃO ATINENTE À MAGISTRATURA (LOMAN, ART. 33, PARÁG. ÚNICO); DISCUSSÃO QUE, NO CASO, RECEBIDA A DENÚNCIA POR DECISÃO DEFINITIVA, É DESNECESSÁRIO APROFUNDAR, POIS SE IRREGULARIDADES OCORRERAM NO INQUÉRITO, NÃO CONTAMINARAM A AÇÃO PENAL: PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

¹⁶⁷⁴ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet-QO 3825, un., Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, reafirmou o entendimento de que “(...) Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 10. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 11. Segunda Questão de Ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado” (BRASIL. Superior tribunal de Justiça. www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Data da decisão: 10/10/2007 Acesso em 10 dez. 2012).

¹⁶⁷⁵ Dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

¹⁶⁷⁶ Ademais, se o inquérito policial não é imprescindível para o ajuizamento da ação penal, tendo o processo administrativo feito a apuração do ilícito criminal, nada mais razoável que os autos sejam encaminhados, diretamente, para o Ministério Público, a fim de que se providencie, desde logo, a promoção da persecução criminal em juízo.

interpretação retirada do texto constitucional, tem-se que o parágrafo único do art. 4º do CPP foi revogado pela Constituição de 1988 e que os dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, acima destacados, são inconstitucionais¹⁶⁷⁷.

Na mesma diretriz, o Código Tributário Nacional, no art. 200, deixa claro que a fiscalização levada a cabo pela autoridade fiscal compreende a apuração dos crimes tributários, sendo-lhe conferido até mesmo o poder de requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, “... quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária ...”¹⁶⁷⁸. Igualmente sob o pressuposto de que o poder investigatório das infrações penais não é *privativo* da autoridade policial, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, preceitua, no art. 2º, I, II e §1º 3º, que as funções fiscalizatórias do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Imobiliários compreendem “... a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras” e complementa com a imposição de informação ao Ministério Público, quando, no exercício de suas atribuições, “... verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública ou indícios da prática de tais crimes ...” (art. 9º).

A especificidade e circunstâncias técnicas de determinados crimes que exigem, para a sua apuração, conhecimentos específicos, como são os casos dos crimes financeiros, tributários, ambientais e do trabalho, recomendam que, nessas situações, a investigação seja conduzida por pessoas que possuem o devido preparo para lidar com essas matérias. Para se identificar a sonegação fiscal, por exemplo, nem sempre é fácil, pois exige amplo conhecimento da hipótese de incidência do tributo, assim como das técnicas de gestão administrativa que podem ser adotadas a fim de minorar o encargo fiscal. O mesmo se diga em relação às complexas transações financeiras e às muitas formas de agressão à natureza. A caracterização mesma do trabalho escravo requer prévio conhecimento dos direitos trabalhistas e do quê e quanto o empregador pode cobrar, em forma de desconto no salário, ao empregado.

A afirmação de que o poder investigatório é *privativo* da polícia judiciária implicaria fazer com que, em todo e qualquer caso, a despeito de o fato criminoso já ter sido apurado por uma autoridade administrativa, houvesse a necessidade de que fosse instaurado o inquérito policial, ademais de caracterizar burocracia despropositada e incompatível com o Estado moderno, infirmaria a doutrina e a jurisprudência consolidadas em nosso meio, no sentido de que a finalidade do procedimento levado a efeito pela autoridade policial resume-se à apuração da materialidade e de indícios de autoria, de modo que, caso esses elementos já existam, o Ministério Público pode, com base nos elementos que possui, promover a ação penal, independentemente da instauração do inquérito policial.

Se assim não for, se se entender que outros órgãos, aí incluído o Ministério Público, não possuem poderes investigatórios uma vez que a Constituição teria dado essa exclusividade à polícia judiciária, tal teria a consequência de levar à conclusão de que a autoridade policial, sob a regência da nova Constituição, não tem capacidade postulatória para pedir quebra de sigilos telefônico, fiscal e bancário, busca e apreensão e prisões temporária e preventiva perante o Judiciário, até porque, nesse aspecto, o constituinte cuidou de sublinhar que a ação penal pública é privativa do Ministério Público¹⁶⁷⁹.

Como se vê, essa forma de pensar levaria à conclusão de que o inquérito policial se trata de peça indispensável para a propositura da ação penal, o que contraria, outrossim, a doutrina e a jurisprudência uníssonas construídas ao longo do tempo a respeito do tema.

¹⁶⁷⁷ Malgrado a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, não contenha norma expressa, as autoridades administrativas integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha, no desempenho da atividade fiscalizatória, detêm poder investigatório quanto às infrações ambientais. O mesmo se diga em relação aos fiscais do trabalho, notadamente em relação ao trabalho escravo.

¹⁶⁷⁸ O art. 200 do Código Tributário possui a seguinte redação: “As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à eficiência de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção” (Os grifos não constam do original).

¹⁶⁷⁹ Em nosso entendimento, como decorrência lógica da mudança do sistema processual penal do modelo misto para o acusatório, a despeito de previsões contidas no CPP e em leis especiais, a autoridade policial não tem mais capacidade postulatória para solicitar nenhum tipo de medida cautelar. Cf. item 9.3.2, supra.

Por fim, o Parlamento aprovou a Lei nº 12.830, de 2013, apenas para esclarecer que a função de polícia judiciária, conquanto administrativa, possui *natureza jurídica* (art. 2º, caput), ao passo que a Câmara dos Deputados, rejeitou a PEC 37, de 2011, que pretendia alterar o art. 144 da Constituição para deixar escrito, de forma cogente, ser da alçada exclusiva das polícias federal e civis a apuração das infrações penais.

9.3.2.2 – Os poderes investigatórios do Ministério Público.

Vexata quaestio instalou-se quanto a saber se o Ministério Público, na esteira da forma como a Constituição de 1988 tratou da segurança pública, possui o poder de conduzir, ele próprio, a despeito da polícia judiciária, investigações para o fim de ajuizar a ação penal. A questão passa, desde logo, por uma premissa, plantada no tópico anterior: a Constituição não deu à polícia judiciária a *exclusividade/privatividade* para apurar os crimes. Como foi ressaltado, vários órgãos administrativos (Banco Central, Comissão de Valores Imobiliários, autoridade fiscal, órgãos de proteção ao meio ambiente, etc.), em consonância com a legislação infraconstitucional, expressamente, possuem poderes investigatórios quanto aos crimes praticados por meio de atos compreendidos dentro da função fiscalizatória da respectiva autoridade administrativa. Evidenciou-se que, até mesmo, o poder judiciário, que, em um sistema acusatório, de regra, não possui poder investigatório extraprocessual, em caso excepcionalíssimo, qual seja, quando o suspeito da prática da infração é um magistrado, assume a atribuição de apurar a ocorrência do ilícito criminal.

A par disso, a Lei de Organização do Ministério Público federal dispõe que, quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral, a quem incumbirá designar membro do *parquet* para dar prosseguimento à apuração do fato (art. 17 da Lei Complementar nº 75, de 1993)¹⁶⁸⁰. Com isso se quer dizer que basta a suspeita de que o membro do Ministério Público tenha participado do crime, para que o inquérito saia da alçada da autoridade policial e passe para a direção do Ministério Público. Essa norma, assim como aquela referente à direção da apuração de ilícito envolvendo magistrado, tem em mira preservar a independência funcional dos membros do Ministério Público, cuja atividade, não raro, gera confrontos com as autoridades policiais. Caso o *parquet* ficasse passível de apuração criminal conduzida por autoridade policial, ele poderia sofrer uma *pressão silenciosa* nas suas muitas relações funcionais travadas com os agentes da polícia. Justamente para livrá-lo dessa coerção, o legislador passa para a própria instituição ministerial a incumbência de fazer a apuração criminal, quando há suspeita de envolvimento de um de seus integrantes.

Certamente que procede a assertiva de que, nesse caso, essa função anômala do Ministério Público é sobremaneira excepcional, assim como ocorre quando se trata da condução de inquérito no qual se apura a possível participação de magistrado. Todavia, a Lei nº 8.625, de 1993, art. 26, I, “a”, de modo cogente, autoriza o Ministério Público estadual a colher depoimentos ou esclarecimentos e, ainda, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva. No mesmo tom, a Lei Complementar nº 75, de 1993, arts. 7º, I, e 8º, V, confere ao Ministério Público federal a legitimidade para instaurar não só inquérito civil, como outros procedimentos administrativos correlatos, além de realizar inspeções e diligências investigatórias. Observe-se que o art. 26, I, “a”, da Lei nº 8.625, de 1993, dá ao Ministério Público a atribuição de colher depoimentos ou esclarecimentos, enquanto a Lei Complementar nº 75, de 1993, também aplicável ao Ministério Público estadual por força do art. 80 do primeiro diploma legal, diz, textualmente, que o *parquet* pode realizar diligências investigatórias. Observe-se que aqui não se repete a expressão constitucional, contida no art. 129, VIII, primeira parte, que fala apenas em requisitar diligências investigatórias.

Tendo em consideração esses aspectos, o Superior Tribunal de Justiça tem posição consolidada de que o órgão ministerial possui poder para realizar investigações. Porém, a mesma uniformidade e orientação não se enxergava no exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Há tempo a Excelsa Corte vinha sendo chamada a se pronunciar sobre o assunto. No primeiro

¹⁶⁸⁰ Esse comando normativo também se aplica aos Ministérios Públicos dos Estados, pois o art. 80 da Lei nº 8.625, de 1993, afirma que a eles se aplicam, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

registro de que se tem notícia, o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua composição plenária, deparou-se com o debate na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.226-PR, promovida pela Associação dos Delegados de Polícia – ADEPOL, questionando a constitucionalidade de resolução editada pelo Procurador-Geral de Justiça do Paraná, que instituiu, na comarca de Curitiba, promotoria de investigação criminal, com poderes para requisitar exames, documentos e informações de qualquer órgão, repartição ou entidade pública ou privada, bem como a condução coercitiva, pela polícia civil ou militar, de quem, tendo sido notificado para prestar depoimento, deixasse de comparecer injustificadamente.

A liminar, julgada em 11 de outubro de 1995, tendo como relator o Ministro OCTÁVIO GALLOTI, foi indeferida por falta de plausibilidade, porém o mérito da demanda não foi apreciado, uma vez que não se reconheceu a legitimidade da referida associação para ajuizar a ADI. Logo em seguida, entretanto, antes de ser decidido que a ADEPOL não detinha legitimidade para a propositura da ação, a referida associação promoveu outra Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.142/DF),¹⁶⁸¹ com a qual impugnou a constitucionalidade da Lei nº 8.625, de 1993, art. 26, I, e da Lei Complementar nº 75, de 1993, arts. 10, 18, II, “P”, parágrafo único, pelo fato de os referidos dispositivos legais concederem ao Ministério Público poderes para instaurar inquéritos e outras medidas e procedimentos pertinentes. A liminar foi indeferida à unanimidade em 14 de fevereiro de 1996, tendo como relator funcionado o Ministro CARLOS VELLOSO. Porém, mais uma vez, o mérito não foi decidido, posto que não foi reconhecida a legitimidade da associação para o manejo da ADI.

Após essas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nas quais o mérito não foi apreciado, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Segunda Turma, foi chamado para deslindar a matéria, quando do julgamento do HC 77.371/SP¹⁶⁸². Naquela oportunidade, o relator do feito foi o Ministro NELSON JOBIM, tendo Sua Excelência rejeitado a tese de invalidade da apuração extraprocessual conduzida pelo Ministério Público, sob o argumento de que “a Lei Orgânica do Ministério Público faculta a seus membros a prática de atos administrativos de caráter preparatório tendentes a embasar a denúncia.”¹⁶⁸³ Esse julgamento ocorreu em 1º de setembro de 1998, mas, logo em seguida, o mesmo órgão fracionário, no julgamento do RE 205.473/AL, à unanimidade, com voto redigido pelo Ministro CARLOS VELLOSO¹⁶⁸⁴, mudando completamente o pensamento anterior, disse que “... não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal.”

No julgamento do RHC 81.326/DF, foi a vez de o Ministro NELSON JOBIM¹⁶⁸⁵ demonstrar que mudou de orientação, ao assinalar, em passagem da ementa de seu voto:

(...) INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial.

¹⁶⁸¹ Cf. GARCIA, Emerson. *Ministério público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 317. O autor faz menção a vários acórdãos da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, todos confirmando a legitimidade do Ministério Público para realizar investigações.

¹⁶⁸² 1616 Teve a ADI 1.615/DF, relatada pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA, cuja pretensão julgada procedente, porém ali se questionou a circunscrição de o Tribunal de Justiça do Distrito Federal ter determinado que, na hipótese de haver novo pedido de dilação de prazo para a conclusão do inquérito policial, a tramitação deveria dar-se diretamente entre o Ministério Público e o órgão. O pleito foi deferido ao argumento de que o ato normativo impugnado contrariava o disposto no art. 16 do Código de Processo Penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, un. Data da decisão: 12/06/1997. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2005).

¹⁶⁸³ In Revista Trimestral de Jurisprudência n. 167, p. 250. A decisão da Segunda Turma foi unânime, tendo participado da sessão e votado com o relator os Ministros CARLOS VELLOSO, MARCO AURÉLIO e MAURÍCIO CORRÊA, sob a presidência do Ministro NÉRI DA SILVEIRA.

¹⁶⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, Data da decisão: 15/12/1998. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 4 fev. 2005. No mesmo sentido, RHC 23.3072, Segunda Turma, m., Relator p/ acórdão Ministro NELSON JOBIM, j. em 18/05/99.

¹⁶⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. Data da decisão: 06/05/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2005.

Devido a essas decisões, o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, passou a afirmar, peremptoriamente, que o Ministério Público, conquanto tenha a legitimidade para requerer a instauração de inquérito policial e mesmo de requisitar diligências investigatórias, não tem legitimidade para presidir inquérito policial, daí por que a ele é defeso inquirir diretamente pessoas suspeitas da prática de crime.

Entretanto, logo após, com base no último precedente da Segunda Turma do STF supramencionado, questionou-se a validade de apuração feita pelo Ministério Público, voltada para a persecução de crime tipificado no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Como o estatuto em comento, no art. 201, inciso VII, diz competir ao Ministério Público “instaurar sindicâncias... para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude.”, a mesma Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, diante dos seus precedentes no sentido de que o Ministério Público não teria poderes investigatórios, no julgamento do HC 82.855/GO, em voto do Ministro NELSON JOBIM, uma vez mais, mudou o seu pensamento sobre a matéria, para esclarecer que o *parquet* detém, mercê de previsão em lei especial, legitimidade para instaurar sindicância tendente à apuração de crimes previstos no ECA. Os termos da ementa do acórdão, votado à unanimidade pelos membros da Segunda Turma e relatado pelo Ministro NELSON JOBIM¹⁶⁸⁶, em virtude da importância para o esclarecimento do assunto, vão a seguir transcritos:

HABEAS CORPUS. ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). O Ministério Público tem legitimidade para instaurar sindicância para a apuração de crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/90). Além da competência que lhe atribui o ECA, é pacífico o entendimento desta Corte de que o Ministério Público não necessita de inquérito policial para instaurar ação penal. Caso que não se confunde com o RHC 81.326 que tratava de falta de legitimidade do Parquet para presidir ou desenvolver diligências pertinentes ao inquérito policial. A questão relativa à infância e à juventude é regulada por lei especial que tem previsão específica (Lei 8.069/90). Habeas corpus indeferido.

Como se observa, na ementa do acórdão fez-se a distinção entre a legitimidade para apurar, por meio de sindicância, a ocorrência de crimes e a legitimidade para instaurar inquérito. Consoante o acórdão, o Ministério Público detém poder investigatório, desde que o faça mediante sindicância, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente. O que ele não possui – é o que a leitura da ementa permite concluir –, mesmo em se tratando de apuração de infrações às normas de proteção à infância e ao adolescente, é poder para instaurar *inquérito*. Isso é o que está afirmado, com todas as letras, na ementa em destaque. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal, no aresto em foco, expressamente reconheceu que o Ministério Público detém poder investigatório, quando tal estiver previsto em lei, muito embora essa conclusão, em certa medida, contrarie o que ficou assentado no julgamento do RHC 81.326 – mencionado na ementa –, ocorrido anos antes, pois ali se disse que o órgão ministerial não podia, diretamente, inquirir pessoas que fossem apontadas como autoras de ilícito penal, a despeito de assim estar previsto em sua lei orgânica.

Por fim, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal adotou a tese da validade dos poderes investigatórios do Ministério Público, consoante se observa de parte da ementa do julgamento ocorrido no HC 89,837/DF, em acórdão relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO¹⁶⁸⁷, vazada nos seguintes termos:

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. – O poder de investigar

¹⁶⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA), Data da decisão: 30/04/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2005.

¹⁶⁸⁷ Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp? Data da decisão: 20.10.2009. Acesso em 11 dez. 2012.

compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de “*dominus litis*” e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a “*opinio delicti*”, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes.

De qualquer maneira, a matéria ainda não estava pacificada no Supremo Tribunal Federal, pois continuava pendente de apreciação as ADIs n^{os} 4220 e 4271¹⁶⁸⁸, que questionavam a constitucionalidade dos incisos V e IX do artigo 8^o e I e II do artigo 9^o, todos da Lei n^o 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), além do artigo 80 Lei n^o 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e da Resolução n^o 20, de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que conferem ao Ministério Público o poder para realizar inspeções e diligências investigatórias.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, como argumento para não definir a matéria, invocava a inconveniência da definição do assunto no âmbito do Judiciário, porquanto a matéria estava para ser apreciada pelo Parlamento. Esse obstáculo foi superado, pois a Câmara dos Deputados, como já dito aqui, em compasso com a manifestação dos mais diversos segmentos da sociedade civil, em junho de 2013, rejeitou a PEC 37, que pretendia, por linhas transversas, retirar os poderes investigatórios do Ministério Público¹⁶⁸⁹.

Por isso mesmo, em 14 de maio de 2015, entrou na pauta do plenário a continuidade do julgamento do Recurso Extraordinário 593727¹⁶⁹⁰, no regime de repercussão geral, que aguardava voto-vista do Ministro Marco Aurélio. Já tinham votado os Ministros CEZAR PELUSO, na qualidade de relator, e os Ministros GILMAR MENDES, CELSO DE MELLO, AYRES BRITO, JOAQUIM BARBOSA e LUIZ FUX, todos, exceto o primeiro, no sentido de reconhecer a ampla legitimidade do poder investigatório do Ministério Público. No voto-vista, o Ministro MARCO AURÉLIO firmou passo no entendimento de que, embora “O MP, como destinatário das investigações, deve acompanhá-las, exercendo o controle externo da polícia”, ele não possui legitimidade para, por meios próprios, realizar investigações criminais. Os Ministros DIAS TOFOLLI e RICARDO LEWANDOWSKI acompanharam o voto do Ministro CESAR PELUSO, reconhecendo a atuação investigatória do Ministério Público apenas em *hipóteses excepcionais*, enquanto as Ministras ROSA WEBER e CÁRMEM LÚCIA se filiaram à tese dos poderes investigatórios do Ministério Público em maior *extensão*.

De toda sorte, no julgamento, restou esclarecido que os poderes investigatórios do Ministério Público possuem limites, restando assentado o *seguinte*¹⁶⁹¹:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7^o, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

¹⁶⁸⁸ Nesta ADI há parecer da Advocacia Geral da União, assinado pelo hoje Ministro do STF DIAS TOFFOLI, entendendo pela inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

¹⁶⁸⁹ Nas diversas manifestações populares que ocorreram nas principais cidades do país em 2013, dentre os vários assuntos invocados, houve expressa pressão para que o Congresso Nacional vetasse a PEC 37.

¹⁶⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184. Acesso em: 19 mai. 2015.

¹⁶⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184. Acesso em: 19 mai. 2015.

9.3.2.2.1 – Argumentos que confirmam os poderes investigatórios do Ministério Público.

Sem embargo da posição já firmada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, importa registrar que a discussão sobre os poderes investigatórios do Ministério Público envolve questões de ordem jurídica, histórica e, essencialmente, política. Os argumentos com os quais se procura demonstrar que não há a figura do promotor investigador, englobando essas três formas de olhar a questão, podem ser resumidos nas seguintes proposições: (1) a Constituição de 1988, com a redação dos art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º, atribuiu, exclusivamente, à polícia judiciária a missão de apurar as infrações penais; (2) o constituinte, ao invés de permitir que o Ministério Público substituísse a autoridade policial, conferiu-lhe a função de exercer o controle externo (art. 129, VII); (3) a Constituição, quando deu ao Ministério Público poder investigatório, estabeleceu essa função de forma expressa, como fez em relação ao inquérito civil (art. 129, III); (4) quanto ao inquérito policial, o que se conferiu ao parquet foi apenas a possibilidade de requisitar a sua instauração e diligências investigatórias; (5) a legitimidade para a propositura da ação penal não implica, necessariamente, a atribuição de poder investigatório; (6) não há lei dando essa prerrogativa ao Ministério Público; (7) na tradição do Direito brasileiro, historicamente, a apuração dos elementos indispensáveis à promoção da ação penal sempre foi confiada à polícia judiciária, sendo rejeitadas as propostas legislativas com as quais se pretendeu passar, também, essa função para o órgão ministerial; (8) tanto o Ministério Público não detém poder investigatório que há, em tramitação no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda Constitucional nº 197, de 2003, com a finalidade de modificar a redação do art. 129, VIII, para deixar expresso que ele pode *promover investigações*; (9) o monopólio das funções de investigar e de promover a ação penal não é politicamente adequado; (10) o envolvimento do Ministério Público com a investigação preparatória não é pertinente, pois compromete a sua imparcialidade no instante em que, com a valoração das provas obtidas no procedimento, deve avaliar se o caso é para o ajuizamento da ação, ou não; (11) falta de normas regulamentadoras do exercício dessa função por parte do Ministério Público.

Os argumentos apresentados não são fortes o suficiente para infirmar os poderes investigatórios do Ministério Público. Antes de analisar um a um, cabe fazer dois esclarecimentos fundamentais para a devida apreciação da questão. Deve ser lembrado que o que se está defendendo não é que o órgão ministerial tenha, como regra, a atribuição de investigar os crimes, mas sim que essa função seja exercida, de forma supletiva, todas as vezes que se sentir dificuldade por parte da autoridade policial em cumprir, com a devida presteza, a sua missão, seja por deficiências estruturais, seja porque a apuração envolve agentes policiais ou autoridades governamentais ou pessoas influentes. Como o Ministério Público, embora pertença ao Executivo, possui independência funcional, o que quer dizer que os seus membros não estão sujeitos à obediência hierárquica no cumprimento de suas funções, ele tem mais liberdade para atuar na investigação de casos complexos que envolvem pessoas de notória influência administrativa, econômica e política.

O outro esclarecimento prévio é que não se defende que o *parquet* tem legitimidade para presidir ou instaurar inquérito policial. Esse poder, evidentemente, o Ministério Público não possui, simplesmente porque ele não é autoridade *policial*. Por conseguinte, quando se defende que o Ministério Público detém poderes investigatórios para que ele próprio proceda às investigações necessárias, não se está querendo que ele, doravante, substitua, sempre, a autoridade policial na apuração dos crimes, senão que, em casos específicos, quando demonstrada a inconveniência quanto à permanência do assunto sob a batuta da polícia, faça uma atuação supletiva nessa área, mediante procedimento por ele mesmo instaurado e dirigido.

O primeiro argumento com o qual se sustenta a impossibilidade de o Ministério Público proceder a investigações preliminares parte de uma premissa falsa, qual seja, de que a Constituição tenha conferido às polícias federal e civil a *exclusividade/privatividade/monopólio* da atividade investigatória. Esse assunto já foi explorado no item 9.3.2.1, razão pela qual, com o propósito de não repetir o que ali foi dito, recomenda-se a sua releitura.

O segundo, igualmente, também padece do vício de tomar como parâmetro inicial uma premissa que não condiz com a verdade, ao se escorar na afirmação de que a atribuição conferida ao Ministério Público pelo constituinte, em relação à atividade investigatória, foi apenas quanto ao exercício do controle externo dessa atividade policial (art. 129, VII), e não de substituir a autoridade policial. Como foi acentuado, o reconhecimento de poderes investigatórios nas mãos do Ministério

Público não tem o condão de substituir a autoridade policial, mas sim de complementar essa função, especificamente naqueles casos em que a independência para a apuração pela polícia está comprometida. A eventual atuação do Ministério Público na coleta de elementos para a propositura da ação penal não substitui, nem muito menos inibe, a instauração e direção do inquérito pela autoridade policial. Constitui-se uma investigação paralela complementar, cabendo ao órgão ministerial, quando do oferecimento da ação penal, atentar para o conjunto probatório dos dois procedimentos.

O terceiro, ao invés de invalidar a iniciativa do Ministério Público na persecução criminal extraprocessual, por uma questão mesmo de lógica, confirma que a ele é dada essa função. Ao ser atribuída ao parquet a missão de instaurar inquérito civil, o constituinte nada mais fez do que reforçar a ampla possibilidade de o órgão ministerial proceder a investigações, mesmo quando não se trata de assunto referente à justiça criminal. Isso porque, de ordinário, a atuação do Ministério Público se restringe ao ambiente criminal, só excepcionalmente ingressando na seara cível. Por isso mesmo, em relação à área cível, havia necessidade de que fosse feita uma previsão expressa, muito embora a ausência dela na Constituição não importasse na conclusão de que o Ministério Público não pudesse instaurar inquérito civil, pois tal é previsto, em nosso sistema, desde a edição da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 –, quando não havia nenhuma menção no texto constitucional revogado a respeito dessa função¹⁶⁹².

Se o Ministério Público tem poder investigatório, até mesmo, no campo cível, ambiente no qual, só excepcionalmente, atua, o que não dizer na sua própria área de ação, que é a criminal? E mais, dizer que o Ministério Público pode, por meio do inquérito civil, apurar a prática de ilícitos que comprometem o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, mas, de outro lado, afirmar que ele não detém poderes investigatórios para o fim de aparelhar a eventual ação penal a ser ajuizada, representa incongruência que agride a racionalidade. Ora, não raro – e nos casos de improbidade tem-se mesmo como regra –, nos inquéritos civis, são apurados comportamentos que representam não apenas ilícitos cíveis como igualmente os de ordem criminal, de modo que é mais comum do que se imagina a propositura de ações criminais com suporte em elementos probatórios colhidos no interior de inquéritos civis¹⁶⁹³. Seria um contrassenso dizer que a prova colhida no inquérito civil é válida para o ajuizamento da ação civil coletiva, mas não o é para subsidiar o ajuizamento de ação penal.

Irracionalidade maior se apresenta afirmar que, diante da falta de poderes investigatórios criminais ao Ministério Público, a prova apurada no inquérito civil, para ser idônea quanto à ação penal, deve passar pelo crivo da autoridade policial. No mínimo, seria o caso de fazer a distinção consignada no julgamento do HC 82.855/GO, no qual a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, em compasso com o voto do Relator, Ministro NELSON JOBIM, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente atribuiu ao Ministério Público a missão de apurar, por meio de sindicância, os crimes previstos naquele diploma legal, firmou o entendimento de que o que se veda ao *parquet* é a instauração de inquérito policial, mas não a instauração de sindicância, ainda que o seja com o fim de investigar crimes. Utilizando o mesmo raciocínio, seria o caso de concluir – na pior das hipóteses – que o Ministério Público, assim como ocorre na sindicância, pode, por meio

¹⁶⁹² A previsão expressa constitucional veio para consagrar a possibilidade de o Ministério Público valer-se do Inquérito Civil. Nesse sentido, cabe destaque a manifestação de ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO, na qualidade de Presidente da Associação Paulista do Ministério Público e Secretário – Geral da Confederação Nacional do Ministério Público durante sua participação na Assembleia Nacional Constituinte, especificamente na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público: “É necessário, também, que a Constituição preveja a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal pública; a intervenção nos processos judiciais, em que haja interesse público; que consagre, de vez, a iniciativa do Ministério Público para promover o inquérito civil; que traga, no seu bojo, a previsão da ação civil pública, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em: 13 mar. 2013).

¹⁶⁹³ Atento para essa questão, EMERSON GARCIA adverte que “Especificamente em relação às infrações penais perpetradas por agentes públicos no exercício da função, não raras vezes tem-se a simultânea prática de ato de improbidade, conforme disciplina instituída pela Lei nº 8.429/92. Nesse caso, inexistente óbice a que as provas colhidas no inquérito civil instaurado para apurar a prática do ato de improbidade venham a ser utilizadas para instruir a ação penal. Muda-se o designativo, mas a essência continua a mesma: o Ministério Público, resistências à parte, continuará apurando a prática de atos ilícitos” (Op. cit., p. 319-320).

de inquérito civil, pelo menos apurar a prática de crimes praticados contra o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

O quarto argumento não resiste a uma maior análise. É inconcebível que o Ministério Público, especialmente nos casos mais delicados, fique inerte enquanto a autoridade policial cuida de empenhar-se à procura dos elementos probatórios que vão servir para que o órgão ministerial tenha conhecimento das circunstâncias do crime e de quem é o seu autor. Ademais, requisitar diligências é próprio de quem pode investigar. Se a afirmação é de que o Ministério Público somente pode requisitar as diligências, mas não propriamente realizá-las, seria o mesmo que impedir o parquet de visitar o local do ilícito ou mesmo de falar com o suspeito ou indiciado, a fim de esclarecer alguma dúvida remanescente que lhe inquieta a mente. Há determinados atos investigatórios em que, diante da peculiaridade da situação, tudo recomenda ao próprio Ministério Público deslocamento para realizar a diligência, o que sempre foi feito, especialmente nos casos de homicídio, no pertinente a inspeções no local do crime.

O quinto desmorona com os fundamentos feitos acima. Mas releva acrescentar que a persecução criminal é uma só, dividida, porém, em duas funções, uma investigatória e extraprocessual e outra postulatória e processual. Sendo a primeira preparatória da segunda, parece evidente que esta não pode ficar à mercê da outra, até como forma de preservar a sua independência e eficiência. Até porque, nos casos mais complexos, os atos investigatórios iniciais, notadamente em relação às provas que, com o passar do tempo, não podem ser efetivamente repetidas, é imperioso que o Ministério Público acompanhe a investigação e, caso não concorde ou desconfie da forma como ela está sendo conduzida, ele próprio faça uma apuração paralela. Se não lhe for reconhecido o poder de assim agir, a função ministerial do *parquet* quanto ao ajuizamento da ação criminal estará, irremediavelmente, em muitos casos, severamente comprometida¹⁶⁹⁴.

O sexto padece de vício quanto à análise da legislação infraconstitucional. A Lei Complementar nº 75, de 1993, no art. 8º, V – também aplicável ao Ministério Público estadual ex vi do art. 80 da Lei nº 8.625, de 1993 – confere ao Ministério Público o poder de *realizar inspeções e diligências investigatórias*. Observe-se que não é o poder de requisitar, mas sim de *realizar inspeções e diligências investigatórias*. Sem embargo de lhe ser atribuído poder investigatório para todos os casos em geral, o mesmo diploma normativo, no parágrafo único do art. 17, dá ao órgão ministerial a incumbência de assumir a investigação conduzida pela autoridade policial, toda vez que houver indício de que o crime tenha sido praticado por um de seus membros.

Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 201, VII, confere ao *parquet* a apuração, via sindicância, das infrações criminais previstas naquele estatuto. Por fim, a Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 8º, § 1º, impõe ao Ministério Público a apuração das ações ilícitas praticadas contra o meio ambiente, o consumidor, a ordem urbanística, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo e a ordem econômica, rol acrescentado pela Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, para incluir, também, os ilícitos verificados em operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários; de compra ou venda de valores mobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado, ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas; de omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa (art. 1º, incisos I, II e III). O Estatuto do Idoso, no art. 74, inciso VI, de forma expressa, insere dentre as atribuições do Ministério Público instaurar sindicâncias, requisitar diligências

¹⁶⁹⁴ Para não se alongar muito em justificativas, lembre-se o que aconteceu no caso da morte de Paulo César Farias, mais conhecido como *PC Farias*. Nos atos preparatórios, uma sucessão de erros na investigação inviabilizou e comprometeu, de forma substancial, a atuação do Ministério Público. Naquele caso, a falta de preservação da cena do crime – no dia seguinte ao crime, o quarto foi lavado e a cama e o colchão em que se encontravam os corpos de *PC Farias* e de sua namorada foram queimados – e a falta de medidas simples, como medir o tamanho dos corpos, além de outras falhas, impediram que o assunto fosse esclarecido, permanecendo, até hoje, a dúvida na sociedade brasileira quanto ao que ali efetivamente ocorreu, o que só alimenta a suspeita de queima de arquivo.

investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso.

O sétimo e o oitavo argumentos se complementam, porém não convencem. Não se quer modificar a tradição do Direito brasileiro, mas, sim, mantê-la, a partir mesmo da inteligência extraída do parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, segundo a qual não é privativa da autoridade policial a apuração das infrações criminais. Esta permanece como órgão que detém, de regra, a competência para instaurar e presidir os inquéritos policiais, porém essa função não inibe que órgãos administrativos civis, em relação aos crimes cometidos no desempenho de atividades inseridas no campo de fiscalização dos agentes públicos, procedam à devida apuração, nem muito menos que o Ministério Público tenha uma atuação complementar nessa área. Ao longo dos tempos, de modo formal ou informal – mais informal do que formal, diga-se –, o Ministério Público sempre conduziu investigações paralelas. Depois da Constituição de 1988, com a sua melhor organização, o Ministério Público se ocupou de formalizar essa atuação, mediante a criação de estrutura administrativa para esse fim, o que deu *visibilidade e eficiência* ao que antes era desalinhado e não tinha melhor resultado prático. Ademais, a cultura jurídica brasileira, fomentada pela doutrina e jurisprudência nacionais, sempre sinalizou que o inquérito policial se constitui apenas de uma peça informativa, plenamente dispensável, quando o Ministério Público, de outro modo, possui os elementos necessários para a propositura da ação penal.

O nono, além de partir de premissa que não condiz com a realidade, repudia, por um lado, o monopólio de toda a atividade de persecução criminal por parte do Ministério Público, porém, por outro lado, defende para a polícia judiciária o monopólio da instauração e direção de toda a atividade investigatória. De primeiro, registre-se que o reconhecimento de poderes investigatórios ao Ministério Público não tem o condão de dar-lhe o monopólio da investigação e promoção da ação penal, pelo simples motivo de que, com isso, não se quer atribuir, doravante, essa função para o órgão ministerial. A imiscuição do Ministério Público nessa área é *complementar* e somente deve ocorrer nos casos em que se nota dificuldade ou deficiência na condução da investigação pela polícia, o que, geralmente, se nota ocorrer em casos mais complexos e delicados. Por outro lado, com esse argumento aqui questionado, a corrente que defende a ilegitimidade do Ministério Público para promover a apuração de infrações protege, por linhas transversas, o monopólio dessa atividade por parte da polícia, o que é convenhamos – aí, sim, politicamente indesejável, especialmente em se tratando de um Estado democrático-constitucional.

O décimo argumento não possui melhor sorte. O Ministério Público, diferentemente do juiz, é *parte* na relação processual penal, daí por que a sua eventual participação na fase preparatória à ação penal não compromete a imparcialidade que lhe é inerente. Para ele, o princípio da imparcialidade incide como forma de evitar que o *parquet*, por motivos alheios a sua missão funcional, atue em caso no qual possui interesse na absolvição ou condenação de quem é suspeito, indiciado ou acusado. De mais a mais, nos dias de hoje, em um sistema criminal democrático, no qual se defende o direito de a pessoa se defender antes mesmo do ajuizamento da ação, é de imprescindível importância que se dê a ela a oportunidade de ser ouvida pelo membro ministerial encarregado de fazer a valoração quanto ao ajuizamento, ou não, da ação penal.

A experiência forense mostra que, em muitos casos, se o Ministério Público tivesse tido contato direto com o acusado e escutado a versão deste sobre a sua eventual participação no crime, a denúncia não seria oferecida. Se o grandioso efeito da Escola Positiva foi trazer o acusado para o processo criminal no desiderato de que ele fosse conhecido pelo juiz, o novo movimento que se impõe é que o Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, tenha a oportunidade de conhecer o rosto e a voz da pessoa contra quem ele, muito provavelmente, irá fazer a imputação criminosa. Ao invés de ser um malefício, a maior participação do Ministério Público nos atos investigatórios irá dar-lhe não só a possibilidade de conhecer os fatos além da pálida imagem que é desenhada nos autos do inquérito por meio de palavras e mesmo desenhos e fotografias, como também de ver, ao vivo e em cores, o principal ator do drama criminal, que é a pessoa apontada como a autora do crime¹⁶⁹⁵.

¹⁶⁹⁵ Sobre ser importante a prévia audiência do indiciado pelo Ministério Público antes do oferecimento da denúncia, diante da consideração de que o direito ao silêncio, com a Constituição de 1988, está inserido no núcleo do princípio da ampla defesa, tem-se que é direito do acusado ser ouvido por quem é o titular da ação penal (Cf. item 9.5.2.4., infra).

O décimo primeiro, por fim, é o mais singelo, porque simplesmente o regramento da atividade investigatória da autoridade policial está no Código de Processo Penal. As normas contempladas do art. 4º ao 23 do CPP são aplicáveis, naturalmente, ao Ministério Público, quando este resolver realizar a apuração do fato criminoso. Conquanto a normatização dessa atividade pelo Ministério Público seja importante, a ausência não se apresenta como óbice para que seja reconhecida a sua legitimidade à prática de atos investigatórios. Atos normativos internos podem estabelecer regras pertinentes para definir a competência de cada órgão ministerial e formas procedimentais específicas.

Não merece censura, portanto, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos poderes investigatórios do Ministério Público. De todo modo, também na atividade preparatória do ajuizamento da ação penal, deve ser preservado o princípio do promotor natural, a fim de evitar que o *parquet* selecione, conforme o seu maior ou menor interesse em relação a um determinado assunto, os casos que ele quer investigar e, igualmente, que ele investigue assunto que é da atribuição de outro órgão. É imprescindível que o fato a ser examinado seja precedido de distribuição efetivada por critério objetivo.

9.3.2.2.2 – Poderes investigatórios do Ministério Público no Direito Comparado.

No exame do Direito comparado, percebe-se que a tendência mundial é atribuir-se ao Ministério Público, a par da função para o ajuizamento da ação penal, legitimidade para levar adiante a investigação dos crimes. Isso ocorre nas duas grandes famílias do Direito, a saber, no *common law* e no *civil law*. Na primeira família, os dois países paradigmas desse tipo de sistema jurídico, os Estados Unidos e a Inglaterra, conquanto, praticamente, restrinjam a atuação do Ministério Público apenas à esfera criminal, contemplam o referido órgão com mais ampla atribuição investigatória. Na Inglaterra, o *Crown Prosecution Service* tem como função não apenas ajuizar a ação criminal, como igualmente acompanhar a investigação criminal realizada pelas polícias e mesmo cuidar dos problemas jurídicos verificados na fase investigatória¹⁶⁹⁶.

Ainda assim, JOSÉ EDUARDO SABO PAES¹⁶⁹⁷ adverte que, de acordo com a *Prosecution of Offences Act 1985*, art. 3º, o Ministério Público pode instaurar e conduzir o procedimento penal nos casos em que a importância ou dificuldade assim recomende ou assumir a direção dos procedimentos penais instaurados pela polícia nos casos em que específica. No ordenamento jurídico americano, a desenvoltura do *parquet* na condução dos atos preparatórios à ação penal é tão ampla que se lhe reconhece o poder de manter o sigilo do nome das testemunhas e, até mesmo, de negociar diretamente com a defesa, sem a intermediação do magistrado, o reconhecimento da culpa do agente¹⁶⁹⁸.

No *civil law*, conquanto, no início, a participação do Ministério Público nos atos investigatórios não fosse expressamente prevista, ao longo do tempo, por influência mesmo do sistema do *common law*, paulatinamente o *parquet* foi sendo contemplado com iniciativas nessa área. Na Alemanha, por obra da reforma de 1974, no lugar do juízo de instrução, foram conferidos poderes investigatórios ao Ministério Público¹⁶⁹⁹. Em Portugal, o Código de Processo Penal, de forma expressa, expõe que a referida instituição, assistida pelos órgãos da polícia criminal, ocupa-se da direção do inquérito, sendo da sua alçada dar a orientação dos atos investigatórios (art. 263º, nº 1 e 2). Na Itália, o Código de Processo Penal prevê uma instrução preliminar, que precede a fase instrutória, a qual é dirigida pela autoridade policial ou conduzida pelo próprio Ministério Público¹⁷⁰⁰. A Espanha e a França, como informam KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR¹⁷⁰¹, seguindo as influências do sistema do *common law*, estão realizando mudanças gradativas no mesmo sentido,

¹⁶⁹⁶ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério público brasileiro e o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 51

¹⁶⁹⁷ *O ministério público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 117.

¹⁶⁹⁸ SAUWEN FILHO. Op. cit., p. 52.

¹⁶⁹⁹ AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2000. p. 22.

¹⁷⁰⁰ BUONO, Carlos Eduardo Athayde. *A reforma processual penal italiana: reflexos no brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 30.

¹⁷⁰¹ Op. cit., p. 22.

no desiderato de colocar o Ministério Público como diretor da investigação, a fim de que possa, quando assim achar mais conveniente, ele mesmo realizar as diligências ou determinar que elas sejam levadas a efeito pela autoridade policial.

A evidenciar essa tendência mundial quanto à atribuição de maior participação e mesmo direção dos atos investigatórios pelo Ministério Público, o projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, trabalho apresentado à comunidade científica em outubro de 2000, na cidade do Chile, com a participação de vários pesquisadores latino-americanos e europeus, no art. 74, *caput*, diz que a polícia executará sua tarefa sob a superintendência direta do órgão do Ministério Público, sendo incumbência deste supervisionar o correto cumprimento dessa tarefa pela polícia, podendo expedir, para esse fim, instruções gerais¹⁷⁰². No propósito de tornar evidentes os poderes investigatórios do Ministério Público, o art. 250 do projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América acrescenta que o órgão ministerial “... deverá praticar todas as diligências pertinentes e úteis para determinar a existência do fato”, com todas as circunstâncias de importância para a aplicação da lei penal e o esclarecimento dos autores da infração, procurando identificá-los e conhecer as circunstâncias pessoais que sirvam para valorar sua responsabilidade.

Por conseguinte, a outorga de poderes investigatórios ao Ministério Público é uma tendência mundial, uma vez que representa o avanço do processo criminal democrático, no qual o órgão ministerial assume posição mais ativa ainda na fase preparatória, como medida necessária para que o agir do *parquet* seja mais próximo da realidade dos fatos, uma vez que essa proximidade o torna mais eficiente não apenas quanto à formação de seu juízo pela propositura da ação criminal como para deixar de propô-la. É mais razoável que assim seja, até porque, como o Ministério Público é o titular do direito de ação, nada mais natural que ele mesmo possa, quando tal for conveniente, sair em busca das provas, ademais de ser mais adequado que tanto a polícia quanto o órgão ministerial tenham poderes investigatórios, pois isso, à toda evidência, mais contribui do que atrapalha para o esclarecimento da verdade, ainda mais diante de nossa realidade em que há uma cifra negra à margem de apuração e um sem-número de inquéritos nos quais as investigações são deficientes, muitas vezes comprometendo, decisivamente, a sorte dos processos judiciais¹⁷⁰³.

Como se vê, está em compasso com o Direito Comparado a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento em regime de repercussão geral do RE 593727, no sentido de que o Ministério Público possui poderes investigatórios¹⁷⁰⁴.

9.3.2.3 – Princípio acusatório e vedação do juízo de instrução.

A Constituição, ao organizar e cuidar de definir as atribuições do Ministério Público, insere como principal função deste a titularidade da ação penal de iniciativa pública. Dessa maneira, exige-se, para a instauração do processo, que o órgão legitimado proponha a ação, não se admitindo, por conseguinte, o seu início de ofício. Isso faz com que vigore, em nosso ordenamento jurídico, o princípio (sistema) acusatório que, para a doutrina, implica a inércia da atividade jurisdicional, na ampla defesa e no contraditório, no tratamento igualitário das partes e na concepção de um processo que compreende a composição de uma lide. Ou seja, o princípio acusatório carrega embutidos vários outros princípios que impõem o desenvolvimento de uma relação processual mais democrática, na qual se rendem homenagens aos direitos fundamentais do acusado, o que não ocorre nos sistemas inquisitivo e misto.

Como consequência do princípio acusatório, com a finalidade de preservar a imparcialidade do juiz e garantir o tratamento isonômico, veda-se ao Poder Judiciário o desempenho de atividade investigatória na fase pré-processual, só devendo ser chamado, nessa fase, para resolver sobre a adoção de medidas ou a produção de provas que sejam limitadas por lei ou pela Constituição. Por isso mesmo, o magistrado não pode dirigir a atividade investigatória nem dela participar em

¹⁷⁰² Op. cit., p. 11.

¹⁷⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184. Acesso em: 19 mai. 2015.

¹⁷⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184. Acesso em: 19 mai. 2015.

substituição à autoridade policial ou ao Ministério Público. Ele deve atuar como terceiro, no desiderato de controlar essa atividade investigatória, daí por que, em obséquio ao sistema acusatório, o juiz não pode participar, mesmo que a pretexto de *autorizar e legitimar* a ação policial em locais garantidos pela inviolabilidade do domicílio, das diligências investigatórias¹⁷⁰⁵. A própria forma como é organizada a magistratura na Constituição demonstra que ao juiz não é dado exercer a função investigatória, até porque esta, como aqui já foi salientado, é uma das expressões do dever-poder de punir do Estado-Executivo, que se traduz em uma atividade preparatória à ação penal.

O sistema acusatório, que é a materialização da separação das funções de *acusar e julgar*, não se coaduna com a hipótese de se outorgar à magistratura o exercício de função destinada a preparar a elaboração da peça acusatória a ser apreciada pelo juiz. Não se mostra razoável que o juiz colabore com o Ministério Público na coleta dos elementos indispensáveis para que este ofereça a ação penal que vai, a final, ser julgada pelo próprio poder judiciário.

O problema mais evidente quanto à participação do juiz na atividade investigatória diz respeito à imparcialidade que se exige da autoridade a quem é atribuída a missão de analisar, caso a caso, as hipóteses que podem ensejar a quebra de uma garantia constitucional¹⁷⁰⁶. Já foi salientado no item 7.2.3.2.2, que o juiz, ao ter participação na atividade preparatória ao ajuizamento da ação, desequilibra as posições entre autor e réu, ostentadas na futura relação do processo penal, pois o magistrado irá julgar sobre um fato que ele mesmo investigou. Não se pense que o problema seria resolvido facilmente com a conscientização do juiz quanto à necessidade de que ele separasse mentalmente as suas duas funções. Estudos de psicologia judiciária demonstram que o juiz – mesmo que inconscientemente – vincula-se ao que foi descoberto com as investigações feitas por ele, o que compromete a sua isenção na avaliação das provas pertinentes à elucidação do caso.

O pior é que, consoante exposição de AFRANIO SILVA JARDIM, a experiência brasileira do sistema inquisitivo é sobremaneira nefasta, porquanto, quando existia, o princípio da imparcialidade não tinha a menor eficácia, porquanto, além de o juiz partir de um convencimento formado antes do início da querela, quando da instauração da relação processual, ele procurava, nas provas coligidas durante o processo, a comprovação do que havia sido coligido na fase anterior¹⁷⁰⁷.

A tese aqui defendida foi sufragada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1570/DF, ao apontar vício de inconstitucionalidade no art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, diante da circunstância de a norma atribuir ao juiz a função de participar da diligência de coleta de provas, o que, no sentir da Suprema Corte, vulnera o *princípio da imparcialidade* do juiz. O referido julgado, que aqui já foi mencionado no item 7.2.3.2.2, partiu da ideia de que arranha a cláusula do devido processo legal o fato de o juiz colher provas que servirão, mais tarde, como *fundamento fático-jurídico de sua própria decisão*¹⁷⁰⁸. Na passagem de seu voto, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, com apoio em precedente do Superior Tribunal de Justiça, com inteira procedência, alertou que, em decorrência mesmo de sua condição humana, o juiz, tendo realizado pessoalmente as diligências investigatórias, contamina a imparcialidade com que deve atuar no processo, daí por que essa atribuição, em decorrência do princípio acusatório, além de ser vedada, é desaconselhada¹⁷⁰⁹.

Em alguns países, com a clara preocupação de obviar a quebra da imparcialidade decorrente do juízo de instrução, exemplo da França e da Argentina, o juiz que aprecia o processo para fins de julgamento é diferente daquele que intervém na atividade investigatória. No entanto, a circunstância de o *juiz julgador* ser diferente do *juiz preparador (investigador)* pode, é verdade, resolver ou minorar o impacto que tal atribuição representa à imparcialidade imprescindível de quem tem a missão de julgar o processo, porém não contorna a incongruência política e sistêmica que isso representa. Ademais, em nosso meio, o Ministério Público tem toda a possibilidade de assumir essa função, o que é bem mais recomendável.

Pela coerência de nosso sistema, não se admite esse tipo de atividade investigatória com a participação do juiz, porquanto isso não se coaduna com o princípio acusatório instaurado no nosso

¹⁷⁰⁵ Cf. item 7.2.3.2.1, supra.

¹⁷⁰⁶ Cf. item 7.2.3.2.2, supra.

¹⁷⁰⁷ Op. cit., p. 86.

¹⁷⁰⁸ No item 7.2.3.2.2, supra, consta a transcrição da ementa do acórdão redigido pelo Ministro MAURÍCIO CORRÊA e mais comentários a seu respeito.

¹⁷⁰⁹ Ibid.

ordenamento jurídico após a Constituição ora em vigor¹⁷¹⁰. No instante em que a Constituição atual, expressamente, outorgou ao Ministério Público o monopólio na promoção da ação penal pública, não se mostra mais possível a existência de processo criminal sem que tenha havido provocação pela parte legitimada para a propositura da ação, sendo que esta, em alguns casos, pode partir até da autoridade policial, como são os casos de pedido de prisão preventiva, invasão de domicílio e quebra de sigilo em geral, além de outras hipóteses mais.

Com isso, se quer dizer que a jurisdição, no contexto do sistema acusatório, somente é exercida por meio do processo, de modo que o magistrado não pode deixar a posição de inércia antes do oferecimento da ação penal, para se transformar em agente investigador, saindo à procura de coleta das provas necessárias para que o Ministério Público ofereça a denúncia. A iniciativa que se reserva ao juiz contém-se nos limites do poder geral de cautela, decorrente da verdade processual que norteia o processo criminal. Claramente o legislador constitucional se inclinou em assegurar um processo criminal de partes, atribuindo ao autor e ao acusado igualdade no processo e estabelecendo, no art. 144, às polícias civil e federal as funções de polícia judiciária. Ainda assim, o constituinte, no art. 129, inciso VIII, atribuiu ao Ministério Público o poder não só para requisitar a instauração de inquérito policial, mas também de ele mesmo se debruçar na apuração de fatos tidos como ilícitos, com a requisição de diligências investigatórias. Percebe-se, portanto, que, constitucionalmente, o poder investigatório está reservado à polícia judiciária e ao Ministério Público, não se cogitando da participação do juiz na fase pré-processual.

Sendo o nosso sistema o acusatório, não se há de olvidar que ao juiz não é lícito conferir a função de coletar, pessoalmente, em momento anterior ao processo, provas que são do interesse do Ministério Público. A coleta de provas, antes da instauração do processo judicial, decorre da legitimidade para o exercício da persecução criminal que, no nosso sistema, é confiado; de regra, na fase pré-processual, à polícia judiciária e, na processual, ao Ministério Público.

Não se pode deixar de ter em mente que se o dever-poder de punir pertence ao Estado, ele é uma função ínsita ao Poder Executivo, que a executa por meio da polícia judiciária e do Ministério Público, mas que só pode ser materializado mediante o devido processo legal, depois de reconhecido esse direito em decisão proferida do Poder Judiciário, a quem competirá controlar esse dever-poder de punir do Estado-administração. Esse entendimento que defendemos no artigo *Crime organizado*: a nova lei, foi sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1570 tendo o Ministro MAURÍCIO CORRÊA asseverado, ao transcrever o entendimento ali exposto, “... que o art. 3º da Lei nº 9.034 /95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República.”¹⁷¹¹

A despeito desse entendimento do STF, no caso conhecido como Operação Navalha, a Ministra ELIANA CALMON do STJ, devido ao foro por prerrogativa de função, assumiu a direção do próprio inquérito policial. Dessa forma, houve, no caso, afronta ao princípio acusatório. Ora, a prerrogativa de função diz respeito ao processo, não ao inquérito. Esse fato, porém, não tem o condão de acarretar nulidade, pois as irregularidades do inquérito não contaminam o processo. De qualquer sorte, a Ministra Eliana Calmon, devido a sua participação no inquérito como autoridade investigadora, não se há de duvidar, está impedida de funcionar no respectivo processo.

Essa linha de pensamento, aliás já tinha sido acentuado, faz algum tempo, pelo STF, no julgamento do RHC 84.903 RN, ao asseverar que “A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária”¹⁷¹², até porque “A

¹⁷¹⁰ 7.2.3.2.3, supra.

¹⁷¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBTERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Classe: ADI – Processo: 1.570, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 12/02/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 4 fev. 2005.

¹⁷¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, I. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL: EXCEÇÃO ATINENTE À MAGISTRATURA (LOMAN, ART. 33, PARÁG. ÚNICO); DISCUSSÃO QUE, NO CASO, RECEBIDA A DENÚNCIA POR DECISÃO DEFINITIVA, É DESNECESSÁRIO APROFUNDAR, POIS SE

remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste ‘autoridade investigadora’, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações.” A exceção a essa regra ocorre nos casos em que a imputação criminosa é apontada para juiz ou membro do Ministério Público.

Mesmo assim, na operação *Hurricane*, devido à existência de envolvido com direito a prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, o próprio inquérito foi dirigido pelo Ministro CESZAR PELUSO. Isso porque o Supremo Tribunal, na apreciação da questão de ordem suscitada no Inq 2411/MT, em decisão do Pleno, tendo como Relator o Ministro GILMAR MENDES, por maioria, deixou assentado que, diferentemente da regra geral, quando se trata de pessoa com prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, tanto o processo quanto o inquérito há de tramitar perante a Suprema Corte. Pela relevância da matéria, a ementa do acórdão merece transcrição em sua inteireza¹⁷¹³:

EMENTA: Questão de Ordem em Inquérito. 1. Trata-se de questão de ordem suscitada pela defesa de Senador da República, em sede de inquérito originário promovido pelo Ministério Público Federal (MPF), para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) defina a legitimidade, ou não, da instauração do inquérito e do indiciamento realizado diretamente pela Polícia Federal (PF). 2. Apuração do envolvimento do parlamentar quanto à ocorrência das supostas práticas delituosas sob investigação na denominada “Operação Sanguessuga”. 3. Antes da intimação para prestar depoimento sobre os fatos objeto deste inquérito, o Senador foi previamente indiciado por ato da autoridade policial encarregada do cumprimento da diligência. 4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente “notitia criminis”, diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ no 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, DJ 27.10.1983; INQ (AgR) no 1.793/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, DJ 14.6.2002; PET – AgR – ED no 1.104/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 23.5.2003; PET no 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 1º.8.2003; PET (AgR) no 2.805/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ 27.2.2004; PET no 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 23.11.2004; INQ no 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 13.3.2006 e PET (AgR) no 2.998/MG, 2ª Turma, unânime, DJ 6.11.2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado.

Seja como for, o Supremo Tribunal Federal, na apreciação do HC nº 92.893, relatado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKY¹⁷¹⁴, em decisão unânime do Pleno, salientou que mesmo no

IRREGULARIDADES OCORRERAM NO INQUÉRITO, NÃO CONTAMINARAM A AÇÃO PENAL: PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. Relator Ministro SEPÚLVIDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, um. Data da Decisão 16/11/2004. Disponível em: Acesso em 4 de jun. de 2007.

¹⁷¹³ Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Data da decisão: Acesso em: 14 jan. 2013.

¹⁷¹⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo>. Data da decisão: 02/10/2008. Acesso em: 14 jan 2013. Na parte que interessa, a ementa do julgado está assim redigida: “I – As hipóteses de impedimento elencadas no art.

caso de processos penais originários, perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, a atribuição conferida ao relator, nos respectivos regimentos internos, não se distingue daquela inerente aos juízes singulares, de modo que o relator, pela circunstância de presidir a instrução, não se torna impedido para funcionar no processo, até porque o julgamento é realizado pelo órgão colegiado competente de acordo com a regra constitucional.

Sublinhe-se, por fim, que, conforme realçado, no desiderato de consolidar, em nosso meio, a cultura do sistema acusatório e, ademais, alinhar o nosso sistema às diretrizes do processo penal moderno, o projeto de novo Código de Processo Penal está propondo a criação da figura do *juiz das garantias*, de modo a afastar, de uma vez por todas do processo principal, o magistrado que tenha atuado na fase pré-processual, no sentido de apreciar e decidir sobre o requerimento de diligências formuladas no interesse da pretensão acusatória¹⁷¹⁵.

9.3.2.4 – Atuação do juiz na fase da investigação no modelo do Código de Processo Penal de 1941.

Consoante salientado linhas acima o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, foi pensado como um *instrumento de força* a ser manejado pelo Estado para *combater* a criminalidade, concebendo o ambiente processual como uma arena, na qual é travada verdadeira *guerra* entre o *bem* e o *mal*.

A sua eficiência não estava na proteção dos direitos da pessoa investigada ou acusada, mas, sim, em conseguir a punição. O escopo do processo passou a ser descobrir a *verdade*, a chamada *verdade real* – algo que ontologicamente não existe e, ainda que possível fosse, o fim principal do processo não deve ser esse¹⁷¹⁶. Nesse desenho, o que importa para o processo, e especialmente para o juiz, o responsável em *combater o crime*, é descortinar a verdade, sendo irrelevante o meio empregado: *os fins justificam os meios*. Em outras palavras, é o *vale tudo processual*, no desiderato de conseguir a punição.

Tendo em conta essa perspectiva, a doutrina e a jurisprudência nacionais eram complacentes quanto à forma empregada para a produção das provas, privilegiando-se o *descobrimto da verdade*, sem embargo da aplicação do princípio da proporcionalidade e da necessidade da demonstração do prejuízo, mesmo nos casos de nulidade absoluta, a fim de escoimar o vício contido no ato processual, sendo mantida até hoje essa tendência jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça¹⁷¹⁷.

Essa intenção política embutida no CPP descaracterizou a figura do juiz, na medida em que o fez assumir uma atuação proativa no processo e mesmo na fase pré-processual, ao tempo em que o Ministério Público não foi concebido como parte e o acusado – assim como o ofendido, diga-se –, foi tratado como *mera prova*, isto é, *uma coisa*, não como sujeito de direitos na relação processual. O acusado passou a interessar ao processo tanto quanto ele valia como *prova*, não como *parte* a quem deve ser assegurada a ampla defesa e tem interesse legítimo a ser defendido no feito, como algo inerente à condição humana.

Àquela época, já se bradava contra os excessos praticados pelas autoridades policiais na condução dos inquéritos, que não se submetia ao *controle judicial*. Para obviar o problema, muitos países da Europa Continental começaram a adotar o chamado *juízo de instrução*, atribuindo a um juiz a missão de fazer a investigação pré-processual. Com o passar do tempo, o juiz foi dando lugar ao Ministério Público quanto ao desempenho da atividade investigatória, passando a assumir uma posição de controle quanto aos excessos.

252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II – Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III – Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV – O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”.

¹⁷¹⁵ Cf. item 1.4.6, supra.

¹⁷¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. I, 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 564.

¹⁷¹⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 464.

Esse modelo, no entanto, foi rechaçado na feitura do CPP de 1941, conforme consta na sua exposição de motivos, preferindo-se, portanto, em nosso meio, a conservação do inquérito policial *descontrolado*, ao argumento de que as dimensões continentais do território nacional com a existência de remotos distritos das comarcas do interior, exigiria do juiz o dom da ubiquidade, não se compreendendo como ele pudesse “... presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando... com os meios de condução ainda praticados... vários dias de viagem”¹⁷¹⁸.

O viés inquisitivo do processo penal, com preocupação voltada para angariar os elementos para a aplicação da sanção, restou realçado na fase pré-processual, exercendo a autoridade policial autonomia alargada para proceder as investigações, *sem controle judicial*, ademais de contar com o *auxílio incondicional do juiz*, na condução da investigação. A missão do juiz não era *controlar* a investigação, mas, sim, *auxiliá-la*.

Com efeito, a atuação do magistrado nesse momento da persecução criminal foi estimulada apenas no sentido de contribuir com a investigação, sendo-lhe conferida a tarefa de *requisitar* a instauração do inquérito policial, ou seja, determinar que a polícia apure o fato criminoso (art. 5º, II, primeira parte, do CPP); decidir sobre a dilação do prazo de encerramento da investigação (art. 10, § 3º, do CPP); interferir nos rumos da investigação, podendo decidir, pela realização de diligências que entender pertinentes (art. 13, II, do CPP); receber a representação do ofendido autorizando a investigação em crime de ação penal pública condicionada (art. 39, caput e § 4º, do CPP); decretar o sequestro (art. 127 do CPP); determinar, de ofício, a produção de prova (art. 156 do CPP, redação originária), busca e apreensão (art. 242 do CPP) e a prisão preventiva, na fase do inquérito ou do processo (art. 311 do CPP, redação originária). O juiz tinha uma atuação na fase investigatória mais ativa do que o próprio Ministério Público.

Em verdade, na ideia originária do CPP, intuindo que o juiz, assim como a autoridade policial, estava envolvido e era também interessado no descortinamento da verdade e na punição do infrator, o legislador o escolheu como destinatário dos autos do inquérito policial (art. 10, § 1º, do CPP).

O juiz ficava alheio à investigação, salvo quando lhe convinha participar ativamente, com a finalidade de cooperar com a investigação. A autoridade policial não necessitava de permissão judicial para os atos de diligência, sequer quando se tratava de busca e apreensão, tendo em consideração a dicção normativa do art. 242 do Ordenamento Processual Penal e a Constituição então vigente – e perdurou até a Constituição de 1988. Consoante lembrava Câmara Leal¹⁷¹⁹, “A autoridade, quer policial, quer judiciária, poderá determinar a busca e apreensão... desde que tenha conhecimento da ocultação ou existência de objetos a serem apreendidos, ou a requerimento da parte interessada”.

Ou seja, sequer quando se tratava de diligência que importava na flexibilização de um direito fundamental da envergadura da inviolabilidade do domicílio, garantida em todas as Constituições brasileiras¹⁷²⁰, não se exigia autorização judicial, podendo o delegado de polícia atuar livremente, sem nenhum controle prévio. Pior. A autoridade policial, independentemente de autorização judicial, podia determinar a *incomunicabilidade do indiciado* (art. 21, caput, do CPP, redação originária), sem embargo de se admitir, sob o império da Constituição de 1937 – e de todas as outras que a sucederam, excetuando a atual –, à autoridade policial efetuar as chamadas prisões para averiguações.

Para incrementar o descontrolo da atividade investigatória pré-processual, sob o dogma de que o inquérito policial se constituía em mera peça informativa, a doutrina tradicional¹⁷²¹, acompanhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que as nulidades do inquérito policial não tinham o condão de contaminar o processo¹⁷²².

¹⁷¹⁸ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Código de processo penal brasileiro, v. 1, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1943, p. 43.

¹⁷¹⁹ Idem, p. 99.

¹⁷²⁰ O primeiro texto de que se tem notícia que cuidou de prever a inviolabilidade do domicílio foi a Carta inglesa de 1215, garantia que restou incorporada na Quarta Emenda à Constituição americana (VILE. John R. *A companion to the United States constitution and its amendments*. 3. ed. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001, p. 153).

¹⁷²¹ Cf. SALLES JR., Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, p. 7; e TOURINHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 63.

¹⁷²² A guisa de confirmação dessa assertiva, veja-se parte da ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em habeas corpus relatado pelo Ministro Pedro Aciole, “O inquérito policial é mera peça informativa, destinada à formação da opinião delicti do Parquet, simples investigação criminal, de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial, mesmo que

De outra banda, apesar de o Supremo Tribunal Federal asseverar em reiterados julgamentos que o sistema processual penal brasileiro, mercê do que dispõe a Constituição de 1988, passou a ser o acusatório¹⁷²³, o juiz em nosso meio continuou com o seu *protagonismo na investigação*. Além de manter essa atribuição, com a Constituição de 1988 o juiz adquiriu nova missão institucional nessa fase da persecução criminal, a saber, decidir sobre a flexibilização de direito fundamental, quando necessária a medida para a realização de diligências como busca e apreensão, interceptação de comunicação telefônica e correspondência, quebra de sigilos bancário, fiscal e de dados etc. O juiz passou a ter tríplice função: (a) auxiliar a investigação; (b) decidir sobre a flexibilização dos direitos fundamentais durante a investigação; e (c) processar e julgar a pretensão acusatória.

De outra banda, o Ministério Público, paulatinamente, assim como verificado em alguns países como Alemanha (1974), Itália (1988) e Portugal (1995)¹⁷²⁴ – que suprimiram a figura do juiz instrutor e colocaram o *parquet* na chamada *instrução preliminar*, criando, assim, a figura do *promotor investigador* – começou a se imiscuir na apuração dos fatos antes do ajuizamento da ação penal, mudança de paradigma que atingiu o seu apogeu com o aresto do Supremo Tribunal Federal, exarado sob o regime de repercussão geral no RE 59.727/MG¹⁷²⁵, que reconheceu ao órgão ministerial *poderes investigatórios*, sendo, todavia, realçados os seus limites, especialmente quanto às hipóteses de *reserva de jurisdição*.

Se em outros sistemas jurídicos o Ministério Público entrou na investigação para assumir a coordenação dos trabalhos, com a conseqüente saída do juiz por outra porta a fim de assumir uma posição de controle de legalidade, no nosso meio os poderes investigatórios foram conservados nas mãos dos juizes. Criou-se o sistema 3 (três) em 1 (um), ou dos 3 (três) contra 1 (um): polícia, promotor/procurador da República e juiz de um lado, enquanto, do outro, o investigado, aqui e ali assistido por um advogado.

O detalhe importante – para não dizer drástico – é que o magistrado brasileiro, nessa fase investigatória, a um só tempo, desempenha a função de investigador e de *juiz* dos poderes investigatórios da autoridade policial e dos membros do Ministério Público. Em alguns momentos, ele age como investigador, em outros, como terceiro desinteressado na investigação em si. Isso sem falar que lhe cabe, ainda, processar a persecução penal e julgar o caso.

9.3.2.4.1 – Atuação do juiz na investigação e teoria da dissonância cognitiva.

A participação do juiz na fase da investigação, detendo interesse próprio na apuração dos fatos no desiderato de descobrir a *verdade* em prol da punição do infrator, não é compatível com o sistema acusatório, que tem como norte a atuação do juiz na qualidade de terceiro desinteressado, no escopo de dirimir os eventuais conflitos entre os que possuem interesses distintos nos rumos da apuração dos fatos.

Essa *função ativa* na investigação é própria do magistrado do modelo inquisitivo ou misto, o que tem o condão de comprometer a *imparcialidade* durante a fase processual. Muitos juizes se incomodam com essa assertiva, ao argumento de que quem efetivamente está preparado para o exercício da atividade jurisdicional não se deixa influenciar em razão dessa atuação institucional híbrida – na fase investigatória e na processual. Outros defendem o modelo, dizendo que não adotam postura ativa na investigação dos crimes, atuando apenas se e quando necessária a intervenção judicial diante da necessidade de decisão judicial sobre a pertinência, ou não, da autorização de diligência que importa na relativização de direito fundamental.

Esses dois fundamentos são desconstruídos pela denominada *teoria do padrão objetivo de imparcialidade*. O juiz precisa *parecer* imparcial. Não basta ser. Como fica a cabeça do investigado, sabendo que o juiz que decretou a quebra dos seus sigilos bancário, fiscal e de dados, determinou a

existissem irregularidades nos inquéritos policiais, tais falhas não contaminariam a ação penal. Tal entendimento é pacífico e tão evidente que se torna até mesmo difícil discuti-lo” (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 889).

¹⁷²³ HC 193.053/MG. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC193053.pdf> Acesso em: 20 jan. 2021.

¹⁷²⁴ AMBOS, Kai; CHOUKR, Frauzi Hassan. A reforma do processo penal no Brasil e na América latina. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 22.

¹⁷²⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 27 set. 2020.

busca e apreensão em sua residência e, ainda, a sua prisão processual, é o mesmo juiz que vai julgá-lo? Qualquer pessoa – aí incluído o leitor – predisposta a experimentar a sensação de sentar no *banco dos réus*, certamente vai preferir que seja outro o juiz responsável pelo exame das provas e o julgamento em si do caso. É muito mais saudável em todos os aspectos. Pode-se até dizer – o que não parece corresponder à realidade –, que a implantação de sistema dessa natureza é dispendiosa para os cofres públicos. Porém, como veremos, ainda que de soslaio, essa assertiva dos custos não procede.

Todavia, é difícil encontrar argumento para convencer que é melhor o juiz, ainda que de forma não tão ativa, a um só tempo, participar da investigação e ser o responsável para o julgamento. A não ser, é claro, se a reflexão se faz com a *cabeça* de quem tem intensão de deter tantos poderes; ou então desde que a pessoa a ser julgada seja *a outra*.

Por outro lado, a *lógica das coisas* está a revelar que a mera participação do juiz na fase investigatória para o fim de controlar os poderes investigatórios da autoridade policial e do Ministério Público, mercê da reserva de jurisdição no tema referente à flexibilização de direito fundamental como medida indispensável para a apuração dos fatos, já compromete a cláusula universal da *imparcialidade do juiz*.

Principalmente no modelo brasileiro no qual alguns juízes entendem que os preceitos normativos que conferem poder de *ação* do juiz na fase da investigação não são incompatíveis com o modelo de ordenamento jurídico instaurado pela Carta de 1988, pelo que participam ativamente da investigação e, posteriormente, vestem a *toga da imparcialidade* para julgar os fatos por ele investigados ou cuja apuração contou com a sua pronta atuação.

Seja como for, no momento em que o juiz se desloca de sua função judicante no escopo de auxiliar na coleta dos elementos de prova para servirem de base ao oferecimento da ação ou para a prolação de sentença condenatória, tem-se o desequilíbrio entre autor e réu, quer na fase investigatória, quer na processual.

Permitir que o magistrado responsável pelo julgamento participe da fase investigatória, por linhas transversas, é como se previsto ou admitido fosse em nosso sistema a *juízo de instrução*. Sobre o assunto, a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente de o juiz participar da instrução é a sua *vinculação* – ainda que inconsciente – às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção as provas pertinentes à elucidação do caso. A procedência dessa assertiva se revela ao observar-se que, em alguns países nos quais se adota o juízo de instrução, o magistrado que julga é diferente daquele que investiga.

Cabe aqui relembrar do julgamento da ADI 1570/DF, em que o STF acolheu a tese de inconstitucionalidade do então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, cujo vício apontado residia na circunstância de a norma ter atribuído ao juiz a função de participar da diligência de coleta de provas, algo argumento de que se atritava com o princípio da *imparcialidade do juiz*¹⁷²⁶.

O comprometimento da imparcialidade acontece mesmo quando o juiz intervém na investigação apenas para apreciar pedido de flexibilização de direito fundamental. Com efeito, um juiz, quando é chamado para decidir sobre uma busca e apreensão, por exemplo, fica na expectativa do êxito da diligência expressada em um ato de força e ingerência na intimidade de todos os que habitam o local. Intimamente, em especial nas grandes operações, o juiz torce para que a *ação policial* por ele autorizada obtenha o sucesso imaginado.

Isso sem falar daqueles casos em que a investigação, pela complexidade, ademais de exigir a intervenção do juiz para decidir sobre pedidos de quebra dos sigilos bancário, fiscal e de dados, interceptação de comunicação e de busca e apreensão, atua na fase pré-processual por longo tempo. Isso é especialmente danoso quando se trata de interceptação telefônica, em que o juiz precisa decidir a cada 15 (quinze) dias quanto à prorrogação ou não do prazo, sendo necessário examinar o conteúdo dos diálogos monitorados. É inescandível que, nesse caso, o juiz, ainda que indiretamente, participa da apuração por lapso temporal considerável, às vezes por anos.

A despeito disso, há estudo científico a revelar que a mera atuação do juiz na investigação, circunscrita ao exame dos pedidos de relativização de direito fundamental, gera a probabilidade concreta de que a sua imparcialidade seja comprometida, servindo a fase processual apenas para formalizar o entendimento firmado ainda no momento do inquérito policial.

¹⁷²⁶ Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/juris.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

LEON FESTINGER¹⁷²⁷, Professor da *New School for Social Research* de Nova Iorque, desenvolveu a *teoria da dissonância cognitiva*, que compreende a afirmativa de que vários fatores determinam a pessoa a defender uma posição pública diferente do que ela efetivamente pensa a respeito. Ele adota a premissa de que o ser humano, ao longo de sua vida, adquire convicções a partir das suas experiências de vida e procura agir de acordo com essas convicções¹⁷²⁸. Todavia, de outra banda, em várias situações, há uma *dissonância* entre o que a pessoa *acredita* que é o certo e o seu *comportamento* ou como se *posiciona*, de modo a gerar *desconforto psicológico*, pelo que é natural procurar minimizar a incongruência e evitar obter ou dar credibilidade a informações que lhe retiram da *zona de conforto*¹⁷²⁹.

Bernd Süchнемann realizou estudos empíricos para comprovar a validade da teoria da dissonância cognitiva em relação aos juizes na área criminal que participam, ainda que indiretamente, da fase investigatória. A partir de pesquisas empíricas, ao analisar o comportamento psicológico dos juizes, chegou à conclusão de que o conhecimento dos autos do inquérito tem o condão de levá-los a formar uma concepção sobre o crime, de modo que o *efeito perseverança ou inércia* ou mecanismo de *autoafirmação da hipótese preestabelecida* induz à superestimação das primeiras informações, ao passo que as dissonantes são subavaliadas¹⁷³⁰. Psicologicamente, o juiz faz uma busca seletiva de informações no sentido de ratificar a *preconcepção*¹⁷³¹, situação que é particularmente agravada quando o juiz assume *postura de investigador*, pois nesse caso há uma clara tendência de julgar conforme a ideia preconcebida oriunda de sua atuação, relegando as novas informações surgidas no processo judicial, que está submetido ao contraditório.

Incide igualmente nessa forma de decidir a chamada *teoria da comparação social*, segundo a qual, em questões complexas, a razão de decidir pelo juiz é fomentada pela posição precedente assumida por uma pessoa que ele admite como adequada a uma comparação comportamental¹⁷³², como é o caso da autoridade policial.

9.3.2.4.2 – Juiz das garantias para assegurar a imparcialidade do juiz e o controle da legalidade da investigação.

A verdade científica quanto ao comprometimento da imparcialidade exalada da *teoria da dissonância cognitiva* serviu de lastro para que diversos países, no afã de aprimorar seus respectivos sistemas, progressivamente passassem a adotar a figura do chamado juiz das garantias, na medida em que excluir completamente a intervenção jurisdicional deixaria os direitos fundamentais sem amparo durante o momento da investigação. A nomenclatura empregada evidencia que o papel do juiz na investigação não é *investigar*, mas controlar os *podres investigatórios*.

Essa diretriz foi emanada do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em diversos julgados, especialmente no Caso *Cubber v. Bélgica* (1984), quando entendeu pela malferição do artigo 6, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, no que diz respeito ao direito a um *julgamento imparcial*, pelo fato de um dos juizes do julgamento ter praticado anteriormente atos investigatórios e decretado a prisão do acusado¹⁷³³. Giacomolli salienta que, após essa decisão, criou-se o adágio de que o *juiz que investiga não pode julgar*, a ponto de levar o Tribunal Constitucional da Espanha a declarar a inconstitucionalidade de dispositivo da legislação espanhola que “... permitia a concentração das funções de investigar e julgar no mesmo juiz (juizado de instrução na Espanha)”¹⁷³⁴.

O Código de Processo Penal de Portugal, editado em 1987, ademais de seguir o modelo acusatório, colocou o Ministério Público na direção do inquérito policial, competindo ao juiz, nada

¹⁷²⁷ *A theory of Cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University Press. 1985.

¹⁷²⁸ MORVAN, Camille; O’CONNOR, Alexander J. *An analysis of Leon Festinger’s a theory of Cognitive dissonance*. London: Macat International Ltd., 2017, p. 10.

¹⁷²⁹ *Ibid.*, p. 10.

¹⁷³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental*. Revista Liberdades, nº 11, p. 34, 2012. http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140.

¹⁷³¹ *Ibid.*

¹⁷³² *Ibid.*, 42.

¹⁷³³ Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/rus#_ftn1. Acesso em: 29 set. 2020.

¹⁷³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 205.

obstante a nomenclatura de *juiz instrutor*, atuar como um lídimo juiz das garantias, na medida em que não possui iniciativa probatória, atuando como garantidor de direitos¹⁷³⁵. A Itália, na edição do Código de Processo Penal de 1989, seguiu a mesma orientação, substituindo o juízo da instrução pelo *giudice per le indagini preliminari*, cujo papel é cuidar da legalidade da investigação, não podendo participar do julgamento¹⁷³⁶.

Esse movimento se fez sentir na América Latina. Ainda no ano de 1988, foi elaborado o Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América, tendo como modelo o sistema acusatório, com a substituição do juiz pelo Ministério Público na fase investigatória, a fim de garantir ao acusado o direito de ser julgado por um juiz objetivamente imparcial¹⁷³⁷. A par disso, diante da necessidade da realização de qualquer diligência que importe em quebra de garantia constitucional, a solicitação deve ser endereçada ao *juiz de investigação ou de garantias*, que atua na fase de investigação apenas para esse fim, mas, mesmo assim, não pode participar do julgamento.

O Paraguai instituiu a figura do juiz das garantias no Código de Processo Penal de 1997¹⁷³⁸. O Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires de 1988 adotou a mesma solução¹⁷³⁹. O Chile, certamente o sistema processual penal mais avançado da América do Sul, editou o seu código, prevendo o juiz das garantias, no ano de 2000.

O Brasil se alinhou a esse movimento, ao participar ativamente da elaboração do Código de Processo Penal Tipo Ibero-América. Em razão desse compromisso internacional, o projeto de novo Código de Processo Penal aprovado no Senado em 2010, do art. 14 ao 17, disciplinou o juiz das garantias¹⁷⁴⁰. Seguindo essas pegadas, a Lei nº 13.964, de 2019, enfim, criou o instituto do juiz das garantias. Como se observa, faz algum tempo o instituto do juiz das garantias é discutido em nosso meio, tendo o Brasil assumido compromisso em *internalizar* o juiz das garantias. Não procede, assim, o argumento dos críticos de que o instituto surgiu a *sorrelfa*, sem prévia discussão. Muito menos merece guarida a afirmativa de a implantação em nosso sistema da figura do juiz das garantias tenha sido uma resposta à chamada operação Lava Jato. Movimento nesse sentido quanto à incorporação do instituto do juiz das garantias, que não surgiu dentro do ambiente brasileiro, apareceu muito antes da operação em foco. E mais. Conforme visto, antes da Lava Jato o instituto do juiz das garantias já tinha sido incluído no projeto do novo CPP, com aprovação no Senado. Pode-se dizer, é claro, que a operação em destaque tenha incentivado a inclusão do juiz das garantias no chamado Pacote Anticrime, o que efetivamente ocorreu. Mas não corresponde à realidade a afirmativa de que a intenção de criar em nosso meio o instituto só tenha surgido em razão da Lava Jato.

Desmistificada a crítica com esse fundamento, resta esclarecer outro ponto importante. *Prima facie*, o exegeta é levado a acreditar que houve apenas a separação entre o juiz da fase pré-processual e o do processo. Entretanto, o modelo brasileiro vai bem além.

Primeiro, a atuação do juiz das garantias não se circunscreve à fase investigatória. A competência do juiz das garantias vai da fase pré-processual até o ato de designação da audiência de instrução e julgamento (art. 399 do CPP). Assim, conquanto ainda seja correto dividir a persecução criminal em pré-processual e processual, possuindo esta as fases postulatória, saneadora, de instrução e julgamento, recursal e executória, agora, quanto à competência jurisdicional, há uma *fase intermediária*, que é da alçada do juiz das garantias, e a de *instrução e julgamento*, que recai sobre o juiz responsável por decidir sobre o mérito da pretensão acusatória.

Essa fase processual intermediária engloba as fases postulatória e do saneamento, com a designação da data de realização da audiência de instrução e julgamento, quando não acatada a rejeição da ação penal ou a absolvição sumária (art. 3º-B, XIV do CPP). Portanto, cabe ao juiz das garantias, na fase processual, (a) decidir sobre o recebimento, ou não, da ação penal (art. 396, primeira

¹⁷³⁵ PIMENTA, José da Costa. *Código de processo penal anotado*, 2. ed., Lisboa: Rei dos Livros, [?] p. 19.

¹⁷³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 224.

¹⁷³⁷ AMBOS, Kai; CHOKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 251.

¹⁷³⁸ DUARTE, Christian Marcelo Bernal. Reforma del proceso penal em Paraguay y el juez penal de garantias y sus funciones. In: *Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177

¹⁷³⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

¹⁷⁴⁰ Projeto de Lei nº 159, de 2009, aprovado pelo Senado Federal em 2010, ainda pendente de apreciação pela Câmara dos Deputados. Cf. item 1.4.5.3, supra.

parte, do CPP); (b) determinar a citação do acusado, se for o caso de aceitação (art. 396, segunda parte, do CPP); (c) analisar a resposta da defesa sobre as teses agitadas quanto à rejeição da peça inicial e ou o julgamento antecipado do processo, por meio da absolvição sumária (art. 397 do CPP), com a consequente confirmação do recebimento da denúncia ou queixa, se rechaçados os argumentos, e designação de data para a realização da audiência de instrução e julgamento, cabendo-lhe providenciar as intimações do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, quando houver, do assistente e do querelante (art. 399 do CPP)¹⁷⁴¹.

É apenas na fase do 399 do CPP que o juiz das garantias encerra o seu ofício jurisdicional, passando o processo a ser da alçada do *juiz da instrução e julgamento*.

Devido a essas circunstâncias, opera-se a distribuição de competência entre o *juiz das garantias* e o *juiz da instrução e julgamento* conforme as fases do processo, do mesmo modo como ocorre, por exemplo, no procedimento relativo ao tribunal do júri¹⁷⁴². É a chamada *competência funcional*. Verifica-se uma divisão de trabalho entre magistrados. O que era feito por apenas um juiz, agora exige dois, sem que, com isso, seja correto afirmar que o número de juizes precisa ser duplicado, simplesmente porque a medida não importa no aumento de trabalho ou da quantidade de processos.

Como afirmado, alvitra-se a divisão de trabalho entre os julgadores, podendo o magistrado, em alguns processos, conforme o critério de distribuição estabelecido, atuar como juiz das garantias e, em outros, como *juiz da instrução e julgamento*. Com essa observação, afasta-se a crítica de que a implantação do juiz das garantias implica em aumento de despesa para o Judiciário, pois a implementação dessa figura pode ser feita independentemente da criação de novos cargos ou órgãos, não importando, assim, em aumento de despesa. Repita-se, trata-se de uma questão de divisão de trabalho.

Outro aspecto que precisa ser ressaltado é que, para todos os efeitos, foi *aberta uma nova porta do Judiciário*, a fim de *jurisdicionalizar* a fase investigatória. Aqui depara-se com fenômeno jurídico similar ao que se experimentou em nosso meio quando da edição da Lei nº 7.210, de 1984, com a *jurisdionalização* da execução penal¹⁷⁴³, de maneira que, em tese, toda e qualquer questão referente à *legalidade da investigação* pode ser suscitada pelo investigado perante o juiz das garantias. Fecha-se o ciclo da *processualização* do dever-poder de punir do Estado, iniciado na segunda metade do Século XVIII, sob o comando da voz e da escrita de Beccaria¹⁷⁴⁴.

A despeito de o juiz das garantias não poder praticar atos investigatórios – isso restou expresso no art. 3º-A do CPP, ao vedar a iniciativa probatória do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação – o ambiente da investigação deixou de ser território exclusivo da autoridade policial e ou do Ministério Público.

O juiz deixa de participar da investigação como se inquisidor fosse ou então apenas se e quando chamado para decidir sobre a relativização de direito fundamental. Muito pelo contrário.

A assertiva acima não é mera retórica. No desiderato de evidenciar que o aspecto mais importante e inovador do juiz das garantias é o *controle da legalidade* da investigação criminal

¹⁷⁴¹ Observe-se que, no art. 399 do CPP, inadvertidamente, o legislador esqueceu de mencionar a intimação da testemunha, do ofendido e do perito, quando eles tenham sido indicados pelas partes para participar da audiência. É estreme de dúvida, no entanto, que essa providência deve ser assumida pelo juiz das garantias, remetendo os autos do processo para o juiz da instrução e julgamento já pronto para a realização da audiência. Pode-se conjecturar que não se mostra fatível o juízo das garantias marcar audiência para ser realizada pelo juízo da instrução e julgamento. Porém, há sinalização de que alguns tribunais irão dividir essas competências entre juizes que atuam em uma mesma vara. Ademais, ainda que designada uma vara específica para servir de juízo das garantias, com uma gestão qualificada do serviço jurisdicional, é plenamente possível viabilizar o agendamento das audiências de modo coordenado. É verdade que o juiz da instrução e julgamento, ao receber os autos, não está vinculado às decisões do juiz das garantias (art. 3º-C, § 2º, do CPP), de modo que ele pode, até mesmo, rejeitar a ação penal ou absolver sumariamente o acusado, cancelando a audiência previamente marcada. Todavia, sem embargo desse risco, parece ser melhor, do ponto de vista da duração razoável do processo, o agendamento da audiência pelo juízo das garantias, a não ser que, na prática, observe-se ser mais adequado que essa providência seja tomada pelo juiz da instrução e julgamento.

¹⁷⁴² Há duas fases no procedimento do tribunal júri, sendo a primeira da competência do juiz singular, enquanto a segunda do júri popular, havendo, assim, uma divisão de competência, conforme as etapas do processo (Cf. SILVA JÚNIOR, Walter da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 3. ed. Natal: OWL, 2019. p. 9041 (Kindle).

¹⁷⁴³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*. Natal: OWL, 2020, p. 1470.

¹⁷⁴⁴ Cf. item 2, supra.

pontuada no art. 3º-B, caput, do CPP, mais adiante, no inciso IV, está esclarecido que o magistrado deve ser informado sobre a instauração de *qualquer investigação*. Ou seja, a norma é endereçada a qualquer legitimado a promover investigação criminal, seja a autoridade policial ou o Ministério Público.

A partir da entrada em vigor do dispositivo em foco, não deverá haver mais uma única investigação criminal no país que não seja do conhecimento do respectivo juiz das garantias competente¹⁷⁴⁵. É algo similar ao que ocorre com a detenção em flagrante. O ato tem de chegar ao conhecimento do juiz. Aliás, lamenta-se que o legislador não tenha tido a acuidade de tratar de estabelecer o prazo para que o titular da investigação informe ao juiz das garantias sobre a instauração do procedimento apuratório. O prazo de 24 horas, previsto para o envio do auto de prisão em flagrante, parece razoável, devendo ser aplicado por analogia.

A regra da comunicação vale para os inquéritos policiais e para os procedimentos de investigação criminal – PIC, a cargo dos membros do Ministério Público. Enfim, a todo e qualquer espécie de apuração de crime, na medida em que, no ponto, o legislador foi peremptório, ao preceituar dentre as competências do juiz das garantias, “ser informado sobre a instauração de *qualquer investigação criminal*” (art. 3º-B, IV, do CPP. Grifos acrescentados). Como se vê, essa nova ordem de coisas representa um avanço e tanto.

E mais. O juiz das garantias, no afã de racionalizar o comando do inciso X do mesmo artigo, pode determinar, valendo-se da facilidade do processo eletrônico, a distribuição do inquérito policial ou do PIC, de modo que todo o andamento da investigação seja acompanhado pelo juiz, pelo Ministério Público, pelo investigado e, até mesmo, pela vítima, salvo em relação a esses dois últimos quanto ao que estiver em sigilo¹⁷⁴⁶.

Com a adoção dessa estratégia, a pessoa, para saber sobre o andamento de investigação instaurada contra si, não precisará mais se dirigir à delegacia. Poderá bater à porta do juiz das garantias e, ainda, se cadastrar nos autos eletrônicos, no propósito de acompanhar à distância a investigação, sendo informado dos atos praticados, exceto, claro, quanto ao que estiver em sigilo, o que só é admissível caso o conhecimento tenha o condão de atrapalhar diligências que estão em curso ou prestes a serem iniciadas.

Acredita-se que esse preceito legal terá o condão de diminuir o número de investigações instauradas, pois o *investigador*, para tanto, terá de reunir elementos suficientes a revelar a existência de *fundamento razoável*. A decisão do juiz a respeito não requer provocação por parte do investigado, até porque, em muitos casos, ele nem sabe ainda que uma apuração foi instaurada contra si. Aliás, a provocação para fins do pronunciamento judicial se dá com o envio da informação da instauração da investigação. Ademais, pode ser que não haja, sequer, suspeito ou investigado identificado.

Especial destaque há de merecer a dicção normativa do inciso IX do art. 3º-B do CPP, na medida em que deixa gizado entre as atribuições do juiz das garantias *determinar o trancamento da investigação*¹⁷⁴⁷ quando não houver fundamento razoável para a sua *instauração* ou *prosseguimento*. Veja-se que esse dispositivo esclarece que, ao receber a comunicação da instauração da investigação, devem ser remetidos os autos da apuração, e que o juiz das garantias há de fazer um exame efetivo do material, pois tem de decidir se existe *fundamento razoável* a justificar a apuração feita pela autoridade policial ou pelo Ministério Público.

De outra banda, a última parte do inciso IX 3º-B do CPP (“determinar o trancamento do inquérito policila quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou *prosseguimento*”) deixa claro que o juiz das garantias deve acompanhar o desenvolvimento da investigação, podendo, a todo e qualquer momento, mesmo de ofício, determinar o seu trancamento, notadamente quando ficar parada por espaço temporal considerável, com afronta ao princípio da duração razoável, que se aplica também à fase investigatória¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴⁵ O juiz das garantias deverá encaminhar expediente para a polícia e para o Ministério Público, solicitando a informação quanto a todos os inquéritos em tramitação.

¹⁷⁴⁶ Essa medida é muito importante, a fim de que seja realizado melhor controle, podendo assim o juiz das garantias consultar os autos a qualquer momento e ter ciência de todos os atos praticados, sem necessidade de pedir informação à autoridade policial.

¹⁷⁴⁷ O legislador, por lapso, utilizou a expressão inquérito policial. O certo era referir-se à investigação criminal, a fim de abranger qualquer tipo de apuração, assim como consta do caput e do inciso IV do art. 3º-B do CPP.

¹⁷⁴⁸ Cf. item 9.1.4, supra.

Essas são as inovações propriamente ditas, pois as demais atribuições conferidas ao juiz das garantias já eram assumidas pelo juiz do processo, a exemplo do controle da prisão, objeto dos itens 9.6.5.2.2.1, *infra*.

9.3.3 – Legitimidade para a persecução criminal perante o Judiciário.

Restou asseverado que o devido processo legal na seara criminal tem como princípio a separação das funções de *postular* a persecução criminal e de *julgar* essa pretensão. Para desempenhar essa persecução criminal criou-se, no âmbito do Executivo, além dos órgãos policiais, aos quais se deu a atribuição de ordinariamente realizar as atividades investigatórias, concebeu os órgãos do Ministério Público, conferindo-se a estes como função mais relevante, sem prejuízo de outras, a legitimidade para postular perante o Judiciário a persecução criminal. Não é por outro motivo que, logo após a Revolução Francesa, exsurgiu o Ministério Público, com identidade assemelhada ao perfil da atualidade¹⁷⁴⁹.

Salvo na época da justiça privada, em que a punição se traduzia sob a ideia de um *direito de vingança*, a persecução criminal de regra se conteve nas mãos do Estado, entendida como uma função estatal indispensável para assegurar a autoridade do poder e manter a segurança na sociedade. Nessa concepção primeira de justiça estatal, partia-se da premissa de que o crime era mais do que uma ofensa à pessoa da vítima ou à sua família, pois suscitava a ira dos deuses, quando se tinha o poder como inspiração divina, ou comprometia a autoridade do soberano, na medida em que, em estágio mais avançado, percebeu-se o poder político como algo criado e exercido pelo próprio homem¹⁷⁵⁰. Desse modo, mais do que o interesse da vítima ou de sua família, a ideia da justiça estatal se embasou na premissa de que a persecução criminal tem em mira atender aos interesses do Estado, e não da vítima, por mais legítimo que seja o desejo desta em ver punido aquele que a agrediu. Por isso mesmo, a legitimidade para pedir a aplicação da pena não deveria se conter na pessoa da vítima ou de sua família, mas sim do próprio Estado, para que ele pudesse, por meio de um de seus órgãos, defender o seu interesse quanto à manutenção da segurança. A legitimidade para a persecução criminal começava a ser estatal, muito embora, nesses primeiros instantes, essa função não fosse entregue a uma instituição como o Ministério Público.

Isso porque, sem embargo de os primeiros vestígios do Ministério Público serem encontrados no Egito, o certo é que essa instituição não existiu propriamente sequer na Grécia e em Roma¹⁷⁵¹. Em Roma, os *Procuradores de César* não defendiam o Estado ou o povo, mas o patrimônio do príncipe, diante dos juízes¹⁷⁵², daí por que a iniciativa do procedimento criminal recaía sobre o povo, quando não ao próprio ofendido, competindo a acusação perante o júri, nos casos mais graves, a pessoas qualificadas como *um César, um Cícero, um Hortêncio e um Catão*, a fim de defender o interesse geral da sociedade¹⁷⁵³. A presença do interesse do Estado na persecução criminal, porém, fez com que, paulatinamente, o ofendido e sua família fossem sendo substituídos pelo juiz, de modo que, no Século XII, por toda a parte o sistema inquisitivo passou a ser realidade¹⁷⁵⁴. No Século XIV, a ação penal pública começou a ser confiada a um funcionário especial, a princípio como auxiliar da ação do ofendido para, depois, tomar a iniciativa do procedimento¹⁷⁵⁵.

¹⁷⁴⁹ Muito embora alguns doutrinadores concordem que as raízes mais remotas do Ministério Público estejam na antiguidade, mais especificamente no Egito, sendo os seus membros considerados *a língua e os olhos do rei*, há concordância de que nem mesmo os *procuradores caesaris* do sistema romano identificam-se com o perfil contemporâneo do *parquet*. O certo é que a França é considerada o berço do Ministério Público, cujo surgimento ocorreu em 23 de março de 1302, muito embora em um primeiro instante tenha sido criado por FELIPE, o Belo, para cuidar dos interesses privados do soberano (*les gens du roi*), mas não tardou a ter a incumbência de defender os interesses do próprio Estado. Com a Revolução Francesa, e a consequente implementação da separação dos poderes, o Ministério Público conheceu a sua segunda fase, agora como órgão que não dá custódia aos interesses do soberano ou do Estado, mas sim da sociedade, isto é, do povo (Cf. LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. PAES. Op. cit., p. 20-51; GARCIA. Op. cit., p. 8-11; SAUWEN FILHO. Op. cit., p.11-46)

¹⁷⁵⁰ Cf. itens 1.2, 1.3 e 1.3.1, *supra*.

¹⁷⁵¹ Cf. LYRA. Op. cit., p. 17.

¹⁷⁵² ROBERTO LYRA dizia que eles eram uma espécie de mordomos qualificados (Ibid. p. 17).

¹⁷⁵³ Ibid., p. 17.

¹⁷⁵⁴ ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 166.

¹⁷⁵⁵ Ibid., p. 167.

JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, ao tecer considerações sobre a evolução da ação penal pública, ensina que tanto na Grécia como em Roma, mesmo quando se deu o monopólio da justiça pelo Estado, a ação penal pública correspondia à ação da parte ofendida ou de sua família pedir a condenação de seu agressor. Não se tratava mais do direito de vingança, todavia um direito de vindita legalmente regulado, perante a justiça pública. No sistema romano, passou-se a admitir que o juiz, de ofício, fizesse a acusação.

Entretanto, somente depois da Revolução Francesa, forte no pensamento de que deveriam ser separadas as funções de acusar e julgar, como defendiam BECCARIA e outros, iniciou-se a evolução do Ministério Público em direção ao perfil por ele hoje ostentado, cujo marco é o Código de Instrução Criminal francês, que colocou como regra a titularidade da ação criminal pelo Ministério Público, admitindo apenas como exceção os procedimentos de ofício e por iniciativa privada¹⁷⁵⁶. ALMEIDA JÚNIOR diz que, em 1791, na Assembleia Constituinte francesa, a matéria foi agitada, o que resultou na conclusão de que o direito de acusação não pertence à pessoa da vítima ou a sua família, pois se trata de *um dos atributos da soberania nacional*, razão pela qual deve ser conferida ao poder Executivo¹⁷⁵⁷. A inovação teve repercussão em outros países, especialmente na Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal.

Até então, no sistema jurídico português, expresso nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas – continham normas disciplinando a atuação de agentes que muito se assemelhavam ao Ministério Público¹⁷⁵⁸ –, aplicadas no Brasil Colônia e, mesmo algum tempo depois de nossa independência, a iniciativa do órgão estatal somente era admissível quando ficasse provada a falta de acusação do ofendido ou de sua família¹⁷⁵⁹. A Constituição Imperial de 1824, conquanto não contivesse disciplina específica sobre a instituição do Ministério Público, no art. 48, deixou registrado que, no *juízo dos crimes*, quando a acusação fosse da Câmara dos Deputados, essa missão seria desempenhada pelo procurador da Coroa e Soberania Nacional¹⁷⁶⁰. O Código de 1832, entretanto, devido ao fato de o Ministério Público, àquela época, ainda não possuir uma estrutura compatível para a missão, não adotou a sistemática francesa. Mas o Código Penal de 1890 instituiu como regra a iniciativa da ação penal pelo Ministério Público, porém admitindo que o juiz, em todos os casos de ação penal pública, desse início de ofício, reservando para o particular, apenas, os casos de iniciativa privada¹⁷⁶¹.

Coube ao Código de Processo Penal de 1941 reforçar a titularidade do Ministério Público para os crimes de iniciativa pública, não mais permitindo que o juiz iniciasse o processo *ex officio*, senão quando fosse caso de contravenção penal, o que, posteriormente, foi ampliado para os crimes de lesão corporal e homicídios culposos. Com a Constituição de 1988, diante da redação do art. 129, I, tem-se que a legitimidade para a propositura das ações penais públicas pertence, privativamente, ao Ministério Público, reservando-se ao particular as de iniciativa privada, sem espaço, portanto, para a atuação de ofício do juiz.

Desse pequeno bosquejo histórico, percebe-se que o sistema, no início, era eminentemente acusatório, possuindo a vítima e a sua família o pleno domínio da iniciativa do procedimento, situação que permaneceu, até mesmo, depois que a aplicação da pena passou a ser monopólio estatal. Aos poucos, porém, cada vez mais, foi sendo admitida a imiscuição de um representante do Estado na persecução dos crimes mais graves, função que passou a ser desempenhada, a partir do Século XII, de forma crescente, pelo juiz, até a implantação concreta do sistema inquisitório, com a consequente perda de espaço da ação privada. Após o apogeu do sistema inquisitivo no Século XVI, daí em diante começou o declínio do sistema inquisitorialista, até que, no Século XVIII, consolidou-se a instituição do Ministério Público e, com ele, o sistema acusatório tal como é hoje concebido pela maioria dos países.

Nos moldes de hoje, o sistema acusatório é de regra estatal, pois a titularidade da ação é reconhecida a um órgão criado pelo Estado, no caso, o Ministério Público. Nesse sistema, o órgão

¹⁷⁵⁶ LYRA. Op. cit., p. 20.

¹⁷⁵⁷ Op. cit., p. 169.

¹⁷⁵⁸ Cf. GARCIA. Op. cit., p. 28.

¹⁷⁵⁹ ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 167.

¹⁷⁶⁰ Ibid., p. 169.

¹⁷⁶¹ ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 178.

ministerial exerce a função de parte no processo penal, cabendo-lhe, com o exercício da persecução criminal, pedir ao juiz, em nome da sociedade, que seja aplicada uma medida judicial contra a pessoa que ofendeu os valores mais caros do grupo social e comprometeu, por consequência, a segurança pública. Ele não defende, propriamente, o Estado, mas, sim, a sociedade, até porque o direito de punir, da mesma forma como o poder político, não pertence àquele, porém ao grupo social. O direito de punir, decorrência lógica do poder político, reporta-se à sociedade, cabendo ao Ministério Público, no exercício de sua função, representar os interesses da coletividade. Ademais, mais do que um *poder*, essa iniciativa confiada ao Ministério Público se apresenta como um *dever*.

A legitimidade recai sobre um órgão estatal, no caso o Ministério Público, e não sobre a pessoa da vítima ou de sua família, porque o crime se constitui em uma agressão à sociedade, que compromete a segurança de todos. Para a sociedade não interessa a vingança, mas sim que o problema criminal seja tratado com equilíbrio e serenidade, tendo em vista fazer com que a resposta criminal não se veja contaminada pelo *emocionalismo* ou *estado de ira* da vítima e/ou de seus familiares. Suprime-se a legitimidade da vítima ou de sua família para o ajuizamento da ação penal tendo em consideração que a sociedade em geral, também, tem interesse na solução adequada do caso. A vantagem com a titularidade da persecução criminal é manifestada, seja pelo aparato organizacional da instituição para o desempenho *especializado* dessa alta missão, seja pelo seu comprometimento em se preocupar menos com a punição e mais com a justiça, que importa em pedir a aplicação, no caso concreto, da política criminal adequada para buscar a melhor solução para o problema penal, ou, se for o caso, a absolvição do acusado.

Reclama-se que o monopólio estatal do direito de ação criminal por parte do Ministério Público torna defeso à vítima e a sua família o *acesso direto* ao Judiciário. Contudo, sob outro ângulo de visão, tem-se de reconhecer que assim é para se preservar o *acesso ao Judiciário* tanto daqueles como igualmente de todo o grupo social. Por isso mesmo, ao invés de o monopólio estatal do direito de ação se apresentar como uma malferição à regra democrática, ele fortalece esse sistema, na medida em que isso faz com que, na ação criminal intentada perante o Judiciário, todo o grupo social seja representado pelo Ministério Público.

De qualquer modo, mesmo que o avanço do sistema criminal tenha apontado para o progressivo monopólio do direito de ação penal para o Estado, ainda hoje, nem todas as ações penais são privativas do Ministério Público. A Constituição de 1988, no art. 129, I, tornou privativas do *parquet* apenas as ações penais públicas, daí por que o nosso sistema, quanto ao início do processo, não é, propriamente, o estatal ou público, sendo permitidas outras iniciativas.

9.3.3.1 – Sistema acusatório quanto à titularidade para o ajuizamento de ação penal.

Quanto à titularidade da ação penal no sistema acusatório, há vários subsistemas. O primeiro deles, que é mais consentâneo com o tempo antigo, é chamado *natural*, devido à legitimidade para o exercício do direito de ação caber ao próprio ofendido ou a seus familiares, modelo altamente criticado em razão de a transigência, o interesse particular e as influências estranhas aos interesses da coletividade prejudicarem a eficácia da justiça pena¹⁷⁶². Outro tipo é denominado *democrático*, com o qual se dá a oportunidade para que qualquer do povo possa promover a ação penal, criticado em virtude da incerteza gerada pela indiferença, pelo egoísmo e pela ignorância generalizada dos interesses sociais¹⁷⁶³. O terceiro é o oficial, em que a titularidade do direito de ação é confiada a um

¹⁷⁶² Em alguns países, porém, identifica-se resquícios desse sistema. A imprensa nacional noticiou o caso de uma norte-americana condenada à morte na Índia, que conseguiu evitar o cumprimento da pena, mediante negociação direta com a vítima. O preço da negociação foi vultosa quantia em dinheiro, conseguida mediante intensa campanha nos Estados Unidos, na qual as pessoas colaboraram com suas economias para livrar a condenada da execução da pena.

¹⁷⁶³ Esse sistema democrático é, também, conhecido como *ação penal popular*. Foi muito usado na Grécia e em Roma, mas os excessos praticados levaram ao seu descrédito. A função de acusar, que revelou homens da estatura de CATÃO e CÍCERO, tornou essa profissão uma das mais rendosas, o que findou comprometendo o compromisso com a justiça. A ação penal popular constou da Constituição Imperial de 1824 para os crimes de suborno, peita, peculato e concussão, hipóteses que foram acrescentadas pelo Código de Processo Criminal de 1832. O Código Penal de 1890 não tratou da ação penal popular, o que deu ensejo a discussões quanto a sua abolição, ou não. Finalmente, os Códigos Penal e Processual Penal em vigor não trataram da ação popular. (Cf. CARVALHO FILHO, Aloysio. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 4, p. 13-38). Alguns doutrinadores enxergam a forma de iniciativa dos crimes de responsabilidade julgados pelo Senado como hipótese de ação penal popular. Contudo, tal proposição não

órgão do Estado, o Ministério Público, modelo mais aceito, pois, possuindo isenção de ânimo, o *parquet* pode proceder de acordo com os interesses do grupo social, no sentido de propor a ação ou de pedir arquivamento do inquérito.

Todavia, a maioria dos países, como é o caso do nosso, embora adote como regra o denominado *sistema oficial*, admite diversas exceções, até para evitar uma excessiva concentração de poder no órgão do Ministério Público e mesmo conciliar esse monopólio com o direito de a pessoa mais diretamente interessada na solução do caso ter acesso direto ao Judiciário, assegurando-lhe a participação no processo. Em verdade, o nosso sistema é misto, porquanto: (1) em se tratando de crime de ação penal pública, a titularidade é do Ministério Público (*sistema oficial*), admitindo, porém, no caso de inércia, a queixa-crime subsidiária ofertada pelo ofendido ou, no caso de falecido ou declarado ausente, por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (*sistema natural*) e, também, que o ofendido, desde que deferida a sua intervenção, auxilie o Ministério Público (*sistema natural*); (2) em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, a titularidade é do próprio ofendido ou, no caso de morte ou declaração de ausência, de seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (*sistema natural*); (3) em se tratando de habeas corpus, espécie de ação penal especial, a legitimidade recai em qualquer do povo (*sistema democrático*).

Mas não é só. Quando o art. 129, I, da Constituição diz que cabe ao Ministério Público ofertar, *privativamente*, a ação penal pública, não se quis, com isso, retirar da alçada da autoridade policial a possibilidade de pedir ao Judiciário providências indispensáveis para o desenvolvimento do inquérito. Por isso mesmo, a despeito do preceito constitucional em foco, a autoridade policial pode pedir ao juiz, no curso do inquérito, a decretação da prisão preventiva do agente, quando isso se mostra indispensável para a instrução do procedimento investigatório ou para assegurar a aplicação da lei penal, ou mesmo a decretação da quebra de alguma garantia constitucional. O que não se mostra adequado é que se reconheça à autoridade policial a legitimidade para postular ao Judiciário a adoção de providências que não são diretamente relacionadas com o inquérito policial, como ocorre com frequência, nas hipóteses em que se pede a decretação da prisão preventiva após encerrado o procedimento investigatório, mais precisamente no relatório. Essa outorga de legitimidade para a autoridade policial se apresentava como uma anomalia, na medida em que, tendo sido encerrada a instrução policial, não se vê razão de ser de conferir legitimidade à autoridade policial para pedir a decretação de prisão preventiva. Isso porque, tendo a prisão preventiva natureza acautelatória, na hipótese de já encerrado o inquérito policial, esse pedido da autoridade policial serviria para tutelar o processo criminal, o que, convenhamos, não é razoável. Aliás, com a edição da Lei nº 12.403, de 2011, a autoridade policial só pode representar solicitando a decretação da prisão preventiva na fase do inquérito.

Mudando a orientação anterior adotada neste livro, pensamos que, em um cenário de processo criminal acusatório, não se deve reconhecer à autoridade policial legitimidade para pedir a prisão preventiva, sequer, durante o inquérito policial. Seja como for, como a prisão processual se trata de uma medida cautelar, quem deve ter legitimidade para solicitá-la é quem detém a titularidade para a ação principal.

9.3.3.2 – Ação penal pública como espécie de ação coletiva.

Na concepção democrática do Estado tem-se que o poder não pertence ao Estado nem muito menos a quem exerce suas funções. O poder político pertence ao *povo*, que continua o seu legítimo detentor, muito embora outorgue o seu exercício às pessoas selecionadas segundo o critério definido na Constituição. Na tripartição dos poderes políticos, a missão quanto ao exercício do dever-poder de perseguir a responsabilidade criminal de quem, contrariando o ordenamento jurídico, atenta contra os valores mais caros à sociedade – a vida, o patrimônio e a integridades física ou psíquica – recai sobre o Estado-administração, o qual, para bem exercê-la, organiza e estrutura o Ministério Público, confiando a este o desempenho dessa função perante o Judiciário.

parece acertada, porquanto não se trata de processo penal, mas de processo político, no qual não se aplica pena criminal, apenas sanção de ordem política. O caso COLLOR é emblemático para a questão, pois ele foi absolvido, criminalmente, pelo Supremo Tribunal Federal e condenado, politicamente, pelo Senado, com a consequente perda do cargo (*impeachment*).

O Ministério Público, portanto, ao exercer a ação penal, não defende um direito ou interesse que seja seu, mas sim um bem jurídico que é coletivo ou, em outras palavras, que pertence ao grupo social. A ação penal, por conseguinte, é confiada ao parquet não apenas para evitar que o processo criminal se transforme em palco para a manifestação da ira da vítima ou de sua família, mas também para que toda a coletividade seja por ele representada, pois, como diz JÜRGEN BAUMAN¹⁷⁶⁴, “*La pretensión penal del Estado surgida del derecho penal material, es una pretensión de derecho público de la comunidad frente al individuo*”. Em outras palavras, a segurança pública e o desejo para que seja perquirida a responsabilidade penal contra quem comete crimes traduzem-se em espécie de direito difuso, de modo que a defesa do interesse não pode ser confiada a um particular, porém a um órgão estatal comprometido em tutelar a sociedade.

Note-se que, em seu primeiro instante, o órgão ministerial, mesmo na seara criminal, era visto como um órgão que se preocupava em defender os *desejos ou necessidades* do soberano ou mesmo do Estado, mas não propriamente os *interesses da sociedade*. Só mais tarde, evidenciou-se que os membros do *parquet*, como lídimos agentes políticos, no exercício de suas funções, não estão no processo criminal para tutelar as *necessidades ou interesses estatais*. Essa característica sobressai com mais vigor quando se olha a função desempenhada pelo Ministério Público quando ele oferta ação civil pública contra o Estado e em prol de uma parte da coletividade. Por mais paradoxal que se apresente, mesmo no ambiente criminal, pode ser que o interesse estatal seja diferente daquele que está sendo defendido pelo Ministério Público. Isso não raro acontece quando são apuradas irregularidades na gestão financeira dos mais diversos órgãos públicos, muitas vezes com a suspeita de envolvimento do chefe do Executivo. Nessas hipóteses, os órgãos estatais, representados pelas pessoas que por eles respondem, contrapõem-se à vontade do Ministério Público.

Justamente por isso é que o Ministério Público, nada obstante pertença ao Executivo, possui autonomia administrativa e financeira, ao passo que os seus integrantes, pelo fato de serem agentes políticos, detêm independência funcional, com o pleno livre-arbítrio para formarem, de acordo com a sua consciência, a convicção sobre os casos por eles conduzidos. O órgão ministerial tutela os interesses da coletividade, até mesmo contra a ação ilícita daqueles que se protegem e usam o cargo público para praticar crimes. Dizer que o Ministério Público defende o Estado é o mesmo que dizer que é a este que pertence o poder, e não ao povo.

9.3.3.3 – Incongruência da ação penal de iniciativa privada com o sistema processual democrático.

Se a ação penal é confiada ao Ministério Público porque a persecução criminal se escora em interesse difuso da sociedade quanto à responsabilidade penal de quem pratica ilícitos, parece um tanto quanto incongruente que subsistam, ao lado das ações de iniciativa pública, as ações de iniciativa privada, cuja titularidade é conferida à própria vítima ou, quando ele é falecido ou declarado ausente, aos seus familiares (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão). Justifica-se a *ação penal de iniciativa privada* com o argumento de que determinados crimes atingem, de forma tão profunda, a intimidade da vítima, que somente esta é quem deve decidir, no caso concreto, se quer ou não que o ilícito e as suas circunstâncias venham à tona com a investigação e o subsequente processo criminal.

Não se nega que, em casos dessa natureza, deve-se deixar, na esfera da intimidade da vítima, decidir se o caso deve, ou não, ser apurado. Quanto a isso não há o que divergir, porém há forma de preservar esse bem jurídico, sem que se utilize da drástica solução de substituir o Ministério Público pela vítima na persecução criminal. Aí é que reside o *punctum dolens* da questão. Parece estranha a ação de iniciativa privada, conquanto fundamentada na preservação de interesses íntimos, familiares e sociais da vítima, antes de mais nada porque ela se manifesta como um resquício do tempo em que o procedimento criminal era enxergado sob uma perspectiva que privilegiava o *desejo* da vítima de se *vingar* da agressão sofrida. Ela mantém viva a chama do processo criminal movido por quem tem o interesse de ir à desforra, e não de promover o interesse público na responsabilização penal, o que

¹⁷⁶⁴ JÜRGEN, Bauman. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Tradução Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 10.

faz com que o processo se transforme no espaço institucional para se dar *reinício à briga* entre duas pessoas que, se não são inimigas, não se toleram ou não têm a menor simpatia uma pela outra¹⁷⁶⁵.

Ademais, o *jus puniendi*, como aqui já foi lembrado, pertence exclusivamente ao Estado¹⁷⁶⁶, de modo que o ofendido, ao ajuizar a ação penal de iniciativa privada, não invoca um direito material seu, posto que lhe é transferido apenas o *direito de acusar*. Por conseguinte, nesses casos, o particular se manifesta como substituto processual do Estado, o que é de todo inadequado e contraproducente¹⁷⁶⁷. A alegativa de que essa concessão à vítima se justifica pelo fato de a experiência demonstrar que, em determinados delitos, “... o processo estaria fadado ao fracasso se o *dominus litis* fosse o Ministério Público e a vítima não o desejasse”¹⁷⁶⁸ não procede, pois, para esses casos em que a o interesse na persecução penal pela vítima se mostra importante, a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação se apresenta como a solução mais razoável.

De outra banda, a ação criminal de iniciativa privada, nada obstante tenha o condão de conferir à vítima o acesso direto ao Judiciário, inibe que a coletividade, igualmente atingida com a conduta ilícita, se faça representar no processo criminal, e, sob outro aspecto, cria espaço propício para que a relação processual seja transformada em campo para o embate de interesses individuais, circunstância que não se coaduna com um sistema criminal democrático¹⁷⁶⁹.

Não parece correto justificar a ação penal de iniciativa privada com o argumento de que, nesses casos, o crime não é do interesse da coletividade, pois consulta apenas a esfera de intimidade da vítima e da sua família. Esse raciocínio se atrita com a própria concepção do *Direito Penal mínimo*, que reside na ideia de que só devem ingressar no campo do Direito Penal as condutas que, pela sua gravidade, além de não serem adequadamente tratadas por meio das sanções previstas nos demais ramos do Direito, fazem com que seja do interesse de todos, e não apenas da vítima ou de seus familiares, a pronta persecução criminal¹⁷⁷⁰.

Se a conduta é tão tênue que arranha apenas a esfera da intimidade de uma pessoa individualizada e, quando muito, o de sua família, tal comportamento, pelo fato de não atentar contra os interesses da coletividade em si, não deve ter repercussão na seara do Direito Criminal. Compartilhando desse entendimento, EUGÊNIO PACELLI¹⁷⁷¹ sustenta que, tendo em conta a natureza *fragmentária e subsidiária* do Direito Penal, não há norma criminal incriminadora cujo escopo não seja a tutela de bens e valores que interessem ao grupo social em geral, circunstância que permite a conclusão de que “... somente em razão da existência do tipo penal, já se evidencia o interesse público configurador da reprovabilidade da conduta”. Se é da essência do tipo penal carregar embutido o interesse público, nenhuma conduta deve ser considerada ilícito penal se despertar apenas o interesse individual da vítima ou a de sua família.

Portanto, caso a conduta ilícita somente atinja a esfera de intimidade de uma pessoa individualizada ou de sua família, não é o caso de a ação penal ser de iniciativa privada, mas sim, em homenagem ao princípio do Direito Penal mínimo – cláusula reitora de todo sistema democrático –, de não ser tipificada como crime¹⁷⁷². Partindo do pressuposto de que todos os crimes previstos em nosso ordenamento jurídico possuem como conduta típica agressões que, a despeito de praticadas contra uma pessoa individualizada, afrontam a coletividade em seu todo, a falta de sintonia da ação de iniciativa privada com a ordem democrática manifesta-se em razão de essa legitimidade postulatória afastar a tutela do interesse da coletividade quanto ao caso, além de conferir guarida ao *desejo* de punir do particular.

De qualquer forma, a acusação privada retira do autor que praticou o ilícito o direito de ser acusado por alguém que não tenha interesse que não seja o de aplicar corretamente a legislação

¹⁷⁶⁵ Sobre o assunto, AFRANIO SILVA JARDIM possui posição crítica e diz que a ação penal de iniciativa privada reflete uma ultrapassada visão privatística do Direito e do processo penal (Op. cit., p. 304).

¹⁷⁶⁶ Essa afirmação parte do pressuposto de que o poder não pertence propriamente ao Estado, mas sim ao povo. O Estado é apenas o representante do povo.

¹⁷⁶⁷ MIRABETE diz que, na hipótese de ação penal de iniciativa privada, embora o *jus puniendi* pertença ao Estado, este transfere para o particular o direito de acusar. (Op. cit., p. 120).

¹⁷⁶⁸ Ibid. p. 120.

¹⁷⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁷⁰ JARDIM. Op. cit., p. 305.

¹⁷⁷¹ Op. cit., p. 119.

¹⁷⁷² Ibid.

¹⁷⁷³ Cf. item 8.3.2, supra.

criminal. Na perspectiva de um processo criminal garantista, a titularidade da ação penal nas mãos do Ministério Público é uma garantia para o agente de que ele não vai ser acusado por quem lhe tem ódio ou rancor, fomentado pelo desejo de vingança, o que evita, como salienta VÉLEZ MARICONDE¹⁷⁷³, acusações temerárias ou caluniosas. A ação penal de iniciativa privada, como se vê, ainda que fundada em uma garantia individual de acesso ao Judiciário, contém toda sorte de inconvenientes.

O ofendido, adverte ALOYSIO DE CARVALHO FILHO¹⁷⁷⁴, é a pessoa menos apta a assumir a titularidade da ação penal, pois impelido pela paixão e malquerença que *insuflam a acusação*, ele é movido mais pela vingança do que pelo intuito superior de justiça, ao passo que retira do acusado a garantia de neutralidade e justiça, que lhe é dada quando a legitimidade para o exercício do direito de acusar recai sobre o Ministério Público, insensível a paixões e desavenças proverbiais do ofendido.

De outro lado, sob a perspectiva da *vitimologia*, que permite enxergar o processo como uma segunda lesão à esfera individual da pessoa já ofendida com o crime, tem-se a dimensão de quão doloroso e constrangedor não era para a vítima de estupro, quando esse tipo de crime desafiava ação penal de iniciativa privada, ter de realizar o *esforço* da acusação durante todo o processo, exercendo essa função e com a responsabilidade de cuidar da movimentação processual. Isso gerava um efeito de nova vitimização (revitimização), o que não era razoável e fomentou a alteração do Código Penal, a fim de tornar esses crimes passíveis de ação penal condicionada à representação.

Por fim, ação de iniciativa priva compromete a situação da vítima, diante da dificuldade do acesso à justiça, considerando que precisa constituir advogado, entre outros encargos, o que pode afastar a litigiosidade por uma ideia de que o esforço *não vale a pena*.

Sensível a esses argumentos, a comissão de juristas, presidida pelo ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido, na proposta de novo Código de Processo Penal, consubstanciada no Projeto de Lei nº 156, de 2009, aprovado pelo Senado, sugeriu a extinção da ação penal de iniciativa privada¹⁷⁷⁵.

A tese aqui defendida, entretanto, não se aplica à queixa penal subsidiária. Primeiro porque ela está inserida, como aqui foi dito, no rol dos direitos fundamentais¹⁷⁷⁶, como forma de conferir à vítima a possibilidade de controlar a ação do Ministério Público, nas hipóteses em que este não oferece a denúncia no prazo que lhe é assinado nem pede o arquivamento. Em última *ratio*, assegura o acesso à justiça, o que é salutar em um sistema democrático, que não deve prestigiar, de forma absoluta, o monopólio da ação penal nas mãos do Ministério Público. Note-se que, nesses casos em que o Ministério Público se mostra inerte, a ação penal não perde a sua natureza pública, apenas é conferida legitimidade concorrente à vítima ou, na sua falta, aos seus familiares – cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, de ofertar queixa penal subsidiária.

Defende-se, até mesmo, que o legislador ordinário – até porque não está proibido a tanto –, amplie a possibilidade de ajuizamento da ação penal subsidiária, a fim de abranger as hipóteses em que o Ministério Público, ao invés de oferecer a denúncia, pede o arquivamento do inquérito. Caso assim fosse, bastaria que se colocasse como exigência para a sua admissibilidade, a presença de elementos que conferissem uma plausibilidade mais concreta da pretensão. Crê-se que esse tratamento seja mais consentâneo com um sistema criminal democrático que tem o acesso à justiça como um de seus elementos determinantes. De qualquer sorte, a solução alvitada pela Lei nº 13.964, de 2019, ao emprestar nova redação para o art. 28 e incluir o § 1º do CPP, parece ser a mais adequada, na medida em que possibilidade o questionamento por parte da vítima e de quem a represente perante o órgão revisor ministerial, quando o membro do Ministério Público legitimado para a ação penal entender pelo arquivamento do inquérito policial. Ademais, no caso de arquivamento, o promotor de justiça ou procurador da República, além de ter de encaminhar os atos para o respectivo órgão revisor, ainda terá de comunicar à vítima, a fim de que está, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias, se manifeste a respeito¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷³ Apud JARDIM. Op. cit., p. 306.

¹⁷⁷⁴ Op. cit., p. 25.

¹⁷⁷⁵ Cf. item 1.4.6, supra.

¹⁷⁷⁶ Cf. item 9.3.1, supra.

¹⁷⁷⁷ Cf. item 9.3.1, supra.

9.3.3.4 – Ação penal de iniciativa pública condicionada à representação como forma adequada de conciliar os interesses da vítima com o sistema processual democrático.

A maioria dos doutrinadores justifica a permanência da ação de iniciativa privada devido ao *strepitus iudicii* (escândalo da publicidade do fato). Ora, caso a razão de ser do instituto da ação de iniciativa privada seja deixar com a vítima o poder de decidir se deseja a apuração de fatos que lhe são extremamente constrangedores, não haveria necessidade de dar-lhe a titularidade para o manejo da persecução criminal, porquanto suficiente, para esse fim, condicionar a iniciativa do Ministério Público ao prévio consentimento daquela, como ocorre com as ações penais de iniciativa pública condicionada à representação.

Com efeito, se a ação penal de iniciativa pública condicionada à manifestação de vontade da vítima, como salienta MIRABETE¹⁷⁷⁸, “... deriva do fato de que, por vezes, o interesse do ofendido se sobrepõe ao público na repressão do fato criminoso, quando o processo, a critério do interessado, pode acarretar-lhe males maiores do que aqueles resultantes do crime”, não se sente a necessidade da existência da ação de iniciativa privada. Tenha-se presente que a razão de ser da ação penal de iniciativa pública porém condicionada à representação do ofendido tem em mira justamente preservar os interesses íntimos, familiares e sociais da vítima, deixando que ela, ao seu talante, resolva se deve ser ajuizada a ação¹⁷⁷⁹.

Por isso mesmo, para aqueles casos em que se tem a intenção de preservar o interesse da vítima em não levar o caso a público – pois, mesmo com a restrição da publicidade, ainda assim o fato passa a ser do conhecimento de várias pessoas, além de o processo, por si mesmo, servir para acarretar constrangimentos maiores –, basta que se condicione ao prévio assentimento do ofendido o ajuizamento da ação pelo Ministério Público.

Essa política legislativa foi levada em consideração pelo legislador por meio da edição da Lei nº 12.015, de 2009. Essa lei modificou o Código Penal e, a par de alterar a nomenclatura dos crimes sexuais, substituindo a nomenclatura do Título VI que era *dos crimes contra os costumes* para *dos crimes contra a dignidade sexual*, modificou a previsão inicial de que a persecução criminal nesse caso era por meio de ação penal de iniciativa privada, a fim de estabelecer, como regra para esses delitos, a ação penal de iniciativa pública, condicionada a representação, salvo no caso de vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa considerada vulnerável (art. 225, §1º, I, e §2º, do Código Penal), em que a atuação do Ministério Público prescinde de manifestação de vontade da vítima.

Essa modificação, na linha do que aqui sustentado, é mais coerente, porquanto, nos casos em que a ação penal é pública, condicionada à representação, o direito do ofendido, por questão de política criminal, é privilegiado em relação ao interesse da sociedade quanto à persecução criminal, pelo que o agir do Ministério Público fica condicionado ao prévio consentimento daquele¹⁷⁸⁰.

Pode-se dizer – e é o argumento, comumente, utilizado – que a ação penal privada é reservada para aqueles casos em que está em jogo interesse que diz respeito à própria vítima, sem repercussão

¹⁷⁷⁸ Op. cit., p. 113.

¹⁷⁷⁹ Há corrente doutrinária que expõe críticas à previsão da ação penal condicionada à representação, que coincide com as que são feitas à ação de iniciativa privada. Ei-las: (1) prejuízo do Estado, como titular do jus puniendi; (2) prejuízo do ofendido, quando não oferecer a representação por desconhecer a necessidade; (3) abandono da autoridade do Estado; (4) possibilidade de comercialização do direito ou ensino a extorsões. Ainda assim, tal se justifica a fim de preservar os interesses da vítima, diante da circunstância de a apuração do delito poder trazer consequências pessoais, familiares e/ou sociais para ela.

¹⁷⁸⁰ São poucas as hipóteses em que o crime desafia ação penal condicionada à representação da vítima. Com efeito, as previsões normativas são as seguintes: (1) arts. 130, §2º (perigo de contágio venéreo); 145, § único (crimes contra a honra); 147, § único (ameaça); 151, § 4º (violação de correspondência); 152, § único (Correspondência comercial); 153, § único (divulgação de segredo); 154, § único (violação de segredo profissional); 156, § 1º (furto de coisa comum); 176, § único (outras fraudes); 182 (crimes contra o patrimônio praticados contra cônjuge desquitado ou judicialmente separado e contra irmão legítimo ou ilegítimo, tio ou sobrinho com quem o agente habita); (2) nos crimes contra a honra do funcionário público, em razão de suas funções (o STF, nesse caso, entende que se trata de uma alternativa, de modo que o ofendido pode, nada obstante, propor queixa criminal); (3) Nos crimes definidos nos Capítulos I (Crimes contra a liberdade sexual) e II (Crimes sexuais contra vulneráveis), em razão do art. 225, parágrafo único, do Código Penal, com a redação da Lei 12.015, de 2009: Antes dessa modificação, a ação penal nos crimes sexuais, os chamados crimes contra os costumes, era de iniciativa privada, passando para pública condicionada a representação, quando a vítima e seus eram pobres (CP, art. 225, § 1º, I, e § 2º); (4) nos crimes de injúria com discriminação em razão de raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (art. 145, parágrafo único com a redação da Lei 12.033, de 29 de setembro de 2009: “Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do §3º do art. 140 deste Código”).

para a sociedade, daí por que não seria adequado que o ajuizamento da ação ficasse sob a batuta do Ministério Público, até porque a este somente devem ser confiadas missões nas quais haja, subjacente, o interesse coletivo da sociedade. Ora, como já foi acentuado no item 9.3.3.3, supra, em um sistema criminal democrático, que se estrutura tendo em conta, dentre outros princípios, o postulado do Direito Penal mínimo, não se mostra adequado eleger como crime conduta ilícita que não gere interesse na busca da responsabilidade criminal por parte da coletividade. Se a conduta ilícita é tal que a lesão afronta tão-somente a pessoa da vítima, então é porque, em verdade, dentro da concepção do Direito Penal mínimo, ela não deve merecer censura no campo criminal. O que deve ser classificado pelo legislador como crime são apenas as ações que, embora praticadas contra uma única e determinada pessoa, ainda assim, suscitam, no grupo social, a repulsa contra a agressão e o sentimento de necessidade de ser manejada a persecução criminal.

Por outro lado, a substituição de todas as hipóteses de ação penal de iniciativa privada para a de iniciativa pública, condicionada à representação da vítima, sem embargo da consequente eliminação dos crimes em que não se enxerga interesse latente da sociedade, como era o caso do adultério¹⁷⁸¹, outrossim, teria o conveniente de retirar do nosso cenário os casos em que o processo é movido apenas pelo ódio e sentimento de vingança da vítima.

9.3.3.5 – Participação da vítima no processo como direito de cidadania e de amplo acesso ao Poder Judiciário, ideia nuclear da *justiça restaurativa*.

Conforme já tivemos oportunidade de dizer, o titular da ação penal pública é o Ministério Público, diferentemente do que acontece na ação penal privada, cujo titular é o próprio ofendido ou seu representante legal. Muito embora o órgão estatal não seja, propriamente, o defensor do interesse da vítima ou de sua família, porém o órgão de defesa dos interesses da coletividade, não se pode esquecer que o interesse da vítima é, igualmente, tutelado por este¹⁷⁸². A despeito de o interesse da vítima e, de resto, da sociedade ser tutelado mediante o ajuizamento da ação penal manejada pelo Ministério Público, permite-se àquela ou a seu representante legal, ou, na sua falta, ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão participar do processo, na qualidade de assistente.

Assim, admite-se, em qualquer fase processual, desde que não ocorrido o trânsito em julgado da sentença, a admissão do assistente, que receberá a causa no estado em que se encontrar¹⁷⁸³. A leitura seca do art. 273 do Código de Processo Penal pode levar a crer que a admissão da vítima no processo, na qualidade de assistente, trata-se de uma liberalidade, razão pela qual pode ser sonogada a sua atuação no processo, quando isso seja conveniente para o Ministério Público, até mesmo sob a invocação de que aquela seria capaz de tumultuar o feito, diante da passionalidade com que tende a atuar na peleja pela condenação do acusado¹⁷⁸⁴. Todavia, em um sistema democrático, fundado na cidadania ativa, como é o caso brasileiro, tem-se que não pode ser negada a participação da vítima no processo na qualidade de assistente, a não ser que, efetivamente, ela não se enquadre, tecnicamente, no desenho legal dessa figura normativa¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸¹ A supressão do crime de adultério, debatida há algum tempo em nosso meio, já tinha sido pedida por BECCARIA, no livro *Dos delitos e das penas*.

¹⁷⁸² Conta ANTÔNIO SCARANCA que “A vítima, se nos primórdios da civilização teve relevante papel na punição dos autores de crimes, foi depois quase inteiramente esquecida do cenário processual penal. Só nos últimos tempos vem sendo objeto de redescoberta em todos os cantos do mundo” (*O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 11). Sobre a natureza jurídica processual da figura do assistente e suas atribuições, cf.: ZIYADE, Fátima. *O assistente de acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. Em arremate final ao seu estudo, ZIYADE finaliza que a perda ou a dor da vítima não se tem por reparada com o pagamento em dinheiro, “... mas sim aplicando-se ao infrator da norma penal a correta Justiça” (Op. cit., p. 189). Não se trata, portanto, de institucionalização da vingança privada, porém o que o sistema jurídico viabiliza com o instituto da assistência é a possibilidade de a vítima, diante do seu evidente interesse no caso, participar do processo, a fim de auxiliar o Ministério Público na função de buscar a condenação do acusado para que, assim, seja feita a justiça. Eventuais excessos praticados por assistentes de acusação não servem para infirmar essa assertiva.

¹⁷⁸³ Como o Ministério Público é o titular da ação penal, ao chegar às mãos do juiz pedido de admissão do assistente, antes de decidir, deve-se ouvir, previamente, o Ministério Público.

¹⁷⁸⁴ O art. 273 do Ordenamento Processual Penal está assim redigido: “Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar nos autos o pedido e a decisão”.

¹⁷⁸⁵ O Código de Processo Penal, pouco afeito à técnica, não usa apenas a palavra vítima para identificar a pessoa que é lesionada pela ação delituosa. Além desta, o legislador usa os termos ofendido, pessoa ofendida e lesado. O Código de Processo Penal português, adotou um conceito restritivo, na medida em que, no art. 68, 1, “a”, diz que se consideram ofendidos apenas

Entendimento contrário teria o condão de negar à vítima o acesso propriamente dito à justiça, no que diz respeito ao direito de participar do processo, a fim de que, com o seu esforço e inteligência, possa lutar para que seja feita a justiça e reparada, em termos, a agressão sofrida. Contestando posição doutrinária sustentada por JOAQUIM CANUTTO, para quem a participação da vítima no processo criminal, na qualidade de assistente, serve para que ela intervenha no feito no escopo de defender, única e exclusivamente, os efeitos civis decorrentes da ação penal, MARCELO FORTES BARBOSA¹⁷⁸⁶ conclui que “... a assistência de acusação, em nosso Direito Processual Penal, não é um mero correlativo direto do direito à reparação do dano, eis que o ofendido intervém para reforçar a acusação pública, figurando em posição secundária o interesse medido na reparação do dano causado pelo delito.”

Em rigor, de conformidade com o Código de Processo Penal de 1941, a vítima ou ofendido tanto é o sujeito passivo quanto o *secundário*, ou seja, compreende, igualmente, a pessoa que recebe a ação ilícita e a que tem o direito à reparação do dano, o que, às mais das vezes, recai sobre a mesma pessoa. Basta um exame, ainda que perfunctório, das medidas cautelares, estampadas nos Capítulos V e VI do Título VI do Livro I do Código de Processo Penal, para verificar que, para ter legitimidade quanto à postulação de uma das providências ali catalogadas, não basta ser sujeito passivo, pois se exige, ainda, que se tenha o direito à reparação do dano. Por isso mesmo, não tem o menor sentido condicionar, como querem alguns, a admissão do assistente ao processo à prévia demonstração, com o pedido formulado, do interesse cível que se quer ver resguardado na demanda criminal, uma vez que a sentença condenatória sempre dá origem a título judicial com o condão de aparelhar futura execução civil, enquanto, em alguns casos, como de inexistência do fato, a absolutória faz coisa julgada para as demais instâncias. Com inteiro acerto, salienta ANTÔNIO SCARANCE que “Tirante essa hipótese em que a vítima requer medida cautelar civil, em todas as outras não terá a sua atuação limitada ao resguardo de interesses civis.¹⁷⁸⁷ Não se pode perder de vista que, quando a vítima ou sua família contrata um advogado para que ele auxilie o Ministério Público no processo criminal, assim procede no interesse que tem em relação à condenação penal.

Todavia, há de se reconhecer de que um dos maiores desafios do processo penal reside, justamente, no resgate de sua legitimidade, especialmente em relação à vítima, que é, ainda hoje, a grande esquecida do sistema criminal. Se for certo que a finalidade do processo não é atender aos fins dos governantes, porém aos lícitos interesses da sociedade, até porque, em *ultima ratio*, a atividade jurisdicional é uma das manifestações do poder político que, embora exercida pelo juiz na qualidade de membro do Poder Judiciário, pertence e deve ser desempenhada em nome do povo, não se pode perder de vista a necessidade de que a resposta como resultado final do processo, na medida do possível, não se descure em satisfazer o sentimento de justiça da vítima¹⁷⁸⁸.

Científica ANTÔNIO SCARANCE¹⁷⁸⁹ que, faz algum tempo, renasceram, no Direito Comparado, intensos estudos sobre o papel da vítima no processo penal, o que gerou movimentos crescentes de associações internacionais, regionais e nacionais voltadas a “... delimitar, definir, difundir e assegurar os direitos da vítima”. Fruto desse novo despertar, na Assembleia Geral das Nações Unidas de 29 de novembro de 1985, deliberou-se e aprovou-se a Declaração dos Direitos Fundamentais da Vítima, embrião do que deu substância ao surgimento de uma nova ciência: a *vitimologia*¹⁷⁹⁰.

Esse movimento além fronteiras, na seara processual, recebeu o nome de *justiça restaurativa*¹⁷⁹¹, que propugna a reforma dos ordenamentos processuais criminais, no desiderato de

“os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação” (PIMENTA, José da Costa. *Código de processo penal anotado*. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 226). No nosso sistema, adverte ANTÔNIO SCARANCE, ao contrário, “O vocábulo é usado para se referir ao titular do direito de ação penal privada, ao titular do direito de representação, ao assistente do Ministério Público, ou, ainda, ao legitimado para requerer providências cautelares civis” (O papel da vítima no processo criminal. p. 53).

¹⁷⁸⁶ *Considerações sobre a natureza jurídica da assistência de acusação no processo penal brasileiro*. São Paulo, n. 72, trim. 1971, p. 41-52.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸⁸ Cf. 1.3.10, *supra*.

¹⁷⁸⁹ *O papel da vítima no processo penal*, p. 11.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁷⁹¹ A ideia da justiça restaurativa é o estabelecimento de um sistema complementar ao processo criminal, a fim de conceber programas de segurança e auxílio não apenas às vítimas, mas igualmente às testemunhas e aos acusados. Esse tema, já debatido

que a vítima seja *olhada* com mais consistência, mediante um enfoque diferente do *princípio do acesso à justiça*, para que sejam observados os seus direitos básicos que, a par do estabelecimento de regras pertinentes à participação mais ampla no processo e de segurança e proteção contra violências, abrange, igualmente, *ações sociais* que visem ampará-la com programas tendentes a reparar ou diminuir os efeitos maléficos do ilícito.

Em compasso com as orientações internacionais, a Lei nº 9.807, de 1999, criou o sistema nacional de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas¹⁷⁹². O programa de proteção à vítima compreende, além de medidas de segurança que podem consistir, até mesmo, em providências que importem na transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível, ajuda financeira mensal e apoio e assistência social, médica e psicológica. Com efeito, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.807, de 1999, o programa pode consistir em: (1) segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; (2) escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; (3) transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; (4) preservação da identidade, imagem e dados pessoais; (5) ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; (6) suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; (7) apoio e assistência social, médica e psicológica; (8) sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; (9) apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Na mesma direção, com a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, o legislador, orientado por essa doutrina, que consagra a *justiça restaurativa*, a despeito das garantias já previstas na Lei nº 9.807, de 1999, inseriu no Código de Processo Penal alguns dispositivos tendo em mira satisfazer algumas necessidades básicas do ofendido. Quanto ao aspecto social, no afã de atender a esse objetivo, que é próprio da *justiça restaurativa*, o legislador da primeira etapa da Reforma Tópica, com a edição da Lei nº 11.690, de 2008, deixou claro que o magistrado deverá, nos casos em que for sentida a necessidade, “... encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado” (art. 201, § 5º, do CPP).

Avançando ainda mais na questão referente aos efeitos negativos do processo criminal, o legislador inseriu dentre os deveres processuais do magistrado a adoção das providências pertinentes para preservar a *intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido*, a fim de preservar a sua exposição perante os meios de comunicação (art. 201, § 6º, do CPP)¹⁷⁹³. Para resguardar esses direitos fundamentais do ofendido, o juiz poderá, inclusive, “determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito...”

No mesmo passo, a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013, impôs aos hospitais a obrigação de oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, além de encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social” (art. 1º).

Ainda tendo em conta a ideia restaurativa, a Lei nº 11.719, de 2008, estabeleceu, como requisito essencial da sentença condenatória, a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos, tendo em consideração os prejuízos causados ao ofendido (art. 387, IV, do CPP). Indo mais além, a Lei nº 12.403, de 2011, conferiu legitimidade ativa ao ofendido para solicitar a decretação de medida cautelar de ordem pessoal, inclusive detentiva¹⁷⁹⁴.

Para além desse aspecto de maior participação da vítima no processo, tem-se que a Constituição de 1988 confere à vítima e ao acusado a condição de sujeitos de direitos nem todos

e regulamentado na ONU com a declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder, voltou a ser agitado no Décimo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, realizado em Bangkok, na Tailândia, em abril de 2005.

¹⁷⁹² A lei em referência, seguindo orientação da ONU, também dispõe sobre a proteção aos acusados.

¹⁷⁹³ A fim de dar coerência sistêmica, com a mesma Lei, providenciou-se o acréscimo de parágrafo único ao art. 63 do CPP, para dispor 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”.

¹⁷⁹⁴ Sobre o papel da fiança na justiça restaurativa, cf. item 9.6.5.2.2.3.2, infra.

passíveis de tratamento na via estreita do Judiciário e que vão além da resolução do problema jurídico-criminal.

Esse novo paradigma coloca a justiça de modelo *punitivo* ou *retributivo* no banco dos réus. Para além do desenvolvimento de política criminal lastreada na *cultura de paz* para a busca de solução consensuada quanto à criminalidade não violenta, sente-se a necessidade de abrir outra *porta mais larga* do que a do processo, a fim de que questões fundamentais do *problema penal* recebam tratamento com olhar plural e diferenciado, para além da questão jurídico-criminal, tratado na via estreita do processo.

Esse ambiente mais amplo é denominado propriamente *Justiça Restaurativa*, modelo de *administração de conflito* que representa uma virada copérmica quanto ao tratamento da *questão social* subjacente a todo e qualquer comportamento desviante; o abandono das armas da guerra pela bandeira da paz, da cultura da violência pela cultura da paz. Essa política judicial está definida na Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 225, de 2016, que obriga os tribunais de justiça e regionais federais a implementar os programas restaurativos¹⁷⁹⁵.

Conquanto seja uma novidade no sistema jurídico nacional, o tratamento de conflitos pela comunidade, por meio de entendimento entre os envolvidos e representantes do grupo social é prática antiga. Seja como for, o *modelo restaurativo*, tal como hoje conhecido, tem seu germe nas experiências comunitárias desenvolvidas no Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia, entre as décadas de 1970 e 1990 e foi alçado a diretriz para os sistemas jurídicos a partir da Resolução da Organização das Nações Unidas nº 1999/26, de 28 de julho de 1999, que estabeleceu o desenvolvimento e implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na justiça criminal.

Na justiça restaurativa a intenção não é fixar a *culpa, julgar* ou definir quem é o *culpado*, mas pactuar *obrigações*, tendo como foco central as necessidades da vítima e dos demais envolvidos – aí incluído o acusado – e, quando possível, a responsabilidade do ofensor quanto à reparação do dano para além do aspecto material. De permeio, busca-se a conscientização do agente em relação ao seu comportamento desviante. A preocupação não é definir qual o crime cometido, mas quais as *necessidades* dos envolvidos no conflito, que invariavelmente vão além do infrator e do ofendido direto, alcançando outras pessoas da comunidade direta ou indiretamente atingidas, familiares ou não.

Esse novo paradigma coloca a justiça de modelo *punitivo* ou *retributivo* no banco dos réus. Para além do desenvolvimento de política criminal lastreada na *cultura de paz* para a busca de solução consensuada quanto à criminalidade não violenta, sente-se a necessidade de abrir outra *porta mais larga* do que a do processo, a fim de que questões fundamentais do problema penal recebam tratamento com *olhar plural e diferenciado*.

Isso porque o crime ou o problema criminal possui duas dimensões, denominadas por HOWARD ZEHR¹⁷⁹⁶ como sendo uma *pública* e *a outra social*. A pública, segundo seu ensinamento, deve ser tratada no âmbito do judiciário, no processo criminal, enquanto a social por meio de outra porta, mais ampla e plural, que dá acesso à justiça restaurativa. Explica ZEHR¹⁷⁹⁷ que, sendo o crime um ato lesivo, a justiça precisa ser restaurativa, não meramente retributiva, pois o verdadeiro significado da expressão *justiça* é “reparar a lesão e promover a cura”.

O juiz das garantias ou quem estiver nessa atribuição, ao acompanhar a investigação, deve integrar núcleos reparadores ou, pelo menos, ser agente de articulação quanto ao encaminhamento para as redes de prática dos programas restaurativos dos envolvidos no conflito, independentemente de eventual conciliação entre infrator e ofendido ou acordo entre o Ministério Público e o autor da infração. Como adverte HOWARD ZEHR¹⁷⁹⁸, a justiça restaurativa não é fórum pensado para obter o perdão ou a reconciliação – embora isso seja desejável, muito menos se destina a substituir o sistema de justiça, devendo atuar em paralelo. Pode-se até iniciar a prática restaurativa antes, durante ou depois da negociação que resulte em ANPP, suspensão condicional do processo ou colaboração penal

¹⁷⁹⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Justiça restaurativa na jurisdição criminal federal no Estado do Rio Grande do Norte. In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. (Org.). *Jurisdição criminal*: sugestões e análise dos dados do GMF5R. Natal: OWL, 2021.

¹⁷⁹⁶ ZEHR, Howard. *The little book of restorative justice*. New York: Good Books, 2014, p. 13.

¹⁷⁹⁷ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 190.

¹⁷⁹⁸ *The little book of restorative justice*, p. 11.

ou mesmo quando nenhuma dessas espécies de acordo seja admissível e independentemente do tipo do crime.

Note-se que tanto na suspensão do processo (art. 89, § 1º, I, da Lei nº 9.099, de 1995), quanto no ANPP (art. 28-A, I, primeira parte, do CPP) e na colaboração premiada (art. 4º, IV, da Lei nº 12.850, de 2013), o ressarcimento do dano é colocado como uma das condições do acordo, o qual deve ser analisado sob a perspectiva restaurativa, o que não se confunde com a mera reparação financeira, indo muito mais além. Isso quer dizer que o juiz, ao ter sob o crivo os acordos firmados pelas partes, tem a responsabilidade institucional de abrir a possibilidade de levar o problema para ser tratado também no ambiente da prática restaurativa, inserindo os interessados em programas por ele desenvolvidos ou articulando o atendimento por redes existentes para esse fim.

É necessário, pois, estruturar espaços para o desenvolvimento de práticas restaurativas, sem, contudo, querer transformar a ideia da *Justiça Multiportas* em um *Judiciário Multiportas*. Não parece razoável querer desenvolver as práticas restaurativas sob o monopólio do Judiciário, até porque não há condições para tanto. O ideal é que a prática restaurativa tenha a participação direta e a liderança da própria comunidade. O Judiciário pode e deve ser um indutor para a prática restaurativa, participar na articulação das redes comunitárias e identificar os casos e pessoas para serem encaminhados para o tratamento restaurativo.

Afinal, a ideia da justiça multiportas não significa a reengenharia dos prédios do Judiciário no sentido de que sejam abertas várias portas, mas, sim, que sejam viabilizados outros *fóruns* adequados para o tratamento do *conflito social*, para além da questão jurídica, mediante a existência de ambientes comunitários para o tratamento do problema tendo como foco e em mira atender as necessidades da vítima, do infrator e do grupo social direta e indiretamente envolvida, sob a orientação da *cultura de paz*.

9.4 – Princípio da inviolabilidade da intimidade.

O homem é um ser social por natureza, de modo que ele precisa conviver com outras pessoas, a fim de ter as suas necessidades básicas atendidas. Todavia, a vida em sociedade, conquanto indispensável para que o homem se desenvolva, subsiste ao lado da necessidade de preservar a sua *intimidade*, como forma mesmo de assegurar a sua personalidade. A intimidade possui duas dimensões: uma *interior* e outra *exterior*. Aquela se reveste de natureza física e material, recolhendo-se o homem ao seu *castelo* para desfrutar do sossego, enquanto esta se manifesta apenas no sentido psíquico. O direito à preservação da intimidade, nessas duas dimensões, é inerente à condição humana, sendo uma decorrência lógica dos direitos fundamentais.

Assim, mesmo quando o princípio da intimidade não consta do rol dos direitos fundamentais de forma expressa, tem-se que essa garantia está implícita, pois é imanente ao sistema de proteção. É uma decorrência lógica da dignidade da pessoa humana. No ponto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1958, no art. XII, não usa essa expressão, mas diz que “Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”. A Constituição portuguesa, porém, no art. 26, 2, de modo cogente, assegura que “A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”. O constituinte português, com mais cautela, avançou para proteger a pessoa também da “... abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” (art. 32, 6).

As Constituições brasileiras anteriores, desde a Carta Imperial de 1824, sempre deram guarida ao direito à intimidade. Porém, expressamente, ele somente foi previsto como direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência¹⁷⁹⁹. A Carta de 1988, sublinhando o seu compromisso democrático, foi mais além e, sem se descuidar de dar garantia à intimidade quanto à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, acrescentou um inciso especificamente para inscrever, dentre os

¹⁷⁹⁹ A garantia da livre manifestação do pensamento também faz parte da história constitucional do Brasil, sendo prevista como direito fundamental que garante a intimidade. De todo modo, a livre manifestação do pensamento não é, propriamente, uma garantia processual penal, daí por que não merece aqui ser esmiuçada.

direitos fundamentais, a *inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem* (art. 5º, X)¹⁸⁰⁰.

A *intimidade*, por conseguinte, é objeto de diversas normas que procuram preservar o isolamento físico e mental da pessoa sozinha, em companhia de outrem e ou de sua família e, bem assim, das suas correspondências e comunicações de dados, telegráficas e telefônicas. Na proteção à intimidade é que estão inseridos o sigilo dos negócios pessoais¹⁸⁰¹, da movimentação bancária, situação fiscal e referente aos contatos telefônicos etc. Tem em mira preservar a esfera privada ou íntima da pessoa da interferência de estranhos. A garantia constitucional confere à pessoa o direito de pedir reparação pela violação desse princípio, assim como gera como consequência no campo criminal tornar ilícita qualquer prova que venha a ser obtida sem o respeito à área da intimidade da pessoa, salvo se houver autorização judicial para tanto.

Por força da preservação constitucional à intimidade, não se admite que, para fins de investigação, sem consentimento da pessoa, a sua conversa seja gravada ou a imagem filmada. Isso representa violação à esfera da intimidade, porquanto a pessoa, caso soubesse que estava tendo a fala gravada ou a imagem filmada, teria outro tipo de comportamento. No famoso caso envolvendo o então Ministro da Previdência Social ANTÔNIO ROGÉRIO MAGRI, o Supremo Tribunal Federal foi palco de acirrada discussão quanto à liceidade da prova obtida com a gravação clandestina da conversa mantida entre ele e um Procurador do Instituto Nacional do Seguro Social, na qual o primeiro exigia do segundo que lhe fosse dada participação financeira em certame licitatório¹⁸⁰².

No julgamento discutiu-se o recebimento de denúncia apoiada nesse tipo de prova e, embora o Pleno, à unanimidade, tenha se posicionado favorável ao acolhimento da peça acusatória, os Ministros MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO entenderam pela nulidade da prova consubstanciada em gravação clandestina realizada por um dos interlocutores e somente acolheram a denúncia devido à existência de outros elementos indiciários da autoria. O Ministro MARCO AURÉLIO lembrou que aquela era a primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal se deparava com a discussão sobre o alcance do preceito contido na Constituição que impõe a nulidade das provas obtidas por meio ilícito. No voto-vista, ponderou o Ministro¹⁸⁰³:

(...). Ora, tratando-se de gravação obtida de forma ardilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informações, forçoso é concluir que se está diante de prova indiciária alcançada por meio ilícito, ao arripio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria Carta, no que preserva a intimidade da pessoa. Não vejo, Sr. Presidente, diferença substancial entre a gravação feita por terceiro, até provocada por um dos interlocutores, mediante interceptação, e aquela decorrente da gravação procedida à sorrelfa por um destes últimos.

Porém, na oportunidade, a maioria, acompanhando o voto do relator, pinçou a consideração de que a vedação constitucional diz respeito à quebra da intimidade por terceiros, razão pela qual, ainda que condenável no plano ético, juridicamente não haveria nenhum óbice a que um dos interlocutores fizesse a gravação de sua própria conversa¹⁸⁰⁴. Essa posição do Supremo Tribunal

¹⁸⁰⁰ O novo Código Civil também trata do direito à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra. No caput do art. 20, ao dispor sobre os direitos da personalidade, o legislador falou do direito ao segredo, à própria voz e à imagem, tornando defesa a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem, quando atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

¹⁸⁰¹ Notícias jornalísticas têm revelado intensa discussão na Europa, principalmente na Inglaterra, se é legítimo exigir do empregado de empresa a submissão a exame de DNA, a fim de que seja feito o seu cadastro genético, uma vez que isso permite o conhecimento de uma gama profunda de informações sobre questões relativas às condições da saúde *passada, presente e futura*, além da predisposição, ou não, para a prática de determinadas ações.

¹⁸⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CIVIL. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Classe: Inq – Processo: 657-2, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 30/09/1993. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 3 mar. 2005.

¹⁸⁰³ *Ibid.*, p. 230-231.

¹⁸⁰⁴ No caso, o crime era de concussão, que difere do delito de corrupção, uma vez que, no primeiro, o agente *exige*, mediante constrangimento e pressão, que o servidor pratique uma ação indevida. Por isso mesmo, este não pratica crime algum, sendo, na verdade, assim como o Estado, vítima da ação criminosa. A gravação da conversa feita pelo Procurador do INSS teve como finalidade demonstrar qual a sua participação no episódio, no sentido de eximi-lo de qualquer responsabilidade criminal. Esse aspecto, entretanto, não foi explorado naquele julgamento, o que só viria a ser considerado em julgados posteriores.

Federal partia do pressuposto de que o sigilo é garantia dada aos interlocutores, de modo que, se algum deles quer fazer a revelação do colóquio, nada há que o proíba.

O pensamento em destaque tem como base o entendimento de que, conquanto seja vedado a um terceiro interceptar, sem autorização judicial, a comunicação telefônica, não há nada que impeça um dos interlocutores de fazer, se assim o desejar, a gravação de sua conversa mantida com a outra pessoa. Ressalte-se que a vedação da *interceptação* do contato telefônico não serve para solucionar, nesses casos, a ofensa ao direito à intimidade, pois, na hipótese, não se trata, propriamente, de interceptação, a qual pressupõe, necessariamente, a intervenção de um terceiro estranho à conversa mantida entre os interlocutores. Naturalmente que um dos interlocutores do contato telefônico pode, sem que isso caracterize maltrato à garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, gravar os seus telefonemas. Não seria razoável que uma pessoa necessitasse de autorização judicial para gravar as suas próprias conversas, até porque o sigilo é em relação a terceiros. Se o segredo é quanto à intervenção de terceiros, no momento em que um dos interlocutores da comunicação telefônica registra a sua própria conversa travada com outrem, o que ocorre é uma *gravação clandestina*, e não *interceptação do contato*. O problema é saber se a gravação clandestina em si, feita sob qualquer que seja a forma, invade, ou não, a esfera da intimidade.

Sobre o assunto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal evoluiu na matéria, para considerar, tal como haviam preconizado os Ministros MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO, que a gravação ou filmagem clandestina em si, feita por qualquer forma, estava contaminada de ilicitude, mesmo quando levada a efeito por um dos interlocutores ou por terceiros com o consentimento de um dos interlocutores, pois esse procedimento invade a esfera de intimidade e/ou a imagem de quem não sabia do procedimento. Porém, a Suprema Corte passou a fazer a distinção entre a gravação ou filmagem clandestina com *intuito investigatório* daquela realizada como *forma de defesa*, como ocorre quando alguém grava as ameaças verbais sofridas da parte de outrem.

A partir daí o STF consagrou duas grandes linhas de raciocínio para enfrentar a questão da *gravação clandestina*: (1) ela viola o direito à intimidade, mas isso é permitido desde que o seja em *forma de defesa*, pois, nesse caso, na ponderação de direitos fundamentais, deve prevalecer este em relação àquele; (2) ela não é admitida, caso realizada como *diligência investigatória*.

O Supremo Tribunal Federal, acertadamente, construiu o entendimento de que a gravação de conversa feita por um dos interlocutores, ou por terceiro com a autorização de um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, conquanto represente violação ao art. 5º, X, da Carta Magna, quando feita como forma de defesa, tem a ilicitude afastada, devido à circunstância de a ação caracterizar exercício de legítima defesa. À guisa de ilustração ao que aqui vem de ser dito, confira-se a ementa do acórdão firmado, em 2005, no RE 212081/RO da alçada da Primeira Turma, relatado pelo Ministro OCTAVIO GALLOTTI¹⁸⁰⁵:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal. HC 74.678, DJ de 15-8 – 97 e HC. 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma.

Quanto à gravação de conversa telefônica, no mesmo ano, também à unanimidade, tendo como relator o Ministro MOREIRA ALVES, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, assim se posicionou:

‘Habeas corpus’. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo

¹⁸⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE – Processo: 212081, UF: PRIMEIRA TURMA, un. Data da decisão: 05/07/97. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 fev. 2005.

5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). ‘Habeas Corpus’ indeferido¹⁸⁰⁶.

Consoante essa posição do Supremo Tribunal Federal, as gravações ou filmagens clandestinas, feitas com a *finalidade investigatória*, desamparadas de autorização judicial, não possuem validade como prova no processo criminal. Isso porque a ilicitude da obtenção dessas provas sob essa forma somente resta afastada com base na legítima defesa.

A despeito desse entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, com frequência cada vez mais acentuada, não raro, jornalistas, em atividade investigatória, munidos de câmeras ocultas para captar sons e imagens de condutas ilícitas, especialmente quando se trata de corrupção no serviço público, realizam a produção de provas que, se servem para o espetáculo televisivo, não possuem valia para o ambiente judicial.

Essa forma de atuação também contaminou as autoridades policiais, que passaram a se utilizar das gravações clandestinas de sons e imagens. Para realçar a imprestabilidade das provas angariadas sob essa forma com fins investigatórios, por meio da Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, o legislador cuidou de acrescentar o inciso IV ao então art. 2º da Lei nº 9.034, de 1995, para esclarecer que a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise somente podem ser feitos mediante circunstanciada autorização judicial.

Ressalte-se que a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, revogou a Lei nº 9.034, de 1995, sem previsão de norma com o conteúdo do então inciso IV do art. 2º, que fora incluído pela Lei nº 10.217, de 2011. Foi dito, apenas, no inciso II do art. 3º, que é permitido, como meio de obtenção de prova, a “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos”, sem ressaltar, porém, que é necessária a prévia autorização judicial. É evidente o lapso cometido na nova lei, pois, pelo expandido, nada obstante a omissão normativa, na hipótese de gravação de imagens e sons na atividade investigatória, consoante jurisprudência da Suprema Corte, imprescindível a prévia autorização judicial. Aliás, cabe observar que todas as técnicas especiais de investigação listadas nos incisos do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2013, não dispensam o *controle judicial*, exceto a mencionada no inciso VIII, que dispõe sobre a cooperação entre os órgãos públicos quanto à troca de informações, se e quando os conteúdos não estejam inseridos no âmbito de proteção do princípio da inviolabilidade da intimidade.

Corroborando esse entendimento, a chamada Lei Anticrime incluiu o art. 8-A na Lei nº 9.296, de 1996, a fim de estabelecer que a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos reclamam prévia autorização do juiz, e só pode ser admitida quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes e houver elementos razoáveis de autoria e participação em infrações criminais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

Nada obstante o que restou assentado, o Supremo Tribunal Federal avançou a respeito do tema, a ponto de estabelecer, como regra geral, a admissibilidade da gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, desde que ausente *causa legal de sigilo* ou *de reserva de conversação*, conforme restou consignado no julgamento do RE 402.717/PR, relatado pelo Ministro CEZAR PELUSO¹⁸⁰⁷. Ponderou-se que a causa legal de sigilo ou de reserva de conversação tanto pode ser de *ordem moral quanto jurídica*, decorrente do dever explícito de sigilo, como é o caso do advogado e médico.

Considerou, assim, o relator que, salvo nas situações excepcionais em que se deve conferir prevalência à proteção da *intimidade* ou de outra garantia da *integridade moral da pessoa humana*, não é razoável restringir a validade de gravação clandestina, *cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade*.

Na hipótese, conforme o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, não se enxerga diferença entre o depoimento testemunhal de alguém sobre conversa que teve com outrem e a revelação do conteúdo desse diálogo em razão da documentação por meio de gravação clandestina feita por um dos interlocutores.

¹⁸⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: 74678-1, UF: SP, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 10/06/1997. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

¹⁸⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJe 13.01.2009.

Na apreciação do RE 583.938/RJ, o Supremo Tribunal, sob o regime de repercussão geral para fins de definição da matéria quanto à gravação ambiental clandestina, assim deixou consignada a ementa do acórdão¹⁸⁰⁸:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

No acórdão do RE 583.938/RJ o relator, Ministro CEZAR PELUSO, fez importante distinção, ao destacar que, a par de não ser adequado generalizar a proibição do uso da gravação clandestina como prova, o que há de se verificar é se existe, ou não, justa causa para a divulgação de seu conteúdo. Em outro passo, com suporte no precedente estampado no RE-Agr 402.035, a relatora Ministra ELLEN GRACIE realçou a admissibilidade desse tipo de prova, notadamente quando se destina a fazer prova em caso de negativa do diálogo ou do conteúdo da conversa. Nessa concepção, a validade da prova clandestina se assemelha, em muito, à cláusula de exclusão da ilicitude consubstanciada na *teoria da destruição da mentira do imputado*¹⁸⁰⁹.

Os dois precedentes logo acima resolvem a situação em que, na hipótese de crime de base organizativa, um dos agentes, para fins de documentação da atividade ilícita e possível utilização no futuro como prova de suas afirmações, passa a gravar, clandestinamente, as suas conversas com os demais integrantes. Não é raro o agente agir dessa forma com a intenção deliberada de usar como prova para fins de credibilidade de eventual colaboração premiada. Sem embargo de a jurisprudência da Suprema Corte validar esse comportamento, ainda há um outro fundamento em prol da licitude da forma de captação da prova nesse caso. Ora, entendida a colaboração premiada como instituto integrante do princípio da ampla defesa, tese que é aqui defendida¹⁸¹⁰, não se há de negar a admissibilidade da gravação clandestina realizada nessa hipótese, pois, para todos os efeitos, ela é realizada com a finalidade de ser utilizada como defesa.

No afã de traduzir normativamente essa jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o texto da Lei nº 13.964, de 2019, aprovado pelo Parlamento, enxertou o art. 8º-A, § 4º, na Lei nº 9.296, de 1996, a fim de deixar expresso que “a capacitação ambiental feita por um dos interlocutores em o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

De toda maneira, para bem compreender a questão em comento, é preciso fazer a distinção entre *gravação clandestina para fins investigatórios*, que deve ser precedida de autorização judicial sob pena de ilicitude, daquela que é feita em locais públicos e privados como forma de dar segurança aos ambientes. Uma coisa é a autoridade policial sair, de posse de uma câmera, para fazer uma investigação criminal, com conseqüente monitoramento dos passos de uma determinada pessoa, e outra, substancialmente diferente, é a colocação de câmeras em vias públicas e prédios públicos e particulares, visando, com isso, exercer certa vigilância sobre o comportamento das pessoas nesses ambientes, adotando-se, aqui, em certa medida, a teoria do risco ou dos campos abertos¹⁸¹¹.

Parece evidente que o registro feito por uma câmera de vigilância, esteja ela colocada em uma via pública ou em prédio público ou particular, não se confunde com as gravações feitas em procedimentos investigatórios conduzidos pela autoridade policial, por jornalistas ou por outras pessoas, sem a devida autorização judicial. Se não for feita essa distinção, também não seriam admitidas as gravações que são realizadas dos mais diversos crimes pelas câmeras de segurança. Note-se que, com muita frequência, nos roubos a agências bancárias, postos de combustível, supermercados e shoppings centers, a identificação dos autores do ilícito é feita com base nas gravações das câmeras de vigilância. Agora, com o maior número de câmeras instaladas em vias

¹⁸⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJe nº 237, p. 18.12.2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁸⁰⁹ STF, RE-AGR nº 402.035, Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>. Acesso em: 25 jan. 2021. Cf. item 9.1.6.2.7, supra.

¹⁸¹⁰ Cf. item 9.5.2.5, infra.

¹⁸¹¹ Cf. itens 9.1.6.2.8 e 9.1.6.2.9, supra.

públicas, cada vez mais tem sido comum a documentação dos mais variados atos ilícitos por meio de gravação feita por câmeras de vigilância¹⁸¹².

Em fevereiro de 2005, um caso ganhou grande repercussão na mídia nacional. As câmeras de vigilância de um supermercado exibiram as imagens que mostraram um juiz de direito do Ceará, na cidade de Sobral, literalmente executando um vigilante com quem discutira momentos antes de entrar no estabelecimento. Ao se apresentar, o juiz deu a versão de que a arma disparara sem querer, tese refutada diante da clareza das imagens. Esse tipo de filmagem é plenamente válida, não podendo, naturalmente, ser confundida com a gravação clandestina de som ou imagem. Naturalmente não se admite que, com os recursos tecnológicos, as câmeras instaladas nas vias públicas captem imagens no interior de ambientes fechados, como casas, escritórios etc., pois, nesse caso, ocorre afronta à vida privada. Esse era o problema maior do dirigível utilizado, em certa época, pelos órgãos de segurança do Rio de Janeiro, que ficava monitorando as favelas, pois havia a captação de imagens do interior das casas dos moradores. Uma coisa é o proprietário colocar no interior de sua casa ou estabelecimento destinado ao trabalho câmeras para fazer as imagens, outra, totalmente diferente, é os órgãos de segurança colocarem, ainda que nas vias públicas, câmeras destinadas a captar imagens no interior de estabelecimentos e casas particulares. O que o poder público pode, sem nenhuma afronta ao direito à intimidade, é colocar, nas sedes dos prédios públicos e nas vias públicas, câmeras para fazer as filmagens.

Certa vez, um cinegrafista amador flagrou uma blitz da polícia militar do Estado de São Paulo, realizada na via pública, na qual os agentes extorquiam as pessoas e usavam de excessiva violência nas abordagens. Em uma delas, um dos policiais, identificado por RAMBO, de forma inexplicável, atirou contra um motorista, causando-lhe a morte, episódio que ficou conhecido como *Caso Favela Naval*¹⁸¹³. Poder-se-ia questionar a licitude da prova, pois, à primeira vista, a ação do cinegrafista amador poderia ser equiparada àquela em que se faz investigação mediante gravação de imagem ou som, sem a devida autorização judicial. Todavia, no caso em questão, a filmagem não se deu como medida investigatória, mas sim em um *flagrante de filmagem* feito por alguém que estava na via pública no momento em que o crime ocorreu.

O que diferencia uma situação da outra é que, mesmo que o cinegrafista tivesse saído à noite à procura de acontecimentos que poderiam lhe render um grande *furo de reportagem*, ele não estava fazendo, *sponte sua*, a investigação de um caso determinado. Nessa situação, pensamos, não há de falar-se em ilegalidade, ao argumento de que não há autorização judicial.

Com mais razão, não se enxerga maltrato à cláusula constitucional que assegura a inviolabilidade da intimidade, a eventual filmagem realizada pelo agente policial em blitz, a fim de comprovar a embriaguez de condutor de veículo, tal como prescrito no Código de Trânsito (art. 277, §2º, com a redação determinada pela Lei nº 12.760, de 2012, e o art. 303, § 2º, com a alteração promovida pela Lei nº 12.971, de 2014). Conforme já dissemos, nesse caso, mesmo sem autorização judicial, a produção da prova não vulnera a garantia da inviolabilidade da intimidade, desde que a filmagem seja feita com o conhecimento da pessoa, ainda que contra a sua vontade¹⁸¹⁴. Aqui, a hipótese se assemelha, em tudo, à gravação levada a efeito por câmera de segurança disposta em estabelecimentos públicos ou privados ou, então, nas vias públicas. O mesmo se diga, por exemplo, quanto à permissibilidade conferida ao Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER) de acesso, independentemente de autorização judicial, às gravações das comunicações entre os órgãos de controle de tráfego aéreo ou entre as aeronaves e das conversas nas cabines de pilotagem (art. 88-I, incisos I, II e IV, do Código Brasileiro de Aeronáutica, com a redação determinada pela Lei nº 12.970, de 8 de maio de 2014).

Acrescente-se, também, que, na hipótese de embriaguez ao volante, em regra, a ação policial é realizada durante blitz, não em razão de uma investigação específica, mas como medida de

¹⁸¹² Nas mais diversas cidades, agentes da polícia ficam em frente às câmeras, examinando o comportamento das pessoas e, ao detectar alguma ação ilícita ou suspeita, imediatamente faz contato com policiais que se encontram nas imediações, a fim de que eles surpreendam os autores das ações. As câmeras possuem recursos que permitem o seu pleno controle por quem está no comando do monitoramento, fazendo a aproximação das imagens ou o giro de até 360º, permitindo ampla visualização dos locais.

¹⁸¹³ Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Ot%C3%A1vio_Louren%C3%A7o_Gambra. Acesso em: 08 fev. 2021.

¹⁸¹⁴ Cf. itens 9.1.6.2.8 e 9.1.6.2.9, supra.

prevenção e manutenção da ordem pública, não sendo razoável que, para a sua validade, seja necessária prévia autorização judicial. A situação é bastante diferente daquela em que a polícia judiciária, investigando um determinado caso, venha a realizar diligência, consistente em filmagem, para produzir prova, hipótese em que, necessariamente, para a validade da operação policial, seria de mister anterior decisão judicial, flexibilizando a garantia constitucional.

Considere-se, igualmente, que, a despeito de a filmagem, quando não se trata de investigação específica, ser realizada na via pública, quando o direito à intimidade está sobremaneira relativizado, a ação policial se dá em uma situação de flagrante delito. Veja-se que, no item 7.2.3.1.3.1, supra, sustentamos que análise acurada conduz à conclusão de que, em tese, qualquer que seja o direito fundamental, há a possibilidade, sem que necessária prévia autorização judicial, de sua flexibilização em decorrência do exercício da atividade de polícia ostensiva e de proteção à ordem pública, quando haja justificativa para tanto. Em sentido mais abrangente, cabe conferir, novamente, o que foi exposto sobre a *flexibilidade dos direitos fundamentais em decorrência do exercício do poder de polícia, sem a prévia autorização judicial*, no item 7.2.3.1.3, supra.

Quando muito, poder-se-ia dizer que a filmagem feita contra a vontade do condutor do veículo afronta o princípio do direito ao silêncio que, ao fim e ao cabo, se traduz no direito de o agente não produzir prova contra si. Todavia, de conformidade com o afirmado a respeito dessa questão, em verdade, o direito ao silêncio corresponde ao direito de não produzir, à força, prova contra si. Portanto, invariavelmente, mesmo que contra a vontade do agente, são levadas em consideração provas que o incriminam e que são por ele próprio produzidas de forma espontânea, sem que forçado para tanto¹⁸¹⁵.

Mostra-se pertinente, nesses casos de filmagens fortuitas feitas por cinegrafistas, desde que não se trate da captação de imagens no interior de casas ou estabelecimentos, a aplicação das *teorias do risco e dos campos abertos*, estudadas, respectivamente, nos itens 9.1.6.2.8 e 9.1.6.2.9, afastando, assim, qualquer pecha de ilegalidade por ofensa ao princípio da intimidade, da prova consistente em gravação de imagem sem autorização judicial

O que parece não ter valia – repita-se à exaustão – é um repórter ou cinegrafista, ciente de um crime, pegar a câmera e passar, com fins investigatórios a tomar imagens e sons, a fim de obter as provas do fato, sem que tenha prévia autorização judicial¹⁸¹⁶. É o que se verificou, v. g., em um caso de ação de impugnação de mandato eletivo, no qual um partido político, na pretensão de documentar abuso de poder econômico praticado pelo candidato da agremiação adversária, com o apoio de uma equipe de produção, passou a gravar, durante três meses, imagens de supostas compras de voto, procedendo, até mesmo, à entrevista de pessoas que teriam sido aliciadas para votar mediante a promessa de recompensa¹⁸¹⁷. Nesse caso, ao invés de comunicar o fato à Justiça Eleitoral, a fim de que fosse determinasse a investigação, aí incluída, até mesmo, a gravação de imagens por ordem judicial, a agremiação partidária preferiu, ela própria, conduzir a investigação por meio de filmagens sem a devida autorização do juiz, sendo patente, no caso, a ofensa ao direito à intimidade.

¹⁸¹⁵ Cf. item 9.5.2.1, infra.

¹⁸¹⁶ Já ocorreu de, em uma das edições do *Fantástico*, a Rede Globo de Televisão mostrar um furo de reportagem que flagra um médico, ortopedista, abusando de uma *paciente*. No caso, diante do relato de pessoas que se diziam vítimas do procedimento aético do profissional, a produção do programa pegou uma modelo para se passar por uma paciente, tendo ela levado consigo uma câmera oculta, com a qual filmou o comportamento profundamente reprovável do médico. A referida gravação, levada a efeito com o fim investigatório de um caso específico, porque destituída de autorização, não tem validade alguma, pois caracteriza flexibilização de direito fundamental sem título judicial.

¹⁸¹⁷ A ementa do julgado, na parte que interessa, está assim redigida: “IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO – ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CORRUPÇÃO – PRELIMINARES: OMISSÃO QUANTO AOS EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DA CASSAÇÃO; CERCEAMENTO DE DEFESA E ILICITUDE DAS PROVAS – PRODUÇÃO DE FITA DE VÍDEO – FALTA DE CREDIBILIDADE (...) Conquanto a gravação de imagens em fita de vídeo, feita em praça pública e com o consentimento da pessoa, não viole os princípios constitucionais que protegem a intimidade, a vida privada e a imagem, a prova nela coligida não serve para provar irregularidades ocorridas em campanha eleitoral, quando dirigida por cinegrafista que altera o contexto das filmagens e faz perguntas sugestivas para induzir as respostas. Ademais, não se mostra correto que uma agremiação partidária, ao longo de três meses, passe a filmar imagens de supostas irregularidades praticadas pelo partido adversário, pois, ainda que se admita que essa providência seja tomada em uma situação de emergência, passado esse momento, o fato deve ser comunicado à Justiça Eleitoral para que ela, com base na Lei nº 9.035, de 1995, faça a devida investigação, inclusive com a determinação da filmagem” (Cf. RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral nº 3517-AB. mv. Relator WALTER NUNES JÚNIOR. DJE, 9 nov. 2004. p. 38).

Outro ponto de destaque é o monitoramento de som e imagens no interior dos estabelecimentos prisionais. Há ou não necessidade de prévia autorização judicial? Isso depende. Pelo exposto, o poder público pode, sem nenhuma afronta ao direito à intimidade, colocar, nas sedes dos prédios públicos e nas vias públicas, câmeras para fazer as filmagens, com captação de som, aí estando incluídos, naturalmente, os estabelecimentos carcerários. Evidentemente, por mais razões ainda, a direção de um estabelecimento prisional, para fins de exercer maior fiscalização quanto ao cumprimento da pena, pode instalar equipamentos para a captação de som e imagens.

Aliás, em se tratando de estabelecimentos prisionais, notadamente os de segurança máxima, é imprescindível que câmeras de vigilância, com a captação não apenas de imagem, mas, igualmente, de som, sejam instaladas nas áreas comuns. Veja-se que, quando alguém, por sentença judicial transitada em julgado ou mesmo em razão de decretação de prisão processual, tem o seu direito de liberdade cerceado mediante o recolhimento a estabelecimento prisional, não apenas o direito de locomoção em si é afetado, mas outros direitos de certa forma a ele relacionados, como é o caso da comunicação com as pessoas.

Note-se que, sob certa ótica, o direito à intimidade, no que se refere à preservação do sigilo dos contatos mantidos entre as pessoas, representa a garantia da liberdade de comunicação privada. Dentro desse contexto, quem se encontra recolhido a estabelecimento prisional está sujeito a várias restrições quanto à sua liberdade de comunicação, dentre elas, de manter, nas áreas comuns, contatos com os companheiros de cárcere, podendo, assim, o contato ser monitorado eletronicamente, com captação de som e imagem.

Mas a Lei nº 13.964, de 2019, em relação aos presídios federais, que são estabelecimentos penais de segurança máxima, cujo regime de cumprimento de pena ou prisão é com isolamento e monitoramento (Regime Fechado com Isolamento e Monitoramento – REFIM), com a inclusão do § 2º no art. 3º da Lei nº 11.671, de 2008, deixou expresso que “Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas e no atendimento advocatício, salvo expressa autorização judicial em contrário”. Conforme o preceito normativo em causa, em verdade, nos presídios federais é *obrigatório* o monitoramento de áudio e vídeo nas áreas comuns e áreas destinadas para as visitas sociais, seja no pátio de visitação, seja no parlatório, só sendo exigida prévia autorização judicial caso a documentação do contato diga respeito ao contato do advogado com o seu cliente¹⁸¹⁸.

Em apertada síntese quanto ao tratado neste item, temos as seguintes conclusões: (1) a gravação clandestina, mesmo feita por um dos interlocutores ou como seu consentimento, é ilegal, sendo excluída a sua ilicitude, porém, quando feita como forma de defesa; (2) a gravação clandestina, realizada para fins investigatórios, seja ela feita por agente de polícia, por jornalista ou por qualquer pessoa, somente é lícita caso haja autorização judicial; (3) a gravação de imagens e sons feita por câmeras de vigilância não se confunde com *gravação clandestina*, daí por que tem validade independentemente de autorização judicial; (4) a gravação de imagens e sons feita na via pública por jornalistas, cinegrafistas profissionais ou amadores ou por qualquer pessoa, quando realizada ao flagrar um ilícito, tem plena validade, pois, nesse caso, desde que levada a efeito sem a finalidade de investigar um caso específico; e (5) é admissível a gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, desde que ausente *causa legal de sigilo* ou *de reserva de conversação*.

9.4.1 – Direito à vida privada.

Ainda no art. 5º, X, da Constituição, o constituinte chancelou a vida privada, que diz respeito ao ambiente familiar ou ao isolamento da pessoa quanto à ingerência de terceiros. Nota-se que o constituinte conferiu acentuado destaque à preservação da intimidade, pois, além de fazer com que constasse, expressamente, pela primeira vez, no texto constitucional, a garantia a esse direito, ainda se preocupou em fazer referência à tutela *da vida privada* e da imagem. A garantia da vida privada já constava, como foi dito linhas acima, do art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1958, e da Constituição portuguesa, no art. 32, 6.

¹⁸¹⁸ Cf. item 9.5.4.2, infra.

A garantia da vida privada é uma variante do direito à intimidade. Tanto que o legislador constitucional achou por bem ressaltá-la, não se confundindo com a regra que garante a inviolabilidade do domicílio. A proteção a este, como se verá mais à frente, é contra a invasão física *intra muros*, ao passo que a garantia quanto à inviolabilidade da vida privada é mais elástica, pois contempla hipótese em que a intromissão pode ser de outra forma e mesmo fora dos limites da casa ou do ambiente fechado no qual a pessoa desenvolve as suas atividades. Assim, a filmagem à distância do ambiente fechado ao público, sem autorização judicial, é ilícita pois, conquanto não represente violação do domicílio tal como essa garantia está posta na Constituição, ela agride o direito fundamental consubstanciado na inviolabilidade da vida privada¹⁸¹⁹.

Em rigor, o direito à vida privada diz respeito à proteção à vida pessoal e familiar da pessoa, que tem o direito ao sossego e de não ter a sua vida investigada e revelada ao bel-prazer das outras, não se confundindo com a inviolabilidade do domicílio, que é igualmente uma garantia da intimidade, porém mais consentânea com o aspecto físico do ambiente familiar ou profissional. A regra é que não é lícito desnudar a vida particular ou familiar de um indivíduo, mediante a divulgação, seja por que meio for, dos seus hábitos e vícios, aventuras e preferências. A esfera privada faz parte da intimidade da pessoa, de modo que recebe proteção legal contra a sua devassa. Expende ELIMAR SZANIAWSKI que a regra de que a *vida privada para onde começa a vida pública* não é suficiente para delimitar o alcance da proteção, uma vez que, pelo simples fato de alguém ter uma vida pública, isso não lhe retira o direito de ter uma vida pessoal (privada), que deve ficar imune à curiosidade alheia¹⁸²⁰.

Em respeito à vida privada, a pessoa tem o direito ao sigilo de tudo aquilo que ela faz no seu meio, mas que, pelos mais diversos motivos, não quer que caia no domínio público. A regra é que o que faz parte da vida privada da pessoa somente pode ser revelado ou devassado para conhecimento de terceiros, caso ela própria resolva torná-lo público. Esses assuntos particulares podem estar sob o total controle da pessoa ou de outrem. As anotações feitas em um diário, por exemplo, são dados pessoais que pertencem à vida privada da pessoa, que estão sob o seu controle, não se admitindo que alguém, sem o devido consentimento, a eles tenha acesso, ainda que não tenha a intenção de revelar o conteúdo para outrem. Pouco importa que os registros estejam armazenados em um caderno ou em um computador.

No ponto, o Superior Tribunal de Justiça, na edição nº 60 de sua jurisprudência em tese (Nulidades do processo penal), firmou o entendimento de que “19) São nulas as provas obtidas por meio da extração de dados e conversas privadas registradas em correio eletrônico e redes sociais (v.g. whatsapp e facebook) sem a prévia autorização judicial”. Por isso mesmo, caso a autoridade policial, em uma diligência apreenda o celular de alguém, não pode, sem autorização judicial, acessar os dados existentes no aparelho, sob pena de nulidade. Especificamente sobre essa situação em que a autoridade policial apreende em diligência celular na posse do agente, em acórdão unânime da 5ª Turma do STJ no julgamento do RHC 89.981-MG, em que Relator o Ministro Reynaldo da Fonseca, ficou consignado que “No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF”¹⁸²¹.

Há dados, porém, que não estão sob o controle da pessoa em nome de quem se faz a proteção constitucional à intimidade, como é o caso dos dados sobre os contatos telefônicos, que são guardados pelas empresas de telefonia. De todo modo, a prestadora do serviço de telecomunicações, devido à norma constitucional em foco, tem o dever de guardar o sigilo quanto aos referidos dados¹⁸²². Assim, conquanto a revelação dos registros sobre os contatos telefônicos não se enquadre na hipótese de

¹⁸¹⁹ Com suporte na interpretação da Constituição de 1967, PAULO JOSÉ JÚNIOR salientava que não caracteriza injúria à inviolabilidade do domicílio o avanço não consentido no espaço da residência com a utilização da tecnologia (Op. cit., p. 77). Ainda que fosse acertada essa posição, agora, com a inserção do direito à vida privada dentre os direitos fundamentais, à evidência de que a prova assim produzida, sem a devida autorização judicial, tem-se por ilícita.

¹⁸²⁰ *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 120.

¹⁸²¹

Disponível

em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1663002&num_registro=201702509663&data=20171213&formato=PDF. Acesso em: 8 fev. 2021.

¹⁸²² Cf. art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

interceptação telefônica proibida no inciso XII do art. 5º da Constituição, ela não é permitida porque os registros constituem dados armazenados sobre a vida privada do usuário do serviço de telefonia. O usuário detém o direito de que a prestadora do serviço de telefonia guarde segredo quanto às ligações feitas e recebidas pela sua linha telefônica. Por isso mesmo, toda vez que no curso de uma investigação sente-se a necessidade de fazer o rastreamento dos contatos telefônicos – não confundir com a quebra do sigilo das comunicações telefônicas –, há necessidade de que seja solicitada autorização judicial. Como nesse caso, diferentemente da hipótese de interceptação telefônica, não há cláusula de reserva de jurisdição, tanto a determinação pode partir de um juiz quanto de Comissão Parlamentar de Inquérito¹⁸²³.

E assim é porque a garantia à vida privada é o direito que a pessoa “... tem de assegurar a paz, a tranquilidade de uma parte de sua vida, a parte que não está consagrada a uma atividade pública”¹⁸²⁴. Por conseguinte, o homem, ainda que em relação a sua função pública não tenha o direito ao segredo, conserva a privacidade de sua vida particular, assim como, mesmo em público, ele, quanto às atividades particulares, permanece com o direito de que a sua vida privada seja respeitada. Não se pode perder de vista a circunstância de o direito à vida privada de uma pessoa pública possuir limitações maiores do que a daquele que não a tem, assim como é lícito asseverar que, na via pública, o direito à vida privada é mais limitado do que quando a pessoa se encontra em casa.

Um exemplo ilustra bem essa afirmação. Em respeito à vida privada, uma pessoa não pode ser filmada por outrem quando se encontra no interior de sua própria casa, mas nada impede que os órgãos estatais, como medida de segurança ou de fiscalização do trânsito, coloquem, em locais públicos, câmeras filmadoras, e mesmo o particular assim proceda quanto aos bens que são de sua propriedade¹⁸²⁵.

Não se pense que o direito à vida privada se contrapõe à liberdade de manifestação do pensamento, notadamente quanto à *liberdade de imprensa*, mas, antes, revela-se como limite a esta. O agir da imprensa se legítima quando visa a atender o interesse público da notícia e busca a verdade para a formação da opinião pública, mas, mesmo assim, precisa respeitar os direitos da personalidade, notadamente aqueles que se referem à vida privada. Desse modo, mesmo que movido com o propósito de fazer uma reportagem investigativa no desiderato de desvendar um ilícito que tenha suscitado considerável comoção social, a imprensa não poderá fazer, sem a autorização do morador, filmagem no interior da casa da pessoa.

O problema mais delicado referente ao direito à vida privada diz respeito às relações familiares e se mostra extremamente sensível delimitar a esfera de intimidade, por exemplo, entre os cônjuges, ou mesmo em relação aos pais e aos filhos. Até que ponto os pais podem, em nome do *dever* de educar os filhos, invadir-lhes a privacidade? Até que ponto um cônjuge pode vasculhar os pertences do outro, com o objetivo de buscar provas sobre o envolvimento do parceiro na prática de algum crime ou infidelidade conjugal? Com certeza, a esfera da intimidade entre os cônjuges é bem mais estreita e complexa do que em relação a terceiros. É natural que a pessoa, em razão do grau de confiança da vida a dois, não tome certas precauções que adotaria em relação a outra pessoa e mesmo, diante da maior intimidade, faça determinadas confidências.

Não se há de negar que, mesmo em se tratando da relação entre pais e filhos e entre cônjuges, a despeito do convívio familiar e da vida em comum do casal, existe uma esfera de intimidade que

¹⁸²³ Muitas vezes, como se verificou no caso do escândalo da construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, envolvendo o então Juiz Nicolau dos Santos e o Senador Luiz Estevão, os meios de comunicação noticiaram a quebra do sigilo das comunicações telefônicas por determinação de CPI, quando o que houve foi a ordem para que a empresa de telecomunicações revelasse os dados que possui sobre os contatos feitos e recebidos por determinadas linhas telefônicas.

¹⁸²⁴ *Ibid.*

¹⁸²⁵ No julgamento do HC 84.203/RS, o Supremo Tribunal Federal, com voto da lavra do Ministro CELSO DE MELLO, desacolheu o writ, ao fundamento de que a filmagem feita pelo dono de vaga de garagem não teve o intuito de imiscuir-se, indevidamente, na esfera privada da vida pessoal de terceiro, pois este não estava em sua própria residência, mas em propriedade alheia, na qual ingressara com o propósito de praticar crime (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, GARANTIA À INTIMIDADE. GRAVAÇÃO REALIZADA EM GARAGEM. LICITUDE DA PROVA. Data da decisão: 19.10.2004. Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/informativos. Acesso em: 1º mar. 2005.

não pode ser invadida e há de ser respeitada¹⁸²⁶. No ponto, ROXIN¹⁸²⁷ vai mais longe, no sentido de incluir, como regra, a inadmissibilidade de informações a respeito da esfera íntima, na qual se “... *debe incluir la información sobre enfermedades, experiencias sexuales, pero también sobre ideas y conflictos internos que solo son confiados a registros privados*” e chega a fazer referência a precedente jurisprudencial alemão no sentido de que a descrição “... en notas personales la actividad delictiva de su esposo, éstas no pueden usarse para probar su responsabilidad (LG Saarbrücken, STV 1988, 480)”¹⁸²⁸.

Como se vê, esse é um tema excessivamente polêmico, que precisa ser bem sopesado pelos tribunais, a fim de que formada a jurisprudência sobre o assunto.

Para tornar a questão mais complexa, observe-se que em sido comum, em crimes de lavagem de dinheiro e de desvio de recursos públicos, um dos cônjuges tornar-se a principal fonte de informações para a polícia, devido ao fato de ter gozado, durante certo espaço de tempo, da *intimidade/vida privada* do autor do crime. Essa é uma situação complexa. Certamente que aquilo que um cônjuge ou companheiro confia ao outro pode ser revelado para servir de prova. Mas essa informação pode ter sido obtida pelo cônjuge ou companheiro à sorrelfa, por exemplo, mediante escuta por detrás da porta do escritório da residência. Nesses casos, talvez o mais correto seja levar em conta a forma em si de como as provas ou informações foram obtidas. De regra, o entendimento deve ser de que esse tipo de revelação da vida privada não maltrata a garantia constitucional, salvo se comprovado que o cônjuge informante tenha tido acesso às informações de forma ilegal, mediante o acesso clandestino ou com o uso de outro meio escuso. Não sendo ilegal a forma de acesso à informação, pode-se invocar, mesmo nessa situação, para fins de validade, a teoria do risco¹⁸²⁹.

Outra questão importante é quanto ao acesso aos chamados *dados cadastrais*. Consoante o art. 17-B da Lei nº 9.613, de 1998 (incluído pela Lei nº 12.683, de 2012), o art. 15 da Lei 12.850, de 2013, e o art. 13-A, caput e parágrafo único, do CPP (incluído pela Lei nº 13.344, de 2016), a autoridade policial e o Ministério Público podem requisitar de qualquer órgão público ou empresa privada os *dados cadastrais* do investigado que informam a qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores da internet e pelas administradoras de cartões de crédito, não se tratando, à evidência, de quebra de sigilo¹⁸³⁰. No mesmo sentido, a Lei nº 12.965, de 2014, no art. 10, §, 3º, admite, independentemente de autorização judicial, que as autoridades administrativas tenham acesso junto ao provedor da internet aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço dos usuários da rede mundial de computadores, o que está correto, pois não há direito ao sigilo quanto informações dessa espécie, salvo em situação excepcional, a exemplo de quando a pessoa está inserida em programa de proteção à testemunha.

Em verdade, o que se tem é que os *dados cadastrais em si*, aqueles referentes à identificação de uma pessoa e ao seu endereço, não estão agasalhados pelo que se entende por vida privada, protegida no art. 5º, X, da Constituição. Não há ilegalidade, por exemplo, no acesso a informações cadastrais quanto à simples identificação do usuário de telefone fixo ou móvel originador da respectiva ligação telefônica, até porque a garantia constitucional visa a assegurar a preservação da intimidade, que abrange a tutela da vida privada e mesmo da imagem do indivíduo, não se constituindo ou confundindo com um *direito ao anonimato*.

Com efeito, em que pese o direito à privacidade seja direito fundamental da mais alta magnitude, insito a um sistema democrático, o certo é que não agasalha o direito ao anonimato do usuário do serviço de telefonia, a fim de favorecer aos que, eventualmente, se utilizem, por exemplo, dos serviços de telecomunicações para a prática de atos socialmente censuráveis ou

¹⁸²⁶ O novo Código Civil, ao regular a matéria quanto às relações interpessoais, expôs apenas que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”, o que é, convenhamos, muito pouco para exprimir o alcance do enunciado.

¹⁸²⁷ ROXIN, Claus. *La evolución de La política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 150.

¹⁸²⁸ *Ibid.*

¹⁸²⁹ Cf. item 9.1.6.2.8, *supra*, que trata da cláusula de exclusão denominada teoria do risco.

¹⁸³⁰ A respeito do tema, o Tribunal Regional Federal da Quinta Região decidiu, na APELREEX Nº 15896, em julgamento da Segunda Turma, por maioria, entendeu que as informações relativas aos dados cadastrais não exigem prévia autorização judicial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Data da decisão: 17/07/2012. Acesso em 14 jan. 2013).

até mesmo para a prática de atividades ilícitas. Em casos que tais à evidência não resta caracterizada a quebra de sigilo e tampouco ofensa ao direito à intimidade, sobretudo porque os dados cadastrais consistem em informações não protegidas pela cláusula de reserva de jurisdição.

Mas o tratamento infraconstitucional dispensado à matéria não parece caminhar nessa direção. O legislador, no afã de deixar claro que, em certas situações, não há necessidade de prévia autorização judicial para o acesso aos chamados dados cadastrais, findou, a contrário senso, pode levar à inadequada interpretação de que, exceto nas hipóteses previstas em lei, mesmo quando se trate de informações que se caracterizam como meras informações sobre a identificação da pessoa ou localização de sua moradia, a autorização judicial para o acesso é imprescindível.

Vejamos. A Lei nº 13.444, de 6 de outubro de 2016, incluiu, no Código de Processo Penal, o art. 13-A, a fim de permitir, quanto aos crimes plasmados nos arts. 148 (sequestro e cárcere privado), 149 (redução a condição análoga à condição de escravo) e 149-A (tráfico de pessoas), no § 3º do art. 158 (extorsão) e no art. 159 (extorsão mediante sequestro), todos do Código de Penal, assim como no art. 239 (tráfico de criança ou adolescente para o exterior) do Estatuto da Criança e do Adolescente, a possibilidade de o delegado de polícia ou membro do Ministério Público, sem prévia autorização judicial, requisitar, diretamente de quaisquer órgãos do públicos ou privados, dados e informações cadastrais da *vítima ou de suspeitos*.

Essas disposições sobre o acesso a dados cadastrais sem autorização judicial circunscritas apenas em relação a determinados crimes, sob outra ótica, fomenta a interpretação de que, em compasso com a nossa legislação, as informações a respeito da identificação quanto aos *dados cadastrais de vítimas e suspeitos*, conquanto não inseridos no âmbito de proteção da cláusula constitucional que dispõe sobre a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, salvo nas exceções legais, exigem prévia autorização judicial.

Ou seja, a interpretação literal pode conduzir à conclusão de que quando os dados cadastrais digam respeito a vítimas ou suspeitos, salvo nas exceções legais, haverá a necessidade de anterior autorização judicial. Por via de consequência, se as informações quanto aos dados cadastrais fosse, por exemplo, para a identificação de testemunhas para fins cíveis, essa exigência não se aplicaria. Interpretação desse jaez, naturalmente, não é minimamente razoável.

O mais razoável é defender o entendimento de que, tratando-se de dados cadastrais, não há necessidade de prévia autorização judicial para fins de se permitir o acesso por parte de autoridade policial ou de membro do Ministério Público, pois esse tipo de informação não diz respeito à garantia inserta no inciso X do art. 5º da Constituição. Até porque esse é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸³¹, ao afirmar que os *dados* previstos no art. 5º, X, da Lei Maior não se confundem com os chamados *dados cadastrais*, merecendo menção as seguintes partes da ementa do acórdão:

5. Outro ponto imprescindível ao deslinde da presente controvérsia é a distinção de dados e dados cadastrais. Enquanto os "dados" revelam aspectos da vida privada ou da intimidade do indivíduo e possuem proteção constitucional esculpida no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, os "dados cadastrais" se referem a informações de caráter objetivo que todos possuem, não permitindo a criação de qualquer juízo de valor sobre o indivíduo a partir de sua divulgação. São essencialmente um conjunto de informações objetivas fornecidas pelos consumidores/clientes/usuários sistematizadas em forma de registro de fácil acesso por meio de seu armazenamento em banco de dados de pessoas jurídicas de direito público ou privado, contendo informações como nome completo, CPF, RG, endereço, número de telefone etc.

(...)

8. Ressalte-se que o STJ, ao apreciar controvérsia referente ao acesso a dados cadastrais telefônicos, adotou o mesmo entendimento aqui esposado, ao consignar que informações referentes ao proprietário de linha telefônica (nome completo, CPF, RG, número da linha e endereço) buscam somente a identificação de seus usuários e, portanto, não estão acobertadas pelo sigilo das comunicações telefônicas. Nesse sentido: RHC 82.868/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 1º.8.2017; HC 131.836/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 6.4.2011.

¹⁸³¹ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.561.191-SP, 2ª. Turma, Unânime. Data de julgamento 19 abr. 2018. Disponível em www2.stj.jus.br/processo/revista. Acesso 18 jun. 2019.

Já o art. 13-B, também incluído no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.444, de 2016, deixa claro que os dados contidos em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e/ou telemática cujos conteúdos permitem a localização da vítima ou suspeitos estão incluídos no princípio da inviolabilidade da intimidade ou vida privada, de modo que, nesse caso, há necessidade de prévia autorização judicial. Aqui a referência diz respeito à localização pelas Estações Rádio Base ou ERB's, que consiste em determinação do local que uma determinada pessoa está ou esteve conforme os dados de conexão de um telefone celular com a Central de Comutação e Controle – CCC da respectiva companhia telefônica.

No caput, o legislador cuidou de esclarecer que esses dados podem ser obtidos por quaisquer meios técnicos utilizados, o que abrange *sinais, informações e outros*, ao tempo em que definiu *senal* como o *posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência* (art. 31-B, § 1º, do CPP). Ainda quanto à disponibilização de sinal por parte de empresa de telefonia, ressaltou-se que, no que pertine ao acesso a conteúdo de qualquer natureza, mister se faz específica autorização judicial nesse sentido, e ainda assim limitado a período que não seja superior a 30 dias, podendo ser renovado (art. 31-B, § 2º, incisos I, II e III).

No ponto, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁸³², acertadamente, decidiu, na parte que interessa, nos seguintes termos:

2.As informações referentes às relações das chamadas/mensagens efetuadas ou recebidas, duração, e relação das ERB's utilizadas pelos terminais estão sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição (CF, artigo 5º, inciso XII), conclusão que se extrai do próprio cotejo dos artigos 15 e 21, parágrafo único, da Lei 12.850/13, haja vista ser nítida a vontade do legislador em diferenciar os conceitos de "dados cadastrais", "registros", "documentos" e "informações" (Grifos do original).

Todavia, sem muito sentido, o legislador, no caput do art. 13-B, fez expressa menção a ilícitos relacionados ao tráfico de pessoas, dando a entender que a norma seria aplicável apenas quando o delito fosse dessa espécie. Veja-se que o legislador não se referiu a um dos tipos específicos de crime de tráfico de pessoas, preferindo, tecnicamente, utilizar a expressão *crimes relacionados ao tráfico de pessoas*. O que seria *crimes relacionados ao tráfico de pessoas*? Pelo contexto, ao que parece, o legislador teria tido a pretensão de realçar que a regra incidiria em qualquer que seja o crime de tráfico de pessoas, nacional ou internacional, previsto no Código Penal ou em legislação extravagante, como é o caso do tráfico de criança ou adolescente, contemplado no Estatuto respectivo.

A redação canhestre empregada pelo legislador estimula o exegeta apressado a pensar que, pela circunstância de o dispositivo em foco, no caput do art. 13-B, mencionar especificamente o crime de tráfico de pessoas, a regra ali estabelecida seja direcionada apenas a esse tipo de delito, de modo que, em se tratando de outro tipo penal, não seria possível pedir, sequer, a autorização judicial, criando uma espécie de inviolabilidade da intimidade ou vida privada absoluta. Obviamente que essa não é a *mens legis* nem muito menos deve ser a interpretação.

A leitura sistemática do caput do art. 13-B com § 4º do mesmo dispositivo elucidar a pseudo-incongruência. Observe-se que a regra ali estampada permite que, não decidindo o juiz, no prazo de 12 horas, sobre o pedido de autorização do acesso a dados mantidos por operadoras telefônicas e/ou telemática quanto à localização de vítimas ou acusados, quando a medida for solicitada para a *repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas*, a autoridade competente poderá requisitar diretamente a disponibilização dos meios técnicos adequados – *sinais informações e outros* –, sendo-lhe devido, apenas, fazer a imediata comunicação ao juiz.

Portanto, a interpretação sistêmica do caput e do § 4º do art. 13-B do Código de Processo Penal, leva à conclusão de que o legislador teve a pretensão de conferir uma amplitude investigativa maior quando for a hipótese de crime de tráfico de entorpecentes que ainda está ocorrendo, não a de restringir o alcance da norma a esse tipo de crime.

Ademais, essa previsão normativa do § 4º do art. 31-B, à primeira vista, apresenta-se de constitucionalidade no mínimo duvidosa. Ora, se esse tipo de informação perquirida perante a empresa de telefonia ou telemática está abrangida pelo princípio da inviolabilidade da intimidade e/ou vida privada, norma infraconstitucional não poderia dispensar a prévia autorização judicial para

¹⁸³² TRF4 5009657-86.2016.4.04.7204, 4ª Turma, Relator VICTOR LAUS.

a flexibilização da garantia. Mas há de se lembrar que a norma parte do pressuposto de que o crime de tráfico de pessoas, que é classificado como permanente, está em pleno desenvolvimento, pelo que se trata de situação de flagrante. Sobre essa possibilidade de flexibilização de direito fundamental independentemente de autorização judicial quando se cuida de flagrante delito, confira-se o que expandido no item 7.2.3.1.3.2 supra.

Ainda em relação à intimidade e, especificamente, a respeito da vida privada, tem-se a técnica especial de investigação consistente na infiltração que, atualmente, devido aos avanços tecnológicos, pode ser tanto na forma *presencial* quanto *virtual*. Houve a pretensão de regulamentação quanto à *infiltração policial* na antiga Lei nº 9.034, de 1995, mas foi vetada à época, notadamente porque não havia nenhuma disciplina quanto ao procedimento.

Enfim, a Lei nº 12.830, de 2013, regulamentou a matéria, sob a rubrica *Da Infiltração de Agentes*, exigindo, além da necessidade da adoção dessa técnica especial de investigação diante da demonstração de que não é possível a obtenção da prova por outros meios disponíveis, prévia decisão judicial autorizando a medida, fixando os limites da infiltração, por prazo de até 6 (seis) meses, podendo ser prorrogado quantas vezes for necessário (art. 10, parte final do caput e §1º).

A disciplina sobre a *infiltração virtual* veio com a Lei nº 13.441, de 2017, que incluiu na Lei nº 8.069, de 1990, a Seção V-A, com o nome *juris Da Infiltração de Agentes de Polícia para a Investigação de Crimes contra a Dignidade Sexual de Criança e de Adolescente*, no escopo de dispor sobre a infiltração na internet com a finalidade de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D da Lei nº 8.069, de 1990, e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Na hipótese de infiltração virtual, também se faz necessária a prévia autorização judicial, com demonstração de não ser possível de outra forma a obtenção de provas sobre os crimes investigados, que deve fixar os limites da intervenção policial, medida que tem prazo de duração máximo de até 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias.

A Lei nº 13.964, de 2019, incluiu o art. 10-A na Lei nº 12.850, de 2013, a fim de autorizar também a infiltração virtual quando se tratar de crime praticado por organização criminosa, prevendo como limite o mesmo prazo para a infiltração presencial, qual seja, de até 6 (seis) meses, restringindo a prorrogação, porém, pelo prazo total que não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias (art. 10-A, § 4º).

O caput do art. 10-C da Lei nº 12.850, de 2013, prescreve que “Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previsto no art. 1º desta Lei”. Há de se interpretar o dispositivo partindo da premissa que se trata de uma regra de imunidade inerente ao agente policial que está infiltrado em consonância com as regras definidas para a validade desse tipo de diligência, notadamente quanto à prévia autorização judicial, definindo os limites desse tipo de atuação. Aliás, a regra estampada no parágrafo único desse mesmo dispositivo (“O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados”) deixa clara essa assertiva.

Como se vê, tanto a infiltração presencial quanto a virtual exigem prévia autorização judicial, sob pena de nulidade da prova obtida dessa forma¹⁸³³. A questão discutível é se a infiltração, sob a modalidade presencial ou virtual, só é admissível para os crimes previstos na lei ou pode ser adotada, desde que haja determinação de um juiz, justificando a medida. Tal como o tema foi tratado, observa-se que a infiltração é uma técnica especial de investigação que somente pode ser adotada em situações especiais e previstas em lei.

Para além da figura do agente infiltrado, a Lei nº 13.964, de 2019, trouxe a figura do *agente disfarçado*, ao incluir o § 2º no art. 17 e no parágrafo único do art. 18 da Lei nº 10.826, de 2013, e o inciso IV do § 1º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006. A leitura dos dispositivos mencionados revela que o agente disfarçado também, sob determinada ótica, pode ser caracterizado como uma técnica especial de investigação, menos invasiva do que a do agente infiltrado, que se basta na circunstância de o agente policial se apresentar como pessoa interessada na aquisição de arma de fogo, acessório ou munição ou substâncias entorpecentes. Em verdade, os preceitos em causa tipificam como crime

¹⁸³³ Sobre a infiltração virtual, cf. o documentário *Deep Web* (Disponível em: <https://youtu.be/nxt5291DuLk>. Acesso em: 10 fev. 2021).

quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição ou droga a agente policial, afastando a figura do crime impossível. Nesse caso, não há necessidade de prévia autorização judicial.

Diante de todas essas considerações, no afã de fazer síntese conclusiva sobre o alcance da garantia da inviolabilidade da intimidade/vida privada, podemos fazer a seguinte síntese conclusiva:

- a) A flexibilização da garantia contemplada no art. 5º, X, da Constituição, exige prévia e fundamentada decisão judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito.
- b) Os dados cadastrais não estão protegidos pelo art. 5º, X, da Constituição, de modo que, independentemente do tipo de crime apurado, não há necessidade de prévia autorização judicial, podendo o delegado de polícia ou o Ministério Público ou mesmo CPI requisitar diretamente, seja para fins cíveis ou criminais, o acesso às informações nele contidas, que se circunscrevem à identificação e ao endereço da pessoa.
- c) O acesso a banco de dados mantidos por empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática relativos à localização de pessoas, exige prévia autorização judicial, salvo quando se tratar de crimes relacionados a tráfico de pessoas que estejam em desenvolvimento quando da realização da diligência, desde que, tendo sido pedido o acesso a informações quanto à localização da vítima ou de suspeitos, o juiz não decida em até 12 horas.
- d) A infiltração presencial ou virtual exige prévia autorização judicial, com fixação dos limites da atuação do agente policial e observância do prazo estabelecido, sendo admissível apenas em relação a determinados crimes.

9.4.2 – Direito à imagem.

Guarda semelhança com o direito à honra, porém com ele não se confunde, pois é um desdobramento do direito à intimidade. Ele compreende a imagem estática, veiculada por fotografia, ou móvel, exteriorizada por meio de filmagem. Verifique-se que a publicação do retrato ou da efígie ou a transmissão da imagem pode não ser danosa à honra, mas, mesmo assim, uma vez que veiculada sem a autorização do titular do direito, apresenta-se como violação a ensejar indenização por dano moral. Com efeito, a circunstância de a pessoa permitir a sua filmagem, por si só, não autoriza a sua divulgação, ainda que não haja intuito de lucro. Há registro de caso em que o namorado, com o consentimento da namorada, filmou a relação sexual dos dois, porém, depois, sem que fosse o desejo dela, as imagens foram colocadas na internet, agir que se conforta com a hipótese ilícita tipificada como crime contra a honra, sujeitando o agente às sanções previstas em lei. Nesse caso, com o desrespeito ao direito à imagem, atingiu-se a intimidade, a honra e a imagem da pessoa.

Situação diferente é a exposição da imagem em jornal, televisão ou revista para fins jornalísticos, situação em que, tendo em conta a liberdade de imprensa, não se exige, naturalmente, a prévia autorização da pessoa. Aqui, no balanceamento dos direitos constitucionalizados, prepondera o direito de informação por meio da veiculação da imagem de quem tem relação com a notícia objeto da matéria jornalística e, desde que ela seja verídica, não há espaço para nenhum tipo de reivindicação de ressarcimento¹⁸³⁴. Aliás, esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 1010606, sob o regime de repercussão geral, em que familiares da vítima de um crime de grande repercussão nos anos 1950 no Rio de Janeiro, pretendiam obter ressarcimento de danos pela veiculação da matéria em programa de televisão, tendo como suporte o chamado *direito ao esquecimento*, sendo fixada a seguinte tese¹⁸³⁵:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da

¹⁸³⁴ Naturalmente, se a veiculação da imagem tem finalidade econômica ou diz respeito a algo relativo à esfera da intimidade da pessoa, a ausência de autorização da pessoa dá suporte a que esta peça o ressarcimento por dano material e/ou moral, diante do lucro cessante, do constrangimento ou do desassossego ocasionado.

¹⁸³⁵

Disponível

em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1#:~:text=Por%20decis%C3%A3o%20majorit%C3%A1ria%2C%20nesta%20quinta,ver%C3%ADicos%20em%20meios%20de%20comunica%C3%A7%C3%A3o.>

Acesso em: 12 fev. 2021.

imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

A associação do direito à imagem com o princípio da presunção de não culpabilidade tem dado ensejo à tese de que a pessoa não pode ter a sua imagem exposta nos meios de comunicação, quando é efetuada a sua prisão ou é noticiada a ocorrência de um crime, sequer durante a fase do inquérito policial ou do processo. No Rio de Janeiro, durante o Governo de LEONEL BRIZOLA, editou-se decreto impedindo que os delegados de polícia fornecessem à imprensa fotografias de presos e de pessoas que estivessem a responder inquérito policial, justamente tendo como suporte uma interpretação sistêmica do princípio da presunção de não culpabilidade e do direito fundamental à preservação da imagem. Posteriormente, o decreto foi revogado, diante da consideração de que essa norma se contrapunha não só ao direito/dever da imprensa de prestar ao público informações que são de seu interesse, como igualmente o direito da coletividade de ser cientificada, não apenas por meio das palavras, mas também das imagens, dos acontecimentos sociais que possuem forte influência nas vidas das pessoas em geral.

O direito à imagem não é tão alargado a ponto de impedir que alguém tenha a sua fotografia veiculada em matéria jornalística elaborada sobre um fato criminoso. Ademais, nesse caso, a colisão de direitos fundamentais faria com que prevalecesse o entendimento que não obsta a informação, até porque o crime é um *ato público*, que interessa a toda a sociedade, não se contendo na esfera da intimidade de ninguém. A imagem, a princípio, deve ser preservada naquilo que se refere aos atos da vida privada, não quanto ao que é público ou que consulta o interesse de todos. Exatamente partindo dessa ideia, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, à unanimidade, em processo relatado pelo Ministro CÉSAR ROCHA, não reconheceu o direito à indenização por dano à imagem, ocasionado pela publicação de fotografia que, embora não autorizada, foi tirada em público, motivada pelo fato de a pessoa encontrar-se na praia de *topless*¹⁸³⁶.

Ainda assim, a pirotecnia em operações realizadas pela polícia federal, com a filmagem do momento em que são realizadas as prisões e a exibição dos presos algemados, caracteriza flagrante abuso de autoridade, que arranha a cláusula constitucional do direito à imagem. Após sucessivos escândalos midiáticos, não raro envolvendo pessoas inocentes, que ficam com suas imagens irremediavelmente comprometidas perante a opinião pública, a direção geral da polícia federal proibiu que essas filmagens fossem feitas sob a orientação ou facilitação dos próprios policiais. Mesmo assim, em operações posteriores, como na denominada *Operação Satiagraha*, realizada em 8 de julho de 2008, essa determinação não foi cumprida e, mais recentemente, a operação no Ministério do Turismo, houve retorno dessa prática indesejada. Na Operação Lava Jato também foram verificados excessos na exploração das imagens das pessoas conduzidas à prisão.

Nem mesmo a veiculação de fotografias e filmagens em programas televisivos que produzem matérias sobre crimes de maior repercussão e ainda não julgados se constitui afronta ao preceito constitucional em destaque. Até porque a linha editorial de programas como o antigo *Linha Direta* se pauta na orientação de levar a conhecimento do público casos em que o agente apontado como autor do ilícito encontra-se foragido, prestando, assim, relevante auxílio na identificação e recaptura dessas pessoas¹⁸³⁷. Em um país das dimensões continentais do Brasil, sobressai a relevância da exposição da imagem de pessoas que se encontram foragidas, o que é confirmado pela quantidade de pessoas que foram encontradas e entregues à polícia, depois de vários programas. O único senão desses programas é que eles criam uma margem de sensacionalismo muito forte em torno do caso, circunstância que pode comprometer o julgamento, especialmente quando se trata de hipótese em que a decisão compete ao tribunal do júri, formado por pessoas leigas e, por isso mesmo, mais suscetíveis às influências dos meios de comunicação.

Em alentado trabalho sobre o tema, PAULO JOSÉ¹⁸³⁸ considera que, se a princípio não se mostra lícito expor a imagem de alguém, alguns acontecimentos justificam que, assim, se

¹⁸³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Classe: RESP – Processo: 595600, UF: SC, Data da decisão: 18/03/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 1º mar. 2005.

¹⁸³⁷ A versão sobre os fatos sempre é aquela tal como narrada na denúncia, minorando os riscos quanto à manipulação da opinião pública.

¹⁸³⁸ Op. cit., p. 43.

proceda, como é o caso em que a pessoa foge do cárcere e está sendo procurada pela polícia. Por isso mesmo, no disciplinamento do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP, que contém, dentre outras informações, os mandados de prisão a cumprir, o Conselho Nacional de Justiça, ao padronizar a feitura desse documento, determinou quando possível a inclusão da fotografia da pessoa procurada, ademais da disponibilização desses dados na rede mundial de computadores.

Outrossim, o direito à imagem não tem o condão de impedir a transmissão televisiva, radiofônica ou eletrônica dos julgamentos, pois a publicidade dos atos judiciais é a regra, somente se justificando a sua restrição *quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem* (art. 5º, LX), conforme aqui já ficou assentado¹⁸³⁹. Ademais, assim como já restou salientado, a nova redação conferida ao art. 93, inciso IX, da Constituição, na colisão entre os direitos fundamentais à preservação da intimidade e à informação, a própria norma constitucional cuidou de dar prevalência a este último.

De toda forma, o PL nº 4.209, de 2001, um dos oito projetos de lei que compõe a reforma tópica do Código de Processo Penal, encaminhado ao Congresso Nacional no ano de 2001, tendo em mira explicitar o sigilo que deve imperar na investigação levada a efeito no inquérito policial como forma de preservação do direito à preservação da imagem, estabelece, no art. 20, § 1º, que “Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação.” Note-se que, da forma como redigido o dispositivo, o investigado ou indiciado – que são os mais procurados pelas reportagens – ficariam protegidos contra a sua exposição aos meios de comunicação, ainda que isso se dê para fins meramente informativos. Nesse caso, a norma jurídica pretende conferir prevalência à preservação da intimidade, em detrimento, até mesmo, do direito de a sociedade ser informada por meio de fotografias da imagem de pessoas que são apontadas como autoras de ilícitos.

No mesmo passo, o Projeto do NCPP, aprovado pelo Senado, no art. 10, além de impor o sigilo durante a investigação criminal com a finalidade de preservar a intimidade e a vida privada da vítima, das testemunhas, do investigado e de outras pessoas indiretamente envolvidas no episódio, define como dever inerente à autoridade responsável pelo procedimento diligenciar para evitar a *exposição* pelos meios de comunicação.

Sem embargo dessas iniciativas, a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, no art. 13, incisos I e II, tipifica como crime “Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência”, a “exibir-se ou ter o seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública”, ou a “submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei”.

A Lei nº 13.964, de 2019, também se preocupou com essa questão, pelo que inseriu no rol das atribuições do juiz das garantias “... assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou o ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão...” (art. 3º-F, caput, do CPP).

Indo mais além, a fim de uniformizar o tratamento a ser dispensado quanto à preservação do direito de imagem da pessoa privada do direito de liberdade, esclareceu que, “Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade pessoa submetida à prisão”. Note-se que o legislador se atribuiu essa missão às *autoridades*. Que *autoridades* seriam essas a quem cometidas a atribuição de expedir ato normativo a respeito da preservação da imagem dos presos? Como se trata de pessoa presa, não pairam dúvidas de que a proposição normativa é endereçada, precipuamente, aos responsáveis pelo sistema penitenciário.

No ponto, cabe lembrar que na nossa organização prisional há o Sistema Penitenciário Nacional, órgão que integra o Ministério da Justiça e Segurança Pública, que possui como braço executivo o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. O DEPEN é o órgão estratégico e

¹⁸³⁹ Cf. item 9.1.5 e 9.5.1, supra.

executivo da *Política Penitenciária Nacional* (art. 71 da Lei de Execução Penal)¹⁸⁴⁰, competindo-lhe, precipuamente, “acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o Território Nacional” (art. 72, I, da Lei de Execução Penal).

Por outro lado, como a norma se refere, igualmente, a informações sobre a prisão, essa parte da norma trata de questão afeta à competência do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, órgão que possui dentre as suas competências a missão institucional de “propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança” (art. 62, I, da Lei de Execução Penal)¹⁸⁴¹. O CNPCP é órgão consultivo do Ministério da Justiça e Segurança Pública, cabendo-lhe a edição, de (4) quatro em (4) quatro anos, do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária – PNPCP¹⁸⁴².

Assim, tendo em consideração a necessidade de padronizar as informações a respeito da prisão e da identidade do preso, o mais adequado é que o ator normativo emane do CNPCP, até porque o DEPEN tem acento e voz nas reuniões do referido Conselho, podendo, inclusive, ser de sua autoria a proposta de resolução para disciplinar a matéria. Isso, naturalmente, sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça, podendo, diante da importância do tema, ser editada uma resolução conjunta elaborada pelo CNPCP e o CNJ.

9.4.3 – Garantia do sigilo bancário.

Na Constituição de 1988, a garantia do sigilo bancário é uma proteção à intimidade do usuário do serviço prestado pelas instituições financeiras. É assunto que se insere na esfera da intimidade da pessoa, razão pela qual é protegido pelo segredo. O que se garante é que a pessoa não pode ter a sua situação bancária exposta perante o público, pois isso é um assunto que, a princípio, só lhe diz respeito. Em rigor, o sigilo que deve ser guardado pelas instituições financeiras não pode ser de molde a impossibilitar ou dificultar a fiscalização dessa atividade levada a efeito, de regra, pelo Banco Central do Brasil, nem muito menos inviabilizar a identificação e arrecadação da quantia devida a título de tributos. Por isso mesmo, em princípio, o sigilo bancário não se estende aos órgãos do executivo que possuem como atribuição o dever de fiscalizar as operações financeiras e os tributos devidos em razão delas. Não se mostra razoável que o fisco, para fins de instruir procedimento tributário destinado a apurar a obrigação do contribuinte, tenha de se valer do Judiciário para obter informação que está em poder de outro órgão do Estado. Em outras palavras, o sigilo bancário não impossibilita que os órgãos do Executivo mantenham comunicação e troquem informações e documentos entre si.

Tem-se entendido que o sigilo bancário se cuida de garantia constitucional, agasalhada no inciso X do art. 5º da Constituição de 1988, pois está compreendido na preservação da intimidade e, igualmente, da vida privada, valores que foram inseridos, expressamente, como direitos fundamentais. Em vários pronunciamentos, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendido que o sigilo bancário possui *status* constitucional, na qualidade de uma das espécies de direito à intimidade¹⁸⁴³. Porém, na Ação Cível Originária nº. 730/RJ, acolhida por maioria pelo Tribunal Pleno¹⁸⁴⁴, o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro JOAQUIM BARBOSA¹⁸⁴⁵ relator daquele feito, fazendo remissão a palavras expendidas pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE em outro julgado, destacou que o sigilo bancário não se cuida de garantia

¹⁸⁴⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Execução penal no sistema penitenciário federal, p. 75.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 59.

¹⁸⁴² O atual PNPCP é referente ao período 2020-2023 (Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/plano_nacional-1/Plano. Acesso em: 10 fev. 2021).

¹⁸⁴³ Nesse sentido: STF MS 24029 / DF, Pleno, un., Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 22/03/2002, p. 32; Pet 2805 AgR/DF, Pleno, m., Relator Min. NELSON JOBIM, DJ de 27/02/2004, p. 20; MS 24135 / DF, Pleno, un., Relator Min. NELSON JOBIM, DJ de 06/06/2003, p. 32. STJ: RESP 121.642/DF, DJ de 22/09/97, p. 46337; AGRESP 325997, DJ de 20/09/204, p. 223.

¹⁸⁴⁴ Ficaram vencidos os Ministros EROS GRAU, CEZAR PELUSO, ELLEN GRACIE, CARLOS VELLOSO e o Presidente, MINISTRO NELSON JOBIM.

¹⁸⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CPI ESTADUAL E QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Data da decisão: 22/09/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/informativos. Acesso em: 2 mar. 2005.

com *status* constitucional, pois não “... se trata da ‘intimidade’ protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal”.

Em que pese a decisão acima, em julgados posteriores, o Supremo Tribunal Federal reafirmou os precedentes que conferem coró ao entendimento de que o sigilo bancário se trata de garantia com *status* constitucional, instituto que protege certo domínio da vida das pessoas e das empresas contra a curiosidade gratuita, ou mesmo malévola, não só de outros particulares, como igualmente de pessoas que ocupam cargos públicos. Entendida a garantia dentro dessa conformação, mesmo com o reconhecimento de que o sigilo bancário se trata de direito fundamental, nada impede que as instituições financeiras, independentemente de autorização judicial, troquem informações entre si e muito menos que estas comuniquem ao Banco Central e a outros órgãos fiscalizadores dos agentes bancários sobre operações realizadas pelos seus clientes. É que, nesses casos, não há, propriamente, *quebra de sigilo* bancário, mas, apenas, *transferência de dados sigilosos* entre uma instituição e outra.

Conforme salientado, a Constituição não diz, expressamente, que a pessoa tem o direito ao sigilo bancário. Essa garantia é uma decorrência lógica do princípio da preservação da intimidade e mesmo da vida privada. No ambiente infraconstitucional, porém, o sigilo bancário encontra abrigo expresso em dispositivos legais. Sob a batuta do art. 38, § 7º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a cláusula do sigilo aqui em destaque refletia mais a preocupação com o segredo profissional do banqueiro, ideia mantida na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986¹⁸⁴⁶. Na sistemática dessas leis, não tinha importância indagar da origem dos recursos financeiros, pois o que interessava era que eles ingressassem no sistema bancário. O sigilo bancário, por conseguinte, era uma forma de incentivar a pessoa a guardar o seu dinheiro nas instituições financeiras, tornando-o a salvo de investigações quanto à forma como esses recursos foram conseguidos. Por meio dessa cláusula de sigilo, o banqueiro garantia ao usuário do sistema financeiro que não tinha o interesse nem o dever de procurar saber qual a fonte dos recursos depositados em seu banco.

A despeito do sigilo então estampado em nosso sistema se apresenta mais como garantia da atividade bancária do que em prol do cidadão, a própria norma subconstitucional previu a hipótese em que a garantia poderia ser flexibilizada. Tal se encontra expresso no art. 29, parágrafo único, da Lei 7.429, de 1986, ao outorgar ao Ministério Público o poder de requisitar a qualquer autoridade bancária informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos na referida lei. De todo modo, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, verberou entendimento tornando defesa a quebra do sigilo bancário em virtude de requisição do Ministério Público, sendo indispensável, nesse caso, a autorização judicial (RECR 215301/CE, DJ de 28.05.99, p. 24)¹⁸⁴⁷. A posição adotada pela Suprema Corte, na hipótese, escorou-se, essencialmente, na premissa de que o Ministério Público, em matéria criminal, é parte, razão pela qual não possui a prerrogativa de decidir a respeito da quebra de uma garantia constitucional que diz respeito à parte adversa¹⁸⁴⁸.

Atente-se, porém, que essa garantia ao direito à intimidade e à privacidade, daí por que, conquanto seja extensiva às pessoas jurídicas privadas, não alcança as contas públicas, pois, no que pertine aos órgãos públicos, vigoram os princípios da publicidade e da moralidade, em compasso com o art. 37, caput, da Constituição. Por conseguinte, os dados bancários sobre as movimentações financeiras dos órgãos públicos não estão protegidos pelo sigilo bancário, pois, evidentemente, não diz respeito à intimidade ou à vida privada. Os órgãos públicos não possuem *vida privada*, muito pelo contrário. Podem ter, é claro, dados sensíveis que ensejam proteção, nos quais não se incluem os que se referem à execução financeira dos recursos. De mais a mais, a transparência dos dados públicos,

¹⁸⁴⁶ O art. 38 da Lei nº 4.595, de 1964, foi revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

¹⁸⁴⁷ O Superior Tribunal de Justiça tinha jurisprudência no sentido de que o Ministério Público era legitimado para quebrar o sigilo bancário. Por outro lado, conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha firmado passo quanto à impossibilidade de o próprio parquet determinar a flexibilização do sigilo bancário ou de qualquer outro direito fundamental, antes da consolidação desse entendimento, há registro de decisões no mesmo sentido dos precedentes do STJ (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO BANCÁRIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXECUTORA DE POLÍTICA CREDITÍCIA E FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUISITAR INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS DESTINADOS A INSTRUIR PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE SUA COMPETÊNCIA. Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Classe: MS – Processo: 21729, UF: DF, PLENO, m., Data da decisão: 05/10/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp Acesso em: 1º mar. 2005).

¹⁸⁴⁸ No item 7.2.3.1.4 *supra* são apresentados os argumentos contrários à possibilidade de o próprio Ministério Público flexibilizar um direito fundamental.

especialmente quanto à execução financeira dos recursos, é direito fundamental expresso no art. 5º, XXXIII, da Lei Maior, garantia regulamentada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que determina o dever de informação, por meio de divulgação em local de fácil acesso, dos registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros e das despesas (art. 8º, § 1º, incisos II e III).

Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, em 26 de setembro de 2017, com desenganado acerto, no julgamento do RHC 133118/CE pela sua Segunda Turma, relator Ministro DIAS TOFFOLI, firmou o entendimento de que, em se tratando de órgão público, o *Parquet*, no exercício de seus poderes investigadores, pode requisitar os registros de operações financeiras relativos aos recursos movimentados, não sendo necessária prévia autorização judicial¹⁸⁴⁹.

9.4.3.1 – Dever de perquirir a origem dos recursos e de dar informações e Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)

O tratamento referente ao sigilo bancário em nosso sistema começou a sofrer mutação a partir da Constituição de 1988. Diante da norma plasmada no art. 5º, inciso X, passou-se a entender que o direito ao sigilo bancário é garantia constitucional, cuja essência serve para dar proteção ao cidadão contra ingerências indevidas na esfera da sua *vida privada*¹⁸⁵⁰. Nada obstante, tendo em conta os problemas enfrentados no combate à criminalidade organizada transnacional, que exige ampla cooperação jurídica entre os países sob pena de ineficaz qualquer ação nessa área, a Convenção Nações Unidas contra o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 aprovou e recomendou o estabelecimento de políticas criminais tendo em mira tratar do sigilo bancário em consonância com modelo que não o torne obstáculo à apuração do crime de lavagem de capitais¹⁸⁵¹. Seguindo essa orientação, editou-se, no ambiente interno nacional, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (define os crimes de lavagem de dinheiro), modificando completamente o sistema, ao impor a obrigação de os responsáveis pelas instituições bancárias fornecerem informações das operações financeiras, mesmo sem determinação judicial. À primeira vista, essa norma em foco não se coaduna com a garantia constitucional, pelo que seria de considerar-se a sua invalidade em nosso sistema. Contudo, não parece ser esse o entendimento mais adequado.

A Lei nº 9.613, de 1998, em rigor, introduziu profunda modificação na política bancária do País que, até então, seguia a ideia de não conferir importância à origem dos recursos financeiros, sendo mais relevante a sua inserção no sistema financeiro, mediante a circulação do dinheiro em espécie por meio das instituições financeiras. Hoje, tem-se presente que o crime na forma organizada encontra sua raiz de sustentação com a lavagem do dinheiro proveniente da atividade ilícita e que o incentivo fomentado com os contornos do sigilo bancário concebidos anteriormente, longe de caracterizar medida salutar para a economia nacional, legava efeitos extremamente perniciosos à saúde financeira do País. Diretrizes definitivas a respeito da adoção de um regime *global antilavagem* foram consolidadas com as Convenções das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)¹⁸⁵² e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)¹⁸⁵³.

A partir da vigência da nova legislação, criou-se a corresponsabilidade das instituições bancárias quanto à procedência lícita dos recursos financeiros, não se admitindo que a gerência bancária não conheça os seus clientes, principalmente aqueles que registram movimentação de recursos em valores vultosos¹⁸⁵⁴. Para tanto, os agentes financeiros têm por obrigação identificá-los

¹⁸⁴⁹ Disponível em: www.stf.jus.br/informativo879. Acesso em 17 jul. 2018.

¹⁸⁵⁰ LUIZ FLÁVIO GOMES orienta no sentido de que a garantia do sigilo bancário está assentada nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição de 1988. (Delação premiada e aspectos processuais. p. 367). Porém, na verdade, essa garantia está apenas no inciso X do art. 5º da Constituição. Sobre o assunto, confirmam-se os itens 9.4, supra, e 9.4.6.2, infra.

¹⁸⁵¹ Essa Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

¹⁸⁵² Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

¹⁸⁵³ Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

¹⁸⁵⁴ A Lei nº 9.613, de 1998, guiou-se pela política internacional, segundo a qual se deve impor o "... compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e os setores da economia utilizados indevidamente pelas organizações criminosas para a lavagem de dinheiro e na criação de órgão especializado em inteligência financeira" (BRASIL. Fazenda Nacional. Disponível em: www.fazenda.gov.br/coaf. Acesso em: 11 ago. 2005).

e manter cadastro atualizado de todos eles conforme lhes seja determinado, além de guardar o registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidos (art. 10, I e II, da Lei nº 9.613, de 1998). Sem embargo dessas atribuições administrativas, os agentes bancários possuem ainda o dever de comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, as operações financeiras que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir sérios indícios dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 1998, ou com eles se relacionar, e de todas as transações constantes que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas.

No desiderato da legislação em foco, seguindo as diretrizes internacionais, como órgão imprescindível para o tratamento da lavagem de dinheiro, foi criado o Conselho de Atividades Financeiras – COAF. Essa entidade foi criada para catalisar todas as informações de operações suspeitas, tornando-se, assim, órgão de inteligência financeira, indispensável no auxílio quanto ao tratamento referente ao crime de lavagem de dinheiro. No início do Governo BOLSONARO, o COAF foi transferido para o Ministério da Justiça e Segurança Pública e teve o nome alterado para Unidade de Inteligência Financeira – UIF. No entanto, menos de um ano depois, voltou a ser denominado COAF e foi transferido para o Banco Central.

Sobre ser necessária essa troca de informações entre as instituições financeiras e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, com o regramento dessa obrigação o legislador ordinário não editou norma que não guarda harmonia com a garantia constitucional do sigilo bancário, até porque, concretamente, essa troca de informações não expõe a intimidade do cliente ao crivo da opinião pública.

Não há que se falar em quebra do sigilo bancário, pois a informação da movimentação dos recursos se contém aos ambientes nos quais se processam as relações das instituições financeiras com os órgãos estatais, não indo ao conhecimento do público em geral. Há, apenas, como foi salientado acima, transferência ou compartilhamento do dever de sigilo dos dados entre instituições diversas. O que o COAF recebe são os denominados Relatórios de Informações Financeiras – RIF, os quais não contém valor sobre a legalidade ou ilegalidade da operação, muito menos notícia detalhada sobre as contas e operações financeiras, não havendo, nesse caso, sequer, acesso direito a contas bancárias ou mesmos aos respectivos extratos.

9.4.3.2 – Hipóteses de prestação de informações bancárias independentemente de autorização judicial, previstas na Lei Complementar nº 105, de 2001.

No desiderato de sinalizar, de uma vez por todas, as nuances sobre o sigilo bancário, editou-se a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, com a qual se teve a preocupação de realçar as informações e comunicações que podem ser feitas, mesmo sem autorização judicial, sobre as operações praticadas pelos clientes das instituições bancárias, sem que isso caracterize malfeição à cláusula constitucional *sub studio*. Consoante os termos do diploma normativo em foco, a mera troca de informações cadastrais entre as instituições financeiras, realizada sob o crivo das normas emanadas do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, não viola o dever de sigilo, até porque tal não se trata, propriamente, de revelação do conteúdo de transações financeiras (art. 1º, § 3º, I, da Lei Complementar nº 105, de 2001). O mesmo se diga quando a prestação de informações é feita especificamente a entidades de proteção de crédito sobre cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes (art. 1º, § 3º, II, da Lei Complementar nº 105, de 2001).

O segredo do sigilo bancário, ainda de acordo com a norma em destaque, não se tem como transgredido quanto às informações que os bancos estão obrigados a fazer para a Receita Federal para o fim de identificação dos contribuintes e dos valores globais das operações nas quais os bancos são os responsáveis tributários pela retenção e recolhimento das contribuições (art. 1º, § 3º, III, da Lei Complementar nº 105, de 2001). Para os fins do referido dispositivo, consideram-se operações financeiras (art. 5º, § 1º, da Lei Complementar nº 105, de 2001):

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- VIII – aplicações em fundos de investimentos;
- IX – aquisições de moeda estrangeira;
- X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
- XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;
- XII – operações com ouro, ativo financeiro;
- XIII – operações com cartão de crédito;
- XIV – operações de arrendamento mercantil; e
- XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

Não há mesmo de falar-se em violação ao dever de sigilo, pois as comunicações passadas à autoridade fiscal pelas instituições financeiras circunscrevem-se à identificação dos titulares das operações e aos montantes globais mensalmente movimentados, não fazendo referência a qualquer elemento que possa permitir o conhecimento sobre a origem dos recursos ou mesmo a natureza dos gastos com eles perpetrados. Não se verifica, por conseguinte, sequer, imiscuição na esfera da intimidade do usuário do serviço bancário.

A disposição da Lei Complementar em exame que chama mais a atenção é, sem dúvidas, quanto à norma contida no seu art. 1º, § 3º, IV¹⁸⁵⁵. De fato, na hipótese ali contemplada, o agente responsável pela instituição financeira tem o dever de comunicar às autoridades competentes sobre a prática de ilícitos penais ou administrativos, devendo, se for o caso, dar informações sobre as operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa. À primeira vista, esse tipo de informação representa quebra do sigilo bancário. Todavia, na exata compreensão dessa garantia constitucional, tem-se que tal não ocorre, pois a mencionada cláusula não exime o agente bancário do dever de fornecer aos órgãos fiscalizadores da atividade financeira as informações sobre a ocorrência em tese de ilícitos criminais. Surreal seria se, em nome do sigilo bancário, a instituição financeira ficasse omissa quanto à prestação de informes sobre crimes praticados às suas vistas.

Não é demais repetir que o que o sigilo bancário impede é que as transações financeiras caiam no domínio público, e não que elas sejam conhecidas, além da instituição bancária mediante a qual foi feita a operação, pelo órgão estatal incumbido de fiscalizar o sistema financeiro em seu todo. Como a comunicação bancária se faz em espaço no qual são mantidas as relações entre as entidades, sem inserção no conhecimento do público em geral, não há de falar-se em ofensa à cláusula do sigilo.

Em interpretação sobre o alcance dessa norma, o Superior Tribunal de Justiça cuidou de acentuar que o recebimento dessas informações, inserido no poder de fiscalização atribuído ao Banco Central do Brasil-BACEN, não se confunde com o poder de violar o sigilo, até porque elas estão limitadas ao patrulhamento das operações realizadas no sistema financeiro pelas instituições bancárias e pelas pessoas físicas e jurídicas¹⁸⁵⁶.

Sem embargo do dever de informação das instituições bancárias, tanto o BACEN quanto a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em consonância com a Lei Complementar nº 105, de 2001, têm o dever de fornecer ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF informações

¹⁸⁵⁵ No inciso V do § 3º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001, embora não houvesse necessidade, está ressaltado que a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados não caracteriza violação ao sigilo bancário. Ora, se a pessoa abre mão do sigilo, permitindo a sua divulgação, a informação se mostra autorizada por quem tem o interesse no segredo. É comum, em alguns casos, a pessoa suspeita de envolvimento em crimes financeiros ou de corrupção declarar, na imprensa, que abre mão de seu sigilo bancário. Resta saber se a mera declaração, dada na imprensa, já é hábil para autorizar o fornecimento das informações pela instituição financeira. O mais adequado é que o banco, nesses casos, só quebre o sigilo mediante autorização formal e escrita da pessoa a quem a garantia constitucional pertence. De todo modo, se eventualmente alguém declara, na imprensa, que abre o seu sigilo bancário, e assim é feito pela instituição bancária, mas depois ela alega, perante o Judiciário, que havia procedido de afogadilho e que, à ausência de uma autorização formal e escrita, não podia ter sido flexibilizada a sua garantia constitucional, a sua irrisignação não merece ser acolhida.

¹⁸⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. BANCO CENTRAL DO BRASIL, Relator Ministro CASTRO MEIRA, Classe AGRESP – Processo: 325997, UF: DF, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 23/03/2004. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juri/asp. Acesso em: 2 mar. 2005.

sobre operações com *sérios indícios* da ocorrência de algum dos crimes de lavagem de dinheiro. E não é só. O dever de informação do BACEN e da CVM compreende, até mesmo, as que sejam necessárias à defesa da União, nas ações em que ela seja parte. Nesse caso, as informações devem ser encaminhadas, juntamente com os documentos pertinentes, à Advocacia-Geral da União. Aqui o legislador relativizou ainda mais o sigilo bancário, tendo em consideração que não seria razoável impor à União, para fins de defesa, a necessidade de pedir ao Judiciário que este determine às entidades que lhe são vinculadas, criadas pela necessidade de racionalizar a administração com a sua descentralização, que forneçam as informações e os documentos que possuem devido à competência a elas atribuída por força de lei. A norma jurídica é mais razoável do que uma análise aligeirada faz supor.

Por fim, para reafirmar a ideia de que o sigilo bancário é quanto à disponibilização de informações para autoridades que não fazem parte do Executivo, o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, permite que todos os agentes fiscais das entidades federativas – federais, estaduais e municipais – tenham o livre acesso, para fins de exame, aos documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive aos referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que, além da indispensabilidade da diligência, haja prévio processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal.

Acontece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, após negar referendo a liminar que havia sido concedida pelo Ministro MARCO AURÉLIO¹⁸⁵⁷, no mérito, por maioria apertada de um voto, julgou procedente a pretensão embutida na via recursal, tendo o relator realçado, no final de seu voto, que conferia, “... à legislação de regência – Lei nº 9.613/96, Lei Complementar nº 105/01 e Decreto nº 3.724/01 – interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou da jurídica, sem ordem emanada do Judiciário”¹⁸⁵⁸.

Na hipótese, a maioria não sustentou a tese, levantada pelo Ministro Dias Toffoli, de que, no ponto, a legislação de regência não dispunha, propriamente, de quebra de sigilo bancário por autoridade administrativa, mas, apenas, de “... transferência de dados sigilosos de um portador desse dado que tem o dever de sigilo para outro portador que manterá a obrigação desse sigilo”.

Como se nota, o entendimento aqui defendido estava em consonância com a posição sustentada pela minoria e na edição anterior afirmamos acreditar que a questão ainda não estava pacificada, sobretudo diante das então recentes alterações na composição do Supremo Tribunal Federal. Sem embargo dessa consideração, levantávamos duas questões. Primeiro, no julgamento do RE nº 389.808/PR, não houve pronunciamento a respeito de dispositivos da Lei nº 9.613, de 1998, que disciplina o crime de *Lavagem de Dinheiro*. Portanto, as instituições bancárias possuem o dever de informar ao COAF toda e qualquer movimentação financeira considerada suspeita ou atípica, não se tratando, essa hipótese, de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, até porque não há identificação quanto à razão de ser da transação financeira.

Na esteira do entendimento então firmado pela Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça deixou assentado, em sua jurisprudência em tese, edição nº 60 (Nulidades do processo penal), que aqui se aplica por analogia, que “20) O compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com fundamento no art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal, é considerado nulo, para fins penais, se não decorrer de expressa determinação judicial.

¹⁸⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.redir.stf.jus.br/paginadorpub. Data da decisão: 15/12/2010. Acesso em 14 jan. 2013. Participaram do julgamento apenas 9 (nove) Ministros, sendo pelo provimento do Recurso Extraordinários os Ministros MARCO AURÉLIO (Relator), CELSO DE MELLO, GILMAR MENDES, RICARDO LEWANDOWSKI E CEZAR PELUSO (Presidente). Ficaram vencidos os Ministros DIAS TOFFOLI, CÁRMEM LÚCIA, CARLOS AYRES E ELLEN GRACIE.

¹⁸⁵⁸ A ementa do acórdão possui a seguinte redação: “SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (STF, RE 389.808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 15/12/2010, p. 10/05/2011)” (Ibid.).

Entretanto, assim como advertido na edição anterior quanto à tendência de haver uma modificação do entendimento então firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema modificou a sua posição a respeito do tema. No julgamento da ADI 2.390/DF, o Plenário, em regime de repercussão geral, asseverou a validade da obtenção pela Receita Federal de informações de instituições financeiras sem prévia autorização judicial de quebra de sigilo bancário, pois o acesso à movimentação financeira dos contribuintes não caracteriza flexibilização da regra constitucional¹⁸⁵⁹. Ponderou-se que, na hipótese, não ocorre propriamente quebra de sigilo bancário, senão apenas *transferência do sigilo* dos bancos para o fisco.

Posteriormente, diante de novo questionamento a respeito dos limites da atuação do COAF, em decisão por maioria, no julgamento do RE 1.055.941, Relator Ministro DIAS TOFFOLI¹⁸⁶⁰, ocorrido em 4/12/2019, foi fixada a seguinte tese:

1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.
2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

Nos debates levados a efeito em plenário, restou ressaltado que o COAF só pode compartilhar com o Ministério Público conteúdos que já possua sob a figura de Relatório de Informação Financeira, não lhe sendo dado fazer, *motu proprio*, geração de RIF por encomenda, pois tal se assemelha ao que se identifica como *fishing expedition*, prática vedada por violar a necessidade de prévia autorização judicial para a realização de diligências.

9.4.3.3 – Quebra do sigilo bancário por determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito.

No item 7.2.3.1.1 deste trabalho, cuidou-se de realçar as hipóteses em que as Comissões Parlamentares de Inquérito têm legitimidade para determinar a flexibilização ou quebra de direito fundamental. Ali restou esclarecido que, em razão do plasmado no art. 58, § 3º, da Constituição, os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito compreendem a competência para decretar, mediante decisão fundamentada, a flexibilização de direito fundamental, salvo nos casos em que a Carta Política, expressamente, ao preceituar a garantia essencial, excepciona a sua perda a prévio pronunciamento do Judiciário, como *cláusula de reserva de jurisdição*¹⁸⁶¹. Na Constituição, foram estabelecidas apenas três hipóteses de reserva de jurisdição (art. 5º, XI, XII e LXI, da Constituição), de modo que, em todos os outros casos, a CPI pode, dependendo das circunstâncias do caso, determinar a flexibilização de direito fundamental. Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme quanto a admitir que a CPI, com suporte em decisão suficientemente motivada, determine a quebra de sigilo bancário¹⁸⁶².

¹⁸⁵⁹ Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814. Acesso em 24 jul. 2018.

¹⁸⁶⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5213056&numeroProcesso=1055941&classeProcesso=RE&numeroTema=990>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁸⁶¹ Sobre o assunto, cf. item 7.2.3.1.2, *supra*.

¹⁸⁶² Quanto à quebra do sigilo bancário, o legislador não fez distinção, ao admitir que ela pode ser determinada quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, porém esclarece que essa medida deve ser adotada de forma especial, quando a hipótese for: (1) de terrorismo; (2) de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; (3) de contrabando; (4) tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; (5) de extorsão mediante sequestro; (6) contra o sistema financeiro nacional; (7) contra a Administração Pública; (8) contra a ordem tributária e a previdência social; (9) lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; (10) praticado por organização criminosa (art. 1º, § 4º, da Lei Complementar nº 105, de 2001). Seja como for, tal como ocorre em relação à flexibilização de todo e qualquer direito fundamental, a quebra do sigilo bancário deve ser uma medida excepcional, que somente deve ser determinada quando haja indícios suficientes da prática de um delito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. DUPLICIDADE DA NOTÍCIA-CRIME, Relator Ministro NELSON

Mesmo assim, o legislador achou por bem regular a matéria. No art. 4º, caput, da Lei Complementar nº 105, de 2001, restou previsto que tanto o Banco Central do Brasil como a Comissão de Valores Mobiliários, no que diz respeito às áreas de suas atribuições, devem fornecer as informações e proceder à entrega dos documentos sigilosos referentes às operações financeiras, quando assim for determinado, fundamentadamente, pelo Poder Legislativo Federal, sempre que esses elementos informativos e probatórios se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucional e legal. O primeiro aspecto a ser destacado é que a norma fala em Poder Legislativo Federal, não em Poder Legislativo, de modo que aquela expressão não abrangeria, à primeira vista, os Poderes Legislativos Estadual e Municipal.

Justamente devido à expressão utilizada pelo legislador, no caso WALDOMIRO DINIZ, o BACEN se recusou a prestar informações requisitadas pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, por se tratar de legislativo estadual. Inconformada, essa casa legiferante ingressou com mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal e, por maioria apertada, teve o seu pleito deferido, tendo o Ministro JOAQUIM BARBOSA¹⁸⁶³ afirmado que “(...) O Banco Central fez no caso uma leitura meramente textual, formalista, da questão e concluiu que as Assembleias Legislativas estaduais não têm o poder de determinar a quebra de sigilo bancário, porque a lei federal de regência da matéria a elas não se refere expressamente.” Mais adiante, complementando o seu raciocínio, o ínclito Ministro arrematou que

a quebra de sigilo bancário por parte das comissões parlamentares de inquérito constitui instrumento inerente ao exercício da função fiscalizadora ínsita aos órgãos legislativos e, como tal, dela também podem fazer uso as CPIs instituídas pelas Assembleias Legislativas, desde que observados os requisitos e as cautelas preconizadas em inúmeras decisões desta Corte sobre o tema. O contrário, ou seja, retirar aos legislativos estaduais a possibilidade de utilizar-se desse instrumento, equivale a criar um elemento adicional de apoucamento das já institucionalmente fragilizadas unidades integrantes da nossa Federação. Sobre esse tópico, concluo, portanto, que em termos gerais, ressalvadas diferenças orgânicas entre o Legislativo federal e os estaduais, o art. 58, § 3º, da Constituição pressupõe inegável semelhança entre as comissões parlamentares de inquérito federais e estaduais, do que resulta a impossibilidade de os estados-membros as vedarem. Dessa primeira conclusão decorre a impossibilidade de a legislação federal limitar ou estabelecer proibições desproporcionais aos legislativos estaduais e locais.¹⁸⁶⁴

Quanto a esse aspecto, o acórdão do Supremo Tribunal Federal merece aplausos, pois a competência de os legislativos estaduais e municipais determinarem a flexibilização de direitos fundamentais está inserta na Constituição¹⁸⁶⁵, não sendo válida disposição normativa subconstitucional em contrário, restringindo-a apenas a um dos Parlamentos, porquanto tal tratamento, além de macular a força investigativa dos órgãos legislativos pertencentes às demais entidades federativas, afronta o princípio federativo.

Outra questão interessante, trazida à baila com o regramento da quebra de sigilo bancário determinado pela CPI, reside na circunstância de ter ficado consignado, no § 2º do art. 4º, que a decisão fundamentada desse órgão deverá, necessariamente, ser aprovada pela Plenária da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas Comissões Parlamentares de Inquérito. Com isso, se quer dizer que o presidente da CPI ou o relator da matéria não pode, em decisão monocrática, determinar a quebra de sigilo bancário. Ademais, nos casos em que for conveniente, a determinação da CPI, quanto à quebra de sigilo bancário, pode ficar condicionada ao crivo da respectiva casa legislativa, o que é salutar, pois instaura controle político importante contra eventuais excessos desse órgão do legislativo. É saudável, e necessário, que o órgão que detém poderes investigatórios e de determinar, ele mesmo, a

JOBIM, Classe: AgR – Processo: 2805, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 13/11/2002. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 2 mar. 2005).

¹⁸⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CPI ESTADUAL E QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Classe: ACO – Processo: 730, UF: Rio de Janeiro. TRIBUNAL PLENO Data da decisão: 22/09/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/informativos. Acesso em: 2 mar. 2005.

¹⁸⁶⁴ Ibid.

¹⁸⁶⁵ Cf. item 7.2.3.1.1, infra, no qual se faz análise sobre os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito.

flexibilização de direito fundamental seja submetido a controle, a fim de que a concentração de poder não o conduza à prática de excessos.

9.4.4 – Garantia do sigilo fiscal.

Outra garantia que é extraída do direito fundamental à preservação da intimidade e da vida privada é o sigilo fiscal. Assim, mesmo que não haja expressa menção na Constituição ao sigilo fiscal, tem-se o entendimento de que ele está catalogado dentre os direitos fundamentais declarados em nosso sistema jurídico. Na esteira do comando constitucional, o Código Tributário Nacional – Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – consagra o segredo dos dados fiscais do contribuinte, tornando-os a salvo da bisbilhoteira alheia. Na sua redação original, o art. 198 do Código Tributário, em tom que se manifestava como de caráter absoluto, vedava a divulgação, para *qualquer fim*, de *qualquer* informação guardada pelo fisco em relação ao contribuinte. Todavia, seguindo a principiologia adotada em relação ao sigilo bancário, houve uma sensível relativização dessa garantia, ao ser esclarecido que esse segredo não torna defesa a troca de informações e a entrega de documentos entre os órgãos do Executivo. Com efeito, a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, ao emprestar nova redação ao caput do art. 198 do CTN e retirar as expressões *para qualquer fim* e *qualquer* informação, sublinhou, com o enxerto do § 1º, que o sigilo não se estende às solicitações feitas por autoridade administrativa no interesse da administração pública, exigindo-se para tanto apenas que haja prévia instauração de processo administrativo no âmbito do órgão que aquela representa, cujo objeto seja a apuração de fato imputado ao contribuinte, praticado sob a modalidade de infração administrativa.

Coerente com essa linha de pensamento, o legislador, no § 3º do art. 198 do Prescritor Normativo Tributário, agregou que o sigilo fiscal não inviabiliza o encaminhamento de representações fiscais para fins penais, bem como para a realização de inscrições na dívida ativa da fazenda pública e para acordos de parcelamento ou moratória. Não se enxerga, nessas previsões incluídas com a Lei Complementar nº 104, de 2001, lesão à garantia constitucional. No que diz respeito à possibilidade de o fisco proceder a representações fiscais para fins criminais, nada há a objetar, porquanto o encaminhamento desse expediente pelo agente fiscal para a autoridade policial ou para o Ministério Público constitui, antes de tudo, um dever, todas as vezes em que ele detectar, no procedimento instaurado para apurar crédito tributário, resquício de ocorrência de infração penal. O desarrazoado seria se a autoridade, ao fazer o lançamento fiscal, mesmo tendo acesso a informações e documentos que revelam indícios fortes da ocorrência de infração criminal, devido ao segredo fiscal, não pudesse fazer a representação para fins penais.

Por outro lado, parece bizantino defender que a garantia constitucional em relevo não se opõe à Fazenda quanto à utilização das informações que possui sobre a vida fiscal do contribuinte, tendo em mira inscrever, na dívida ativa, crédito fiscal declarado na fiscalização levada a efeito pelo agente tributário. O fisco sempre pôde, e sempre poderá, examinar a situação fiscal do contribuinte e, com base nas informações e documentos daí extraídos, se for o caso, proceder à inscrição do débito na dívida ativa. O segredo não é para o fisco, até porque este é quem guarda os dados que devem ser mantidos em sigilo. Se assim não se entender, ele teria que pedir ao Judiciário que permitisse que ele próprio pudesse fazer uso das informações e documentos que possui para, no desiderato de levar a efeito a inscrição de débito na dívida ativa, deles fazer uso. Finalmente, também não merece consideração maior a hipótese do art. 198, § 3º, III, do CTN, porquanto o parcelamento e a moratória são feitos em favor do contribuinte e de comum acordo, razão pela qual, caso não haja aquiescência quanto à divulgação das informações fiscais do devedor, o ajuste não é firmado.

A bem da verdade, não ocorreu, propriamente, uma grande inovação nessa área, pois o art. 199 do CTN, que continua com a sua primitiva redação, já permitia que a União, Estados e Municípios prestassem mútua assistência para a fiscalização dos tributos respectivos, com a permuta de informações. Por conseguinte, desde a edição do CTN, o sigilo fiscal não tinha força para impedir que as agências fazendárias das entidades federativas trocassem informações e documentos, a fim de haver a mútua colaboração nas respectivas funções fiscalizadoras. Nesse campo, a única novidade foi que se acrescentou um parágrafo único ao art. 199 do CTN, para

declarar o compromisso do Governo brasileiro com a cooperação internacional fiscal, desde que assim estabelecido em tratados, acordos ou convênios bilaterais ou multilaterais¹⁸⁶⁶.

9.4.5 – Inviolabilidade do domicílio.

O recesso do lar, consoante se infere das letras insculpidas no livro *A cidade antiga*, de FUSTEL DE COLANGES,¹⁸⁶⁷ sempre e sempre, foi concebido como lugar sagrado, admitindo-se adentrá-lo apenas com consentimento prévio do *pater familiae*, pois sentida a necessidade de resguardar-se a intimidade do lar, as suas crenças e os seus cultos.

PINTO FERREIRA leciona que essa garantia tem tradição no Direito Inglês, fazendo referência a famoso discurso do Lord CHATHAM proferido no Parlamento daquele país, segundo o qual “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”. Essa cultura foi normatizada a partir das primeiras declarações de direitos, como forma de preservação da intimidade e do direito ao sossego no recesso do lar, por meio da consagração do direito à inviolabilidade do domicílio.

A Quarta Emenda à Constituição americana consagrou a inviolabilidade do domicílio, ao preceituar que

É inviolável o direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, documentos e haveres, contra busca e apreensões desarrazoadas, e nenhum mandado será expedido a não ser com base em causa provável, amparada em juramento ou declaração, descrevendo particularmente o local da busca e as pessoas ou objetos a serem apreendidos¹⁸⁶⁸.

A Constituição americana não contém nenhuma menção expressa ao direito à intimidade, mas essa garantia está imanente no texto, ao passo que a Quarta Emenda evidencia a noção inglesa de que *one's home is one's castle*¹⁸⁶⁹. A emenda foi inserida diante dos ressentimentos dos colonos contra os *general warrants* (mandados gerais) emanados dos agentes britânicos. A Constituição francesa não dispõe expressamente sobre a inviolabilidade do domicílio, mas as Magnas Cartas alemã, espanhola, italiana e portuguesa contemplam essa garantia. A Constituição da Alemanha diz que o domicílio é inviolável, somente podendo ser ordenadas buscas pelo juiz, ou então, quando a *demora imputar grave perigo*, outros agentes, apontados na lei ordinária, podem determiná-las¹⁸⁷⁰. A italiana, no art. 14, diz que o *domicilio é inviolável* e proíbe que nele sejam efetuadas *inspeções, perseguições ou sequestros*, a não ser nos casos e formas estabelecidos pela lei. De todo modo, a terceira parte do art. 13 da Constituição da Itália admite que autoridade de segurança pública, em casos excepcionais de necessidade e urgência, previstos expressamente na lei, adote, sem autorização judicial, providências provisórias, com a devida comunicação, no prazo de 48 horas, à autoridade judicial. As Constituições de Portugal e Espanha, de forma cogente, dizem que só se pode ingressar no domicílio caso haja consentimento ou ordem judicial, não fazendo alusão à exceção a essa regra, salvo na hipótese de flagrante delito.

No Direito brasileiro, a inviolabilidade do domicílio está consagrada constitucionalmente desde a Constituição Imperial de 1824. Naquela Magna Carta, no art. 179, VII, restou consignado que “Todo cidadão tem a sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a lei determinar”. Na primeira normatização desse direito fundamental, embora não estivesse expresso que a quebra do direito somente seria admissível por

¹⁸⁶⁶ Aqui se mostra a coerência legislativa quanto à preocupação de assinalar o engajamento do Brasil na cooperação internacional. Cf. itens 8.2.1.3.2 e 8.2.1.3.2.1, supra.

¹⁸⁶⁷ Cf. Op. cit.

¹⁸⁶⁸ *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 81.

¹⁸⁶⁹ VILE. Op. cit., p. 153.

¹⁸⁷⁰ ”Art. 13º. 1. O domicílio é inviolável. 2. As buscas no domicílio apenas podem ser ordenadas pelo juiz ou, se a demora imputar grave perigo, por outros órgãos previstos na lei e somente na forma por ela prescrita”.

autorização judicial, já deixava salientado que no período noturno, a garantia era mais forte, justamente porque é quando mais se requer a tranquilidade do recesso do lar.

Na Constituição de 1891, a redação da garantia não sofreu modificação substancial, salvo para introduzir a expressão *morador*, identificando-o como a pessoa que detém a legitimidade para consentir, ou não, o ingresso no domicílio e para colocar, no lugar de *incêndio ou inundação* como formas de admissibilidade de ingresso sem consentimento, as expressões *vítimas de crimes ou desastres*¹⁸⁷¹. A Carta de 1934 manteve o conteúdo do preceito adotado pela primeira Constituição republicana, fazendo modificação, apenas, em relação ao estilo redacional, no que diz respeito à pontuação.

Fiel à característica ditatorial e de pouca consideração aos direitos fundamentais, a Constituição de 1937, laconicamente, restringiu-se a assegurar “A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei” (art. 122, 6), remetendo, assim, à lei ordinária o amplo tratamento da matéria, alterando, profundamente, a nossa tradição constitucional. Coube à Constituição de 1946, com o seu verniz democrático, restabelecer a redação do texto da Constituição de 1934 (art. 141, § 15). Embora a Constituição de 1967, também, registre pouco caso com os direitos fundamentais, sendo a declaração de direitos tratada apenas de forma simbólica, o certo é que a garantia foi mantida em seu texto de acordo com a ideia original, fazendo-se alteração em relação à redação da Carta de 1946, apenas para esclarecer, de forma mais técnica, que a possibilidade de invasão do domicílio seria de regra por meio de consentimento ou autorização, “a não ser em caso de crime ou desastre”¹⁸⁷².

9.4.5.1 – Garantia da inviolabilidade do domicílio na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, além de manter a tradição de trazer expressa a garantia da inviolabilidade do domicílio, conquanto tenha mantido as linhas mestras da Carta Imperial e das demais que a seguiram, teve preocupação maior com a técnica, assim se expressando: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Ao lado da regra da inviolabilidade, admitiu como exceção os casos de *flagrante delito, desastre ou para prestar socorro*. Foi mais técnica do que a de 1967, pois a previsão de que a invasão do domicílio poderia ocorrer em caso de crime dizia bem mais do que se queria ou deveria ressaltar. O ingresso no domicílio sem consentimento do ofendido ou autorização não pode ser validado apenas pelo fato de tratar-se de crime, mas sim de flagrante delito, o que pressupõe não só a conduta ilícita, mas igualmente que ela ainda esteja sendo praticada ou tenha acabado de ser perpetrada, consoante as hipóteses estampadas no art. 302 do Código de Processo Penal. O agir de inopino, consistente na invasão do domicílio sem consentimento ou autorização, não se justifica pelo crime em si, mas pela circunstância da flagrância.

Alguns doutrinadores fazem críticas à redação empregada pelo constituinte de 1988, pois a interpretação literal subentende que, durante o dia,¹⁸⁷³ “... somente por determinação judicial a entrada é permitida e que, durante a noite, a entrada é sempre permitida.”¹⁸⁷⁴. A crítica, sem embargo da autoridade de quem a faz, não procede, pois a leitura do comando normativo permite a plena compreensão de que, reafirmando a tradição constitucional brasileira, a garantia quanto ao domicílio se faz em dois níveis, um tendo em consideração o período diurno e outro, o noturno. Naquele, sem o consentimento do morador, além dos casos de flagrante delito, desastre ou de prestação de socorro, a invasão pode ocorrer por meio de autorização judicial; neste, sem o consentimento do morador, somente nos casos de flagrante delito, desastre ou de prestação de socorro.

¹⁸⁷¹ Art. 72, 11, da Constituição de 1891: “A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítima de crimes, ou desastres, nem de dia senão nos casos e pela forma prescrita na lei”.

¹⁸⁷² A Constituição de 1946, do mesmo modo que a de 1934 e a de 1824, dizia “a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre”.

¹⁸⁷³ CRETELLA JÚNIOR. Op. cit., p. 265.

¹⁸⁷⁴ Na doutrina brasileira, cf. JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 218.

Debate que agita a doutrina é quanto ao bem jurídico tutelado com a garantia da inviolabilidade do domicílio. Há quem defenda que a norma constitucional, ao assegurar a inviolabilidade do domicílio, visa proteger a propriedade; já para alguns, ela objetiva resguardar a liberdade; para outros, ela tem em mira amparar a segurança individual e, para a maioria, ela tem como objetivo impor respeito à intimidade (personalidade). A discussão no nosso meio, à míngua de fundamentação maior, não tem fôlego, até porque a proteção constitucional não é ao proprietário, mas ao morador, o que denota, de forma inelutável, que se quer dar proteção à intimidade de quem mora no local, e não ao dono do imóvel¹⁸⁷⁵.

Por isso mesmo, a doutrina firmada é no sentido de que a proteção constitucional à inviolabilidade do domicílio é uma variante do direito à intimidade. CRETELLA JÚNIOR, ainda que reconheça na inviolabilidade do domicílio, também, a proteção à liberdade física e uma forma de proteção (segurança) do homem, discorre sobre o assunto no mesmo capítulo que trata do direito à intimidade¹⁸⁷⁵. Por outro lado, seguindo as pegadas da maioria da doutrina nacional, esclarece JOSÉ AFONSO¹⁸⁷⁶ que “O objeto da tutela não é a propriedade, mas o respeito à personalidade, de que a esfera privativa e íntima é aspecto saliente”.

9.4.5.2 – Conceito constitucional da expressão casa.

Na história do constitucionalismo brasileiro, salvo na Carta de 1937, o constituinte sempre deu preferência, ao tratar da inviolabilidade do domicílio, à expressão casa, ideia que foi mantida, naturalmente, na Constituição atual. Na definição empregada no Código Civil, domicílio é a residência estabelecida com ânimo definitivo (art. 70), o que não vale para fins constitucionais, pois o direito fundamental diz respeito também aos locais nos quais se estabelece a pessoa mesmo sem a pretensão de neles residir. O Código Penal, de modo mais abrangente, diz que a expressão casa compreende *qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade e esclarece que são excluídas desse conceito a hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta*, salvo em relação aos compartimentos habitados (art. 150, §§ 4º e 5º)¹⁸⁷⁷.

Ao utilizar a expressão casa ao invés de *domicílio*, o constituinte brasileiro, agrega ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁸⁷⁸, dirimiu especulações quanto a sua identidade com instituto similar tratado no Código Civil. Com isso, o constituinte criou um conceito próprio, para expressar o espaço *geossocial* definido pelo homem para ocupá-lo, só ou acompanhado, para fins de morada ou para desenvolver a sua atividade profissional. Casa é, por conseguinte, mais do que domicílio ou residência definidos no Código Civil e, a despeito do amplo conceito empregado no Código Penal, não se restringe à noção ali pinçada. No ambiente do Direito Constitucional, casa, como quer CÉLIO SILVA¹⁸⁷⁹, “... sinonimiza com o local que o indivíduo habita e com o espaço que utiliza para seu negócio”, de modo que, além da casa propriamente dita, abrange não apenas todas as suas dependências, como pátios, jardins, quintal, garagens, depósitos etc.

Com rara felicidade, fazendo contraponto com a liberdade de ir e vir, PONTES DE MIRANDA¹⁸⁸⁰ ensina que a inviolabilidade do domicílio constitui-se em *liberdade física* especializada, com significado diferente do empregado nos Direitos Civil e Penal¹⁸⁸¹. A circunstância de a casa estar, ou não, no momento ocupada é de somenos importância, pois o que se consagra é a intimidade espacial, esteja ou não a pessoa no local. A casa, mesmo fechada, é expressão da intimidade da pessoa, sendo defeso o ingresso de estranhos. Diferente, naturalmente, é a casa abandonada, pois, nesse caso, não há morador. Nesse sentido, cabe recordar diversas reportagens que evidenciavam autorizações judiciais para agentes de saúde/endemias *invadirem* imóveis abandonados com o objetivo de fazer inspeções e controle de pragas, especialmente em razão da

¹⁸⁷⁵ Op. cit., p. 254 et seq.

¹⁸⁷⁶ Op. cit., p. 377.

¹⁸⁷⁷ *Inviolabilidade do domicílio na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 64.

¹⁸⁷⁸ COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992. p. 184.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 184.

¹⁸⁸⁰ *Comentários à constituição de 1967*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 177.

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 185.

endemia de dengue que atinge todo o país. Nessas hipóteses, não há necessidade de autorização judicial, se os imóveis estão efetivamente abandonados, bastando o poder de polícia dos agentes para o exercício dessa atividade. É igualmente comum relatos na imprensa de iniciativas das Assembleias Legislativas e de Câmaras Municipais disciplinando essas ações por meio de leis estaduais ou municipais. Não se enxerga ofensa à inviolabilidade do domicílio, como desdobramento da proteção à intimidade, já que o imóvel abandonado não configura propriamente domicílio. Certamente que as medidas podem ser debatidas sobre a ótica de outros direitos, como o da propriedade.

Para a doutrina, pouco importa o local no qual a pessoa mora ou se encontra momentaneamente estabelecida: um simples quarto, barraco, cômodo, cortiço ou quarto de hotel ou motel¹⁸⁸². Na jurisprudência, tem-se notícia de que o quarto de hospital (TACrSP 93/273), quarto de hotel ou pensão, quanto aos aposentos efetivamente ocupados (TACrSP 70/187), e quarto de motel (TACrSP, RT 689/366)¹⁸⁸³ foram considerados inseridos no conceito constitucional de casa. Abrange, assim, toda e qualquer edificação, ainda que ela se destine à permanência por poucas horas, como os *trailers* residenciais, os quartos de hotéis, hospitais e motéis¹⁸⁸⁴. Isso porque, mesmo que a estada não seja por tempo mais dilatado, ao se encontrar em recinto fechado, a pessoa está em espaço geográfico escolhido para o seu sossego, não sendo admitida a intromissão de outrem, com exceção dos casos de flagrante delito, desastre ou para fins de prestação de socorro, a não ser que haja o seu consentimento ou autorização judicial. A abordagem aqui feita restringe-se à hipótese de ingresso no quarto de hospital para fins criminais, que ocorre com frequência quando os agentes policiais comparecerem ao leito, no desiderato de tomar interrogatório ou depoimento de vítimas. De todo modo, quanto ao ingresso de pessoas da área médica para a realização de procedimentos sem a autorização do paciente, veja-se que o art. 15 do novo Código Civil consigna que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Por outro lado, essa disposição normativa quer dizer que, caso o tratamento médico ou a intervenção cirúrgica não importe em risco de vida, a pessoa não pode recusar-se a submeter-se ao tratamento ou à intervenção.

Tal posição parece ser a mais correta, pois como o bem tutelado é a intimidade, no conceito de casa estão compreendidos não apenas aquele local no qual a pessoa se estabelece, de forma definitiva, como o lugar para guardar as suas coisas e fazer o seu descanso só ou acompanhado e, igualmente, qualquer lugar por ele habitado para atender as suas necessidades, seja por imperativo de ordem médica (quarto de hospital), para fins de lazer (quarto de hotel, pousada, barraca) ou de satisfação de necessidades básicas como o colóquio amoroso (quarto de motel). Por conseguinte, a pessoa que se encontra internada em um quarto de hospital não pode ter o seu espaço físico invadido, salvo mediante seu consentimento ou nas hipóteses desenhadas pelo constituinte. Diante desse entendimento, nos casos em que o agente, em razão da prática de crime, vem a ser hospitalizado, mesmo que o atendimento se dê em serviço médico oferecido pela rede pública, estando ele em um quarto de hospital, a entrada de policiais, para fins de interrogatório ou outro qualquer, salvo se for hipótese de flagrante delito – configurada sob a forma de perseguição, por exemplo –, somente pode ocorrer mediante o consentimento daquele ou então com suporte em mandado judicial.

O mesmo se diga em relação àquele que está em quarto de hotel, pousada ou mesmo em uma mera barraca ou trailer. Nesse passo, ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁸⁸⁵, em citação dos doutrinadores alemães ZINN e STEIN, adverte que a definição de casa não exige que ela esteja fixa ao solo, pois o conceito constitucional compreende as residências sobre rodas, barcos-residência e outras tais. Filiando-se a essa corrente, LUIZ AUGUSTO PARANHOS SAMPAIO, citado por ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁸⁸⁶, inclui os trailers residenciais na categoria de casa, o que se manifesta apropriado. Seguindo essas pegadas, nas palavras de LUIZ SAMPAIO, “... com a designação de casa e não de domicílio, a atual Carta dá proteção a um sem-número de edificações,

¹⁸⁸² Ibid. No mesmo sentido, cf.: SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. *Comentários à nova constituição brasileira*. São Paulo: Atlas, 1992. v. 1, p. 87; GROTTI. Op. cit., p. 75; COSTA. Op. cit., p. 184; MIRANDA. Op. cit. p. 185.

¹⁸⁸³ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código de processo penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 325.

¹⁸⁸⁴ GROTTI. Op. cit., p. 75.

¹⁸⁸⁵ Op. cit., p. 75

¹⁸⁸⁶ Ibid.

desde os palacetes suntuosos até os casebres humildes das invasões e das favelas; desde os *trailers* residenciais, os motéis, até as casas de prostituição, porque, trancadas as suas portas, gozam de iguais prerrogativas, pois que a estes se constituiria um atentado ao princípio da igualdade de todos perante a lei se os seus moradores permanecessem desamparados por este dispositivo constitucional, dependendo das incursões policiais, às vezes, arbitrárias”¹⁸⁸⁷.

Antes, defendemos o pensamento de que haveria de ser feita a distinção entre o momento em que o *trailer* ou barco-residência está em circulação daquele em que se encontra parado em determinado local ou atracado no porto. Depois de maior meditação, cremos que, mesmo quando o trailer ou barco utilizado como residência está em circulação, a proteção constitucional se faz presente, de modo que a busca em seu interior, caso não haja o consentimento do morador, para ser válida, deve obedecer às previsões plasmadas na Constituição. Ainda quando em circulação, eles não se confundem com o automóvel, pois, estejam ou não habitados no momento, guardam a intimidade do *morador*. O carro, não, não pode ser considerado casa, pois não serve para esse fim, além de a sua mobilidade tornar inviável que a inspeção em seu interior somente se proceda mediante consentimento do *condutor*. Se assim não fosse, seriam ineficazes as blitzes dos agentes policiais, assim como as dos guardas de trânsito, pois não lhes seria dado proceder a averiguações nos veículos, a fim de verificar se há armas, drogas etc. ou se o carro está em condições de circulação¹⁸⁸⁸.

De outra banda, note-se que o fato de o ingresso sem o consentimento do morador nas dependências comuns de hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva não caracterizar o crime de invasão de domicílio, tipificado no art. 150 do Código Penal (TACRIM-SP, 11ª C., Rel. Sidnei Beneti, RT 668/297)¹⁸⁸⁹, não tem o condão de afastar, nesse caso, a agressão ao mandamento constitucional, porquanto o conceito de casa encartado na Magna Carta é mais dilargado do que aquele adotado pelo Código Penal. Por conseguinte, malgrado a invasão do espaço comum de condomínio, em princípio, não tipifique a *fattispecie* catalogada no art. 150 do Código Penal, essa ação malfere o preceito constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio¹⁸⁹⁰. Assim, os colégios, escritórios, consultórios, oficinas e outros estabelecimentos nos quais são desempenhadas as profissões liberais, conquanto destinados ao público, não podem ser vistoriados sem que haja o consentimento, excepcionadas as hipóteses destacadas na norma constitucional.

Reafirmando essa assertiva, no julgamento do RE 251445/GO, relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO¹⁸⁹¹, o Supremo Tribunal Federal, assim se manifestou sobre o tema:

(...) GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA.

DOCTRINA. – Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. – Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI).

Diferente é o caso dos bares, clubes, teatros, cinemas, restaurantes, mercados, supermercados, shoppings centers etc. Esses estabelecimentos, diferentemente dos locais nos quais são

¹⁸⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸⁸ Em sentido contrário, CRISALFULLI e PALLADIN, apud ADELAIDE DINORÁ GROTTI, defendem que, no ambiente constitucional, o conceito de domicílio comporta não só a preservação do interesse à privacidade, como “... também, de um modo geral, o de excluir os outros lugares dos quais o indivíduo disponha, a título privado, mesmo que não se trate de moradia particular” (Op. cit., p. 71), daí por que ele abrange até o *próprio automóvel* (Ibid.).

¹⁸⁸⁹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (coords.). Op. cit., p. 281.

¹⁸⁹⁰ Nos dias de hoje, os espaços comuns dos condomínios são cada vez maiores, compreendendo extensa área de lazer. Se essa área comum, devido ao princípio da legalidade, não é considerada casa para fins criminais, ela o é para o campo constitucional, de modo que uma autoridade policial, caso queira fazer alguma diligência no seu interior, terá de obter o consentimento do *morador*, ou então, autorização judicial.

¹⁸⁹¹ Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/informativos/. Data da decisão: 03/08/2000. Acesso em: 8 fev. 2005.

desempenhadas outras atividades da iniciativa privada, quando abertos ao público, não estão compreendidos pela expressão casa, de modo que as autoridades policiais podem, livremente, transitar e exercer o poder de polícia, independentemente do consentimento ou de autorização judicial. Porém, no momento em que esses estabelecimentos se encontram fechados para o público, para neles ingressar, é preciso o consentimento do morador¹⁸⁹².

O mesmo se diga em relação aos órgãos públicos, quando determinada alguma diligência. A despeito de o ingresso nos órgãos públicos ser franqueado às pessoas em geral, não seria razoável admitir-se que, tendo a autoridade policial a pretensão de realizar alguma diligência, com o fim de obter determinada prova, pudesse ingressar livremente nos prédios, independentemente de autorização da autoridade pública¹⁸⁹³. Principalmente se a diligência tiver de ser realizada no gabinete de algum servidor ou juiz. Observe-se que nas chamadas operações *Hurricane e Thêmis*, as diligências realizadas dentro de fóruns federais foram precedidas de autorização judicial. Nem poderia ser diferente.

Aliás, nesse caso, até para que a imagem do Poder Judiciário não fique severamente comprometida, é recomendável que o magistrado, ao determinar a busca e apreensão, indique um juiz para acompanhar a execução da medida, exatamente para evitar excessos e a falsa impressão de que a polícia está invadindo os prédios do Poder Judiciário para pegar documentos e prender funcionários e juizes. Cabe lembrar que, quando se trata de busca e apreensão a ser realizada em escritório ou local de trabalho do advogado, conforme previsto no art. 7º, II, da Lei nº 8.906, de 1994 (Estatuto da Advocacia), a diligência, a despeito da prévia autorização judicial, somente pode ser feita pela autoridade policial caso haja o acompanhamento de representante da Ordem dos Advogados do Brasil. Na apreciação da ADI 1.127-8-DF, o Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar, suspendeu essa parte do dispositivo em foco. Retomando o julgamento em 17 de maio de 2006, o STF estendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo, ao argumento de que, instada em caráter confidencial e cientificada com as cautelas próprias, a OAB deixar de fazer a indicação, essa exigência do acompanhamento da diligência ficará suplantada, não gerando ilicitude da prova resultante da apreensão¹⁸⁹⁴.

Seguindo a mesma ordem de ideias, similar regra deve existir em relação aos prédios do Poder Judiciário. Alguns episódios, especialmente o relativo à operação *Thêmis* no fórum da Justiça Federal de São Paulo, falam por si sós. Na referida operação, foram detectados excessos por parte dos agentes da polícia federal quando do cumprimento dos mandados de busca e apreensão expedidos pelo STJ. Na execução da diligência, conforme amplamente noticiado na imprensa e relatado por juizes, os agentes de polícia chegaram com as sirenes ligadas, colocaram os carros ostensivamente em frente ao fórum federal situado na Avenida Paulista, em São Paulo, e desceram fortemente armados, alguns deles portando, inclusive, submetralhadoras. Naturalmente que essa pirotecnia não é necessária e somente serve para comprometer a imagem do Judiciário perante a sociedade, como se a autoridade policial estivesse fazendo uma devassa no órgão judicante, quando a polícia, no caso, nada mais faz do que cumprir ordem de um magistrado. A sociedade fica com a impressão, por mais que a ordem seja judicial, de que os agentes policiais estão invadindo os prédios da justiça e prendendo os juizes, para depois o Judiciário, em atitude corporativista, ordenar a soltura.

Note-se que a norma do Estatuto da Advocacia fala em escritório e local de trabalho, o que compreende os escritórios residenciais. Assim, tem-se entendido que, mesmo em se tratando de busca e apreensão domiciliar, desde que o fato criminoso seja relativo ao exercício da advocacia, o correto é que a diligência seja acompanhada por representante da OAB.

Assim, em se tratando de busca e apreensão na residência de juiz, a melhor solução, sem dúvidas, é a designação, assim como ocorre em relação à advocacia, de um representante da magistratura, no caso, de um outro juiz para acompanhar a execução da ordem judicial.

Por outro lado, essa providência não precisa ser prévia ou anterior à realização da diligência. Ela deve constar, naturalmente, da própria decisão. Na Operação *Passárgada*, na decisão que deferiu a busca e apreensão nas casas e nos gabinetes de juizes, o Desembargador Federal

¹⁸⁹² GROTTI. Op. cit., p. 107.

¹⁸⁹³ No caso se trata do diretor do foro.

¹⁸⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info427.asp. Acesso em 31 mai. 2007.

JIRAIR MEGARIAN, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, acertadamente, determinou que a diligência fosse acompanhada por um magistrado. A decisão findou sendo anulada, porém, pelo fato de o Desembargador ter dado a decisão na qualidade de autoridade administrativa, mais precisamente na qualidade de corregedor do tribunal, não no exercício de atividade judicante.

9.4.5.3 – O alcance da expressão morador.

Como se disse, a garantia da intimidade com a preservação da casa contra a invasão de terceiros, agentes públicos ou particulares, considerando-a asilo *inviolável*, vem desde a primeira Constituição brasileira. Na sua primeira aparição, o constituinte fez menção à expressão *cidadão*, mas, logo na Constituição de 1891, inaugurou-se a preferência pela palavra *morador*. A partir daí, com exceção da Constituição de 1937, todos os nossos textos constitucionais mantiveram a palavra *morador* como aquele que detém legitimidade para dar, ou não, o consentimento de ingresso na casa. Note-se que o constituinte, acertadamente, não fala em *proprietário*, *locatário* ou *possuidor*, mas sim *morador*. Isso porque alguém pode ser o proprietário e mesmo ter o imóvel locado em seu nome, mas não ser o morador do imóvel. Nesse caso, mesmo o proprietário ou locatário que não reside no imóvel, para nele ter ingresso, precisa do consentimento do morador.

A compreensão exata da expressão morador, utilizada pelo constituinte, é de fundamental importância para o campo do processo criminal, pois a entrada de autoridade policial ou de qualquer outra pessoa, com intuito de fazer averiguações e buscas de elementos comprobatórios quanto à prática de infração penal, sem o consentimento daquele que tem legitimidade para se apresentar como morador, salvo nas hipóteses elencadas na Constituição, contamina de ilicitude a prova adquirida. O assunto merece destaque, mesmo que, na prática, a autoridade policial, na maioria das vezes, não tenha o consentimento para ingressar na casa, sem embargo de ela mesma, não raro, preferir obter, junto ao juiz, o mandado de busca e apreensão, até para dar mais confiabilidade a sua atuação.

A fim de delimitar o alcance da expressão morador, empregada, tradicionalmente, no nosso Direito Constitucional, é preciso que o exegeta cuide de incutir, em seu subconsciente, o escopo perquirido com a inviolabilidade do domicílio. Não se pode esquecer que a proteção à casa, considerando-a asilo inviolável do indivíduo, no início derivada dos costumes quanto à preocupação de preservar do olhar dos estranhos a intimidade do lar, não muito tempo depois alargou sua atenção para o Poder Público, a fim de obviar os malefícios advindos quanto à insegurança fomentada pelos constantes mandados de busca e apreensão expedidos pelo poder monárquico absoluto.

Por conseguinte, o sentido da vedação constitucional é coibir que agentes públicos, ou mesmo particulares, arbitrariamente, penetrem em recinto não aberto ao público em geral, daí por que, em se tratando de habitação familiar, defende-se não só a intimidade do proprietário da casa, mas também de todos aqueles que nela residem, sejam membros integrantes da família ou não. Esse é o alcance da expressão morador: todo aquele que reside na casa, membro integrante da família ou não.

Porém, como ficou assentado, a expressão casa contempla os locais destinados para o desempenho das atividades dos profissionais liberais, como escritórios, consultórios, oficinas e mesmo escolas. Nesse caso, morador são os sócios dos estabelecimentos, com destaque, naturalmente, para os sócios-gerentes, que são as pessoas que se ocupam da administração do empreendimento. Nas escolas, o diretor é o morador para os fins constitucionais, sendo natural que, em relação à sala de aula, o consentimento para o ingresso seja da autoridade do professor que esteja, no momento, lecionando para os alunos.

9.4.5.3.1 – Preponderância do *jus prohibendi*, no caso de discordância entre os moradores.

Se todas as pessoas que habitam ou residem na casa familiar são consideradas moradores para os fins da norma constitucional, resta saber, no caso concreto, quem é que detém legitimidade para dar ou negar o consentimento, manifestação que pode ser tácita ou expressa, escrita, oral ou

por gestos. Não se pode pensar que quem detém legitimidade para dar ou negar o consentimento são os pais ou o proprietário do imóvel, porquanto, como se disse acima, a expressão *morador*, inteligentemente empregada na cláusula constitucional em destaque, compreende todas as pessoas que habitam a casa. Os filhos, sendo maiores de 18 (dezoito) anos, podem, a despeito do consentimento de seus genitores, negar o ingresso, assim como outras pessoas que lá residem.

Esclareça-se, uma vez mais, que a proteção constitucional não diz respeito apenas ao morador-proprietário, mas a todos os que habitam o lar, daí por que basta um dos moradores negar o consentimento, para que o ingresso, sem autorização judicial, se tenha como ilegal. Até porque a invasão no domicílio para fins de investigação criminal ou para outra finalidade é acontecimento que devassa a intimidade e retira o sossego de todos os que moram no local. Por isso mesmo, na hipótese de ingresso em residência para fins de investigação criminal, não apenas a pessoa suspeita, indiciada ou acusada pode negar o consentimento, como também qualquer um dos moradores tem legitimidade para tanto, isso porque, com a invasão, não apenas a intimidade do suspeito, indiciado ou acusado é devassada, mas de todas as pessoas que moram na casa. A entrada de estranho na casa, especialmente quando se trata de agente policial que visa fazer averiguações e buscas, causa transtorno e desassossego a todos.

Não se mostra adequada a solução alvitrada por ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁸⁹⁵, na medida em que ela diz que o *jus prohibendi* do direito de admissão ou de exclusão, em se tratando de habitação familiar, cabe aos pais, reconhecendo-se, porém, aos filhos o direito de proibir ou admitir o ingresso de terceiros nas *dependências a eles pertencentes*, o que não contraria, segundo afirma, a titularidade dos pais quanto às demais dependências da casa. Os filhos maiores, porque capazes para a prática dos atos civis, em proteção a sua intimidade, têm o direito de impedir a entrada de estranhos no local em que residem, sem embargo de os seus genitores consentirem com a ingerência alheia. Ademais, não parece correto dizer que os filhos detêm o *jus prohibendi* apenas em relação às *dependências a eles pertencentes*. A intimidade dos moradores, via de regra, não está concentrada em apenas uma dependência específica da casa, mas em seu interior como um todo, até porque os documentos e demais pertences que fazem parte da intimidade podem estar em outros aposentos comuns da casa, como na sala, na cozinha, na garagem, no quintal etc.

Dessa forma, havendo mais de um morador, o consentimento de todos é imprescindível para que seja legítimo o ingresso na residência. Não precisa, repita-se, que o morador integre o núcleo da família, sendo suficiente que ele habite o local. A questão que se impõe, todavia, é saber se, na prática, a autoridade policial deve aguardar o momento em que estão presentes todos os moradores ou se, mesmo na ausência de algum deles, é conveniente pedir a autorização. ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁸⁹⁶, partindo do pressuposto de que, na residência familiar, o direito de negar o consentimento pertence aos pais, conclui que, na ausência destes, o poder de veto se estende aos seus dependentes, aí incluindo filhos, empregados domésticos e hóspedes. Discorda-se do raciocínio uma vez que escorado em premissa falsa, qual seja, a de que a titularidade para dar o consentimento reside, de forma especial, na pessoa dos pais. Ademais, o empregado, salvo em relação ao compartimento por ele habitado, não é considerado morador, daí por que ele, mesmo na ausência das pessoas que moram na casa, não pode dar, validamente, autorização para que se faça uma diligência policial¹⁸⁹⁷. A despeito do que foi asseverado, não se pode deixar de ter presente que, para determinados fins, tem-se de reconhecer a legitimidade, também, dos próprios empregados domésticos para passarem referida permissão. Isso ocorre, com frequência, no dia-a-dia, tomando-se como exemplo quando os agentes de fiscalização sanitária levam a efeito suas tarefas de inspeção no pertinente às condições de higiene do recinto, visitas que ocorrem, ordinariamente, no horário normal de expediente, oportunidade em que se encontram em casa, apenas, as pessoas que trabalham na residência.

De acordo com a tese aqui defendida, todos os moradores têm o *direito de veto* do ingresso no domicílio, de modo que a falta de consentimento de um deles, em princípio, torna ilícito o ingresso na casa. Por conseguinte, em rigor, sendo mais de um ou vários os moradores, para o ingresso legítimo na casa, de mister que haja o consentimento de todos, até porque é a intimidade de todos que está em

¹⁸⁹⁵ Op. cit., p. 107.

¹⁸⁹⁶ Ibid., p. 107.

¹⁸⁹⁷ Esse assunto será tratado no item seguinte.

jogo. No caso concreto, porém, pode ser impraticável a autoridade policial esperar um momento em que estejam presentes todos os moradores para, aí, pedir o consentimento. Sem embargo de a melhor solução ser sempre pedir autorização judicial, excepcionalmente, quando ainda assim a autoridade pretenda agir, por motivos óbvios, o razoável é que ela sempre tenha o consentimento da pessoa contra quem a prova angariada com a averiguação ou busca domiciliar possa incriminar. Assim deve ser porque, ainda que a autorização não tenha sido dada por todos os moradores, a ilicitude da forma de obtenção da prova, sob a alegativa de que ocorreu maltrato à inviolabilidade do domicílio, não poderá aproveitar senão a quem não deu o consentimento, nunca à pessoa que autorizou o ingresso.

Seria a aplicação, no caso, da exceção às *exclusionary rules*, construída pela jurisprudência da Suprema Corte Americana, denominada *infração constitucional alheia*, segundo a qual a invalidade da prova ilícita só pode ser invocada pela pessoa que teve o direito fundamental violado e foi prejudicada com a sua admissibilidade no processo, assunto que foi tratado no item 9.1.6.2.11, supra.

Seja como for, para legitimar diligência policial em domicílio sem a devida autorização judicial, ao fundamento de que houve consentimento do morador, mostra-se evidente a necessidade de que esse consentimento seja devidamente documentado. Até porque esse consentimento não há de ser presumido, ele precisa ser provado, sob pena de relativização severa da garantia constitucional. Se não fosse esse argumento suficiente, ainda há de se considerar que, caso o morador negue ter dado o consentimento, restaria a palavra do morador contra a do policial. Nesse caso, notadamente quando o morador for o investigado, indiciado ou acusado, milita em seu prol o princípio da presunção de não culpabilidade, pelo que a consequência natural seria por se considerar ilícita a eventual prova oriunda da diligência.

9.4.5.3.2 – Espaço do empregado e *jus prohibendi*.

Questão peculiar diz respeito ao *jus prohibendi* do empregado doméstico, uma vez que ele resida na casa. Parece razoável que o empregado, residente no local, tenha o direito de negar o ingresso no espaço territorial definido para a sua privacidade, sendo pertinente a oposição contra outros moradores da casa, e, até mesmo, contra o patrão¹⁸⁹⁸. No particular, novamente, ousa-se discordar do arremate feito por ADELAIDE DINORA GROTTI¹⁸⁹⁹, quando a autora afirma que “O patrão tem o direito de entrar no quarto da empregada, desde que para fins lícitos e morais, ainda que contra a vontade dela”. Ora, a circunstância de ser lícita a finalidade perquirida por quem ingressa no domicílio sem autorização não é excludente da ofensa ao preceito constitucional. Caso essa afirmação fosse válida, para dar foro de legalidade à malfeição a uma garantia constitucional, bastaria que o propósito fosse lícito, o que, convenhamos, verifica-se sempre que o Estado age tendo em mira exercer o *jus perseguendi*. Esse aspecto é sobremaneira importante, pois toda e qualquer invasão desse espaço territorial, sem que haja a devida autorização do morador importa, no ambiente do processo criminal, em prova obtida por meio ilícito.

De qualquer sorte, quanto a esse direito de proibir a entrada de terceiros pela empregada ou empregado, devem ser consideradas certas circunstâncias. Por exemplo, se o espaço destinado ao empregado é bem definido, como a existência de *casa de caseiro* ou mesmo um quarto específico, não há dúvidas de que ali ninguém pode penetrar sem o consentimento daquele. Naturalmente, isso se aplica, inclusive, ao patrão do empregado, ainda que ele seja morador e proprietário da casa ou apartamento.

Na linha do pensamento aqui desenvolvido, o patrão que entra na *casa do caseiro* ou quarto do empregado para verificar, por exemplo, se ele furtou algum objeto, afronta o preceito constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio, não tendo validade eventuais provas obtidas sob essa forma. Para todos os efeitos, aquele compartimento da habitação é o seu domicílio, oferecido ao empregado pelo patrão para que ali ele tenha a sua privacidade, em tudo se assemelhando ao quarto de hotel ou pousada. Parece que aqui se deve seguir a mesma ordem de ideias que guia a solução quando se trata do dono de hotel ou de pousada em relação aos quartos ocupados pelos

¹⁸⁹⁸ Esse direito de proibir a entrada de terceiros, pela empregada ou empregado, deve ter em consideração algumas circunstâncias. Por exemplo, se o espaço destinado ao empregado é bem definido, como casa de caseiro ou mesmo um quarto específico, não há dúvidas de que ali ninguém pode penetrar sem o consentimento daquele. Isso se aplica, inclusive, ao patrão.

¹⁸⁹⁹ Op. cit., p. 107.

hóspedes ou o proprietário do imóvel em relação ao locatário. A partir do momento em que o patrão entrega um cômodo da casa para que lá o seu empregado se instale, ele passa a ter o dever de respeitar a privacidade de quem mora naquele local, sob pena de a pessoa ser passível de aporrimação, até mesmo, quando se encontra no repouso noturno, em sono profundo.

Na hipótese do empregado, tem-se adequado que seu poder de veto ou consentimento se restrinja apenas ao compartimento por ele ocupado, visto que, em relação às demais dependências, ele não é tido como morador, mas sim apenas empregado. Nesse caso, a situação é totalmente distinta daquela que diz respeito aos filhos ou a outras pessoas que moram na casa.

9.4.5.4 – Compreensão do significado da expressão noite, empregada no inciso XI do art. 5º da Constituição.

Na tradição constitucional brasileira, a garantia da inviolabilidade do domicílio sempre teve dois níveis: um destinado à proteção da casa durante o dia e outro em relação à noite. O constituinte sempre demonstrou maior preocupação em preservar a intimidade do lar durante o período noturno, em respeito ao momento em que a pessoa tem um maior recolhimento a sua intimidade, próprio para o descanso e o relaxamento e no qual a reunião familiar é mais concentrada e estreita. Assim, embora em relação ao período diurno, tanto nos casos de flagrante delito, desastre, para a prestação de socorro quanto de autorização judicial, o constituinte admita que se ingresse na casa ainda que sem consentimento do morador, sendo à noite, só nas três primeiras hipóteses é que se concebe o ingresso sem o consentimento do morador. Dessa forma, salvo nessas três situações, sequer com autorização judicial, o domicílio, sem o consentimento do morador, pode ser invadido. Nesse caso, a autoridade policial ou agente público terá de cuidar de dar cumprimento ao mandado durante o dia. Se por exemplo, a autoridade ou agente público estiver de posse de um mandado de busca e prisão, ele poderá, até, fazer campana durante todo o período noturno, nas imediações da casa, para evitar uma eventual fuga, mas não poderá ingressar no local. Terá de aguardar pelo amanhecer do dia seguinte, a fim de poder fazer a diligência.

O problema está em definir o que se entende por *noite*, para, por exclusão, saber o que é dia, uma vez que essa é uma circunstância sobremaneira importante para validar a operação feita em domicílio, ainda que respaldada por mandado policial. Meditando ainda sobre a redação empregada pela Constituição de 1967, escrevendo como doutrinador, o hoje Ministro CELSO DE MELLO¹⁹⁰⁰ defendia que se deveria entender as expressões *dia e noite*, utilizadas pelo constituinte, de acordo com o critério físico-astronômico, de modo que o período noturno deve ser entendido como o lapso temporal decorrido entre a aurora e o crepúsculo. Procurando um critério mais seguro, JOSÉ AFONSO DA SILVA, tendo como parâmetro o horário definido pelo Código de Processo Civil para a prática dos atos judiciais, a contrário senso, defende que o período noturno é aquele que está compreendido no intervalo de tempo que vai das 18 às 06 horas (art. 172), até porque, segundo ele, não há, no Código de Processo Penal ou em outra lei, nenhuma definição normativa quanto ao que seja período diurno¹⁹⁰¹.

Embora mais preciso, o critério defendido por JOSÉ AFONSO DA SILVA, aceito por alguns doutrinadores¹⁹⁰², não parece coadunar-se com o preceito constitucional. Quando o constituinte veda a invasão do domicílio durante a noite, mesmo que haja autorização judicial, ele assim procede tendo em consideração não só que, nesse horário, o recolhimento à intimidade se faz em maior intensidade, mas igualmente pelos maiores transtornos que uma diligência dessa natureza ocasiona quando não é feita à luz do dia. Por mais que a tecnologia elétrica tenha avançado, ainda assim, uma diligência noturna, no interior de uma residência, é muito mais delicada e traumática do que aquela procedida sob a clareza da luz solar. Ademais, o art. 172 do Código de Processo Civil que, de acordo com a redação determinada pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, dá novo horário para a realização dos atos processuais – das 6 às 20 horas –, não se presta para disciplinar a matéria, até porque a norma

¹⁹⁰⁰ *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 442.

¹⁹⁰¹ Op. cit., p. 377.

¹⁹⁰² MIRABETE. op. cit., p. 321.

em destaque trata do tempo referente aos atos processuais, e não à diligência destinada ao cumprimento de mandado de busca e apreensão e/ou prisão em domicílio¹⁹⁰³.

A delimitação do tempo no qual deve ser feita execução de ordem judicial por parte de oficial de justiça não implica dizer que ele, de posse do mandado de busca, pode invadir a casa, até mesmo, quando já tenha desaparecido a luz solar. Aqui vale a advertência de que o tipo de diligência empregada no cumprimento do mandado de citação, intimação ou outro qualquer, não se confunde com aquele que dá ao agente público o poder de ingressar na casa, sem o consentimento do morador. Em consonância com o comando normativo enunciado no art. 172 do Ordenamento Processual Civil, o que o oficial de justiça ou quem as suas vezes fizer pode realizar até o horário ali estabelecido é a comunicação de um ato processual em uma residência, nunca, porém, ingressar no seu interior, salvo com o consentimento do morador ou com autorização judicial específica.

Considera CELSO RIBEIRO BASTOS que, diante da prescrição constitucional, para todos os efeitos, “Será sempre inconstitucional uma invasão feita quando já não houver luminosidade solar, ainda que por invocação de uma hora oficial se possa concluir ser dia”. Corroborando com esse pensamento, ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁹⁰⁴ defende que não deve ser seguido o critério sugerido por JOSÉ AFONSO DA SILVA. O fundamento defendido por este doutrinador, estreme de dúvidas, é deveras prático e conveniente e serve para dar uma orientação objetiva, porém, peca por não guardar harmonia com o preceito constitucional. A solução aconselhada pelo renomado constitucionalista se soma àquela em que, devido à dificuldade em ensinar ao policial as circunstâncias fáticas que caracterizam a situação de flagrante delito, remedeia-se o problema simplificando a compreensão da garantia constitucional, com a afirmação de que a prisão é considerada em flagrante, desde que ocorrida dentro do espaço temporal de 24 (vinte e quatro) horas. Essa recomendação, porém, não é aceitável no plano científico.

O mais correto é entender que, independentemente do horário, o que o constituinte quis ressaltar foi a inadmissibilidade, mesmo mediante ordem judicial, de que se ingresse na casa contra a vontade do morador, quando não houver mais a luz solar.

É preciso dar o devido destaque ao arremate aqui feito, em razão de esse detalhe ter sido preponderante para que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Inquérito 2424/RJ¹⁹⁰⁵, considerasse válida a prova oriunda de captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, mesmo diante da circunstância de os equipamentos, com prévia autorização judicial, terem sido instalados no interior de escritório de advocacia durante o período noturno. Na ocasião, ao longo do voto, após asseverar que “... a escuta ambiental não se sujeita, por motivos óbvios, aos mesmos limites de busca domiciliar, sob pena de frustração da medida, e que, não havendo disposição legal que imponha disciplina diversa, basta a sua legalidade a circunstanciada autorização judicial”¹⁹⁰⁶, ponderou o Relator, Ministro CEZAR PELUSO, que os valores jurídicos, encartados tanto na cláusula da inviolabilidade do domicílio quanto no *poder-dever* de punir do Estado, “... devem ser sopesados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os preceitos da concordância”¹⁹⁰⁷, de modo que, nesse caso, impõe-se, antes de mais, no desiderato de observar a *ratio* constitucional, qual o interesse ou valor jurídico tutelado pelo art. 5º, XI, da Constituição. Tendo em conta que a cláusula constitucional em foco presta tutela à intimidade, privacidade e à dignidade humana, ressaltou-se que não é adequada a “... equiparação entre escritório vazio com domicílio *stricto sensu*, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem”, pelo que

... as medidas adotadas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição consequente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está segundo os enunciados em que

¹⁹⁰³ A norma não trata do horário de expediente forense, mas sim do horário no qual o oficial de justiça pode praticar os atos processuais.

¹⁹⁰⁴ Op. cit., p. 314.

¹⁹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 19 e 20 nov. 2008. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo. Acesso em: 10 jan. 2013.

¹⁹⁰⁶ Ibid.

¹⁹⁰⁷ Ibid.

desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimo de ordem pública¹⁹⁰⁸.

Restaram vencidos, no ponto, os Ministros MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO e EROS GRAU, que acolheram a preliminar de nulidade da prova, ao fundamento de que o escritório profissional, sendo equiparado a casa, por força do art. 5º, XI, da Constituição, não pode ser invadido, ainda que apenas para a instalação de equipamentos eletrônicos e com suporte em autorização judicial, durante o período noturno. A posição adotada pela maioria parece ser a mais acertada, não havendo registro de que o Supremo Tribunal Federal tenha voltado a se manifestar sobre a matéria.

9.4.5.5 – Determinação judicial substitutiva do consentimento do morador.

Malgrado os direitos fundamentais sejam relativos, eles representam garantias que devem, de regra, ser preservadas, somente se admitindo a flexibilização em casos excepcionais plenamente justificáveis¹⁹⁰⁹. A questão que se impõe é saber quem detém o poder de substituir o consentimento do morador. Naquela parte do livro, pinçou-se que a Constituição, salvo raras hipóteses, não informa quem é o órgão incumbido de determinar a flexibilização dos direitos fundamentais. Apenas em três oportunidades, o constituinte foi expresso ao dizer que a quebra daqueles direitos fundamentais prescindiria de ordem, *determinação ou decisão judicial*. Sem embargo do que essa circunstância possa sugerir ao intérprete, a conclusão emanada do sistema democrático-constitucional, adotado com ênfase pela Magna Carta brasileira, é de que cabe ao Judiciário apreciar e decidir os casos em que, devido à excepcionalidade que envolve a questão, identifica-se justificativa para flexibilização de direito fundamental. Assim, em nosso sistema jurídico, o único órgão legitimado a decidir pela quebra da garantia processual apoiada em direito fundamental é o Poder Judiciário, até porque ele detém o monopólio da atividade jurisdicional.

No item 7.2.3.1.1, foi exposto que as Comissões Parlamentares de Inquérito, em razão de possuírem *poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais*, via de regra, detém, quanto aos casos que estão sob a sua investigação, poder para determinar a flexibilização de direitos fundamentais. Nesses casos, não há necessidade de ser pedida a quebra da garantia fundamental a uma autoridade judiciária, porquanto à própria CPI é dada parcela de atribuição jurisdicional para decidir, mediante pronunciamento fundamentado.

Em resumo, no sistema da Constituição de 1988, a flexibilização do direito fundamental exige, sempre, decisão de autoridade judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, salvo nos casos de flagrante delito. Quando se trata da inviolabilidade de domicílio, com exceção das hipóteses de flagrante delito, desastre e quando houver necessidade de prestação de socorro, só por meio de decisão judicial fundamentada pode ser determinada a flexibilização¹⁹¹⁰. Antes, porém, o entendimento não era esse. Por isso mesmo, com esteio na dicção normativa do art. 153, § 10, da Constituição de 1967, o Código de Processo Penal, nos arts. 241 e 242, expressamente, conferia à autoridade policial¹⁹¹¹ o poder de determinar a realização de busca domiciliar – o que importava em ingresso na casa independentemente do consentimento do morador –, chegando ao ponto de estabelecer que, quando ela própria cuidasse de realizar a diligência, não haveria, sequer, necessidade de levar consigo o respectivo mandado, a fim de apresentá-lo a quem estivesse no local. Agora, com a nova sistemática implementada pela Constituição de 1988, as duas normas jurídicas infraconstitucionais em foco, na parte em que elas permitiam a determinação da busca e apreensão domiciliar por decisão da autoridade policial, encontram-se derrogadas.

¹⁹⁰⁸ Ibid.

¹⁹⁰⁹ No item 7.2.3.1, foram tecidas considerações sobre quem detém legitimidade para determinar a flexibilização de garantia fundamental e quanto aos casos em que a flexibilização da inviolabilidade do domicílio pode ser feita nas hipóteses de flagrante delito, desastre e para prestação de socorro, cf. item 7.2.3.1.3.1 supra.

¹⁹¹⁰ CELSO RIBEIRO BASTOS, atento a essa peculiaridade, acompanhando o pensamento da doutrina e da jurisprudência, confirma que não mais existe a possibilidade de invasão domiciliar por ordem administrativa, tendo perdido a administração, em relação a essa questão, a *autoexecutoriedade*, "... mesmo em casos de medidas de ordem higiênica ou de profilaxia e combate às doenças infectocontagiosas" (*Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2. p. 68).

¹⁹¹¹ Quando no CPP o legislador usa a expressão *autoridade policial*, está se referindo ao delegado de polícia.

Pois bem. Constituindo a regra do nosso sistema jurídico que, mesmo no silêncio do enunciado do direito fundamental, para a sua flexibilização, por mais legítima que seja a ação do poder público ou do particular, exige-se pronunciamento fundamentado de autoridade judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, qual o sentido de o constituinte dizer, ao tratar da inviolabilidade do domicílio que, não havendo consentimento do morador, e não sendo caso de flagrante delito, desastre ou de prestação de socorro, a quebra da garantia somente é admissível mediante *determinação judicial*? O que o constituinte estabeleceu, com essa ressalva, foi a chamada cláusula de *reserva de jurisdição*¹⁸⁰⁸¹⁹¹². Em outras palavras, o legislador conferiu uma garantia mais elástica para este tipo específico de direito fundamental, ao vedar, até mesmo, às comissões parlamentares de inquérito a possibilidade de determinar a sua flexibilização.

Por isso mesmo, a CPI não pode determinar a invasão domiciliar, uma vez que ela está grafada na Constituição com a cláusula de *reserva de jurisdição*. Só o juiz, por meio de decisão fundamentada, pode autorizar que se ingresse na casa, sem a autorização do morador. O art. 240, §1º, do Código de Processo Penal, estabelece o requisito para a busca e apreensão a existência de *fundadas razões que autorizam* essa medida para o fim (a) prender criminosos; (b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; (c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; (d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; (e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; (f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; (g) apreender pessoas vítimas de crimes; ou (h) colher qualquer elemento de convicção. A busca e apreensão, assim, é um instrumento processual que tem como o escopo obter provas sobre a prática do crime e, ademais, se for o caso, impedir que o agente fique no usufruto do produto do ilícito e, ainda, devolver ao legítimo proprietário eventuais bens encontrados. A busca e apreensão, assim, é um instrumento processual que tem como escopo obter provas sobre a prática do crime e, ademais, se for o caso, impedir que o agente fique no usufruto do produto do ilícito, assim como, devolver ao legítimo proprietário eventuais bens encontrados.

Além da decisão, quem for cumpri-la deve estar munido do mandado de busca domiciliar, o qual terá de satisfazer os requisitos do art. 243 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade. O mandado deve conter, por conseguinte, não só a identificação da casa¹⁹¹³, como o nome do proprietário ou morador, com especial destaque para os fins da diligência, mediante a especificação do que poderá ser arrecadado, caso seja encontrado por quem está executando a ordem judicial.

Via de regra, o juiz, ao fazer expedir o mandado de busca e apreensão, além de identificar, especificamente, um objeto ou documento a ser apreendido na diligência policial, como medida de cautela, de forma abrangente, esclarece que poderão ser arrecadados todos e quaisquer documentos, objetos ou coisas direta ou indiretamente relacionados com o ilícito em apuração. Aqui, como já se teve oportunidade de ressaltar¹⁹¹⁴, não se identifica nenhuma ilegalidade, até mesmo porque o Código de Processo Penal, ao impor os elementos que devem conter o mandado de busca e apreensão, sem embargo de ter sido incisivo no que se refere à necessidade de haver a rigorosa precisão quanto à casa e ao nome do respectivo morador, a respeito do que deve ser o objeto da diligência, coerentemente, estabeleceu que se deve particularizar, apenas, quais são os *seus fins* (art. 243, incisos I e II, do CPP)¹⁹¹⁵.

Ao contrário do que prega ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁹¹⁶, não se confunde com autorização judicial, para fins de flexibilização da inviolabilidade do domicílio, a decretação da prisão, com a consequente expedição do mandado para o seu cumprimento. Do mesmo modo, a expedição de mandado de busca e apreensão não dá poder para a prisão processual. Uma coisa é o

¹⁹¹² Cf. item 7.2.3.1.2, supra.

¹⁹¹³ Foi bastante criticada decisão da Justiça Estadual do Rio de Janeiro que, de certa feita, fez expedir mandados de busca e apreensão em uma determinada favela, sem a precisa identificação das casas.

¹⁹¹⁴ Cf. item 9.1.6.2.3, supra, em que se analisa a cláusula da *boa-fé* como exceção à *exclusionary rule*.

¹⁹¹⁵ Na parte que interessa, o art. 243 assim está redigido: “O mandado de busca deverá: I – indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; III – mencionar o motivo e os fins da diligência”.

¹⁹¹⁶ Op. cit., 115.

juiz determinar a prisão de alguém, outra, totalmente diferente, é autorizar o policial a ter acesso ao interior de uma casa. Quando o magistrado decreta apenas a prisão e manda expedir o respectivo mandado, a ordem é para que, sendo ele encontrado, proceda-se ao seu recolhimento. Caso se queira permitir que a autoridade policial entre na casa para lá efetuar a prisão, o juiz tem, além de fundamentar a decretação da prisão, de justificar a flexibilização do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, naturalmente com a exposição dos motivos que o faz crer que se encontra refugiada no local a pessoa contra quem expedido o mandado¹⁹¹⁷. Como dois são os direitos fundamentais – direito de liberdade física e à inviolabilidade do domicílio –, a flexibilização, por ordem judicial, tem de ser motivada em relação aos dois aspectos. Por isso mesmo, a autoridade policial, munida apenas do mandado de prisão, não tem autorização judicial para proceder à busca domiciliar. Se a pessoa procurada estiver escondida ou recolhida em uma determinada casa, para que seja efetuada, legalmente, a sua prisão no local, havendo recusa por parte do morador, é preciso que se obtenha a autorização judicial para a invasão¹⁹¹⁸.

Sem embargo do que foi dito, o Supremo Tribunal Federal, no sentido de evitar arbitrariedades policiais, tem conferido interpretação restritiva quanto à situação de flagrante delito a justificar a invasão de domicílio sem prévia autorização judicial. Com efeito, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO¹⁹¹⁹, no qual atuou como relator o Ministro Gilmar Mendes, em julgamento sob o regime de repercussão geral, restou assentado na ementa do acórdão que “a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária...”, não sendo “(...) a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida”.

Em suma, ficou fixada a seguinte tese: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”¹⁹²⁰.

Veja-se que pela tese fixada pela Suprema Corte, ainda que a situação aparente situação de flagrante delito, isso, por si só, não valida a prova obtida com a invasão do domicílio sem mandado judicial, sendo necessário que, no controle jurisdicional que há de ser feito a *posteriori*, reste demonstrada a *justa causa* para a atuação policial, sob pena de nulidade da prova colhida. Ou seja, nas palavras assacadas na ementa do acórdão em referência, “Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (*justa causa*) para a medida”¹⁹²¹.

Nesse sentido, no julgamento do REsp nº 1.574.681/RS, em julgamento unânime da Sexta Turma, o Ministro Rogério Schietti, tendo em consideração o precedente do Supremo Tribunal Federal, sustentou que, para legitimar o ingresso em domicílio alheio sem amparo em ordem judicial, o agente policial assume o ônus de revelar, com lastro em circunstâncias objetivas, que na ocasião da diligência detinha *fundadas razões* para acreditar que estava sendo cometido um crime, não sendo suficiente *mera desconfiança*, a exemplo da situação em que alguém foge de uma ronda policial e se refugia em sua residência. Como salientado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Criminal nº 2009.050.07372, relatada pelo Desembargador Geraldo Prado, a invasão do domicílio não pode ser sustentada em um *estado de ânimo* do agente estatal, sendo necessário que demonstrada a fundada suspeita de que esteja ocorrendo um crime, não apenas uma *íntima suspeita*.

Assim, todas as vezes que a autoridade policial ingressar em um local compreendido na expressão constitucional *casa* sem prévia autorização judicial, terá de demonstrar que havia *justa causa*, sob pena de nulidade da diligência. Assume um risco concreto de inviabilizar a prova eventualmente obtida, daí por que a cautela recomenda que o agente policial, em qualquer situação,

¹⁹¹⁷ Aliás, essa é a inteligência a ser emprestada ao art. 243, § 1º, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que, sendo deferida a diligência investigatória, bem assim a captura de alguém, deve constar do mandado de busca a ordem de prisão (“Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca”).

¹⁹¹⁸ Em alguns casos, de conformidade com as circunstâncias, o juiz, por força de decisão motivada, manda expedir mandado de *busca, apreensão e prisão*.

¹⁹¹⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, Data da decisão: 05/11/2015. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 29 set. 2018.

¹⁹²⁰ *Ibid.*

¹⁹²¹ *Ibid.*

sempre que possível, dê preferência em obter a autorização judicial para fins de realização da operação.

Outro problema é quando a autoridade policial realiza a diligência em domicílio sem a prévia autorização judicial, apresentado como justificativa a circunstância de o investigado ou acusado ter dado o consentimento. A esse respeito, no julgamento do processo de registro cronológico 0804849-59.2019.4.05.8400, que tramitou na Segunda Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, o autor, atuando como juiz do caso, deixou consignado que “A busca e apreensão em domicílio realizada sem prévia determinação judicial ao argumento de que houve o consentimento pelo acusado, quando negada por este em relação a uma das residências, naquela em que foram encontradas as munições e as drogas pra uso próprio, não é válida, se não existir comprovação efetiva de que fora conferida a autorização para a realização da diligência, o que contamina a prova assim obtida...”¹⁹²². Em casos assim, a fim de dirimir a dúvida razoável gerada pela afirmação do policial de que houve o consentimento e a negativa do investigado ou acusado, deve ser providenciada a devida documentação, o que pode ser feito por meio de testemunhas, documento escrito ou documentação audiovisual.

Sendo mais enfático ainda, no julgamento do HC 598.051/SP, após extensa fundamentação a respeito do princípio da inviolabilidade do domicílio, o Ministro ROGÉRIO SCHIETTI¹⁹²³, relator do feito, ressaltou que, quando se trata de busca e apreensão realizada pela polícia sem respaldo em ordem judicial e sob o argumento de que o investigado ou acusado teria anuído com a diligência, necessário que “... além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar”.

9.4.6 – Sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

No inciso XII do art. 5º, a Constituição estabeleceu a garantia não só do sigilo das correspondências, como igualmente das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Por conseguinte, em um mesmo dispositivo, o constituinte procurou realçar a garantia da intimidade, fazendo menção, expressa, aos meios físicos e tecnológicos oferecidos às pessoas para que elas, fazendo encurtar a distância e o tempo, possam ter facilitadas as comunicações interpessoais quando não se encontrem no mesmo espaço físico, com a garantia de que o que ali for tratado não poderá ser violado, independentemente de o conteúdo referir-se a assuntos profissionais, comerciais, pessoais ou sobre terceiros. Pouco importa o conteúdo em si. O que é tratado por um desses meios de comunicação faz parte da intimidade dos interlocutores, sendo defeso a outrem captar o seu conteúdo.

Quanto ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, já havia dispositivo nesse sentido no sistema constitucional anterior. A novidade deu-se quanto à inclusão, dentre os meios de transmissão dos contatos interpessoais, das comunicações de dados, tecnologia que emergiu com a disseminação do uso da internet. Em verdade, no início, a garantia do sigilo dizia respeito apenas à correspondência, mas, com o desenvolvimento tecnológico, foi estendida, com a Constituição de 1967, para as comunicações telegráficas e telefônicas e, agora, para incluir as comunicações de dados.

Com efeito, no bosquejo histórico do tema, verifica-se que o sigilo da correspondência vem sendo constitucionalmente assegurado desde a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, pois nela estava expresso, em seu art. 179, 27, que “*O segredo das cartas é inviolável*”¹⁹²⁴. Entretanto, antes mesmo da Constituição de 1824, no Brasil havia o monopólio estatal do serviço postal, tendo em vista garantir a sua inviolabilidade. A partir da previsão constitucional do sigilo da correspondência, o Brasil aderiu a diversos atos e convenções concernentes ao regime postal,

¹⁹²²

Disponível

em:

<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcesoDocumento=32fbb1f11651ce27f7fb8c2f60ee3e90>. Acesso em: 3 mar. 2021.

¹⁹²³ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/documentos/noticias/02032021%20HC598051.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

¹⁹²⁴ O dispositivo em foco ainda continha uma segunda parte, assim redigida: “A administração do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo” (FERREIRA. Op. cit. p. 84.).

merecendo registro, dentre eles: o Tratado de Berna, de 1874, pelo Decreto nº 6.581, de 25.05.1877; a Convenção Postal Universal de Paris, pelo Decreto nº 7.229, de 29.3.1879; a Convenção Postal Universal de Washington, pelo Decreto 531, de 17.12.1906, além de outras Convenções Postais, como a de Roma de 1906, a de Madri de 1920, a Pan-Americana de 1921 e a de Estocolmo em 1924¹⁹²⁵.

Regulamentando o princípio constitucional, o legislador do Código Criminal do Império, nos arts. 215, 216, 217 e 218, entendeu que o sigilo da correspondência se tratava de direito relativo, de modo que não vedou a utilização das missivas nos processos criminais, senão aquelas “... tiradas do correio maliciosamente sem autorização do destinatário, ou da mão do portador particular, por qualquer maneira que seja”¹⁹²⁶.

O tratamento constitucional sobre o sigilo da correspondência não sofreu alteração de conteúdo com as Constituições de 1891 e de 1934, tendo ambas disciplinado a matéria com enunciado idêntico – arts. 72, § 18 e 113, 8, respectivamente – ao dizer que “É inviolável o sigilo da correspondência”. A Carta de 1937, com seu cunho ditatorial, assegurava, no art. 122, 6, “A inviolabilidade do domicílio e da correspondência, salvo as exceções previstas em lei”, deixando expressa, aqui, a possibilidade de que a garantia viesse a ser quebrada, conquanto prevista a hipótese em lei ordinária. Sob a batuta da Constituição de 1937, veio a lume o atual Código de Processo Penal que, no art. 233, tornou defesa a admissibilidade das cartas particulares como prova apenas quando “... interceptadas ou obtidas por meios criminosos”.

A Constituição de 1946, que representou a redemocratização do País, no art. 141, § 6º, dizia que “É inviolável o sigilo da correspondência”, não prevendo nenhuma ressalva como fizera a de 1937, mas, mesmo assim, durante a sua vigência, não se questionou a adequação do art. 233 do Código de Processo Penal com a nova ordem constitucional. Na época, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era até mais elástico, na medida em que admitia a quebra do sigilo da correspondência, até mesmo, para fins não penais, como se colhe da análise do acórdão no recurso em mandado de segurança nº 11274, julgado em 27.11.63, lavrado pelo Ministro EVANDRO LINS E SILVA, que entendeu lícito o exame da correspondência comercial por meio de agentes fiscais. O teor da ementa é o seguinte: “Inviolabilidade da correspondência. Está sujeita a exame pelos agentes fiscais a correspondência comercial. O interesse público sobrepõe-se ao interesse privado. Não há direito líquido e certo para a recusa à fiscalização dos papéis constantes de arquivo comercial. Recurso de mandado de segurança não provido”¹⁹²⁷.

Mantendo a tradição do nosso Direito, a Carta de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, deixou estampado, no art. 153, § 9º, que “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”, trazendo como novidade apenas a inserção das comunicações telegráficas e telefônicas como garantias constitucionais. A despeito do enunciado constitucional em exame, não havia dúvidas quanto à possibilidade de as cartas particulares serem interceptadas ou obtidas, a fim de que fossem utilizadas como prova em processo criminal, ressalvando-se apenas a rejeição quando obtidas por meios ilícitos. O art. 233 do Código de Processo Penal, por conseguinte, durante todo esse tempo, sempre foi aceito sem maiores contestações.

O constituinte de 1988, por sua vez, disse que “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII). Manteve-se, assim, a tradição de nosso Direito Constitucional que consiste em estatuir o sigilo da correspondência e de outras formas de comunicação entre as pessoas como direito fundamental dos usuários do sistema, a fim de assegurar a preservação do segredo não só pessoal, como igualmente profissional.

¹⁹²⁵ A Constituição de 1891, art. 34, 15, falava, tão-só, em legislar sobre serviço de correios e telégrafos nacionais. A Constituição de 1934, art. 5º, VII, preferiu a fórmula manter o serviço de correio e, no mesmo sentido, foi a orientação da Carta de 1937, art. 15, VI. A Constituição de 1946, art. 5º, XI, foi precisa ao determinar: manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional. A Constituição Federal de 1967, no inciso XII do art. 8º, deixou expresso competir à União Federal, apenas, manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. A Constituição em vigor, repetindo a ideia da anterior, expôs, no art. 21, X, ser da competência da União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

¹⁹²⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959. p. 65.

¹⁹²⁷ Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 2 jan. 2003.

Todavia, como se observa da redação do art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988, a dicção normativa constitucional atual referente ao sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas, a par de reunir a garantia do segredo das *comunicações telegráficas e de dados*, fez a ressalva da possibilidade de limitar o direito fundamental referente aos contatos mantidos pela via telefônica apenas nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Até aí não se tem nenhuma inovação de monta maior, porém, tal como redigida a ressalva, em interpretação literal, o exegeta é levado a concluir que a exceção se dirige apenas às comunicações telefônicas, o que implica reconhecer, nessa linha de raciocínio, que as outras formas de comunicação encontram-se protegidas de forma absoluta, de modo que, em nenhuma hipótese, podem elas ser objeto de interceptação ou de revelação do conteúdo, salvo com autorização das pessoas envolvidas diretamente na relação. Nessa ordem de ideias, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados seria absoluto, não sendo admissível, em nenhuma hipótese, salvo autorização dos próprios missivistas, a possibilidade de flexibilização dessa garantia constitucional.

Conquanto existam vários escritos sobre as hipóteses de admissibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, não se vê preocupação doutrinária quanto à investigação científica sobre os contornos do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, a fim de esclarecer pontos que recalçam em permanecer obscuros. Alguns doutrinadores, de forma simplista, têm manifestado o entendimento de que a expressão no *último caso*, empregada pelo legislador, tem o condão de excepcionar a possibilidade de flexibilização da garantia do sigilo apenas à hipótese em que a comunicação se processa pela via telefônica, o que leva à conclusão, a contrário senso, de que, quanto às outras formas de comunicação, a garantia do sigilo é absoluta¹⁹²⁸.

Essa linha de pensamento entra em rota de colisão com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, sedimentado no Brasil e no Direito Comparado, de que os direitos fundamentais, por mais importantes que eles sejam, não possuem caráter absoluto¹⁹²⁹. Essa conclusão, que, aliás, se exaure na interpretação literal, pois se atém apenas à forma como foi redigida a norma, não se sustém. Antes de passar a discorrer sobre as formas possíveis de interpretação do dispositivo em destaque, a fim de, no final, apresentar aquela que se apresenta mais razoável, cabe, primeiramente, esmiuçar o que se compreende por cada uma dessas formas de comunicação. Impende deixar de lado, apenas, a comunicação telegráfica, pois esta, ao contrário das demais, não comporta nenhuma dificuldade na sua identificação, pois se refere, naturalmente, às mensagens transmitidas por meio de telégrafo, como é o caso do telegrama.

9.4.6.1 – Sigilo das correspondências, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.

A primeira referência que o constituinte fez no inciso XII do art. 5º da Constituição, foi ao *sigilo da correspondência*. Antes de esmiuçar o que se entende por sigilo da correspondência, cabe realçar que, para tornar efetivo o segredo desse meio de comunicação, a Constituição, no art. 21, X, confere à União a competência exclusiva para a prestação do serviço postal, atribuição a ser exercida por administração direta ou delegação. A atividade postal, em sua essência, não mereceu a consideração pelo constituinte apenas pelo fato de constituir-se elemento de *integração nacional* – sendo relevante a sua disciplina por ordem de *segurança nacional* e por se tratar de *serviço de relevante interesse coletivo*, principalmente tendo em conta a necessária preservação do sigilo das correspondências –, mas também em virtude de compromissos internacionais assumidos pelo Governo brasileiro perante Estados estrangeiros, pois é espécie de serviço que extrapola os limites internos dos países, transformando-se em questão afeta à ordem internacional¹⁹³⁰.

¹⁹²⁸ Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 320; TOURINHO FILHO. Op. cit., p. 319; SILVA. p. 378; CRETELLA JÚNIOR. Op. cit. p. 270; GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

¹⁹²⁹ Cf. itens 5.7 e 7.2.2, supra.

¹⁹³⁰ Outrora, a União Federal mantinha esse serviço por meio do Departamento de Correios e Telégrafos, órgão sem personalidade jurídica, integrante do Ministério da Viação e Obras Públicas. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 509, de 20.03.69, criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT, empresa pública federal de personalidade jurídica de Direito Privado, vinculada ao Ministério das Comunicações. O serviço postal, prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT, em virtude de delegação de competência, encontra-se, hodiernamente, regulado pela Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, e pelo Decreto nº 83.858, de 15 de agosto de 1979. Não é gratuito, mas sim pago pelo usuário por meio de uma tarifa — preço público — cobrada com a venda do selo que deve estar estampado no documento postal.

Mas, o que é correspondência na qualidade de objeto jurídico da tutela constitucional? Em compasso com a Lei nº 6.538/78 (art. 9º), o monopólio do serviço postal confiado à ECT se circunscreve a três atividades: a) distribuição de carta e cartão-postal; b) distribuição de correspondência agrupada e c) emissão de selo. De qualquer forma, impõe-se definir quais os papéis que se inserem na qualificação de *carta*, *cartão-postal* ou *correspondência agrupada*. O legislador, no desiderato de escoimar divergência, em interpretação autêntica, no art. 47 do diploma legal em referência, tratou de esclarecer:

CARTA – objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

CARTÃO-POSTAL – objeto de correspondência de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

CORRESPONDÊNCIA AGRUPADA – reunião, em volume de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

JOSÉ CRETELLA JR., imiscuindo-se no assunto, dando uma interpretação abrangente, entende que o serviço postal compreende a entrega a domicílio ou a colocação à disposição do destinatário nas próprias dependências do Correio de (a) correspondência (carta, cartão-postal, impresso, ecograma); e (b) encomendas ou objetos, valores (dinheiro, ordem de pagamento, recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista)¹⁹³¹. Todavia, sem embargo de todas essas formas de comunicação estarem inseridas no monopólio postal, acredita CRETELLA JÚNIOR¹⁹³², ao analisar a definição de carta no art. 47 da Lei nº 6.538/78, que “... sem mensagem ou comunicação escrita entre remetente e destinatário, não há que se falar em carta ou missiva”, daí por que o transporte de títulos, valores e documentos não configuram carta¹⁹³³.

Até porque carta é, na definição colhida do Dicionário Aurélio, “a comunicação manuscrita ou impressa e devidamente acondicionada, remetida a uma ou várias pessoas”. Mas essa comunicação diz respeito à *mensagem*, no sentido de *missiva*. Não deve ser considerado como tal, por exemplo, o aviso de vencimento, porquanto corresponde à cobrança, que é o exercício do direito de ação extrajudicial, não se confundindo com mensagem (comunicação). Com o seu encaminhamento a outra parte, não se está fazendo *comunicação*, no sentido de informá-la a respeito de algo, mas propriamente *cobrando* o que lhe é devido. O segredo, nesse caso, se impõe como forma de proteção à intimidade e à vida privada, preceitos contemplados no inciso X do art. 5º da Constituição.

É o que ocorre com a entrega das contas de consumo de água. A concessionária, nesse caso, não está correspondendo-se, no sentido epistolar, com a outra pessoa, e, sim, cobrando ao consumidor a importância que lhe há de ser paga, pelo fato de o consumo de água, em determinado período, ter correspondido àquele valor constante no documento apresentado.

Acertadamente, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso ordinário em habeas corpus, por meio de sua Quinta Turma, em votação unânime, fez a distinção entre *carta e encomenda*, no escopo de estabelecer que a tutela do sigilo da correspondência, plasmada na Constituição, abrange apenas as missivas trocadas entre pessoas, razão pela qual não há ofensa à Carta Maior a determinação de apreensão de *encomenda*, encaminhada pelo sistema postal, consistente em brinquedo contendo em seu interior substância entorpecente. Pela clareza com que redigida, merece transcrição a ementa do acórdão, vazada nos seguintes termos.¹⁹³⁴

1931 Ibid. O Decreto nº 83.858, de 15.08.79, no art. 17, alínea “n”, exclui, peremptoriamente, do monopólio da União, “o transporte e a entrega de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, de energia elétrica, ou de gás, quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público”. Tem-se, assim, que o documento entregue aos consumidores, com a leitura dos hidrômetros e os respectivos valores das contas de consumo de água, não está inserido no conceito de “carta”, preceituado no art 47 da Lei nº 6.538/78.

1932 CRETELLA JÚNIOR. Op. cit. p. 1.364.

1933 Ibid. p. 1.368.

1934 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro EDSON VIDIGAL, Classe: RHC – Processo: 10537, UF: RJ, Data da decisão: 13/03/2001. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em: 9 mar. 2005.

PENAL. PROCESSUAL. TIGRE DE PELÚCIA CONTENDO COCAÍNA. APREENSÃO DE ENCOMENDA NA AGÊNCIA DOS CORREIOS ANTES DE SER ENTREGUE AO DESTINATÁRIO. AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DE SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA.

1. Correspondência, para os fins tutelados pela Constituição da República (art. 5º, VII) é toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal ou telegráfica. (Lei nº 6.538/78).
2. A apreensão pelo Juiz competente, na agência dos Correios, de encomenda, na verdade tigre de pelúcia com cocaína, não atenta contra a Constituição da República, art. 5º, VII. Para os fins dos valores tutelados, encomenda não é correspondência.
3. Recurso Ordinário conhecido mas não provido.

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgado em apreciação, absteve-se de esmiuçar o alcance da garantia constitucional do sigilo da correspondência, evitando enfrentar a discussão a respeito do seu caráter absoluto ou relativo. Resolveu a questão fazendo a distinção entre *encomenda* e *correspondência* para, daí, concluir que a primeira modalidade de comunicação não está tutelada pela norma constitucional, o que parece adequado. De todo modo, o sigilo da encomenda, conquanto não esteja tutelado pelo inciso XII do art. 5º da Constituição, está protegido pelo inciso X do mesmo comando legal, sendo, assim, necessário que a flexibilização da garantia constitucional seja feita mediante autorização judicial.

9.4.6.2 – Sigilo das comunicações de dados, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.

Em relação aos bens jurídicos tutelados com a garantia do sigilo, a comunicação dos dados foi a grande inovação, porquanto, desde a Constituição revogada, já se tinha a proteção à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas. Devido à forma como está redigida a norma encartada no inciso XII do art. 5º da Constituição de 1988, há quem diga que a garantia constitucional diz respeito aos dados, quando eles se encontram armazenados, e não quando estão em trânsito. Manifestando concordância com o pensamento de VICENTE GRECO FILHO, LENIO STRECK¹⁹³⁵ diz que “... os dados – que são estáticos, e não em trânsito pela modalidade ‘comunicações telefônicas’ – estão protegidos pelo absoluto sigilo, assim como a correspondência e as comunicações”.

Essa conclusão parte de interpretação literal do art. 5º, XII, da Constituição. Considera-se que o constituinte, caso quisesse referir-se à garantia da comunicação de dados, não teria dito que “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas...” e, sim, “É inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas...” Contudo, não parece que assim seja, uma vez que, caso fosse a intenção do legislador proteger apenas os dados armazenados, não haveria sentido incluí-los em um dispositivo que trata, especificamente, das hipóteses dos meios de comunicação entre pessoas que se encontram a certa distância.

Se o constituinte inseriu a proteção aos dados junto ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, não há dúvidas de que ele teve a pretensão de ressaltar que o segredo deveria estender-se, também, às comunicações que são processadas por meio da transmissão de dados. Basta ver a análise histórica da previsão constitucional referente à correspondência para notar que, com o passar do tempo, ao lado da garantia do sigilo das comunicações feitas por intermédio da troca de missivas, o constituinte cuidou de agregar outras modalidades de transmissão e recepção de mensagens, surgidas com o avanço da tecnologia. Daí por que, com a Constituição de 1967, houve a inclusão, no dispositivo, das comunicações telegráficas e telefônicas e, com a de 1988, fez-se a complementação com a inserção das comunicações feitas por meio da transmissão de dados.

Além de não haver justificativa para incluir a proteção de dados guardados pelo sistema de computação em um dispositivo que trata do sigilo do conteúdo das comunicações feitas pelas pessoas, a garantia quanto aos dados estáticos ou armazenados, sob qualquer forma, já está suficientemente

¹⁹³⁵ *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: constituição, cidadania, violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 43-44.

esboçada no inciso X do art. 5º da Constituição¹⁹³⁶. Mas não é só. Caso aceita a tese defendida pelos doutrinadores supramencionados, teríamos que fazer a distinção entre dados e dados eletrônicos, aqueles protegidos pelo inciso X e estes pelo inciso XII, ambos do art. 5º da Constituição. Assim, se os contatos das linhas telefônicas estiverem registrados no sistema de computação, a garantia do sigilo desses dados é a encartada no inciso XII do art. 5º da Constituição, e não no inciso X do mesmo dispositivo legal. No mesmo sentido, se os registros sobre um *sistema de corrupção* estiverem armazenados em um computador, a garantia do sigilo é veiculada pelo inciso XII, ao passo que se os mesmos dados se encontrarem coletados em um livro, a hipótese se enquadra na proteção dada pelo inciso X, ambos situados no art. 5º da Constituição.

O problema maior dessa interpretação não seria o inconveniente, apenas, de cindir a norma constitucional que assegura o sigilo de dados que fazem parte da vida privada (intimidade) da pessoa, de modo a entender que, dependendo da forma de armazenamento, em alguns casos, a garantia estaria estampada no inciso X e, em outros, no inciso XII, ambos do art. 5º da Constituição de 1988. O problema maior é que quem defende esse entendimento parte da premissa de que os dados armazenados em sistemas eletrônicos são invioláveis de modo absoluto. Assim, tendo como suporte o mesmo exemplo acima, os dados contidos em um livro poderiam ser, mediante autorização judicial, apreendidos e revelados para fins criminais, enquanto aqueles armazenados em um computador ou sistema de computação não o seriam. Note-se que o primeiro pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do alcance da garantia prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição, que foi, justamente, no famoso caso COLLOR, não foi aceita como prova a recuperação da memória dos computadores apreendidos no escritório da empresa VERAX, pertencente a PAULO CÉSAR FARIAS, sob o argumento de que a busca e apreensão, feita em diligência fiscal, a despeito da falta de autorização para o ingresso no local, foi realizada sem ordem judicial, o que caracterizou violação ao preceito contido no inciso XI do art. 5º da Constituição e, por outro lado, que a proteção aos dados, plasmada no inciso XII do art. 5º da Constituição, é absoluta, o que impede a revelação de seu conteúdo¹⁹³⁷. Na parte referente à inadmissibilidade da gravação da memória do microcomputador, assim constou da ementa redigida pelo Ministro ILMAR GALVÃO¹⁹³⁸, relator da Ação Penal:

1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de gravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a gravação sido feita com inobservância do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido gravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF).

No corpo do acórdão, o relator, Ministro ILMAR GALVÃO¹⁹³⁹ foi categórico em afirmar que, não fosse a violação ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio sem autorização judicial, mesmo que a autoridade fiscal estivesse dela munida,

Ainda assim, não estaria nela compreendido o conteúdo ideológico de sua memória, razão pela qual a Polícia Federal não poderia ter-se apropriado dos dados contidos naquele microcomputador, para mandar decodificá-los ao seu alvedrio, como fez, acobertados que se achavam pelo sigilo, o qual, conquanto se possa ter por corolário da inviolabilidade do próprio recinto dos escritórios da empresa,

¹⁹³⁶ Cf. item 9.4.1, supra.

¹⁹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 371, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: AP – Processo: 307-3, UF: DF, PLENO, Data da decisão: 13/12/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT. Acesso em: 14 mar. 2005.

¹⁹³⁸ Ibid.

¹⁹³⁹ Ibid.

acha-se especificamente contemplado no inc. XII, do mesmo artigo, ao lado da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

Aliás, nos tempos modernos, em que todos os trabalhos datilográficos das empresas são realizados por meio de digitação, a invasão da memória dos computadores implica fatalmente a quebra do sigilo não apenas de dados em geral, desde os relativos a simples agenda até os relacionados a fórmulas e cálculos, mas também de toda correspondência epistolar e telegráfica, em relação aos quais o manto constitucional é de natureza absoluta, já que não deixou espaço reservado ao trabalho normativo do legislador ordinário, como se fez com as comunicações telefônicas.

Como se vê, nesse primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal considerou os dados armazenados em microcomputador como bem jurídico tutelado pela norma constitucional do inciso XII do art. 5º de modo absoluto, daí por que, mesmo que houvesse autorização judicial para que fosse feita a busca e apreensão dos aparelhos de informática, a revelação do conteúdo não seria admissível. Todavia, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, passou a afirmar, de forma peremptória, que não há, em nosso sistema jurídico, direitos fundamentais absolutos, pois todos eles são relativos¹⁹⁴⁰.

Conquanto não se tenha notícias de outros pronunciamentos do STF a respeito da possibilidade da quebra do sigilo dos dados armazenados em computadores, há muitas manifestações dessa Excelsa Corte sobre a possibilidade da quebra de dados bancários, informações que estão inseridas em sistema eletrônico processado por meio de microcomputadores. Isso implica dizer que, a despeito do entendimento jurisprudencial firmado no sentido de que não há direito absoluto, caso o Supremo Tribunal Federal ainda tivesse posição no sentido de que os dados armazenados não podem, mesmo por ordem judicial, ser revelados, em nosso sistema, não seria admitida, sequer, a quebra do sigilo bancário. E mais: mesmo estando os dados referentes ao sigilo bancário armazenados em microcomputadores, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional que protege a intimidade quanto ao seu conteúdo é aquela manifestada no inciso X do art. 5º da Constituição, e não a regra do inciso XII do mesmo dispositivo¹⁹⁴¹.

9.4.6.3 – Sigilo das comunicações telefônicas, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.

A primeira impressão que sobressai a respeito do alcance da proteção às comunicações telefônicas é que ela se refere, apenas, àquilo que é tratado verbalmente entre duas pessoas, por meio da utilização do telefone. Acontece que a via telefônica é utilizada para o envio, igualmente, de comunicações feitas por escrito, como são os casos das transmissões via fac-símile e mesmo das mensagens que são digitadas de um aparelho telefônico para outro. Sem embargo das transmissões por escrito feitas por meio de dois telefones, há ainda comunicações que, conquanto não sejam enviadas de um telefone para ser recebido por outro, valem-se da via telefônica para que o contato entre as pessoas seja mantido. Não restam dúvidas de que a expressão *comunicações telefônicas* é algo mais abrangente do que *comunicações de telefone*¹⁹⁴². Essa distinção é importante, especialmente para quem entende que a ressalva contida no final do inciso XII do art. 5º da Constituição faz com que somente seja admitida a flexibilização da garantia do sigilo das comunicações telefônicas¹⁹⁴³.

Justamente por compartilhar desse entendimento, DAMÁSIO DE JESUS¹⁹⁴⁴, preocupado em ressaltar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que permite a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de *informática e telemática*, acrescenta que, quando o constituinte faz referência a *comunicações telefônicas*, ele inclui, no

¹⁹⁴⁰ Cf. tópico 7.2.2, supra.

¹⁹⁴¹ Cf. itens 9.4.3 e 9.4.3.3, supra.

¹⁹⁴² Nessa linha de pensamento, IVAN LIRA DE CARVALHO adverte que o constituinte, ao preferir a expressão *comunicações telefônicas*, não se ateve apenas preocupações de ordem linguística, mas sim para deixar claro que ele não estava tratando apenas dos telefonemas entre pessoas (*A regulamentação da escuta telefônica. Abordagem primária. In Enfoque jurídico*, ed. 1, ago. 1996, Suplemento do Informe TRF, 1ª Região, p. 7).

¹⁹⁴³ A tecnologia tem avançado a ponto de os aparelhos telefônicos serem transformados em uma verdadeira espécie de computador, como é o caso, por exemplo, do *iPhone*.

¹⁹⁴⁴ *Interceptação de comunicações telefônicas*: notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. Revista dos Tribunais, v. 735, p. 458-473.

comando normativo, toda e qualquer forma de comunicação que se processe pela via telefônica, mesmo que aí ocorra a transferência de *dados*, como é o caso do uso do *modem*.

Adotando o mesmo posicionamento, RAÚL CERVINI e LUIZ FLÁVIO GOMES¹⁹⁴⁵ defendem que a comunicação telefônica é o gênero do qual decorrem várias espécies por meio das quais ela é processada, que pode ser pela transmissão da voz, de sons, imagens, dados, sinais etc. Por isso mesmo, como o *fax modem* consiste na transmissão e recepção, através de linha telefônica, de informações digitais de um computador para outro, para todos os efeitos, essa forma de contato se faz pelo sistema de telecomunicações. Para LÊNIO STRECK¹⁹⁴⁶, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 1996, não contém vício de inconstitucionalidade, pois, “... ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade ‘comunicações telefônicas’”.

Essa doutrina foi construída no escopo de fazer com que as transmissões eletrônicas feitas pela internet pudessem ser interceptadas e teve sucesso enquanto as transmissões de mensagens por aquela via se faziam pelo uso combinado de computador e meios de telecomunicação, que é o que caracteriza, propriamente, a telemática. Porém, se, até pouco tempo atrás, a transmissão e recepção de mensagens pela internet se faziam pelo sistema de telecomunicações, agora não é mais assim, pois cresce, cada vez mais, entre os usuários do sistema eletrônico, o processamento desse tipo de comunicação pela banda larga. Embora esse serviço oferecido pelas empresas de telecomunicações, de certa forma, faça uso do meio fixo de telefonia, pois a transmissão dos dados flui pela linha telefônica, de modo que, nesse caso, ainda que, de forma forçada, se pode dizer que se trata de comunicação telefônica, o mesmo não se verifica quando ele é prestado pelas empresas de televisão a cabo. Nesse caso, a linha de transmissão dos dados eletrônicos não se faz pelo serviço de telefonia nem muito menos por meio de linha telefônica. A empresa utiliza uma linha própria, fazendo a ligação da sua sede até a casa ou estabelecimento do usuário, criando um sistema totalmente independente do serviço de telefonia. O usuário, para transmitir e receber as mensagens eletrônicas, não precisa, sequer, possuir linha telefônica. Assim, nesse caso, não se pode falar que se trata de comunicação telefônica.

E mais: a evolução tecnológica do sistema de comunicação eletrônica, além de prescindir da via telefônica e permitir mensagens escritas instantâneas, possibilita que duas ou várias pessoas passem e recebam, em tempo real, as suas mensagens através de programas como o *MSN messenger* e o *skype*, viabilizando a transmissão e a recepção da palavra oral dos internautas, como se os computadores fossem verdadeiros aparelhos telefônicos, sem que essa comunicação seja feita pelo sistema de telecomunicações ou com a utilização do meio físico de telefonia.

9.4.6.4 – O tratamento dispensado ao sigilo da correspondência e das comunicações no Direito estrangeiro.

No exame do Direito Comparado, verifica-se que o sigilo da correspondência sempre vem reconhecido como garantia fundamental dos cidadãos¹⁹⁴⁷. Na França, em um primeiro instante, a Assembleia Nacional, ainda em 1789, deparou com a discussão quanto à licitude da violação do segredo contido em carta, para fins de investigação de atos contrarrevolucionários. Defendia-se a legitimidade do uso desse instrumento probatório, ao argumento de que os atos conspiratórios, praticados em uma situação de guerra como a que estava vivendo o povo francês, justificavam o uso de força mais cogente para coibir as condutas. No entanto, findou prevalecendo entendimento sedimentado em texto histórico de CÍCERO, que repudiava a utilização de cartas trocadas entre marido e mulher e amigos¹⁹⁴⁸, de modo que a assembleia manteve o segredo destas¹⁹⁴⁹. ALMEIDA JÚNIOR relata que CAMUS se opôs à admissibilidade da utilização como prova das cartas

¹⁹⁴⁵ Ibid., p. 167-171.

¹⁹⁴⁶ Op. cit., p. 42.

¹⁹⁴⁷ A expressão aqui está empregada em sentido amplo, no escopo de abranger todas as pessoas que devem ser tratadas com dignidade.

¹⁹⁴⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed., V. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 65.

¹⁹⁴⁹ Ibid. p. 66.

particulares por considerar “... uma carta fechada como uma propriedade, e não se pode, sem atacar abertamente os mais sagrados direitos, romper os segredos das cartas”¹⁹⁵⁰. Cita ainda o referido autor que MIRABEAU, indignado, exclamou:

Que é isto?! Um povo que quer tornar-se livre, emprestando as máximas e os processos da tirania?! (...) É sem utilidade alguma que seriam violados os segredos das famílias, o comércio dos ausentes, as confidências de amizade, a confiança entre os homens. Dir-se-ia de nós na Europa: em França sob pretexto de segurança pública, são privados os cidadãos de todo o direito de propriedade sobre as cartas que são as produções do coração e o tesouro da confiança.

Agrega JOÃO MENDES, com suporte em doutrina de HELIE, que, mais tarde, a doutrina francesa fez distinção no sentido de que “as cartas dirigidas ao indiciado ou que emanam dele – podem ser apreendidas pelo juiz de instrução na repartição dos correios; as cartas dirigidas a terceiro e que não emanam do indiciado, essas não podem ser apreendidas”¹⁹⁵¹. Desse modo, no sistema francês, o sigilo da correspondência não é absoluto, podendo ocorrer, assim, a utilização da carta em processo criminal. Essa posição se mostra afinada com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita pelo povo francês, constituída em Assembleia Nacional, no dia 26 de agosto de 1789, que, expressamente, admite o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais, desde que previstos em lei. No Direito francês, não há manifestação normativa específica sobre os limites do sigilo da correspondência, mas a doutrina evoluiu para entender que é possível a revelação do segredo contido na missiva, desde que mediante ordem judicial.

O Direito alemão, que construiu a dogmática do princípio da proporcionalidade, contempla a inviolabilidade da correspondência e das comunicações postais, telegráficas e telefônicas, dando-lhes o mesmo tratamento. Todavia, na primeira parte do nº 2 do art. 10, esclarece que “só podem ser ordenadas limitações com base numa lei”¹⁹⁵². Especificamente em relação à proibição da produção de provas em respeito às garantias fundamentais registradas na Constituição alemã, o Tribunal Constitucional daquele país tem sufragado o princípio da ponderação de interesses, que dá orientação hermenêutica no sentido de que “... há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade”¹⁹⁵³.

Em exame do *leading case* julgado em 21 de fevereiro de 1964 pela Suprema Corte Constitucional alemã, conhecido como o caso do diário, COSTA ANDRADE¹⁹⁵⁴ informa que o *princípio geral de ponderação* coloca, em primeiro plano, a efetivação da justiça penal, cuja realização justifica e legitima o sacrifício de direitos fundamentais, daí por que

(...) à semelhança do que acontece para as escutas telefônicas, também para os demais meios de prova a Constituição oferece ao legislador ordinário um campo considerável de possibilidades de compressão dos direitos fundamentais para, à luz do princípio da ponderação, dar resposta adequada à ameaça da criminalidade mais grave.

Consoante se vê na doutrina acima exposta e mesmo da mera leitura do art. 10, nº 2, primeira parte, da Constituição da Alemanha, no Direito germânico, a fim de facilitar a efetivação da justiça penal, que é alçada à categoria de bem jurídico de dignidade constitucional própria do Estado de Direito, o legislador ordinário tem ampla liberdade de prever, para os crimes mais graves, a possibilidade de restrição das garantias fundamentais, dentre elas o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

¹⁹⁵⁰ Ibid.

¹⁹⁵¹ ALMEIDA JÚNIOR. p. 66-67.

¹⁹⁵² Art. 10º – 1. *O sigilo da correspondência e das comunicações postais, telegráficas e telefônicas é inviolável. 2. Só podem ser ordenadas limitações com base numa lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem constitucional liberal e democrática ou a existência e a segurança da Federação ou de um Estado, a lei poderá determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo afectado e que, em vez de seguir a via judicial, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares designados pela representação do povo”.*

¹⁹⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 28.

¹⁹⁵⁴ Ibid. p. 31.

Já a Constituição espanhola de 1978 contém norma garantindo "... o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas", mas, na parte final, concebe que a decisão judicial determine a quebra do sigilo¹⁹⁵⁵. Como se nota, a Constituição da Espanha vai mais além, na medida em que não remete à lei a especificação das hipóteses que excepcionam a garantia do sigilo, mas sim confere ao juiz a possibilidade de examinar, no caso concreto, se é pertinente, ou não, dotar o Estado de força maior na investigação do caso que está sob apreciação. Mas o legislador espanhol, já ciente das comunicações realizadas por meio da transmissão de dados eletrônicos, no número 4 do art. 18, mantendo a linha de pensamento no sentido de que não há direito fundamental absoluto, estabeleceu que "A lei limitará o uso da informática a fim de garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos".

Na Itália, a Carta constitucional, ao tempo em que, na primeira parte do art. 15, diz que são invioláveis a liberdade e o segredo não só da correspondência, como também de qualquer meio de comunicação, na segunda, explicita que, uma vez observadas as garantias preceituadas em lei, a autoridade judiciária pode determinar a sua restrição¹⁹⁵⁶. A despeito de constar da norma constitucional que a limitação pode ocorrer por determinação da autoridade judiciária, o novo Código de Processo Penal italiano permite que o Ministério Público, em caso de urgência, execute a diligência sem a prévia intervenção do juiz, devendo este, em exame posterior, convalidar, ou não, a medida. Advertem BUONO e BENTIVOGLIO¹⁹⁵⁷ que o Código de Processo Penal italiano de 1998 confere às comunicações por correspondência e telegráficas o mesmo tratamento, com a definição dos delitos que admitem a quebra do segredo. Tem-se, assim, que, na Itália, além de a garantia do sigilo da correspondência não ser absoluta, em casos excepcionais, pode ser quebrada sem a prévia autorização do Judiciário, sendo exercido o controle judicial apenas a *posteriori*.

A Constituição portuguesa de 1974, assim como as dos demais países analisados até agora, igualmente, garante o sigilo das correspondências e das telecomunicações, "... salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal."¹⁹⁵⁸ Sem embargo de cuidar do segredo das correspondências do mesmo modo como do sigilo das telecomunicações, o constituinte português teve a preocupação de dissipar dúvidas quanto à admissibilidade da imposição de limitações pelo legislador ordinário ao exercício das duas garantias. Indo mais além, no art. 35, 2, a despeito de dizer, nas duas primeiras partes do dispositivo, que "São proibidos o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva interconexão, bem como os fluxos de dados transfronteiras", no final, ressaltou a possibilidade de quebra do sigilo "... em casos excepcionais, previstos na lei".

Em suma, de todo o exposto, não restam dúvidas de que a doutrina e a jurisprudência da França, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal não fazem distinção ontológica entre o sigilo da correspondência e o das comunicações telefônicas e que, em todos eles, é plenamente admissível a restrição do segredo das cartas e das comunicações telefônicas. As Constituições espanhola e portuguesa, que fizeram menção direta às comunicações feitas por meio do sistema de informática, foram expressas ao permitir, em determinados casos, também a flexibilização dessa espécie de sigilo. Merece registro, outrossim, que o entendimento sedimentado nesses países é o de que os direitos fundamentais, ainda que inspirados nos direitos naturais, não são absolutos, mas tão-somente relativos, de modo que, mesmo quando não haja expressa previsão constitucional, nada impede que se imponham freios ao seu exercício, porquanto é aplicável a cláusula dos *limites imanes*.

Por fim, merece consideração o projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, trabalho apresentado à comunidade científica em outubro de 2000, na cidade de Santiago do Chile, com a participação de vários pesquisadores latino-americanos e europeus¹⁹⁵⁹, no qual, no art. 165, há

¹⁹⁵⁵ Art. 18, 3: "É garantido o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas, salvo decisão judicial em contrário".

¹⁹⁵⁶ A norma está assim redigida: "A liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis".

¹⁹⁵⁷ BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 143.

¹⁹⁵⁸ Art. 34, nº 4: "É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal".

¹⁹⁵⁹ AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 11.

a previsão expressa da interceptação e do sequestro¹⁹⁶⁰ da correspondência, admitindo-se, até mesmo, que, em casos de perigo pela demora, o Ministério Público e a polícia¹⁹⁶¹ possam fazer a interceptação sem a prévia autorização judicial, muito embora depois devam levar ao crivo do Juiz, que avaliará a legalidade da medida tomada¹⁹⁶².

9.4.6.5 – Assertivas que infirmam o caráter absoluto do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados.

Da maneira como foi redigido o preceito da Constituição de 1988, que assegura a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a um primeiro exame, parece que o constituinte brasileiro se despartou dos paradigmas do Direito Comparado, com a intenção deliberada de conferir ao tema uma abordagem singular, na medida em que teria erigido o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados à categoria de direito fundamental absoluto, uma vez que somente excepciona a proteção à inviolabilidade do meio de comunicação quando se trata da hipótese de contato telefônico.

Se essa for a inteligência firmada sobre o assunto, implica conceber um regramento no ordenamento jurídico brasileiro peculiar, que rompe com a nossa tradição constitucional¹⁹⁶³ e, como restou acentuado, com o disciplinamento jurídico previsto nas Constituições da França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, justamente os países que inspiraram, decisivamente, a elaboração de nossa Carta vigente¹⁹⁶⁴. Todavia, não é razoável que assim seja, pois, como foi exaustivamente debatido no capítulo 7, quando se tratou da *hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais*, especialmente nos itens 5.7, 7.2.2, 7.2.3, 7.2.3.1, 7.2.3.1.1, 7.2.3.1.2, os direitos fundamentais catalogados em nosso sistema são relativos, sendo admissível, por conseguinte, a sua flexibilização e, em alguns casos, especialmente quando se trata de hipótese de flagrante delito, admite-se que, no exercício do poder de polícia ostensiva, a autoridade policial aja mesmo sem autorização judicial¹⁹⁶⁵.

Além das considerações ali assentadas, cabe agregar que a garantia constitucional *sub studio* tem o seu comando voltado para expandir a garantia do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, até mesmo, da honra e da imagem, quanto à violação a que esses bens jurídicos estão sujeitos, não só por parte dos órgãos públicos, como também pelas pessoas físicas e jurídicas privadas¹⁹⁶⁶. De todo modo, uma vez concebido o sigilo da correspondência como uma proteção do cidadão contra o Estado na sua persecução criminal, tem-se que não é defesa a edição de norma jurídica que venha a regulamentar a quebra do sigilo da correspondência e das comunicações

¹⁹⁶⁰ No Código de Processo Penal brasileiro, o instituto que confere lastro à apreensão da carta é a busca e apreensão.

¹⁹⁶¹ Conferir que esse poder de interceptação e sequestro ao Ministério Público e à polícia, independentemente de autorização judicial, mesmo que reservado à hipótese de perigo pela demora, dá margem muito grande à prática de abusos. Nesse aspecto, a proposta merece crítica.

¹⁹⁶² A norma proposta tem a seguinte redação: “Art. 165. Sequestro de correspondência. Quando for de utilidade para a averiguação poder-se-á ordenar a interceptação e o sequestro da correspondência postal, telegráfica ou teletipográfica e os envios dirigidos ao imputado ou por ele remetidos”.

“A ordem será expedida pelo juiz de instrução ... O Ministério Público e a polícia poderão expedir a ordem em caso de perigo pela demora. Porém, deverão proceder segundo o art. 162 e a correspondência ou envio não lhes será entregue, mas ao tribunal competente. Se dentro de três dias, a ordem não é ratificada pelo tribunal, cessará a interceptação e o sequestro, e as peças serão liberadas a quem correspondam” (AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 303).

¹⁹⁶³ Verificar o que restou dito no item 9.4.6.6, supra. Note-se que, na interpretação da garantia da inviolabilidade da correspondência estabelecida na Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal entendeu que ela não era absoluta, consoante se vê da redação dada à ementa do acórdão lavrado pelo Ministro EVANDRO LINS, cujos termos são os seguintes: “Inviolabilidade da correspondência. Está sujeita a exame pelos agentes fiscais a correspondência comercial. O interesse público sobrepõe-se ao interesse privado. Não há direito líquido e certo para a recusa à fiscalização dos papeis constantes de arquivo comercial. Recurso de mandado de segurança não provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. INVIOABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA. Classe: RMS – Processo: 11274. TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 27/11/1963. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/juris.asp. Acesso em: 18 set. 2005).

¹⁹⁶⁴ Raul Machado Horta, sem desconsiderar as influências internas que guiaram o constituinte de 1988, ressalta que foram sentidas as influências externas que “... provieram do constitucionalismo europeu, através da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e das Constituições da Itália de 1947, da França, de 1958, da Espanha, de 1978, e de Portugal, de 1976” (*Direito constitucional*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 64).

¹⁹⁶⁵ Cf. itens 7.2.3.1.3, 7.2.3.1.3.1 e 7.2.3.1.3.2, supra.

¹⁹⁶⁶ Cf. item 5.8, supra. Nesse item, é feita a distinção entre direitos fundamentais e da personalidade.

telegráficas e de dados, no sentido de viabilizar a utilização do conteúdo dessas informações como meio de defesa a quem responde a processo criminal. Isso porque, se a garantia da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, na sede criminal, é encarada como uma limitação do direito de punir, não haveria contradição com a norma constitucional permitir essa violação, desde que ela seja para possibilitar ao acusado o direito de contestar a pretensão punitiva contra ele exercida¹⁹⁶⁷. Essa constatação é suficiente para fazer ruir a tese de que o sigilo dessas formas de comunicação se manifesta inquebrantável, com caráter absoluto, como se não fosse possível, em nenhuma hipótese, a sua restrição ou limitação¹⁹⁶⁸.

FERNANDES¹⁹⁶⁹, com suporte no princípio da proporcionalidade, lembrando que, em determinados casos, para garantir o direito à própria vida, há necessidade de ser violado o sigilo da correspondência, lança a seguinte assertiva: “Imagine-se que alguns presos, através de troca de correspondência, preparam a fuga, na qual será sequestrada e morta uma autoridade. Estranho que não se permita a violação dessa correspondência se há notícia do plano, com o intuito de abortá-la”. Nesse caso, entende o autor citado que o valor maior, a vida, há de ser preservado, afirmação com a qual não se há de tergiversar.

Presuma-se a situação da carta-bomba. Diante da garantia do sigilo absoluto, sem possibilidade de restrições, ela não poderia ser interceptada? Só poderia sê-la caso o destinatário consentisse? E se o destinatário fosse um suicida? Vale lembrar os acontecimentos posteriores ao atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, com as cartas enviadas para americanos, contendo a substância química letal identificada como *antraz*. Consoante noticiário jornalístico, nos Estados Unidos, em muitos casos, ante meras suspeitas, cartas foram interceptadas e abertas, no escopo de evitar males que viessem a atingir não apenas o próprio destinatário, mas também a terceiros¹⁹⁷⁰.

De mais a mais, ao estabelecer que, ao agir em estrito cumprimento de dever legal, o agente do Estado não pratica nenhum crime, o Código Penal permite, por linhas transversas, que, sendo o caso, desde que necessário para o cumprimento do dever de polícia quanto ao desempenho da segurança pública, restrinja-se o sigilo da correspondência ou das comunicações telegráficas ou de dados. Ora, ainda que, à primeira vista, essa posição pareça despropositada, ela se torna razoável, na medida em que imaginarmos a possibilidade de o agente do Estado, no estrito cumprimento de dever legal, agredir fisicamente o causador do ilícito, até mesmo lhe ocasionando a morte, em afronta ao bem jurídico maior de todo e qualquer ordenamento jurídico, que é a vida, mas não possa, também para evitar ou impedir a consumação ou fazer com que a atividade criminosa cesse, interceptar a correspondência ou a comunicação telegráfica ou de dados, ainda que sem autorização judicial.

Se alguém está prestes a matar outrem, utilizando-se de um revólver, o agente estatal pode intervir e, no estrito cumprimento de dever legal, prendê-lo, violando o seu direito de liberdade ou, até mesmo, se for o caso, matá-lo para evitar que o crime ocorra¹⁹⁷¹. Nesse caso, a ação não só é legítima como também é legal, ainda que se arranhe o direito de liberdade ou o próprio direito à vida do agressor. Porém, se aquele que deu causa ao crime, astutamente, enviar uma carta-bomba a outrem, não poderia o agente do Estado intervir, porque essa atitude violaria o direito ao sigilo da correspondência? Não seria razoável que assim se entendesse. Como foi salientado no item 7.2.3.1.3.2, no exercício do poder de polícia, ao qual é inerente a autoexecutoriedade, não haveria a

¹⁹⁶⁷ Sobre o assunto, ver o que ficou expandido sobre a teoria da prova benéfica em prol do acusado, como exceção à *exclusionary rule* (Cf. item 9.1.6.2.5, supra).

¹⁹⁶⁸ Como as normas constitucionais penais representam, antes de tudo, limitações ao direito de punir do Estado, a cláusula encartada na Lei Fundamental, consubstanciada na ampla defesa, é contemplada somente ao acusado. Esse tema está tratado no item 9.5.1, infra.

¹⁹⁶⁹ PENTEADO, Jacques de Camargo (Coord.). *Justiça Penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, s. d. p. 72.

¹⁹⁷⁰ Em síntese, ainda que se entenda que o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados é absoluto, mesmo assim, esse comando normativo teria seu raio de alcance restrito à inadmissibilidade da quebra do segredo da missiva, no intuito de não permitir que o seu conteúdo seja valorado como instrumento probatório, nunca, porém, como óbice para que, no legítimo exercício do poder de polícia, o Estado ou mesmo qualquer do povo intercepte ou obstrua uma correspondência utilizada como o próprio instrumento do crime, como no caso imaginado da carta-bomba.

¹⁹⁷¹ Cf. item 7.2.2, supra, parte em que se faz abordagem mais aprofundada sobre a eventual existência de um *direito de matar* e, até mesmo, de um *dever de matar*. A interpretação sistêmica do texto constitucional permite a assertiva de que existe, desde que presentes as circunstâncias justificadoras, o *direito* – para o particular – e o *dever* – para o policial militar – *de matar*.

necessidade de que o agente policial violasse em si a correspondência, fazendo a abertura da missiva. A sua intervenção se basta em sustar a circulação da carta. Óbvio que se a carta, em verdade, se trata de um artefato explosivo, na eventualidade de o agente policial, sem autorização judicial, proceder a sua abertura, tal circunstância não acarretaria nenhuma ilegalidade à sua atividade. Porém, não havendo plena segurança quanto a essa circunstância, o recomendável é o agente policial proceder da mesma forma como ele faz em casos de apreensão de droga em locais fechados; ou seja, na dúvida, deve pedir a autorização judicial para fazer a diligência.

Se até o direito à vida, como vimos, não é absoluto, não só porque a Constituição ressalva, expressamente, a possibilidade da pena de morte, em caso de guerra declarada, como também porque no exercício do poder de polícia, em casos extremos, o agente do Estado pode legitimamente ceifar a vida do autor do ilícito, não se mostra coerente sustentar que o sigilo da correspondência ou das comunicações telegráficas ou de dados o seja¹⁹⁷². Ademais, quanto à garantia do sigilo da correspondência, não há apenas limitações implícitas, mas também, pelo menos, uma expressa. Ocorre quando, na Constituição, está plasmado, no art. 136, § 1º, que, durante o estado de defesa, o decreto que o instituir deverá determinar o tempo de sua duração, além de especificar as garantias constitucionais restringidas, dentre elas o sigilo da correspondência.

Com essas considerações, não se duvida que o art. 233 do Código de Processo Penal, a contrário senso, ao admitir como prova as cartas interceptadas ou obtidas sem o consentimento do emitente ou do destinatário, desde que não tenha sido utilizado meio ilícito, continua em plena vigência, diante de sua compatibilidade com a Constituição de 1988, da mesma forma como se afinava com as Cartas de 1937, 1946 e 1967. Como desenvolvimento do mesmo raciocínio, também se chega à conclusão de que o art. 240, § 1º, letra f, do Ordenamento Processual Penal é plenamente compatível com os ditames da Constituição, de modo que a medida cautelar de busca e apreensão, determinada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, em decisão fundamentada do juiz, constitui-se o instrumento hábil para se colher a correspondência para fins de que ela instrua o processo na qualidade de prova.

No julgamento do caso COLLOR¹⁹⁷³, o Ministro ILMAR GALVÃO, em seu voto, ressaltou que o sigilo constitucional dos dados, assim como a garantia da inviolabilidade da correspondência, tinha caráter absoluto, daí por que, em nenhuma hipótese, poderia haver a sua flexibilização. De todo modo, em decisão anterior, ocorrida no mês de março do ano de 1994, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de sua Primeira Turma, tendo como relator o Ministro CELSO DE MELLO¹⁹⁷⁴, não só previu a possibilidade de que houvesse a quebra do sigilo da correspondência, como foi muito mais além, na medida em que, ao reconhecer a recepção da norma contida no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, entendeu possível que a administração penitenciária, mesmo sem autorização judicial, procedesse à interceptação epistolar.

Registre-se que em outro pronunciamento, agora em decisão monocrática da lavra do Ministro MARCO AURÉLIO¹⁹⁷⁵, prolatada nos autos da Ext. 718/RF, datada de 15 de maio de 1998, ante pedido da Polícia Federal no sentido de lhe ser dada autorização “para abertura de encomendas postais que chegaram a esta Superintendência, endereçadas ao mencionado alienígena foragido, a fim de buscar eventual pista que possa informar o paradeiro do nominado”, mesmo com o parecer favorável

¹⁹⁷² Cf. item 7.2.3.1.3.2, supra.

¹⁹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 371, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: AP – Processo: 307-3, UF: DF, PLENO, Data da decisão: 13/12/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT. Acesso em: 14 mar. 2005.

¹⁹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO. Classe: HC – Processo: 70814, UF: SP, PRIMEIRA TURMA, un. Data da decisão: 01/03/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 16 jan. 2007.

¹⁹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 16/05/1998.

da Procuradoria da República, lastreado no precedente do Habeas Corpus 70.814/SP, conferiu-se caráter absoluto à inviolabilidade da correspondência, com os seguintes argumentos:

2. Consubstancia garantia constitucional a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas. O óbice ao conhecimento do conteúdo dos postados é absoluto, valendo notar que somente quanto às comunicações telefônicas abriu-se a exceção, limitada, de resto, às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, mesmo assim aludindo-se à necessidade da existência de ordem judicial. Em síntese, a cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal não alcança o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, estando restrita às comunicações telefônicas. O preceito beneficia, a teor do disposto no artigo 5º, não só os brasileiros, como também os estrangeiros residentes no País, ainda que estes últimos tenham, contra si, pedido de extradição em curso. O que se tem na espécie é o impedimento constitucional à quebra do sigilo requerida pela Polícia Federal, apenas permitida uma vez verificado o estado de sítio ou o de defesa (artigo 136, § 1º, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal).

No exame do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 6719/SP, em decisão unânime da Sexta Turma, cujo relator foi o Ministro FERNANDO GONÇALVES, o Superior Tribunal de Justiça restringiu a garantia constitucional às *cartas fechadas*¹⁹⁷⁶. Assim, conquanto absoluto o sigilo da correspondência, uma vez aberta pelo destinatário, não haveria mais a proteção constitucional encartada no art. 5º, XII, da Lei Maior, podendo a correspondência, independentemente de autorização judicial, ser coletada para fins de prova criminal. Todavia, mesmo que se considere encerrada a garantia constitucional da inviolabilidade da correspondência após a sua abertura, não se pode deixar de observar que o segredo nela contido permaneceria protegido constitucionalmente, agora pela regra estampada no art. 5º, X, da Constituição, uma vez que não há dúvida de que o seu conteúdo se insere no conceito de *vida privada*. Desse modo, estando aberta ou fechada, para a revelação do conteúdo da correspondência sem o consentimento de um dos interlocutores reclama-se a autorização judicial.

Todavia, no julgamento do Habeas Corpus 14.569/SP, a Sexta Turma, à unanimidade, em voto proferido pelo Ministro VICENTE LEAL¹⁹⁷⁷, firmou passo na linha de entendimento de que “A inviolabilidade das comunicações, embora erigida ao nível de garantia constitucional (CF, art. 5º, XII), cede espaço quando presente interesse público superior, como na hipótese de investigação criminal, desde que autorizada a quebra por decisão judicial.” Essa, sem dúvidas, parece ser a posição mais adequada, até porque, conforme aqui já foi exaustivamente defendido, inclusive com suporte em posição adotada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o direito fundamental, por mais essencial que seja, não possui caráter absoluto, senão apenas relativo.

9.4.6.5.1– Interpretação sistêmica da expressão (salvo) no último caso, prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição.

Impõe-se acrescentar, por derradeiro, que nenhuma regra jurídica existe isoladamente, pois o Direito, antes de tudo, é sistema, devendo os preceitos constitucionais ser interpretados conforme os princípios encartados no ordenamento jurídico. O legislador, ainda que se trate do constituinte, não detém o dom de prever todas as circunstâncias da vida que recomendam a solução alvitada pela norma jurídica. A visão do legislador, logicamente, é preconcebida dentro daquelas circunstâncias vislumbradas nos momentos que antecedem a motivação à feitura da norma, daí por que, na maioria das vezes, o alcance da norma, para determinados casos, em razão da peculiaridade da situação, é restringido ou alargado. O que se quer dizer é que o verdadeiro alcance de uma norma não está de pronto revelado com o seu enunciado estampado na lei, mas sim quando se examina a extensão com que ela deve ser interpretada, dentro de um determinado contexto fático.

Cabe ao exegeta, portanto, enxergar o Direito como sistema organizado, fazendo as distinções necessárias para adequar a norma aos seus verdadeiros fins, de modo que se, diante das circunstâncias,

¹⁹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC. PROVA. SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA. VIOLAÇÃO. Data da decisão: 24/12/1997. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 18 set. 2005.

¹⁹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. CONDENAÇÃO. P R O V A. S I G I L O DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. QUEBRA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. Data da decisão: 24/04/2001. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 18 set. 2005.

são feitas as distinções desacertadamente, com a conseqüente valoração inadequada, o erro é do operador jurídico, e não da norma em si. Até porque o Direito é instrumento de vida, forma de organização e pacificação social, que ordena o desenvolvimento e as realizações das necessidades humanas dentro dos valores colimados pelo grupo social, de modo que as suas soluções nunca podem conduzir ao absurdo ou à injustiça. Quando tal se verifica é porque o operador jurídico trilhou caminho diferente da verdade jurídica.

Muito embora a dicção normativa encartada na Constituição da República, no inciso XII do art. 5º, deixe consignado que “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” – redação que, em sua leitura isolada, leva a crer que o constituinte ressaltou a possibilidade de quebra apenas das comunicações telefônicas –, parece evidente que é possível haver a flexibilização dos direitos fundamentais contemplados na norma em qualquer uma das hipóteses ali previstas.

Com efeito, a primeira interpretação que ressaí da norma, e é a mais fácil de ser vista, leva a crer que o legislador deixou expresso que seria *inviolável o sigilo da correspondência*. Se ele quisesse restringir, assim como o fez em relação às comunicações telefônicas, o direito ao sigilo quanto à correspondência, às comunicações telegráficas e aos dados, não teria utilizado a expressão (*salvo*) no último caso. Porém, interpretações outras emergem do enunciado *sub examine*, mais consentâneas com a realidade, com a nossa história constitucional e com o tratamento dispensado ao tema no Direito Comparado. Até porque, na seara do Direito, a norma jurídica, sempre e sempre, admite, no mínimo, duas inteligências diametralmente opostas. É nesse contexto hermenêutico que se pode defender a ideia de que o dispositivo encerra dois comandos: o primeiro se refere ao sigilo em si das fontes que enuncia e o segundo relaciona-se à comunicação desses elementos informativos de prova que, nessa linha, poderia ser interceptada, pois quando o constituinte disse (*salvo*) *no último caso* estaria se referindo a qualquer hipótese de comunicação, e não apenas àquela veiculada pela via telefônica.

Aliás, parece que o Legislativo está a entender que a expressão (*salvo*) no último caso está referindo-se a qualquer um dos casos de comunicação, a partir do instante em que editou norma contida no art. 6º, VIII, alínea “a”, da Lei Complementar nº 75, de 20 de março de 1993, expondo competir ao Ministério Público da União representar “... ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual”¹⁹⁷⁸.

Essa interpretação sistemática do Legislativo, adotada quando da feitura da Lei Complementar nº 75, de 1993, é mais consentânea com a lógica do que aquela que quer emprestar caráter absoluto aos sigilos da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados. Isso porque não há distinção ontológica entre uma forma e outra de comunicação. Veja-se que aqui se mostrou que, na história do nosso Direito Constitucional, o sigilo da correspondência permaneceu sendo assegurado desde a Carta Imperial de 1824, mas sempre se entendeu que ele era de caráter relativo e nunca tinha havido nenhum tratamento diferente em relação a essas formas de comunicação. Por outro lado, na apreciação da doutrina e da jurisprudência de países cujas constituições serviram de paradigma para a elaboração da nossa de 1988 – França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal –, em todos eles, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas é tido como relativo e recebe o mesmo tratamento que é dispensado para o segredo da comunicação telefônica.

A única diferença que se poderia fazer entre a comunicação por correspondência, por telegrama ou transmissão de dados e o contato que é feito por meio de telefone seria que aquelas se processam por meio da escrita, enquanto a última por meio da fala¹⁹⁷⁹. Porém, a escrita é a mera reprodução, em símbolos, da fala, ou seja, a sua representação. Se a fala, que é representada pela escrita, pode ser interceptada, por que não a escrita, que é apenas a sua imagem? A escrita, à semelhança da fala, é forma de expressão da língua, não havendo distinção ontológica entre uma e outra, a justificar tratamento diferenciado no que respeita à proteção mediante a preservação do sigilo.

¹⁹⁷⁸ Preceito aplicável, também, ao Ministério Público dos Estados, por força do art. 80 da Lei 8.625, de 1993.

¹⁹⁷⁹ De qualquer forma, como foi visto, a comunicação eletrônica, feita pela internet, hoje permite que a comunicação seja por meio da fala com a transmissão, até mesmo, da imagem.

Ademais, o telefone, hodiernamente, com o avanço da tecnologia, também possibilita o contato por meio da escrita. É o que ocorre com o *fac-símile*. Qual a diferença entre a correspondência postal e aquela feita por *fac-símile*, que justifique a distinção quanto à possibilidade de quebra de apenas uma delas? Sem falar no correio eletrônico que, em consonância com a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, pode ter o seu sigilo quebrado, meio de comunicação que em nada difere da carta, senão quanto ao instrumento que veicula a transmissão da mensagem escrita, assim como ocorre nas mensagens enviadas de telefone para telefone¹⁹⁸⁰. É por isso que a interpretação literal é odiosa, para não dizer que ela, sozinha, não se presta para determinar o alcance do preceito, especialmente quando se trata de um princípio cujo enunciado, pela sua própria natureza generalizante, compreende conceito polissêmico de complexa compreensão. Não parece razoável querer expressar o conteúdo de um direito fundamental, vazado em forma de princípio, com suporte somente na interpretação literal de sua expressão normativa¹⁹⁸¹.

De qualquer forma, a despeito do que dispõe a Lei Complementar nº 75/93, ainda há a Lei de Execução Penal que, no art. 41, parágrafo único, diz que o direito do preso à correspondência pode ser suspenso ou restringido, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento penal. Para quem defende que o sigilo da correspondência é absoluto, nem mesmo a correspondência dos detentos pode vir a ser interceptada, o que conduziria ao absurdo de permitir que o encarcerado, de dentro do estabelecimento prisional, continuasse a comandar o crime, protegido que estaria pelo sigilo de sua correspondência e de suas comunicações por meio do telégrafo. Sob enfoque de outro ângulo, seria possível coibir que o detento, por meio das comunicações telefônicas, desse continuidade a sua participação na prática de ilícitos, mas nada pudesse ser feito quando o meio utilizado fosse a correspondência ou a comunicação telegráfica.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, como salientado linhas atrás, mantendo coerência com a sua concepção de que os direitos fundamentais são relativos, chamado a dirimir controvérsia na qual se discutia a constitucionalidade do art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210, de 1984 – Lei de Execução Penal –,¹⁹⁸² que permite à administração penitenciária, por medida de segurança do estabelecimento, mesmo sem autorização judicial, a interceptação da correspondência dos presos, assim se posicionou:

(...) A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

É interessante observar que, no caso da norma jurídica em estudo, permite-se que a interceptação seja feita independentemente de autorização judicial específica, porém, mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, diante das peculiaridades da relação entre o administrador penitenciário e os detentos, tem como justificada a restrição nela imposta ao sigilo da correspondência¹⁹⁸³.

9.4.6.5.2 – Interpretação literal que conduz à conclusão lógica de que a ressalva contida no inciso XII do art. 5º da Constituição encerra cláusula de reserva de jurisdição quanto à comunicação telefônica.

A interpretação literal, antes de reforçar a ideia de que o sigilo da correspondência é absoluto, tem o condão de relativizar, ainda mais, a garantia ali contida. Aqui foi dito, com base em vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, que quando não há nenhuma ressalva no enunciado que veicula o direito fundamental, o entendimento é de que a sua flexibilização é possível por decisão

¹⁹⁸⁰ A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou a interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, o que abrange a correspondência eletrônica.

¹⁹⁸¹ Cf. item 7.1, supra, que cuida da interpretação das normas e princípios constitucionais.

¹⁹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 16 jan. 2007.

¹⁹⁸³ A decisão judicial que determina a prisão dá a autorização necessária para que o direito fundamental da liberdade seja restringido. Com essa decisão, porém, não apenas o direito de liberdade, na sua expressão quanto ao direito de ir e vir, é atingido. A liberdade de comunicação em si com o mundo exterior, o que compreende o seu direito à correspondência, também sofre limitações.

de autoridade judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito¹⁹⁸⁴. Quando, porém, o constituinte expressa o direito fundamental, mas diz que este somente pode ser quebrado se houver pronunciamento judicial, como ocorre nas hipóteses de prisão processual e de inviolabilidade do domicílio, ele reforça a garantia, com a inclusão da cláusula de reserva de jurisdição¹⁹⁸⁵. Ou seja, nessa hipótese, o direito fundamental somente poderá ser flexibilizado caso isso seja determinado por um juiz no exercício da atividade jurisdicional, vedando-se, por conseguinte, que a quebra seja deliberada até por CPI.

Seguindo essa linha de pensamento, expendida ao longo deste estudo, se se entender que a ressalva (*salvo*) no último caso, estampada no art. 5º, XII, da Constituição, aplica-se apenas às comunicações telefônicas, isso implica reconhecer que a cláusula de *reserva de jurisdição* quanto à garantia ali prevista se circunscreve a essa forma de contato. Se a cláusula de reserva de jurisdição, plasmada no inciso XII do art. 5º da Constituição, diz respeito, exclusivamente, às comunicações telefônicas, a conclusão daí resultante não seria no sentido de que as demais formas de comunicação deveriam ser consideradas absolutas, mas sim que elas não estão acobertadas pela garantia de que a quebra do sigilo a elas relativa somente seja feita por determinação de um juiz, no exercício da atividade judicante. Assim, a correspondência e as comunicações telegráficas e de dados, antes de serem absolutas, podem ter o sigilo nelas guardado flexibilizado não só por ordem judicial, mas também por decisão de CPI.

Essa é a interpretação mais adequada, porquanto se harmoniza com a forma como essa garantia vem sendo tratada ao longo de nosso sistema constitucional, especialmente ao modo como ela foi cuidada pela Carta Magna de 1967. Observe-se que, naquele texto, as comunicações telefônicas eram tratadas da mesma forma que a correspondência e a comunicação telegráfica e, a despeito de lá não haver nenhuma ressalva quanto à possibilidade de ser determinada a flexibilização dessas formas de comunicação entre as pessoas, isso era plenamente possível. Se, antes da Constituição de 1988, o sigilo da correspondência fosse considerado absoluto, poder-se-ia, até, entender que a ressalva contida no novo texto constitucional tinha sido colocada com a clara intenção de deixar expresso que, embora tratado no mesmo dispositivo, o sigilo telefônico seria apenas relativo.

Desse modo, querer abstrair a inteligência do dispositivo em foco mediante a interpretação literal da nova disciplina defeituosa emprestada pelo constituinte de 1988 ao inciso XII do art. 5º, certamente conduzirá a conclusão incorreta. Por isso mesmo, tendo em conta não só o histórico de nossas cartas constitucionais que nunca conferiu à correspondência e às comunicações *telegráficas status* de direito fundamental absoluto, mas também o tratamento dispensado ao tema pelo Direito Comparado, que não conhece diferença entre uma e outra forma de possibilitar o relacionamento entre as pessoas, impõe-se que a interpretação mais razoável é aquela que defende a possibilidade, independentemente da forma de comunicação, da quebra do sigilo.

Na esteira desse entendimento, a ressalva contida no final do inciso XII do art. 5º da Constituição serve, isso sim, para dar mais garantia ao sigilo telefônico que, dentre todos os meios de comunicação ali mencionados, devido mesmo à tecnologia utilizada, foi considerado pelo constituinte como o mais vulnerável e, por isso mesmo, o que mereceu tratamento mais rígido. Essa é a justificativa do constituinte para eleger a cláusula de reserva de jurisdição para os casos em que esteja em jogo a permissibilidade da interceptação telefônica¹⁹⁸⁶. Nesse caso, nem mesmo a CPI pode dar decisão nesse sentido.

Com essa visão e interpretação do inciso XII do art. 5º da Constituição, a quebra dos sigilos das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, em princípio, é admissível para fins cíveis e criminais, desde que haja autorização dada, em decisão fundamentada, por juiz no exercício de atividade jurisdicional ou CPI, ao passo que, em se tratando de sigilo telefônico, tal somente pode ocorrer para fins criminais, nas hipóteses previstas em lei e apenas se, e quando, houver ordem prolanada de autoridade judicial.

¹⁹⁸⁴ Aqui já foi mostrado que todos os direitos fundamentais são relativos, daí por que a garantia constitucional neles veiculada pode, desde que haja justificativa, ser suspensa. Cf. itens 7.2.3., 7.2.3.1 e 7.2.3.1.1, supra.

¹⁹⁸⁵ A Constituição de 1988 previu a cláusula de reserva de jurisdição apenas para três hipóteses: prisão, quando não for o caso de flagrante, invasão de domicílio e quebra de sigilo telefônico. Cf. item 7.2.3.1.2, supra.

¹⁹⁸⁶ Quanto à interceptação de comunicação telefônica, o constituinte resolveu dar o mesmo tratamento que ele dispensou para os casos de prisão e de invasão de domicílio.

9.5 – Princípio da ampla defesa.

Antes da processualização do exercício do dever-poder de punir do Estado, a persecução criminal era um mero ritual, no qual o acusado tinha uma participação submissa, sem que lhe fosse reconhecido o mais simples dos direitos, que era o de defender-se. O acusado não era chamado para se defender, mas sim para se submeter ao poder de investigar do Estado, sendo-lhe infligidas as mais variadas formas de investigação destinadas a perquirir a verdade, que ia de interrogatórios sugestivos e processos secretos à ampla aplicação da tortura. O incriminado não tinha, sequer, o direito ao uso da palavra, sendo-lhe vedada a oportunidade de demonstrar a sua inocência, embora, como lembra PEDROSO mesmo no Antigo Testamento, havia a lição bíblica de que, no julgamento, deve ser dada a palavra ao réu, pois nas escrituras consta o relato de que Deus não condenou Adão, sem antes ouvi-lo¹⁹⁸⁷. Os acusados eram tratados como meros objetos do poder punitivo e mesmo quando o poder político era tido como uma investidura divina, a forma de o réu defender-se ou falar no procedimento contra ele instaurado era mediante a sua submissão a atrozes provas para a aferição da verdade de suas declarações¹⁹⁸⁸.

Na fase da concepção religiosa, afloraram as *ordálias ou júzcos de Deus* que consistiam na crença de que o próprio acusado, submetido a provações perante Deus, faria exsurgir a verdade, na medida em que Ele, onipresente e onisciente, se fosse o caso, interviria para não deixar um inocente *sofrer ou morrer*¹⁹⁸⁹. Tinha-se a crença totalitária de que o acusado, sendo culpado, não tinha direito à defesa, pois era inconcebível que o autor de um ilícito tivesse o direito de resistir à legítima punição pelo Estado, ao passo que, caso ele inocente fosse, essa verdade surgiria no decorrer da investigação.

Várias eram as fórmulas adotadas para que o acusado, com o seu corpo, demonstrasse a sua culpa ou inocência. Havia a *prova do arroz*, na qual o acusado, logo após fazer a sua declaração, tinha de engolir uma certa quantidade do cereal, ainda cru, sendo considerado culpado caso não obtivesse êxito na tarefa¹⁹⁹⁰. Igualmente, tinha o teste das *bebidas amargas*, aplicado à mulher acusada de adultério, que era considerada culpada caso, ao ingerir a bebida, ela contraísse o rosto e os olhos ficassem injetados de sangue. No teste da *água fria*, o acusado era lançado em um reservatório d'água, sendo ele tido como culpado caso o corpo não submergisse¹⁹⁹¹. Tinha também a prova segundo a qual a inocência do acusado somente era reconhecida na hipótese de ele se mostrar resistente ao caminhar sobre brasas durante um determinado tempo ou suportar a mão em um braseiro. Mais drástica, ainda, era a prova das *serpentes*, que consistia em colocar o acusado entre os répteis, sendo ele considerado o autor do crime se fosse picado. Outra fórmula prevista era colocar, ao lado do acusado, o cadáver da vítima, pois, se começasse a correr sangue do corpo, aquele era considerado o autor do homicídio. Por fim, ainda se empregava o duelo, no qual a intervenção divina não permitiria que triunfasse o culpado¹⁹⁹².

Insurgindo-se contra esse estado de coisas, BECCARIA, no livro que o celebrizou, sustentou que a persecução criminal deveria ser conduzida com base em regras garantidoras dos direitos essenciais dos homens, dentre elas o direito de defender-se e de ser tratado com dignidade¹⁹⁹³. A partir de então, houve uma verdadeira virada copérnica na seara criminal, e o acusado, que não tinha direito nenhum contra a pretensão acusatória, passou a ter o direito de defesa e, logo em seguida, à ampla defesa¹⁹⁹⁴.

Demarcando essa nova fase, a Sexta Emenda à Constituição americana elencou como direito fundamental do acusado o direito de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de ser acareado com as testemunhas, de obter o comparecimento compulsório de testemunhas de defesa e contar com a assistência de um advogado para a sua defesa. Não só foi consagrado o direito de defesa, como também, indo muito mais além, o direito à assistência jurídica, cláusula que somente seria

¹⁹⁸⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 15.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 16.

¹⁹⁸⁹ Cf. item 1.2, *supra*.

¹⁹⁹⁰ PEDROSO, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁹⁹² *Ibid.*

¹⁹⁹³ Cf. itens 1.3.3.1 e 1.3.3.2, *supra*.

¹⁹⁹⁴ Cf. item 1.3.3.3

incorporada aos ordenamentos jurídicos muito tempo depois. Ademais, como na dicção normativa do preceito fala-se em direito de ser informado da acusação e de ser acareado com as testemunhas, nota-se que ele foi pensado apenas para o ambiente próprio do processo criminal.

Na Constituição alemã, o direito de defesa está consagrado no art. 103, ao se assegurar que “Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais”. Na Constituição da Espanha o preceito do direito de defesa se encontra mais detalhado, sendo visível a influência da Constituição americana, na medida em que, ao lado do direito ao juiz natural, está anunciado que todos têm direito “... à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação contra si deduzida ... a utilizar os meios de prova adequados à sua defesa, a não prestar declaração contra si próprios, a não se confessarem culpados...” No sistema italiano, o direito de defesa também tem berço constitucional, por força do que dispõe o art. 24, segunda parte, que noticia ser a defesa “... inviolável em qualquer situação e grau do processo”. A Constituição portuguesa, por sua vez, de forma enfática, sob a rubrica *garantias de processo criminal*, inscreve como direito fundamental a cláusula de que “O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa” (art. 32, 1).

Do exame mais atento do tratamento dispensado no Direito Comparado ao direito de defesa, observa-se que ele surgiu como uma garantia processual pertinente ao ambiente criminal, mais especificamente a quem é réu, e assim permanece nas Constituições dos Estados Unidos, da Espanha¹⁹⁹⁵ e de Portugal. Apenas nos ordenamentos jurídicos alemão e italiano é que o direito de defesa está assegurado de forma genérica, com incidência tanto na seara criminal quanto na cível.

A inclusão do direito de defesa dentre os direitos fundamentais é da tradição do constitucionalismo brasileiro. Na Constituição Imperial de 1824, não se assegurou, expressamente, o direito de defesa, porquanto restou consignado, como direito fundamental, apenas o direito de o preso ser informado, por meio de nota de culpa assinada pelo juiz, dos motivos da prisão, dos nomes do seu acusador e os das testemunhas, caso elas existissem¹⁹⁹⁶. Porém, a Constituição de 1891 foi precisa quanto ao direito de defesa, ao preceituar, no art. 72, § 16, que “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa. Como se vê, ao ser inaugurado o direito de defesa como cláusula constitucional, o constituinte destinou a garantia *aos acusados*, esclarecendo, assim, que ela era prevista para o *processo criminal*. Naquela oportunidade, destacou-se que a garantia era *da mais plena defesa*. Com melhor técnica, a Constituição de 1934, no art. 113, 24, estatuiu que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta” Ou seja, ao referir-se expressamente *aos acusados*, manteve a ideia de que a garantia era dada em relação ao processo criminal, acrescentando, ainda, que brange, igualmente, *os meios e recursos essenciais a ela*. A norma em destaque teve o condão, ainda, de inserir, em nosso meio, a expressão *ampla defesa* que, a partir daí, não mais deixou de ser mencionada nos textos constitucionais posteriores, com exceção da Constituição de 1937. Isso porque, com o seu arcabouço autoritário, a Constituição de 1937 apequenou o preceito, pois disse, apenas, na parte final do art. 122, que “A instrução criminal será contraditória, asseguradas as necessárias garantias de defesa”.

A garantia da defesa que, com a Constituição de 1934, houvera sido alçada à categoria de *ampla* e compreendido, ainda, os meios e recursos a ela essenciais, foi rebaixada pela Carta de 1937. Porém, a Constituição de 1946, no art. 141, § 25, resgatou a *amplitude* do direito de defesa, na medida em que fixou que “É assegurada aos acusados ampla defesa” e que “A instrução criminal será contraditória”. Coube à Constituição de 1967 restabelecer a redação da Carta de 1934, ao insculpir, dentre as declarações de direitos, que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” (art. 150, § 15) e complementar, mais adiante, que “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu” (art. 150, § 16).

¹⁹⁹⁵ Tendo a preocupação de estender o direito de defesa, quanto ao processo civil, não só ao réu como ao autor, ALEX CAROCCA, divergindo de vários doutrinadores espanhóis, defende que, muito embora, à primeira vista, a garantia estampada no art. 24, n. 2º, seja destinada ao acusado, não considera acertado esse reducionismo da classe, pois ela dá amparo a todas as partes do processo (*Garantia constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1998, p. 87).

¹⁹⁹⁶ Art. 179, VIII. “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as”.

A Constituição de 1988, em redação bem melhor, modificando o paradigma anterior, embora tenha mantido o núcleo da cláusula tal como ela tinha sido concebida na Carta de 1934, foi mais além, no desiderato de contemplar o direito à ampla defesa não apenas na seara criminal, como igualmente na cível, assim deixando consignado o preceito: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (art. 5º, inciso LV). E mais, no inciso LXXIV, disse que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, tendo o cuidado de antes assinalar que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (inciso LXIII)¹⁹⁹⁷. Na medida em que se entende que a expressão *preso*, utilizada pelo constituinte, em verdade, quer dizer toda e qualquer pessoa a quem se imputa a prática de algum tipo de crime, tem-se que o direito de *assistência de advogado*, catalogado como direito fundamental no dispositivo em foco, é assegurado, igualmente, não apenas ao preso, mas ao acusado em geral. Ademais, no ambiente criminal, a assistência jurídica ao acusado por parte do Estado é garantia prevista não apenas para quem não possui recursos suficientes para patrocinar a sua defesa, mas a toda e qualquer pessoa, como está dito no inciso LXIII do art. 5º da Constituição, até porque, sem defesa *efetiva*, há ofensa ao *due processo law*. Isso permite concluir que a estruturação eficiente da defensoria pública é dever constitucional atribuído ao Estado, decorrente de garantia com *status* de direito fundamental, instrumento necessário para que exista a defesa *efetiva e eficiente*.

9.5.1 – Direito fundamental que está expresso, no processo criminal, apenas em relação aos acusados em geral.

Conforme se verifica da análise dos textos constitucionais, historicamente, o direito à ampla defesa *sempre* constou das constituições brasileiras como garantia inerente ao processo criminal e, ainda assim, previsto apenas *em relação aos acusados*. Do alto de sua reconhecida autoridade, PONTES DE MIRANDA¹⁹⁹⁸, em comentário sobre o art. 153, § 15, da Constituição de 1967, destacava que “A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial.”, de modo que o princípio, tal como ele era concebido em nosso ordenamento jurídico, nada tinha a ver com o processo civil¹⁹⁹⁹. Por isso mesmo, até a Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, deixou consignado que a ampla defesa, na qualidade de garantia constitucional, era prevista apenas para o processo criminal²⁰⁰⁰. Coerente com esse entendimento, o legislador do Código de Processo Civil de 1973, em sua redação originária, contaminado pela ideia da ampla defesa prevista apenas para o acusado do processo penal, estendeu o referido princípio para o âmbito cível, porém sob a perspectiva do réu, o que não era adequado, pois o elemento estrutural do processo civil é o direito de ação, que corresponder à garantia do acesso à justiça. Em verdade, na seara cível, o direito de ação é o instrumento indispensável para o que o autor, invariavelmente o hipossuficiente, faça valer os seus direitos, na medida que quem possui o poder político ou econômico, invariavelmente, finda usufruindo de direitos que vão além dos que ele possui.

Exatamente por isso, a crítica mais contundente que se fazia ao Código de Processo Civil de 1973 era porque ele, a despeito de conceitualmente ser de rigorosa técnica, não foi elaborado tendo em conta a busca de resultados em espaço de tempo razoável. O ônus da demora do trâmite processual recaía, única e exclusivamente, sobre o autor que, mesmo conseguindo a

¹⁹⁹⁷ Sobre o direito de assistência de advogado, assegurado ao preso, cf. item 9.6.5.2.2, infra.

¹⁹⁹⁸ Op. cit., v. 5, p. 235.

¹⁹⁹⁹ Ibid. p. 235.

²⁰⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, em demonstração quanto ao entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o alcance do princípio da ampla defesa, cita precedente da Excelsa Corte sobre o assunto quando ainda estava em vigor a Constituição de 1934, com voto assim sumariado: “O invocado preceito, enquadrado entre os incisos 21 a 31 de 1934, que todos consagram garantias aos réus em processos criminais, ou acusados de crimes, propriamente ditos, não cogita de estabelecer nenhuma norma fundamental para o processo civil. Corresponhia ele ao § 16 do art. 72 da Constituição de 1891 (texto da Reforma de 1926), suprimidas, apenas, as palavras *desde a nota de culpa...* supressão esta que se explicava pelo fato de haver o legislador constituinte de 1934 substituído a garantia da nota de culpa pela obrigação imposta à autoridade de comunicar imediatamente ao juiz competente a prisão efetuada, que o juiz deverá relaxar, se for ilegal” (Ibid., p. 236).

procedência de sua pretensão em primeira instância, ainda assim permanecia em situação de desvantagem, pois a sentença judicial passível de recurso não operava nenhum efeito concreto. A ideologia que comandou a elaboração do Ordenamento Processual Civil teve como norte *proteger o réu*, desequilibrando a relação processual em prol deste, no que diz respeito ao fator tempo. Se essa tomada de posição se justifica no âmbito do processo criminal, uma vez que neste a maior proteção ao acusado serve para equilibrar a relação deste com Estado, que conta no exercício da persecução criminal com dois órgãos, a polícia e o Ministério Público (Cf. item 9.2.5, supra), o mesmo não se dá na órbita do processo civil, no qual as partes devem ser tratadas, na medida do razoável, com rigorosa igualdade.

Corrigindo esse erro histórico, o constituinte de 1988 alargou a garantia, acrescentando, ao lado dos *acusados em geral*, como destinatários da garantia à ampla defesa, *os litigantes no processo judicial ou administrativo*, de forma que, em relação ao processo judicial cível, a garantia da ampla defesa diz respeito tanto ao autor quanto ao réu, pois a expressão *litigantes* diz respeito a ambos²⁰⁰¹. No processo civil, portanto, a ampla defesa refere-se ao autor e ao réu, até porque o que o autor faz no processo é defender o seu direito contra a ameaça de lesão ou lesão sofrida. Em verdade, quem vai à justiça no cível não está *agindo*, mas, sim, *reagindo*, ou melhor, não está propriamente em ação, mas em reação. Tem-se, por conseguinte, que, enquanto no âmbito do processo penal o princípio da ampla defesa se restringe à pessoa do réu, no processo civil ele vai mais além, para se estender ao autor e ao réu, em igualdade de condições, até porque, de regra, o autor está em situação desfavorável, na medida em que já sofreu lesão em seu direito ou então ameaça de lesão²⁰⁰². As sucessivas reformas ao CPC de 1973 serviram para tratar o direito de defesa em seu âmbito de forma mais igualitária entre autor e réu, o que findou sendo consolidado no NCPC de 2015.

E mais: Merece atenção especial a expressão *acusados em geral*, empregada no inciso LV do art. 5º da Carta Magna em vigor. A palavra não foi utilizada no seu sentido técnico-jurídico, de modo que ela abrange o investigado e, especialmente, ao preso, seja ele definitivo ou provisório. A garantia constitucional, portanto, se aplicar à persecução penal, que alcance a fase da investigação.

De outra banda, sendo a ampla defesa no processo penal estipulada somente para os acusados em geral, isso faz supor – como de fato ocorre – ser *limitado ou regrado* o exercício do dever-poder de punir²⁰⁰³. Essa circunstância reforça a ideia que serve de lastro a este livro de que os direitos fundamentais previstos na Constituição se estabelecem, sob a ótica do sistema criminal, em limitações ao dever-poder de punir do Estado²⁰⁰⁴, sem embargo de se reconhecer que, diante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, há o dever de proteção eficiente, de modo que a persecução criminal, conquanto regrada, há de possuir instrumentos hábeis em prol da defesa da sociedade.

Por outro lado, a concepção de que o direito à ampla defesa se concentra, apenas, na pessoa do acusado, justifica o maior prestígio que devem merecer, no sistema processual penal, os instrumentos estabelecidos para o exercício do direito de defesa do acusado. Com isso se pode dizer que, enquanto no processo civil deve haver tratamento igualitário das partes quanto ao exercício da ampla defesa, no processo penal o acusado pode, e deve, em homenagem à supremacia do direito de liberdade, possuir mais oportunidades e meios de defender-se do que o autor, porquanto esse preceito constitucional, na seara criminal, está previsto apenas para o acusado e serve exatamente para equilibrar os sujeitos do processo.

Ainda dentro dessa linha de ideia, deve-se concluir que, quando no inciso LVI do art. 5º o constituinte diz que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos,

²⁰⁰¹ Nas edições deste livro anteriores ao NCPC de 2015, fazia-se a advertência quanto à necessidade de se realinhar o perfil do Código de Processo Civil, a fim de que o princípio da ampla defesa fosse visto, também, sob a perspectiva do autor. Advertia-se que o movimento reformista do Código de Processo Civil, ciente dessa realidade, vinha procurando dividir o ônus do tempo do processo entre autor e réu, por meio de instrumentos como a tutela antecipada e a efetiva execução da sentença provisória, ideias que enfim foram consolidadas com o NCPC de 2015.

²⁰⁰² O tratamento diferente se justifica diante da magnitude do direito de liberdade, que é defendido pelo réu no processo penal.

²⁰⁰³ Ao sustentar que o direito de defesa constitucionalmente assegurado no sistema espanhol se estende às partes, e não apenas ao acusado, ALEX CAROCCA partiu da constatação de que o art. 24, n. 2, da Constituição da Espanha diz, "... explicitamente, que el de defensa es un derecho que se reconoce 'a todos', lo cual incluye sin duda a todas las partes procesales, cualquier sea el juicio de que se trate" (Op. cit., p. 89-90). Esse argumento não é válido para o nosso sistema, pois, enquanto, para o campo civil, a cláusula da ampla defesa foi prevista para os litigantes, no âmbito criminal, ela teve como destinatário apenas o acusado.

²⁰⁰⁴ Cf. item 7.2.1, supra.

evidentemente que, no processo cível, a proibição alcança não só o autor, como também o réu, mas, no processo penal, porquanto se trate de uma limitação do direito de punir, a norma é direcionada unicamente à pessoa titular da ação penal. O que se quer dizer é que a Constituição permite que o acusado, no exercício da sua ampla defesa, utilize-se das provas, ainda que obtidas de forma ilícita, para a comprovação de sua inocência ou mesmo para atenuar a sua culpabilidade. Essa concepção dos direitos fundamentais dá solução, com substancial justificativa, à problemática teórica quanto à permissibilidade do uso pela defesa da prova obtida ilegalmente, não apenas com esteio no critério da ponderação ou colisão de direitos fundamentais.

Por essa ótica, como a vedação inserta na Constituição, quanto à utilização da prova obtida por meio ilícito, somente se aplica ao autor, é possível que o acusado dela se faça valer, no desiderato de comprovar a sua inocência. Assim, conquanto o juiz não esteja autorizado a proferir sentença condenatória tendo como suporte prova obtida ilicitamente, em contranota, ele pode nela se escorar quando o faça para absolver o acusado²⁰⁰⁵. Essa tese se sustenta na explicação de que a cláusula constitucional que veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos está escrita para proteger o cidadão contra o Estado, de modo que, em sua essência, o comando normativo quer dizer que a prova obtida de forma ilícita não poderá ser valorada para o fim de dar suporte à condenação, mas nada obsta que venha a subsidiar o juízo de absolvição. O que é defeso, portanto, é a sentença condenatória apoiada em prova obtida por meio ilícito, não a absolutória.

O pensamento aqui sufragado se identifica com a regra de exclusão da ilicitude da prova obtida por meios ilícitos desenvolvidos no Direito americano, identificada como teoria da prova benéfica em prol do acusado (item 9.1.6.2.5, supra) ou mesmo da proporcionalidade ou do *balancing test* (item 9.1.6.2.6, supra).

9.5.1.1 – Diferença de conteúdo entre a ampla defesa no processo criminal e no processo civil.

Não é só em relação aos destinatários que se faz sentir a diferença do princípio da ampla defesa nos ambientes do processo criminal e civil. Mais do que no processo civil, o princípio da ampla defesa, na seara criminal, pode ser visto, sob a perspectiva individual, como uma garantia que é outorgada ao acusado pelo sistema, enquanto, em outra, de sentido coletivo, uma garantia do devido processo legal. A defesa no processo penal é questão de ordem pública, pois não interessa a resolução do problema com base em uma verdade formal, mas sim que a condenação de alguém seja sem a temeridade de uma *dúvida razoável*. Não interessa para a sociedade que alguém seja punido ou considerado responsável por um fato criminoso. Quer que a medida penal se faça sentir na pessoa de quem realmente praticou a conduta delituosa, porque esta é a única forma de conferir a efetiva defesa social²⁰⁰⁶. Em verdade, o efetivo interesse do grupo social não é a condenação de *um culpado*, mas, porém, *do culpado*. Por isso mesmo, a defesa no processo criminal não é um direito exclusivo do acusado, daí por que ele não é disponível, não podendo ser renunciado. Ainda que o acusado não queira, a defesa dele será feita no processo criminal.

VITTORIO DENTI²⁰⁰⁷, atento para esse aspecto do direito de defesa, ensina que esta garantia deve ser vista, igualmente, “... como exigência de um correto desenvolvimento do processo, por um interesse público geral que transcende o interesse do imputado.” No mesmo sentido, MORENO CATENA²⁰⁰⁸ adverte que

La defensa en el proceso penal no puede ser concebida sólo como un derecho que asiste al inculpado para hacer valer por sí o con la asistencia de un abogado, sus argumentos defensivos y promover todos os resortes permitidos por la ley para intentar su absolución; trascendiendo de la simple esfera

²⁰⁰⁵ A esse respeito, cf. o item 9.1.6.2.5, supra.

²⁰⁰⁶ A expressão está aqui empregada consoante o contexto da escola da *Nova Defesa Social*, tal como ela foi idealizada na doutrina de MARC ANCEL e demais doutrinadores adeptos dessa corrente de pensamento, surgida logo após a Segunda Guerra Mundial. (Cf. itens 1.3.9 e 1.3.9.1, supra)

²⁰⁰⁷ DENTI, Vittorio. *La difesa come diritto e come garanzia*. In Il Foro Italiano, 1977. v. C, p. 55 e ss. Tradução livre: “... come esigenza di un corretto svolgimento del processo, per un interesse pubblico generale que transcende i interesse dell'imputato”.

²⁰⁰⁸ Apud PÉREZ, Alex Carocca. *Garantia constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1998. p. 22.

individual, atañe al interés general que el proceso sea decidido rectamente y, desde ese punto de vista, la defensa opera como factor de legitimidad de la pretensión punitiva y la sanción penal.

Diferentemente, no processo civil, caso o réu não queira defender-se, ele pode abrir mão da sua ampla defesa e, até mesmo, reconhecer a procedência do pedido, resolvendo, se for o caso, desde logo, cumprir a obrigação que é reclamada pelo autor. Por conseguinte, enquanto no processo civil a materialização da ampla defesa se contenta com a previsão e oferecimento de oportunidades para que o réu se defenda, no criminal, além disso, a defesa tem de ser efetiva, sob pena de nulidade do processo.

Essa assertiva não é infirmada com a possibilidade de resolução do processo de forma consensual, seja por meio da transação, da suspensão condicional do processo ou do acordo de não persecução penal, pois, tal como acentuado no item 9.1.3, em nenhum desses casos há assunção de culpa e muito menos imposição de pena, ao tempo em que, cumpridas as condições estabelecidas que possuem natureza jurídica de *medidas restritivas*, a sentença do juiz declara a extinção da punibilidade que, nos termos do art. 397, IV, é definida normativamente como *absolutória*. Sequer na colaboração premiada ocorre o reconhecimento de culpa por meio da confissão como elemento suficiente para a condenação²⁰⁰⁹.

Verifica-se, assim, que no processo civil a *defesa é uma mera faculdade* do réu, ficando ao seu talante sopesar a conveniência de seu exercício, permitindo-se-lhe, inclusive, se assim o entender, reconhecer a procedência da pretensão. No processo penal, a *defesa é obrigatória*, de modo que o acusado, sempre e sempre, sob pena de nulidade, tem de ser defendido. A ampla defesa no processo penal impõe como regra a parêmia de que “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (art. 261 do CPP), daí por que, se “o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação” (art. 263, caput, do CPP), podendo, porém, caso não seja considerado pobre nos termos da lei, ser responsabilizado pelo pagamento dos honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz (art. 263, parágrafo único, do CPP)²⁰¹⁰. A fim de evitar que o exercício da defesa conduzida por alguém que não seja da escolha e confiança do acusado não seja efetiva, o legislador teve a preocupação de deixar expresso que “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”. Explorando esse tema, CARLOS RUBIANES alerta que “*La característica fundamental de la defensa em el proceso penal es que se efectivice, aun contra la voluntad del proprio imputado de delito*”²⁰¹¹, consideração que anima o autor a dizer, com apoio em doutrina de CLARIÁ OLMEDO, que a defesa no processo penal é uma *potestad ou poder de resistência a la acción*²⁰¹².

A ampla defesa no processo criminal, portanto, é substancial, e não meramente formal. Ao acusado é dado o direito de escolher o advogado de sua confiança, mas, caso ele não o faça, o juiz deve, em atenção ao art. 263, caput, do CPP, nomear-lhe um defensor. Porém, se o acusado, tendo constituído o advogado, este expressamente renunciar ao mandato ou não demonstrar interesse em prosseguir ou não exercer com eficiência a defesa, o juiz, antes de nomear defensor, deve intimar o inculcado, dando-lhe a oportunidade de fazer a escolha de outro profissional, sob pena de nulidade. Porém, com esteio na premissa de que não há de se declarar nulidade sem que demonstrado o prejuízo, ônus inadequadamente atribuído a quem faz a alegação, que geralmente é a defesa, assim decidiu o STF, no julgamento em 26/10/2004 do RHC 84900/RS, pela sua Segunda Turma²⁰¹³:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RENÚNCIA DO MANDATO. INTIMAÇÃO. INÉRCIA. DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. EXISTÊNCIA DE OUTRO ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. I. – É regular a designação de defensor dativo quando, não obstante haver sido devidamente intimado, o acusado não procede à substituição do advogado

²⁰⁰⁹ Cf. item 9.5.2.5, infra.

²⁰¹⁰ Na justiça federal há verba orçamentária específica para pagar honorários de defensores dativos nomeados pelo juiz.

²⁰¹¹ Op. cit., v. 1, p. 86.

²⁰¹² Ibid.

²⁰¹³ Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005.

constituído, que renunciara ao mandato. II. – Ausência de cerceamento de defesa. Não demonstrado prejuízo à defesa do paciente. A lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio *pas de nullité sans grief* (CPP, arts. 563 e 566). III. – Se o réu afirma, em audiência, que está sendo defendido pelo defensor dativo, não pode arguir cerceamento de defesa por falta de intimação da renúncia de advogado constituído, em face do que dispõe o art. 565 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido”. IV. – Recurso improvido.

Abrandando ainda mais o rigor da exigência de prévia intimação do acusado para que ele faça a escolha do substituto de seu advogado constituído, no RHC 62647/DF, em julgamento da Segunda Turma ocorrido em 19/04/1985, com acórdão relatado pelo Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal asseverou que “Inexiste cerceamento de defesa se o réu não se opõe à nomeação de defensor dativo, após seu patrono constituído haver abandonado a causa. Recurso ordinário a que se nega provimento”²⁰¹⁴.

A ampla defesa criminal é tão substancial que não é apenas a sua falta que maltrata o devido processo legal nessa seara, mas, até mesmo, o seu exercício deficiente pelo profissional ao qual confiada a missão de cuidar dos interesses do acusado. O só fato de o acusado ter sido defendido por um advogado constituído ou defensor público ou dativo nomeado pelo juiz não afasta a possibilidade de reconhecer-se a nulidade processual por ofensa ao princípio da ampla defesa. Esse entendimento está plasmado na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte verbete: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu”. Com isso, se tem que, no ambiente criminal, devido ao princípio da ampla defesa ser substancial, a sua falta é vício processual que caracteriza nulidade absoluta, enquanto a sua deficiência importa em nulidade relativa, que somente deve ser reconhecida quando demonstrado nos autos que, em razão do modo como foi exercida, o acusado fíndou sendo prejudicado. Em exame da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, ANTONIO SCARANCA diz que a defesa não pode ser meramente formal, daí por que, “... se houver falha na atuação do defensor e disso resultar prejuízo para o réu o processo há de ser anulado”²⁰¹⁵.

Não basta, por conseguinte, nomear um defensor dativo para o réu que não tenha constituído advogado, sendo de mister que a defesa no processo criminal realmente seja exercida. Nessa linha de entendimento, ANTONIO SCARANCA²⁰¹⁶ reconhece que a presença de advogado constituído ou nomeado pelo juiz não é suficiente para prestar homenagem ao princípio da ampla defesa no processo criminal, pois “É preciso que se perceba, no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado.” SCARANCA faz referência a uma decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou nulo o processo criminal porque o defensor do réu não apresentou a defesa prévia, não fez nenhuma pergunta às testemunhas na audiência de instrução, nas razões finais, de forma singela, disse apenas que não havia elementos a justificar o pedido de absolvição e, para completar, não recorreu da sentença condenatória (STF, RHC-SP, 59.502-2, Primeira Turma, DJ de 11.06.1982, p. 5.678)²⁰¹⁷. A efetividade como condição para que se tenha como cumprida no processo criminal a cláusula da ampla defesa vai a ponto de levar ao entendimento de que o patrocínio dos interesses dos acusados no processo, sob pena de nulidade, não pode ser desempenhado por um mesmo advogado ou defensor dativo, quando há mais de um acusado e são colidentes os argumentos de defesa, como ocorre quando um deles, como forma de provar a sua inocência, acusa o outro.

O Supremo Tribunal Federal comanda esse entendimento na jurisprudência, valendo menção, apenas para ilustrar, a ementa do acórdão referente ao HC 69716/RS, relatado pelo Ministro ILMAR GALVÃO, em decisão unânime da Primeira Turma, datada de 25/02/2003²⁰¹⁸:

²⁰¹⁴ Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005.

²⁰¹⁵ Op. cit., p. 262. Fazendo referência a julgados do STF que identificaram nulidade em processos criminais por ofensa à cláusula da ampla defesa, mesmo quando o acusado é defendido por advogado, porém sem que ela se apresente adequadamente exercida, o mencionado autor cita os seguintes julgados: RHC 58240, RTJ 96/109; HC 57175, RTJ 92/64; HC 54531, RT 79/106; e RHC 62870, RTJ 113/1079 (Ibid.).

²⁰¹⁶ Ibid., p. 262.

²⁰¹⁷ Ibid.

²⁰¹⁸ Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 16 mar. 2005.

HABEAS CORPUS. RÉU DEFENDIDO PELO MESMO ADVOGADO QUE ATUOU NA DEFESA DO CO-RÉU, EMBORA CONFLITANTES OS INTERESSES DOS DOIS. DEFESAS COLIDENTES. Se um dos réus nega a sua participação no crime, enquanto o outro o incrimina nas declarações prestadas, não poderia ter sido a defesa de ambos promovida pelo mesmo advogado que assumiu indevidamente o patrocínio comum. Evidenciado o prejuízo para o paciente, concede-se a ordem para anular o processo a partir do interrogatório, estendendo-se ao co-réu, que também teve sua defesa prejudicada.

Em resumo, a diferença quanto ao conteúdo do princípio da ampla defesa no processo criminal, em relação ao processo civil, é que, naquele, não se garante apenas o exercício da defesa, pois se exige que ela, além de concreta ou efetiva, seja eficiente, sob pena de a sua falta ou deficiência gerar nulidade, ainda que relativa. Assim, enquanto no processo civil ampla defesa se confunde com a oportunidade dada ao réu de defender-se, no processo criminal ampla defesa é sinônimo de defesa *efetiva e eficiente*.

9.5.1.2 – Direito à autodefesa consistente no direito de ser intimado dos atos do processo, de participar das audiências e ao *jus postulandi*, como decorrência da amplitude do direito de defesa no processo criminal.

No sistema jurídico brasileiro, como regra, o advogado é essencial à administração da justiça (art. 133, primeira parte, da Constituição), querendo isso dizer que a defesa dos interesses das partes perante o Judiciário tem de ser manifestada por profissional habilitado para o exercício da advocacia. De modo mais cogente, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 7 de julho de 1994) impõe que a representação judicial das partes seja feita por meio de advogado devidamente habilitado perante a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Dessa forma, no processo criminal, a capacidade postulatória, que, no polo ativo, pertence geralmente ao Ministério Público, no polo passivo, recai na pessoa do advogado, que é quem detém o *jus postulandi* em nome do acusado.

Porém, a capacidade postulatória ou *jus postulandi*, que é o reconhecimento da legitimidade para agir e falar no processo, tem um tratamento deveras singular no processo criminal, como corolário lógico dos contornos da garantia da ampla defesa que se presta a tutelar a liberdade. Com efeito, no processo civil, a defesa do réu é feita exclusivamente pela pessoa de seu advogado, de modo que, uma vez habilitado nos autos, todos os pronunciamentos da parte, exceto em relação ao depoimento pessoal, são feitos pelo defensor, assim como as comunicações processuais são realizadas por seu intermédio, não havendo, assim, a necessidade de intimação pessoal do seu cliente para que este tome conhecimento e participe dos atos processuais. As únicas comunicações processuais no campo civil que são feitas diretamente à parte ocorrem nos casos de citação e de intimação para prestar depoimento pessoal²⁰¹⁹. No mais, as intimações da audiência, dos despachos, das decisões interlocutórias, da sentença e, enfim, de todos os atos processuais, são feitos à pessoa do advogado constituído, independentemente de o mandato de procuração conter ou não cláusula expressa com poderes para esse fim.

No processo criminal é diferente. A ampla defesa importa não apenas na necessidade de que a defesa seja *efetiva e eficiente* no sentido técnico, isto é, exercida por meio de advogado habilitado e com substância, como igualmente que o acusado seja intimado pessoalmente para participar e tomar ciência dos atos processuais, sob pena de nulidade, aceitando-se, ainda, que, em alguns casos, ele *fale* nos autos. Ou seja, na seara criminal, não basta intimar o defensor para os atos do processo, pois, nada obstante este tenha poder de representação do seu cliente, o acusado detém o direito de participar dos atos processuais e, em alguns casos, de fazer a sua autodefesa. O que se quer dizer é que o acusado, sem embargo de ser-lhe assegurado o direito à defesa técnica, em homenagem à tutela do seu *jus libertatis*, conserva consigo o direito de defender-se.

Seguindo essa orientação, ANTONIO SCARANCE²⁰²⁰ sustenta que “Quando nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o

²⁰¹⁹ Assim também se dá antes de o juiz declarar o abandono da causa.

²⁰²⁰ Op. cit., p. 258.

processo e o direito de autodefesa”. TOURINHO FILHO²⁰²¹, fazendo a análise do assunto com os olhos voltados para o Direito infraconstitucional, advertir que a expressão *autodefesa* possui dois sentidos, um para identificar a hipótese em que o acusado, sendo advogado, ele próprio faz a sua defesa técnica, o outro, como uma manifestação incoercível do instinto de liberdade, daí decorrendo para o acusado o direito de, por si mesmo, fazer a sua defesa material aliada à defesa formal ou técnica. Essa característica do processo criminal, como alertam ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCA e GOMES FILHO²⁰²², não entra em colisão com a regra esculpida no art. 133 da Constituição, pois não afasta a participação do advogado, apenas se presta a ampliar a defesa.

O direito à autodefesa, derivado da compreensão da ampla defesa no campo processual penal, é de três ordens: (1) direito de ser cientificado dos atos processuais, (2) de estar presente às audiências e, por fim, (3) de falar nos autos²⁰²³. A primeira consequência da autodefesa diz respeito ao direito de o réu participar, efetivamente, da relação processual, muito embora ele esteja representado, tecnicamente, pelo advogado constituído ou nomeado. Além do direito de ser citado²⁰²⁴, que é a forma com que lhe é dado conhecimento da existência de uma demanda judicial contra si, o acusado, ao contrário do que sucede no processo civil, detém o direito de ser intimado pessoalmente da data da realização das audiências, das decisões interlocutórias proferidas e, ainda, da sentença²⁰²⁵.

Não é suficiente a intimação ao seu advogado ou defensor dativo, posto que a intimação há de ser feita, igualmente, ao próprio acusado²⁰²⁶. A falta de intimação ao acusado da audiência, ainda que feita ao seu defensor, é causa de nulidade, se bem que relativa, o que exige, por conseguinte, a demonstração de prejuízo, ônus processual atribuído ao acusado pela jurisprudência²⁰²⁷. Todavia, conforme expendido, não se mostra adequado impor à defesa o ônus de demonstrar que o ato processual viciado acarretou prejuízo, pois, a instrumentalidade constitucional do processo penal, em que a legalidade não é mera forma, mas sobretudo garantia, o ato atípico traz em si embutida a presunção de nulidade, cabendo ao juiz, o condutor da relação processual, evidenciar que a anomalia não gerou prejuízo, assim como defendido no item 9.1.1, supra.

A necessidade de intimação do acusado para os atos do processo é a forma de assegurar-lhe a participação direta no processo criminal, não só para acompanhar o desenrolar da relação processual, dando auxílio ao seu advogado, mas também para que ele possa verificar se o seu direito de liberdade está sendo eficientemente tutelado por meio do desempenho de seu advogado ou defensor constituído. Se a ausência de intimação da data de realização das audiências leva à nulidade relativa, a irregularidade quanto à comunicação sobre as decisões interlocutórias e a sentença importam em impedir a preclusão para o ajuizamento de eventual recurso, uma vez que o prazo recursal somente começa a fluir a partir da última intimação, sendo irrelevante se a primeira foi ao acusado ou a seu advogado²⁰²⁸.

²⁰²¹ *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 474.

²⁰²² *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

²⁰²³ Na compreensão do direito de falar nos autos, está o direito ao interrogatório, denominado, no Direito português, de *direito de audiência*. Pela especificidade e relevância do assunto, esse direito, como uma das espécies de autodefesa decorrente do direito à ampla defesa, será estudado no item 9.5.2.2, infra.

²⁰²⁴ Os aspectos relativos à citação por edital e por hora certa estão tratados no item 9.5.1.4, infra.

²⁰²⁵ O Código de Processo Penal, quanto à intimação, possui uma regra geral, aplicável aos atos processuais em gênero, e duas regras específicas, destinadas à decisão de pronúncia e à sentença.

²⁰²⁶ Antes da edição da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, a redação do art. 366 do CPP era a seguinte: “O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado”. Depois da referida lei, a inteligência abstraída daquele dispositivo passou a constar do art. 367, cujo teor vazado nos seguintes termos: “O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo”. Ou seja, no processo criminal, como consequência do princípio da ampla defesa, assegura-se ao acusado o direito de presença na relação processual, garantia que somente desaparece caso ele deixe de atender a algum chamamento judicial. Nesse caso, o acusado não perde o direito de se fazer presente, apenas não haverá mais necessidade ser feita a sua intimação para os demais atos do processo (STF, RTJ 68/343, in JESUS. Damásio E. *Código de Processo Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 367).

²⁰²⁷ *Ibid.*, p. 367.

²⁰²⁸ TOURINHO FILHO cita várias decisões nesse sentido (RSTJ, 2/230; RT, 607/419, 609/439, 612/390, 622/318, 645/326, 646/382), mas ressalta que, no seu entendimento, caso o defensor seja convocado por primeiro, após a intimação do acusado, esta deve ser renovada, fazendo, em relação a essa posição, referência a decisões registradas na RT, 541/400, 596/305, 576/358, 598/324; JTACrimSP, 42/164, 44/164m 44/104, 58/199 (*Código de processo penal comentado*. v. 2. p. 279). Naturalmente que, quando a intimação da decisão interlocutória ou da sentença é feita

Nesse sentido, ao ter sob apreciação recurso em habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça²⁰²⁹, partindo do pressuposto de que o direito à intimação pessoal do acusado dos atos processuais decorre do princípio da ampla defesa, daí por que, em se tratando de sentença condenatória, a sua ausência inibe a preclusão para a interposição do recurso, assim decidiu:

INTIMAÇÃO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – NECESSIDADE DE QUE SEJA REALIZADA NA PESSOA DO RÉU, INDEPENDENTEMENTE DA EFETIVADA AO DEFENSOR CONSTITUÍDO – RECURSO DE HABEAS CORPUS – SENTENÇA – INTIMAÇÃO – RÉU DEFENSOR.

(...) A ampla defesa e o contraditório exigem que o condenado, mesmo podendo recorrer solto, seja procurado para ser intimado in faciem, independentemente da intimação do defensor por ele constituído. O réu foi intimado apenas quando da audiência admonitória, motivo pelo qual não se lhe pode negar o direito de apelar, à força de que a intimação se perfizera na pessoa do defensor e a sentença teria transitado em julgado.

Em complementação ao direito de ser intimado dos atos processuais, o acusado tem o direito de estar presente às audiências e delas participar ao lado de seu advogado. Nesse sentido, o Código de Processo Penal português, o acusado tem o direito de “Estar presente aos atos processuais que directamente lhe disserem respeito” (art. 61º, 1, a), que se traduz, conforme ensina COSTA PIMENTA²⁰³⁰, em *direito de presença*, cujo fundamento se assenta “... na ideia de que ele é o instrumento adequado para, a todo o tempo, assegurar ao arguido a possibilidade de tomar posição sobre o material probatório que contra ele possa ser feito valer e, do mesmo passo, facultar-se uma relação de imediação quanto aos meios de prova e à entidade que procede à sua recolha”.

O direito de presença (*The right to be present*) não está expresso na Constituição de 1988, mas foi objeto de reconhecimento normativo logo com a edição da Sexta Emenda à Constituição americana, na medida em que ali ficou assegurado ao acusado o direito de ser acareado com as testemunhas arroladas contra ele (“*The accused shall enjoy the right to... be confronted with the witness against him*”). O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, no art. 14.3.d, diz que “Toda pessoa acusada terá direito ... a estar presente no julgamento”. Ainda que implicitamente, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, na medida em que veicula o “direito do acusado defender-se pessoalmente” e “... de inquirir as testemunhas presentes” (art. 8.2.d e f), também garante o direito de presença.

Essa garantia é para fins de permitir que o acusado preste auxílio na sua defesa feita em audiência, muitas vezes materializada com esclarecimentos fáticos importantes ao seu advogado ou defensor constituído, diante de afirmações feitas pelo ofendido, em suas declarações, ou pelas testemunhas, nas suas oitivas. O acusado não apenas tem o direito de participar da audiência, como de sentar ao lado de seu advogado e com ele conversar. Muito embora, na maioria das vezes, essa garantia seja preservada, ainda há a prática inadequada, especialmente quando se trata de julgamento pelo tribunal do júri, de colocar o acusado sentado à frente da mesa do juiz, ladeado por dois policiais. Essa prática é condenável porque coloca o acusado em situação vexatória perante todos e sugere a sua culpabilidade para o corpo de jurados, além de afrontar, igualmente, o direito à ampla defesa que, em sua extensão, compreende, também, o direito de o acusado conversar com o seu advogado ou defensor nomeado, auxiliando-o na linha de argumentação e/ou nas perguntas que devem ser feitas em prol da defesa. Quem é advogado, especialmente com militância na área criminal, sente a necessidade de se fazer acompanhar de seu cliente na audiência, pois há explicações imprescindíveis que precisam ser dadas, em razão de algumas afirmações feitas em depoimentos da vítima e das testemunhas.

Havia uma praxe forense, notadamente nas sessões do tribunal do júri, de colocar o acusado sentado em um local isolado por agentes policiais e distante de seu advogado, não raro até mesmo algemado. Para obviar esse constrangimento e, por outro lado, evitar que essa forma de exposição do

apenas ao advogado ou defensor constituído, tendo sido interposto o recurso, resta obviada a irregularidade processual pela ausência de intimação pessoal do acusado.

²⁰²⁹ SILVA, Alberto; STOCO, Rui. Op. cit., v. 2, p. 2109.

²⁰³⁰ Op. cit., p. 204.

acusado influencie o jurado no julgamento, a Lei nº 11.689, de 2008, integrante da primeira etapa da Reforma Tópica, incluiu no art. 474 do CPP o § 3º, asseverando que “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”. No ponto, o legislador merece crítica pelo fato de o legislador, ao cuidar da feitura do §3º do art. 474 do CPP, não ter aproveitado “... a oportunidade para realçar que o direito de presença do acusado à sessão do júri serve para ele prestar auxílio na sua defesa, que compreende o direito de sentar ao lado de seu advogado e com ele conversar durante o julgamento”²⁰³¹.

De toda sorte, conquanto essa norma tenha sido editada apenas para o julgamento na sessão do tribunal do júri, logo depois, em 13 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, para estabelecer que “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Se uma interpretação sistêmica do art. 473, §3º, do Código de Processo Penal, já animava o intérprete a entender que a regra ali contida se aplicava a todo e qualquer *ato processual* em que assegurado o direito de presença do acusado, com a edição da Súmula vinculante nº 11, não se há de ter dúvida que, em audiência, o juiz deve determinar que as algemas sejam retiradas, exceto quando, conforme o enunciado em foco, houver *fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros*.

Nem se diga que não se mostra adequada essa conclusão, com o argumento de que a Súmula Vinculante em destaque foi concebida para reger as operações policiais. A penúltima parte da Súmula Vinculante 111 (“...nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere...”) é suficientemente clara quanto a sua aplicação tanto ao ato de prender, proveniente de flagrante delicto ou de ordem judicial, quanto a qualquer *ato processual*.

Ademais, ainda que fosse o caso de entender que o enunciado da súmula em foco se circunscreve ao ato de prisão, se mesmo em operações policiais, nas quais, via de regra, é necessário o emprego da força, a utilização de algemas, mesmo nessas situações, precisa ser fundamentada, o que não dizer quando se trata de seu uso durante a realização de um ato processual, no qual a presença do acusado, em razão da ampla defesa, sob pena de nulidade, é necessária.

Conquanto tenha o direito de estar presente à audiência, a ausência do acusado, apesar de regularmente intimado, não impede a realização desse ato processual, bem assim pode ser determinada a sua retirada do recinto, quando o seu mau comportamento o recomendar ou na hipótese em que a sua presença venha a inibir o depoimento da vítima ou da testemunha²⁰³². No primeiro caso, no exercício do poder de polícia dos trabalhos e, no segundo, para preservar de constrangimentos a vítima e a testemunha e ainda, em relação a esta, a imparcialidade, deve o juiz determinar a retirada do acusado da audiência ou sessão.

Quanto à retirada do acusado da sala de audiência, note-se que, na redação originária do art. 217 do CPP, essa era a providência a ser adotada, quando a vítima ou a testemunha alegava constrangimento ou receio de ser ouvida perante o acusado. Com a primeira etapa da Reforma Tópica, operada em 2008, a fim de preservar o direito à ampla defesa, a restrição do direito do acusado de estar presente à audiência só pode ocorrer quando não for possível tomar o depoimento da vítima ou testemunha por videoconferência. Portanto, conforme a nova redação do art. 217 do CPP, sendo possível, ao invés de determinar a saída do acusado do recinto, deverá ser feita a inquirição da testemunha pelo sistema de videoconferência.

No caso de audiência realizada por meio de carta precatória, o Supremo Tribunal Federal entende é prescindível a “... requisição do réu preso, sendo bastante a intimação do defensor da expedição da carta precatória...”, não havendo necessidade, sequer, da intimação do advogado

²⁰³¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica*, p. 376.

²⁰³² Embora o dispositivo só se refira à hipótese de a presença do réu, pelo seu comportamento, poder influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, por analogia, deve-se entender que idêntica medida há de ser adotada quando se tratar da vítima.

da data da inquirição da testemunha²⁰³³. Aliás, ainda que criticável, essa é a inteligência do art. 222 do CPP que, em relação à expedição de carta precatória, não prevê que a intimação deva ser formalizada para o réu cumulativamente ao defensor constituído (“art. 222 – A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes”).

Nada obstante esse entendimento do Supremo Tribunal Federal de que no caso de expedição de carta precatória, não há necessidade de intimação do acusado, sendo suficiente a de seu defensor, não se há de negar que o acusado possui o direito de estar presente na audiência realizada perante o Juízo deprecado. De qualquer sorte, de acordo com a Súmula 155 do STF, é “*Relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunhas*”, razão pela qual, além de ter de ser arguida na primeira oportunidade para falar nos autos, deve ser demonstrado o prejuízo legado à parte (art. 563)

Salientou, porém, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, no Recurso Extraordinário 602.543/RS, submetido ao regime de repercussão geral, em voto da lavra do Ministro CEZAR PELUSO²⁰³⁴, que “Não é nula a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do réu, se este, devidamente intimado da expedição, não requer o comparecimento.” Na ocasião, restaram vencidos os Ministros CELSO DE MELLO e MARCO AURÉLIO, os quais, com suporte nos precedentes firmados no HC 93.503/SP (DJE de 7.8.2009) e HC 86.634/RJ (DJE de 23.2.2007), defenderam que o direito de presença é *irrevogável e indisponível*, sendo irrelevante o fato de o acusado ter, ou não, manifestado a vontade de estar presente na audiência.

No nosso entendimento, esse direito de presença pode ser satisfeito se for assegurado ao acusado a possibilidade de acompanhar, por meio de videoconferência, a audiência, desde que observadas as regras estampadas no art. 185, § 5º, do CPP (incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)²⁰³⁵.

A terceira consequência direta do direito à ampla defesa na seara criminal é o reconhecimento de que o acusado, nada obstante tenha o direito de ter uma representação técnica no processo, exercida por advogado constituído ou defensor nomeado, ainda detém o direito de ele próprio, em muitas hipóteses, falar por si nos autos do processo. Isso ocorre não apenas no interrogatório que, como será visto mais adiante, é uma das formas de autodefesa no processo.

Antes da reforma operada em relação aos procedimentos ordinário e sumário, objeto da Lei nº 11.719, de 2008, essa capacidade postulatória do acusado se verificava já no início do processo, a partir da defesa prévia, pois o art. 395 do Código de Processo Penal, em sua redação anterior, dispunha que “O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas”. Em razão disso, se o denunciado quisesse, no seu próprio interrogatório, poderia indicar as testemunhas que tivesse a pretensão de que fossem ouvidas. Por outro lado, ele próprio podia, querendo, em substituição ao seu advogado, apresentar a defesa prévia, que se tratava de peça facultativa e, normalmente, era utilizada apenas para arrolar testemunhas e, de soslaio, afirmar, sem adiantamento da tese e dos aspectos a serem explorados na defesa, que, no final do processo, seria comprovada a inculpabilidade do incriminado.

Com a simplificação dos procedimentos ordinário e sumário, o interrogatório do acusado, corretamente, deixou de ser o primeiro ato de instrução do processo para ser o último (art. 400, caput, do CPP), ao passo que a defesa prévia foi eliminada²⁰³⁶. Com efeito, o legislador, seguindo a mesma ideia que norteou a concepção do sistema do juizado especial e tendo em conta que o direito ao silêncio, elevado à categoria de direito fundamental fez sobressair a natureza jurídica de direito de defesa do interrogatório, deixou esse importante ato do processo para ser realizado na própria audiência de instrução, após as declarações do ofendido, a inquirição das testemunhas, os esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas (art. 531 do CPP). Ademais, assegurou-se ao acusado, no final da audiência de instrução, a possibilidade de requerer, independentemente da manifestação de seu advogado, “... diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução” (art. 402 do CPP).

²⁰³³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: RHC – Processo: 81322, UF: SP, SEGUNDA TURMA, m.v. Data da decisão: 12/03/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005.

²⁰³⁴ Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 21 de jan. 2013.

²⁰³⁵ Cf. item 9.5.2.3.3, *infra*.

²⁰³⁶ Cf. item 9.5.2.2.

Em se tratando de exceção de suspeição ou impedimento de magistrado ou de membro do Ministério Público, o acusado pode, ele próprio, apresentá-la, como forma de evitar que a eventual preocupação de seu advogado em não criar possível animosidade com o juiz ou com o Ministério Público, que possa prejudicar outros clientes, finde fazendo com que esse incidente não seja manifestado no processo. O acusado, naturalmente, tem muito mais desassombro para lutar pela sua defesa, daí por que, em casos assim, não raro, muito embora a peça seja redigida pelo advogado, quem a assina é o próprio incriminado. Ademais, em proteção ao direito de defesa, o Código de Processo exige, quando a exceção de impedimento ou de suspeição é redigida pelo advogado, que ele tenha a outorga de poderes especiais para tanto. Com isso, se procura evitar que o advogado se sirva da defesa do acusado para destilar as suas mágoas pessoais com o juiz, prejudicando, por outro lado, o seu cliente (art. 98 do CPP).

Na fase recursal, o *jus postulandi* do acusado emerge com mais força, conforme se observa da leitura dos arts. 577 e 578 do Ordenamento Processual Penal. As duas normas em destaque, de forma repetitiva, escrevem que o recurso poderá ser interposto tanto pelo próprio recorrente quanto por seu representante. Sendo mais expresso ainda, o § 1º do art. 578 do Código de Processo Penal admite, até, que o acusado analfabeto faça a interposição do recurso, sendo, nesse caso, o termo assinado a rogo. ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCA e GOMES FILHO²⁰³⁷, após advertirem que a capacidade postulatória no processo criminal é confiada ao advogado, sendo a sua presença indispensável devido à defesa técnica ser irrenunciável e essencial, anotam que “... com relação especificamente aos recursos penais, deve-se observar que o art. 577 do CPP outorga ao réu legitimação concorrente e autônoma aos recursos, investindo-o igualmente de capacidade postulatória”, sendo possível, assim, que o acusado, independentemente de seu advogado, interponha o recurso. Porém, essa possibilidade somente é razoável em relação aos recursos em sentido estrito e de apelação, os quais, diferentemente das demais espécies recursais, possuem um procedimento com duas fases: a da interposição e a das razões. O que se reconhece ao acusado é o direito de interpor o recurso, pois aqui é suficiente a manifestação de vontade de impugnar a decisão ou sentença. Por isso mesmo, quando o recurso é interposto pelo acusado, o seu defensor deve ser intimado para apresentar as suas razões, pois aquele não possui qualificação técnica para fazê-las. Mesmo que no futuro venha a ser modificada a forma procedimental dessas duas modalidades recursais, de modo que, no momento da interposição, as razões também tenham de ser apresentadas, ainda assim deve permanecer a possibilidade de o acusado, no exercício da autodefesa, manifestar, independentemente de seu advogado, o interesse de recorrer.

Surgiu divergência acesa na doutrina quanto à vontade que deveria preponderar, na hipótese de haver divergência entre o acusado e o seu defensor no que se refere ao recurso. Parte da doutrina entendia que deveria prevalecer a vontade do advogado, pois ela é técnica, enquanto outros, a do acusado, visto que este é quem deve dar a última palavra sobre como deve ser conduzida a defesa. A solução mais óbvia parece ser aquela que aponta para a prevalência, sempre, da vontade manifestada no sentido do recurso, pois, em rigor, ela não trará nenhum prejuízo para o acusado, porquanto não se admite a *reformatio in pejus*. A não ser que se tenha em consideração prejuízo de ordem subjetiva, porquanto pode ser que o acusado, psicologicamente, tenha a necessidade de encerrar, de uma vez por todas, o processo e partir logo para o cumprimento da pena ou medida alternativa que lhe foi imposta. O Supremo Tribunal Federal, por meio súmula 705, editada em 2003, resolveu em parte o problema, ao deixar assentado que “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”. De qualquer forma, percebe-se que, caso a situação seja inversa, a solução será a mesma, devendo preponderar a vontade do acusado em recorrer, sendo, nesse caso, diante da divergência com o seu defensor, nomeado um que seja *ad hoc* para apresentar as razões do recurso.

Com mais ênfase ainda, está assegurado o *jus postulandi* no processo de execução penal. Sem embargo de a execução da pena privativa de liberdade comportar diversos atos administrativos, os incidentes são de ordem processual, tendo sido feliz o legislador ao ressaltar, no art. 194 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que será judicial o procedimento pertinente ao processamento dos assuntos referentes ao cumprimento da pena. Até a década de 1970, o entendimento era de que a

²⁰³⁷ Op. cit., p. 94.

execução da pena se inseria dentre as atribuições do Executivo, daí por que a regra era de que o Judiciário, ordinariamente, não deveria interferir nas questões afetas ao estabelecimento carcerário²⁰³⁸. Porém, a partir daí, especialmente depois das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, editadas pela Resolução de 19 de janeiro de 1973 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, por força do disposto no art. 56, nº 2, daquele diploma legal (“O respeito aos direitos individuais dos presos e, em particular, a legalidade da execução das penas devem ser assegurados através de um controle exercido, de conformidade com a legislação nacional, por uma autoridade judiciária ou por uma autoridade legalmente autorizada a visitar os presos, não pertencentes à administração penitenciária”), o Judiciário passou a exercer controle mais efetivo quanto ao cumprimento da pena, sendo conferida ao preso a possibilidade de exercer a ampla defesa por via dos incidentes à execução²⁰³⁹.

Para facilitar a defesa nesse procedimento, a par de restar assegurada a assistência jurídica ao interno no art. 15 da LEP (“A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constitui advogado”), a legitimidade para postular em prol do preso é reconhecida não só a quem o represente, incluindo-se aí o advogado, como a ele próprio e ao seu cônjuge, parente ou descendente. Até mesmo o Conselho Comunitário detém capacidade postulatória na execução penal, obviamente para atuar em prol do interno. Isso ocorre porque a experiência mostra que o momento mais crítico para a defesa da pessoa é justamente no processo de execução criminal, pois, nessa fase, geralmente ela perde a sua capacidade econômica para custear advogado, enquanto a defensoria pública estadual, diante da superlotação dos presídios estaduais, não tem quadro suficiente para prestar a devida atenção a todos os presos.

Se fosse negado ao preso o direito de postular a progressão de regime, o livramento condicional, o indulto, a detração penal, a remissão de pena em razão do trabalho ou do estudo ou da leitura e a autorização para a saída temporária, em muitos casos, seria o mesmo que lhe negar o acesso à justiça, daí por que se justifica a amplitude do *jus postulandi* nessa fase processual. Só os presos realmente abastados ou que, mesmo recolhidos à prisão, pertencem a organizações criminosas ou continuam na prática de crimes é que possuem assistência particular de advocacia na fase da execução penal. Parte significativa dos demais presos, não fosse o reconhecimento do *jus postulandi*, ficariam sem a possibilidade, sequer, de fazer os seus pedidos ao juiz.

Infelizmente, em muitos presídios estaduais, a única defesa efetiva que se tem no processo de execução criminal é a autodefesa, pois é raro o devido acompanhamento da execução penal por advogado constituído, público ou nomeado, restando comprometida a cláusula da ampla defesa nesse momento crítico para a pessoa, quando ela está severamente excluída da vida em sociedade. Por isso mesmo, os arts. 15 e 16 da Lei 7.210, de 1984, em materialização ao preceito da ampla defesa na execução penal, asseguram a assistência jurídica aos presos e internados sem recursos financeiros. Cabe agregar que o art. 15 da LEP está na sua redação originária da LEP, daí por que, “... diante do que dispõe o art. 5º, LXIII, parte final, da Constituição de 1988, tem-se que essa garantia se estende ao preso que possui condições financeiras”²⁰⁴⁰.

De qualquer forma, para o efetivo cumprimento do mandamento constitucional, impõe-se que haja o acompanhamento da execução da pena do condenado por um advogado constituído, defensor público ou nomeado, sendo-lhe comunicados todos os incidentes ocorridos durante o cumprimento da pena, a fim de que seja feita a defesa técnica, independentemente da autodefesa exercitada pelo preso.

Por isso mesmo, com a pretensão de sanar vício contido na redação originária da Lei 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal), o legislador, por meio da Lei nº 12.313, de 2010, incluiu a Defensoria Pública dentre os órgãos da execução penal. E mais, estabeleceu como atribuição da defensoria pública, quando houver preso sem advogado constituído, velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, mediante a intervenção no processo executivo e incidentes de execução, exercendo a defesa individual ou coletiva (art. 81-A)²⁰⁴¹.

²⁰³⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução no sistema penitenciário federal*, p. 45-54.

²⁰³⁹ Ainda sobre a jurisdicionalização da execução penal no Brasil, cf. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio. Fabris Editor, 1988; GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

²⁰⁴⁰ SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 184.

²⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 71-73.

Nos presídios federais, a atuação da Defensoria Pública da União tem sido elogiável. Porém, o mesmo não se pode dizer quanto ao cumprimento de pena no ambiente estadual. Entretanto, conforme relatórios elaborados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do e do Sistema de Execução de Medidas Socieducativas do Conselho Nacional de Justiça – DMF/CNJ, em regra, no sistema estadual, os encarcerados não recebem assistência técnica adequada para a defesa de seus interesses na execução da pena e, quando fazem o pedido sem advogado, o assunto é apreciado sem que seja nomeado um profissional para dar o devido auxílio. Ademais, na maioria dos casos de aplicação de sanção por falta disciplinar, não é instaurado procedimento para apurar e aplicar as sanções previstas na legislação e, mesmo quando isso é cumprido, não se presta homenagem ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que não se nomeia defensor para o apenado.

Como se vê, a repercussão do princípio da ampla defesa na execução penal importa em ter presente que, no cumprimento da pena, o interno tem de ser acompanhado por um defensor, devendo-se aplicar, nessa fase processual, mediante o exercício de interpretação sistêmica, o postulado do art. 261 do Código de Processo Penal, segundo o qual nenhuma *pessoa* deverá ser *processada sem defensor*. Aliás, a esse respeito, há necessidade de que seja dada a devida atenção ao que preceitua o art. 5º, LXIII, parte final, da Constituição (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”), pois ali se assegura, especificamente, ao preso o direito à assistência de advogado, independentemente de ele ter, ou não, condições financeiras para constituir um defensor.

Esse dispositivo, analisado em conjunto com a garantia de que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV, da Constituição), autoriza a interpretação de que o constituinte, consciente da realidade brasileira, teve uma preocupação especial quanto à situação de quem está encarcerado, a ponto de deixar expresso que o preso deve ter assegurada a assistência de advogado²⁰⁴². No particular, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a Súmula Vinculante 5 (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”) não é aplicável aos procedimentos administrativos instaurados com o fito de apurar falta grave em estabelecimentos carcerários²⁰⁴³, não sendo suficiente, a fim de sanar o vício, a presença de assistente jurídico da penitenciária²⁰⁴⁴.

Voltando ao *jus postulandi*, também em algumas ações autônomas, o próprio acusado detém o direito de exercício da capacidade postulatória. O habeas corpus é o maior exemplo de que a capacidade postulatória no processo criminal é assegurada como forma de conferir o mais amplo acesso ao Judiciário na defesa do direito de liberdade²⁰⁴⁵. Dada a finalidade do habeas corpus, que é

²⁰⁴² Cf. item 9.6.5.2.2.1, *infra*.

²⁰⁴³ Rcl 9.340 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 2ª T, j. 26-8-2014, *DJE* 172 de 5-9-2014; RE 398.269, voto do Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª T, j. 15-12-2009, *DJE* 35 de 26-2-2010; Rcl 8.830 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª T, j. 23-2-2016, *DJE* 46 de 11-3-2016 (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>; Acesso em: 28 jan. 2020).

²⁰⁴⁴ AI 805.454, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, dec. monocrática, j. 1º-8-2011, *DJE* 148 de 3-8-2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>. Acesso em: 28 jan. 2020.

²⁰⁴⁵ Na doutrina, reina controvérsia quanto à origem efetiva do habeas corpus, pois há quem defenda que o seu aparecimento se deu no Direito Romano, por meio do instituto *interdictum de libero homine exhibendo*. De todo modo, com os contornos com os quais o habeas corpus ficou concebido em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, identifica-se o seu surgimento na Magna Carta inglesa de 19 de junho de 1215. No Brasil, na Carta Imperial de 1824, o habeas corpus estava apenas implícito, tendo o Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, cuidado de escrevê-lo expressamente em nosso sistema. Daí em diante, o instituto passou a constar, de forma expressa, das demais Constituições, incluído dentre as declarações de direitos. O Código de Processo Penal em vigor, atecnicamente, trata do habeas corpus como se fosse espécie de recurso, quando, em verdade, a sua natureza jurídica é de ação. Não é, porém, uma ação penal propriamente dita, pois ela pode ser ajuizada em questões cíveis, nos casos de aplicação de prisão civil, nas hipóteses de inadimplência de pensão alimentícia e de depositário infiel (art. 5º, LXVII). É o direito-garantia assegurado aos indivíduos para escolher, ainda que apenas sob a forma de ameaça, violência ou coação da liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, seja praticado por um agente público, seja por um particular. Trata-se, portanto, de uma ação constitucional. A obra clássica na doutrina brasileira sobre o habeas corpus é o livro *História e prática do habeas-corpus*, de autoria de PONTES DE MIRANDA.

¹⁹²⁶ Não só qualquer do povo pode ajuizar, em nome de outrem, o habeas corpus, como também o Ministério Público pedir e até mesmo o juiz ou tribunal podem deferi-lo de ofício, nessa última hipótese. O art. 654, caput, diz que “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério

uma *ação constitucional* inserida dentre os direitos fundamentais como o instrumento mais contundente disponível para obviar ilegalidades contra o direito de ir e vir, o legislador infraconstitucional, seguindo a tradição histórica desse instituto, quanto à legitimidade para o seu ajuizamento, seguiu a orientação do *princípio democrático*, de modo que não apenas a própria pessoa que está cerceada de seu direito de liberdade, como qualquer do povo, independentemente de ser parente ou não daquele, detém capacidade postulatória para impetrá-lo, sem que haja necessidade de que a petição seja assinada por um advogado²⁰⁴⁶. A ideia é democratizar o máximo possível a defesa do direito de liberdade perante o Judiciário, pois a exigência da intervenção de um advogado poderia obstar o instinto natural de proteção à liberdade, não só pela dificuldade em se encontrar rapidamente um profissional em horários inconvenientes, mas também pela falta mesmo de recursos financeiros para a justa remuneração dos serviços advocatícios solicitados ou em razão da deficiência da assistência jurídica pública²⁰⁴⁷. O que se quer é que seja possível, pelas mais diversas formas, levar ao conhecimento do Judiciário qualquer reivindicação no sentido de que seja sustada ilegalidade ou abuso ao direito de liberdade.

Por fim, quanto à revisão criminal, igualmente de forma expressa, o legislador dispõe que ela poderá ser invocada pelo *próprio réu ou por procurador legalmente habilitado*, permitindo, ainda, no caso de falecimento, que a ação seja ajuizada pelo *cônjuge, ascendente, descendente ou irmão* (art. 623 do CPP)²⁰⁴⁸. Aqui se tem como consideração que a pessoa condenada, especialmente quando está cumprindo pena, tem dificuldade financeira de custear advogado, daí por que lhe é assegurada a possibilidade de fazer a sua própria defesa. Nesses casos, como a ação revisional é complexa, pois possui fundamentação vinculada (art. 621 do CPP), é de imperiosa necessidade que, a par da própria defesa feita pelo condenado ou por um parente, ocorra a nomeação de um defensor para que a assistência jurídica seja adequada²⁰⁴⁹.

9.5.1.3 – Distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa.

No inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição, manteve-se a instituição do tribunal do júri dentre os direitos fundamentais, afirmando-se que a sua organização deverá ser desenhada na lei infraconstitucional, devendo observar-se, dentre outros princípios, o da plenitude de defesa. A questão a saber é se o constituinte reforçou o princípio da ampla defesa ou se ele quis dizer que, no tribunal do júri, diante da peculiaridade de o julgamento ser dado por um corpo formado por pessoas leigas, impõe-se a adoção de regras que conferem mais garantias ao acusado no processo.

Público”, dispoendo o seu § 2º que “Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

²⁰⁴⁶ Não só qualquer do povo pode ajuizar habeas corpus em nome de outrem, como também o Ministério Público e, até mesmo, o juiz ou tribunal podem deferir-lo de ofício, nessa última hipótese, como decorrência do poder geral de cautela do Judiciário. O art. 654, caput, diz que “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”, dispoendo o seu § 2º que “Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

²⁰⁴⁷ O sentido democrático do habeas corpus é tão intenso que há notícia de sua interposição por meio de exposição feita em papel de cigarro, arremessado à rua por entre as grades da cela de uma cadeia, recolhido por um transeunte e apresentado ao Judiciário. DAMÁSIO DE JESUS, fazendo remissão à jurisprudência – STF, RT 577/473; TJSP, RT 620/297 e 298 e RT 667/286 –, diz que se admite a interposição por telex, telegrama ou radiograma, exigindo-se, porém, a autenticação da assinatura no original levado à agência, o que deve ser mencionado no texto, mas acentua que, decisões recentes, têm sinalizado no sentido de retirar essa condicionante – STF, RT 637/343; STJ, HC 521, 6ª Turma, DJU 22.04.91, p. 4797 (Op. cit., p. 502). O autor faz referência, ainda, à interposição por telefone (Ibid.). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte deu figura de juízo à interposição do habeas corpus por meio do telefone, instituindo o *tele habeas corpus*. Ademais, como o juiz pode deferir-lo de ofício, não há vinculação da decisão com os motivos determinantes do pedido de liberdade, sendo possível que a concessão se dê sob outro enfoque.

²⁰⁴⁸ Da mesma forma como procedeu em relação ao habeas corpus, a ação revisional, que está para o processo penal assim como a rescisória está para o processo civil, foi colocada atenciosamente pelo legislador no rol das modalidades de recurso. Em verdade, a revisão criminal se trata de ação penal, de competência originária de tribunal, que tem como escopo corrigir, em prol do réu, sentença condenatória transitada em julgado, modificando-a ou anulando-a. É ação autônoma de impugnação de sentença condenatória transitada em julgado.

²⁰⁴⁹ As hipóteses de admissibilidade da revisão criminal são: a) quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; b) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; c) quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Há uma corrente da doutrina que entende que a plenitude de defesa apenas corrobora a cláusula da ampla defesa. Outra defende que a plenitude de defesa é algo mais do que a ampla defesa, é um *plus* em relação a esta, ou seja, entende-se que o primado do direito de defesa estampado pelo constituinte para o tribunal do júri não é apenas a repetição do princípio da ampla defesa plasmado no inciso LV do art. 5º da Lei Fundamental. Com isso se quer dizer que, com relação aos processos da competência do tribunal popular, são asseguradas maiores garantias ao acusado no pertinente à participação no processo, reveladas quando se exigia a intimação pessoal da decisão de pronúncia e era vedada a realização da sessão do júri à revelia, em relação aos crimes inafiançáveis.

A impressão que se tem é que a razão está com a segunda corrente, pois não seria razoável reforçar o princípio da ampla defesa, ainda mais utilizando outra expressão, o que é de todo desaconselhável pela técnica legislativa. Se realmente o constituinte tivesse em mente a intenção de reafirmar a aplicação do princípio da ampla defesa nos processos afetos ao tribunal do júri, o que, repita-se, era totalmente desnecessário, ele teria utilizado a mesma terminologia. Ora, se a repetição em si do princípio quanto ao processo da competência do tribunal do júri não se fazia necessário – ninguém poderia defender a tese de que a ampla defesa não seria aplicável aos julgamentos pelo tribunal do júri –, deve-se entender que o constituinte quis dizer algo mais quando deu a garantia de defesa no inciso XXXVIII do art. 5º da Carta Magna, máxime pelo fato de ele ter se utilizado de outra expressão, qual seja, a plenitude de defesa.

Observe-se que tal como estava disciplinado no Código de Processo Penal, a ampla defesa, em relação ao processo da competência do tribunal do júri, mostrava-se mais efetiva, no que diz respeito à participação do acusado na relação processual. Isso era sentido, especialmente na segunda fase do procedimento, que corresponde à fase do julgamento propriamente dito, momento em que o processo é remetido para o tribunal do júri, mas tinha início ainda na primeira fase, diante da exigência de que o acusado, nos crimes inafiançáveis, fosse intimado pessoalmente da decisão de pronúncia (arts. 413, caput, e 414 do CPP). O processo, conforme condição que estava expressa no art. 413, caput, do Código de Processo Penal, “... não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia”. Dessa forma, caso o acusado estivesse foragido ou não tivesse sido encontrado para a intimação da decisão de pronúncia, o processo ficava suspenso em relação a ele, sem que se suspendesse, igualmente, o curso do prazo prescricional, pois não havia previsão nesse sentido, situação que ensejava muita crítica na doutrina e pelas pessoas que têm interesse no julgamento²⁰⁵⁰.

Pejorativamente, essa norma era denominada *usina de prescrição*. O escopo dessa previsão legislativa era evitar que a pessoa fosse julgada à revelia pelo tribunal do júri que, pelo fato de ser formado por pessoas leigas, fatalmente seria bastante influenciado devido à circunstância de o acusado não estar presente na sessão de julgamento. Ainda que esse argumento fosse aceitável, a previsão contida no dispositivo em foco se mostrava despropositada, porquanto ainda se estava na fase processual da intimação da decisão de pronúncia, quando ainda não tinha sido iniciada, sequer, a segunda etapa do processo, que comportava a fase postulatória e a da instrução e julgamento.

Atendendo aos reclamos da doutrina e de parte da sociedade, o Parlamento aprovou a Lei nº 11.689, de 9 de julho de 2008, a qual alterou os dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao tribunal do júri. Em consonância com as novas regras, o acusado solto, que não for encontrado para fins de intimação pessoal, será intimado por meio de edital (art. 420, parágrafo único, do CPP). Com isso, evita-se que os processos fiquem paralisados, dando a impressão de impunidade, o que merece aplauso²⁰⁵¹.

Ainda como decorrência da plenitude de defesa, havia previsão, no Código de Processo Penal, no sentido de que uma cópia do libelo fosse entregue pessoalmente ao acusado, independentemente da que deveria ser encaminhada ao seu advogado, sob pena de nulidade do processo, tal como estava

²⁰⁵⁰ Essa previsão do CPP era muito criticada, pois transmitia a sensação de impunidade perante a sociedade. A família da vítima não se conformava pelo fato de o acusado, em razão de estar foragido, não ser julgado pelo tribunal do júri. Era comum os familiares procurarem o juiz para saber a razão pela qual o processo estava paralisado e, diante da explicação que lhes era dada, demonstravam toda a sua indignação pela forma como o assunto era tratado normativamente.

²⁰⁵¹ Não parece que a modificação arranhe a substância da garantia da *plenitude de* defesa, pois apenas corrigiu um excesso praticado pelo legislador infraconstitucional.

previsto no art. 564, II, f, do CPP²⁰⁵². Também essa norma era alvo de severas críticas, uma vez que acarretava, quando o acusado estava foragido, a paralisação do processo, sem prejuízo do curso do prazo prescricional. Atento a essa censura, na reforma do procedimento do tribunal do júri, o legislador teve a preocupação em obviar tal problema, suprimindo essa peça do procedimento, o que foi possível em razão da simplificação dos quesitos a serem formulados ao Conselho de Sentença, uma vez que nos termos da Lei nº 11.689, de 2008, o questionário levado à votação deve se restringir a perguntas sobre a materialidade do fato, à autoria ou à participação, se o acusado deve ser absolvido, se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa e se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia²⁰⁵³.

Por fim, como regra específica prevista para o tribunal do júri, no escopo de concretizar o princípio da plenitude de defesa, exigia-se, quando a hipótese se tratasse de crime inafiançável, a presença do acusado na sessão de julgamento, sob pena de adiamento (art. 451, § 1º, do CPP). Não se admitia, com isso, o julgamento à revelia, como forma de assegurar ao acusado o direito de ser inquirido pelo juiz na sessão do júri, oportunidade em que os jurados também podiam fazer-lhe perguntas. Nesse caso, a presença do acusado era necessária como forma de permitir que ele se defendesse e se fizesse conhecer por quem vai julgá-lo. A preocupação em não se admitir o julgamento à revelia se justificava, pois o conselho de sentença, composto de pessoas que não possuem formação jurídica, diante da ausência do acusado, tem a inclinação de condenar, diante do adágio praticado pelo comum do povo de que *quem não deve não teme* e que *quem foge tem culpa no cartório*. Essa previsão normativa, igualmente, vinha merecendo discussão nos meios acadêmicos, pois isso ocasionava, quando o acusado estava foragido, a paralisação do processo, sem que o mesmo ocorresse em relação ao prazo prescricional.

Para contornar essa *vexata quaestio*, a Lei nº 11.689, de 2008, também se ocupou desse assunto, ao dispor que o interrogatório do acusado somente será realizado se ele estiver presente em plenário, devendo-se, pois, em caso contrário, dar continuidade ao processo, sendo passada a palavra ao Ministério Público, para a sua sustentação oral (*caput* do art. 474 do CPP). Possibilita-se, por conseguinte, o julgamento de crimes dolosos contra a vida, ainda que inafiançáveis, à revelia do acusado, o que era vedado pela sistemática anterior. O art. 474, *caput*, nessa parte, guarda coerência com o escopo de dissipar o sentimento de impunidade, ante a impossibilidade de realizar-se o julgamento de crimes da competência do tribunal do júri sem que o acusado fosse intimado pessoalmente da pronúncia, ou, então, não estivesse presente à sessão de julgamento.

Como se vê, ainda que se entenda que o princípio da *plenitude de defesa* é um plus em relação à ampla defesa, cuja justificativa radica nas peculiaridades próprias dos julgamentos tomados pelo tribunal do júri, não se enxerga vício constitucional com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.689, de 2008, tendentes a conter a elasticidade dessa cláusula constitucional dentro de níveis mais do que razoáveis.

Até porque outros preceitos legais que se prestam, efetivamente, para realçar o princípio da plenitude da defesa no âmbito dos processos submetidos a julgamento pelo tribunal do júri foram preservados. O primeiro aspecto a ser levado em consideração é de que o tribunal do júri se trata de hipótese em que o julgamento é feito por um corpo de jurados, pessoas leigas, as quais podem absolver com suporte em juízo de equidade, ou seja, conforme o seu *sentimento de justiça*. Com efeito, nos termos do art. 472, *caput*, o juiz exorta os jurados no sentido de que julguem de acordo com a *consciência e os ditames da justiça*. Por conseguinte, quando se trata de julgamento pelo júri, o acusado pode vir a ser absolvido por um juízo feito com suporte na *justiça do caso dado*, o que não ocorreria caso submetido ao crivo do juiz togado.

²⁰⁵² O libelo era peça jurídica de rigor formal, em que o representante do Ministério Público, de forma objetiva e articulada, guardando fidelidade com a decisão de pronúncia, dava início à segunda fase do processo da competência do tribunal do júri. O libelo servia, ainda, de bússola para a elaboração pelo juiz-presidente dos quesitos a serem submetidos ao Conselho de Sentença, cujas respostas consistem no julgamento do caso.

²⁰⁵³ Como o libelo e a contrariedade eram as oportunidades próprias para que as partes arrolassem testemunhas, juntassem documentos e requeressem diligências, com as supressões dessas duas peças, o art. 422 do CPP passou a ter a seguinte redação: “Ao receber os autos, o presidente do tribunal do júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência”.

Merecem destaque ainda 4 (três) dispositivos. Em primeiro plano, o art. 497, inciso V, do Código de Processo Penal, que *permite/determina* ao juiz dissolver o conselho de sentença, relativizando a soberania, quando verificar que a defesa do réu não está sendo feita de forma eficiente. Em segundo, mas não tão importante, o art. 413, §1º, que veda o excesso de linguagem na fundamentação da pronúncia, acompanhado da posição dos tribunais superiores em anular essa decisão, em razão da influência na consciência dos jurados que pode ser gerada pelas palavras nela constantes, o que compromete a plenitude da defesa²⁰⁵⁴. Em terceiro, a possibilidade de na tréplica se inovar na tese de defesa, sem que ao Ministério Pública seja dada a oportunidade de contra-argumentar (art. 476, § 4º, do CPP). Em quarto e último plano, independentemente da tese de defesa, dentre as perguntas do questionário submetido ao conselho de sentença no julgamento, o juiz há de fazer a seguinte pergunta: “O jurado absolve o acusado?” (art. 483, § 3º, do CPP).

Ademais, as modificações encetadas com a Reforma Tópica de 2008 se mostram consentâneas com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que importa no dever do Estado em prever mecanismos eficientes para a persecução penal em prol da devida responsabilização pela ofensa a esses bens jurídicos caros à sociedade.

9.5.1.4 – As peculiaridades do direito à ampla defesa no processo criminal e sua repercussão nos efeitos da revelia.

Consequência direta da diferença do conteúdo da ampla defesa entre os processos criminal e civil se manifesta no instituto da revelia. No processo civil, a *contumácia*, além de importar a perda de oportunidade do exercício do direito de defesa, implica a presunção *juris tantum* da veracidade dos fatos alegados na petição inicial. No processo criminal, todavia, a revelia, de ordinário, somente pode ter duas consequências de menor importância para o acusado: (1) tornar dispensável a intimação pessoal do incriminado para participar dos atos processuais; (2) ocasionar a suspensão do processo.

Ainda assim, essas consequências da revelia no campo do processo penal dependem, fundamentalmente, da forma como for feita a citação. Caso esta tenha sido feita pessoalmente ou, ainda que feita por edital, tenha o acusado comparecido a juízo para tomar conhecimento da demanda existente contra ele ou tenha constituído advogado para o fim de defendê-lo, a revelia tem como efeito apenas tornar desnecessárias as intimações para as audiências e as comunicações das decisões interlocutórias, persistindo, porém, a necessidade de que seja intimado da sentença, mesmo por edital²⁰⁵⁵, regra que, com a edição da Lei 11.689, de 2008, é igualmente aplicável à decisão de pronúncia²⁰⁵⁶. De outra banda, ocorrida a revelia no início do processo, sem a consequente suspensão do seu andamento, o juiz deve, caso o denunciado não tenha constituído advogado, nomear defensor dativo para desempenhar a função.

Os efeitos da revelia no processo criminal, por conseguinte, nesses casos, não têm a propriedade de tornar incontroversos os fatos alegados à exordial nem muito menos de fazer com que preclua a oportunidade de defesa, como se verifica no processo civil. Isso porque, sendo a ampla defesa no processo criminal marcada pelas características da *efetividade e eficiência*, a circunstância de o acusado não ser encontrado ou não atender o chamamento judicial para participar da relação processual não resulta em perda ou renúncia do direito de ser defendido.

Por outro lado, se o acusado for citado por edital, não tendo ele comparecido ao interrogatório nem constituído advogado, a revelia, nesse caso, acarreta a suspensão do processo, tal como preconiza o art. 366, caput, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1986. Essa inovação legislativa teve como escopo adequar a legislação brasileira ao *movimento garantista* assinalado no Direito Comparado, diante da concepção de que o direito à ampla defesa no processo criminal alcança a garantia de que o acusado efetivamente saiba que há uma

²⁰⁵⁴ STF, RHC 103.078; STJ, HC 86.898, 110.175, 142.803 e 152.597.

²⁰⁵⁵ O art. 392, incisos IV, V, VI, do CPP, ao tratar de regras específicas para a intimação da sentença, dispõe sobre as hipóteses em que, não sendo encontrado o acusado, esse tipo de comunicação processual há de ser feito mediante edital. Embora não haja expressamente nenhuma referência no artigo citado, a interpretação mais razoável é de que, mesmo em se tratando de revelia constatada no início do processo, conquanto dispensadas as demais comunicações processuais, no caso da sentença, que se trata de ato processual dos mais relevantes, especialmente na hipótese de condenação, a intimação há de ser feita ao acusado, mesmo que por edital. Nesse sentido, cf. OLIVEIRA. Op. cit., p. 581.

²⁰⁵⁶ Ver item 9.4.1.3, supra.

demanda contra ele e, assim, possa, querendo, participar ativamente da demanda processual, no sentido de ser ouvido e de fazer e auxiliar a sua defesa.

Como a citação editalícia se constitui uma mera ficção legal de que a pessoa tomou conhecimento de que há um processo instaurado contra ela, em homenagem ao conteúdo da ampla defesa no processo criminal, que abrange, conforme já salientado, o direito à autodefesa, consistente nos direitos de o acusado ser intimado dos atos do processo, de participar das audiências e de exercer o *jus postulandi*, tem-se que a revelia, quando o chamamento para o processo é feito dessa forma, deve trazer como consequência a suspensão processual²⁰⁵⁷. Com isso se quer evitar que uma pessoa seja processada e condenada, sem que se tenha certeza de que ela, realmente, sabia da existência do processo²⁰⁵⁸. Por isso mesmo, coerentemente, o legislador considerou que, mesmo citado por edital, quando o acusado constitui advogado, a falta de comparecimento ao interrogatório não tem o condão de suspender o processo, porquanto, nessa hipótese, resta inequívoco, por razões óbvias, que ele sabe que há uma imputação criminosa contra si.

O que se quer é ter a certeza de que o acusado sabe da existência do processo, e não apenas determinar a sua suspensão como consequência direta da revelia. Esta, por si só, não é causa da suspensão, mas apenas quando ela decorre de uma citação por edital e não há prova robusta de que o acusado tomou conhecimento do processo. Assim, se de outra forma houver comprovação de que o acusado tem ciência da demanda e de seus termos, mesmo que o processo tenha sido suspenso, deve o juiz retomar o seu curso. Pode ocorrer, por exemplo, a situação em que o acusado, cuja revelia tenha determinado a suspensão do processo, compareça em juízo, no desiderato de saber sobre o andamento da demanda. Em situação como essa, não parece razoável que o processo continue suspenso, sob a impressão de que ele é insciente quanto à imputação que lhe é feita. Pode-se sustentar não ser bastante ter a comprovação de que o incriminado, antes de fugir ou mesmo quando já foragido, foi comunicado informalmente por alguém a respeito da imputação criminosa que lhe é feita, mas sim a prova de que ele conhece os termos da denúncia oferecida contra si. Essa posição, que à primeira vista parece ser sobremaneira razoável, não se mostra a mais adequada. Ora, se o acusado, a despeito de ciente de que há uma demanda contra ele, prefere se esconder e não se apresentar para acompanhar o processo, certamente que esse comportamento diz respeito a algo que é do seu interesse, mas isso não pode, de outra banda, prejudicar o trâmite do processo, com a sua paralisação, devido à suspensão.

Seja como for, esse dispositivo tem suscitado muitas críticas. As mais contundentes se dirigem, primacialmente, ao fato de a paralisação do processo acarretar, tal qual acontecia na hipótese da revelia para a intimação da decisão de pronúncia e para o julgamento no plenário do tribunal do júri – o que foi resolvido com a Reforma Tópica de 2008 –, uma sensação muito forte de impunidade, o que só contribui para arrastar, ainda mais, a imagem do Judiciário perante a sociedade, que não compreende e, ademais não aceita, a solução alvitada pela legislação brasileira. Por outro lado, a paralisação do processo criminal é maléfica sobre os mais variados aspectos, notadamente no que diz respeito à aplicação da sanção ou medida criminal que, quanto mais tardia, mais ineficiente e menos necessária se mostra. A suspensão do processo traz grave prejuízo para a instrução, pois ele sempre é calcado em fatos sobre os quais são imprescindíveis os depoimentos da vítima e das testemunhas, elementos probatórios cuja credibilidade tem muito a ver com o espaço temporal existente entre a data da ocorrência do fato criminoso e aquela em que se dá a audiência judicial. Isso porque a psicologia judiciária comprova que, naturalmente, com o passar do tempo, a memória sobre os fatos passa por processo de glosa, de modo que detalhes, por vezes deveras importantes, são esquecidos, permanecendo vivas apenas as partes nucleares do acontecimento²⁰⁵⁹.

Como se isso não bastasse, a responsabilidade pela demora do processo recai única e exclusivamente sobre o Judiciário, de modo que ele sempre será criticado em virtude de um fato criminoso ocorrido já há algum tempo não ter sido julgado ou somente ter sido julgado depois de vários anos. Se, por um lado, o fato de dizer-se que fica suspensa a prescrição do crime faz com que o acusado tenha a consciência de que não adianta ficar foragido porque, no dia em que ele for

²⁰⁵⁷ Cf. item 9.5.1.2.

²⁰⁵⁸ Ao contrário do que se sustentou na primeira edição do livro, em melhor meditação sobre o tema, não se mostra razoável exigir, para que ocorra a suspensão do processo, que o acusado não tenha efetivo conhecimento dos termos da ação penal.

²⁰⁵⁹ A testemunha, quando depõe sobre fatos ocorridos há bastante tempo, de regra, mostra insegurança e, quando assim não é, não presta um depoimento rico em detalhes.

encontrado, será processado e julgado, por outro, não resolve o desgaste sofrido pelo Judiciário perante a sociedade²⁰⁶⁰. A família da vítima e as pessoas que se sentem mais atingidas com o fato criminoso querem, até para uma satisfação psicológica, o encerramento do processo, com o respectivo julgamento.

Outro efeito extremamente negativo da suspensão do processo devido à revelia é porque, na medida em que isso implica igualmente na suspensão da fluência do prazo prescricional, por linhas transversas, ter o condão de tornar o crime imprescritível, problema contornado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 600851 (tema 438), sob o regime de repercussão geral, em sessão virtual encerrada em 4/12/2020, ao fixar a tese de que “Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso”.

A suspensão processual é assunto que deve ser tratado tendo em consideração não só o preceito da ampla defesa, mas igualmente o *amplo acesso à justiça* pelos interessados na responsabilização criminal de quem praticou a conduta ilícita, isto é, levando em consideração, igualmente, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Impor a paralisação do processo devido à revelia importa, em outra ponta, na negativa do acesso à justiça, que compreende, como se sabe, o direito a um pronunciamento judicial em tempo razoável e eficiente. A paralisação do processo como consequência da revelia, além de comprometer a celeridade e a efetividade da justiça criminal, nega o acesso em si à justiça, pois, conquanto não iniba o ajuizamento da ação, não permite que o processo instaurado tenha andamento. Para obviar esse aspecto extremamente negativo quando se trata de crimes de lavagem de dinheiro, cuja repressão efetiva se justifica como política criminal indispensável para o combate à macrocriminalidade, o art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, restringe a aplicação do disposto no art. 366 do CPP, ao dizer que a regra prevista neste, em relação aos crimes tipificados naquele diploma legal, não deve ser observada²⁰⁶¹.

Dentro da realidade brasileira, país de dimensões continentais, o melhor mesmo é que a regra da suspensão do processo pela revelia, nos casos em que o acusado é citado por edital, fosse retirada de nosso sistema, ainda que a justificativa para a adoção dessa regra encontre amparo no Direito Comparado e em uma visão mais alargada do princípio da ampla defesa. É de acreditar-se que seria suficiente o legislador infraconstitucional, em homenagem à ampla defesa, cuidar de editar normas específicas para cercar o julgamento de processos com acusado revel. Poderia ser previsto, por exemplo, o duplo grau necessário de jurisdição, prazos mais elásticos, a inquirição de pessoas da família para um melhor conhecimento das qualidades pessoais do acusado etc. Certamente, uma solução alternativa será consentânea para conciliar o direito à ampla defesa com a necessidade de que os processos sejam julgados em variável de tempo razoável, o que, aliás, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi alçado à categoria de direito fundamental.

A Lei nº 11.719, de 2008, em consonância com o pensamento aqui defendido, em boa hora, introduziu no Código de Processo Penal o instituto da citação por hora certa, nas hipóteses em que o acusado se oculta para não ser citado. Essa previsão diminui a aplicação do caput do art. 366, pois, agora, quando não for caso de acusado foragido, mas que apenas se esconde para não ser citado, ao invés da expedição de edital, o juiz deverá determinar a citação por hora certa, preservando, assim, o andamento do processo, mesmo se ocorrer a revelia. A citação por hora certa não se atrita com o princípio da ampla defesa, muito embora não se negue que tal qual a por edital, trata-se de hipótese de citação ficta. Mas a primeira difere, substancialmente, da segunda. Na primeira, sabe-se que o acusado ainda reside em um determinado local, mas, de toda sorte, usa artifício para não ser encontrado pelo oficial de justiça. Este, com a fé de ofício da qual é portador, ao empreender a diligência, certifica essa ocorrência e, diante disso, procede à citação por hora certa. A presunção de veracidade da certificação do oficial de justiça, que deve ser feita no

²⁰⁶⁰ TOURINHO FILHO faz coro aos críticos quanto ao conteúdo do caput do art. 366 do CPP, destacando a circunstância de a suspensão do processo, com consequente suspensão também da prescrição do crime, conduzir à imprescritibilidade do ilícito, “... num indistigável atentado ao seu direito de liberdade, e, ao mesmo tempo, obrigando-o a uma expiação indireta” (*Código de processo comentado*, p. 547).

²⁰⁶¹ A mudança realizada pela lei 16.683, de 2012 ainda acrescentou que nesses casos haverá citação por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.

mandado, gera a certeza, *juris tantum* de que o acusado sabe que há no Judiciário uma imputação criminosa contra ele, mas, por não querer responder por ela, procura embaraçar a movimentação da máquina jurisdicional, esquivando-se da citação pessoal. Ora, se o acusado, possuindo endereço certo, se esquia para não receber a comunicação processual, isso é prova inconteste de que ele tem ciência, ainda que não seja plena, de que há uma demanda contra si²⁰⁶².

9.5.2 – Direito ao silêncio ou de permanecer calado.

Na seara da ampla defesa, grande novidade introduzida na declaração de direitos fundamentais foi quanto à garantia estampada no inciso LXIII do art. 5º. Na referida norma constitucional ficou catalogado, dentre os direitos reconhecidos ao preso, o de ser informado de que possui o direito de permanecer calado, consagrando, dessa maneira, a cláusula *nemo tenetur se ipsum accusare ou nemo tenetur se detegere*. Esse princípio, previsto pela primeira vez de forma expressa em uma Constituição brasileira, foi pensado por BECCARIA, quando a regra do processo era fazer com que o acusado assumisse a sua culpa, ainda que para tanto fosse necessário se socorrer da tortura²⁰⁶³. Na época em que a tortura era institucionalizada e prevista como meio eficiente no escopo de obter a prova para condenar alguém, o milanês, com espantosa clarividência, em crítica quanto ao ritual que impunha ao acusado o dever de prestar juramento perante o juiz de dizer a verdade, sustentou que “Uma contradição, entre as leis e os sentimentos naturais do homem, nasce dos juramentos que se exigem do réu a fim de que ele seja sincero, quando tem o maior interesse em ser mentiroso; como se o homem pudesse jurar sinceramente que irá contribuir para a própria destruição”²⁰⁶⁴.

Mais adiante, o festejado autor arrematou “Quão inúteis são os juramentos, a experiência tem-no provado, porque cada juiz me pode dar testemunho de que nenhum juramento jamais fez réu algum dizer a verdade: tem-no provado também a razão, que declara inúteis e, por consequência, prejudiciais, todas as leis que se opõem aos sentimentos naturais do homem.”²⁰⁶⁵.

A Constituição americana consagrou esse princípio por meio do chamado *privilege against self-incrimination*, estampado na Quinta Emenda, ao estabelecer que “ninguém será compelido em nenhum processo criminal a ser testemunha contra si” (*no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*).

Nada obstante se trate de um princípio arraigado a cultura americana desde o Século XVIII, observe-se que o Comitê de Inteligência do Senado norte-americano²⁰⁶⁶, após 3 (três) anos e meio de investigação sobre a operação que resultou na captura e morte de BIN LADEN²⁰⁶⁷ – principal responsável pelos ataques terroristas às torres gêmeas em Nova York e contra o Pentágono, em 11 de setembro de 2001 –, em relatório de 6.000 páginas, enviado ao Presidente BARACK OBAMA²⁰⁶⁸, recriminou o uso de *técnicas de interrogatório intensificadas* ou *técnicas de interrogatório reforçado*, como a simulação de afogamento em tonéis (*waterboarding*), admitida pela CIA e pela Casa Branca, para fins de revelação do paradeiro do líder da organização Al-Qaeda.

Acentua MERVAL PEREIRA que essas “... técnicas de tortura foram utilizadas de maneira sistemática e oficial pelo menos até 2004, segundo um relatório do Senado daquela época, que indicava que haviam sido interrompidas quando o secretário de Defesa, Roberto Gates, assumiu em lugar de Rumsfeld no segundo mandato de Bush”, práticas que continuaram a ser utilizadas em Guantánamo, conforme os documentos divulgados pelo Wikileaks²⁰⁶⁹. Para espanto geral, parte do relatório do Senado só divulgada em 9 de dezembro de 2014, as torturas praticadas contra detentos encarcerados em prisões clandestinas consistiu em banhos de gelo, isolamento, torturas psicológicas,

²⁰⁶² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica*, p. 119.

²⁰⁶³ Há divergências quanto ao surgimento do direito ao silêncio. Alguns asseguram que surgiu no common law, na Inglaterra, com a progressiva diminuição da utilização da tortura como meio de prova, enquanto outros que a origem remota se encontra em Inocência II e no *ius commune* medieval. (COUCEIRO, João Cláudio. A garantia constitucional do direito ao silêncio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 66.)

²⁰⁶⁴ Op. cit., p. 54.

²⁰⁶⁵ Ibid., p. 54.

²⁰⁶⁶ 4 BRASIL. UOL. Disponível em: noticias.uol.com.br. Data da publicação: 12/12/2012. Acesso em: 17 jan. 2013.

²⁰⁶⁷ O fato se deu em 2 de maio de 2011.

²⁰⁶⁸ BRASIL. Folha. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/09/internacional/1418144432_841703.html. Acesso em: 2 jan. 2015.

²⁰⁶⁹ BRASIL. Senado. Disponível em: www.senado.gov.br/noticias. Acesso em: 17 jan. 2013.

ameaças de morte, impedimento de dormir, obrigatoriedade de ficar de pé por longos períodos e, até mesmo, reidratação ou alimentação retal, como forma de impor o controle total sobre o prisioneiro²⁰⁷⁰.

Sobre o relatório do Senado americano, BARACK OBAMA afirmou que “esses métodos não só são inconsistentes com os nossos valores como nação, como também não serviram aos nossos esforços de contraterrorismo”²⁰⁷¹. Porém, o então presidente GEORGE W. BUSH disse, reiteradamente, que o programa de detenção e interrogatórios adotados pela CIA na investigação levada a efeito para capturar os líderes da Al Qaeda era *humano e legal*, defendendo, assim, os métodos heterodoxos que violaram o princípio do direito ao silêncio. O pior é que os métodos utilizados para *arrancar* a verdade, caracterizados como tortura, conforme consta no relatório do Senado e ressaltado na fala de BARACK OBAMA, não revelaram nada de novo que já não fosse do conhecimento em razão de investigação lícitamente realizada pela polícia²⁰⁷².

Essa garantia de berço americano adquiriu *status* de princípio universal, inerente aos sistemas criminais orientados com esteio nos direitos essenciais da condição humana. Na Constituição espanhola esse direito vem inserido dentro do contexto da norma que assegura o direito de defesa, na medida em que preceitua ser garantido a todos não prestar declaração contra si próprios e a não se confessarem culpados (art. 24, 2). A Constituição da Alemanha, porém, não dá guarida, expressa, a essa garantia, daí por que, esclarece CLAUS ROXIN²⁰⁷³, a jurisprudência do Tribunal Constitucional considerava o silêncio do acusado como um indício de sua culpabilidade. Todavia, complementa ROXIN, “... hoy es de la opinión de que el principio del ‘fair trial’ exige negar cualquier valor, no sólo cuando el procesado guarda total silencio o niega su autoría, sino también cuando se niega a declarar ante la Policía o en cualquier otro momento concreto.”

Nas Constituições da França, Itália e de Portugal, igualmente, não há, explicitamente, a garantia do direito ao silêncio. Na América do Sul, o princípio do direito de não fazer declaração contra si mesmo está assegurado na Constituição da Argentina (art. 18) e na do Paraguai, sendo interessante anotar que, nesta última, além de o direito ao silêncio figurar na mesma norma que contempla o direito de defesa, não se trata de proteção destinada apenas ao acusado, porquanto se estende a toda e qualquer pessoa, aí incluídas as testemunhas, quanto a declarações que digam respeito aos seus cônjuges ou a seus parentes até o quarto grau de consanguinidade ou segundo de afinidade (art. 62, segunda parte). No Direito brasileiro, o direito ao silêncio das testemunhas está consagrado na legislação infraconstitucional, ao permitir-se o seu direito à recusa de depor ou, se por outro motivo não for possível obter-se ou integrar-se a prova, nada obstante o dever de depor, há a obrigação de dizer a verdade, quando o acusado for seu parente – ascendente ou descendente, afim em linha reta, cônjuge, irmão, pai, mãe ou filho adotivo (art. 206 do CPP). Nessa hipótese, o direito à recusa de depor ou ao silêncio é uma faculdade da testemunha, mas há, ainda, casos em que ela tem o dever de silêncio, como é o caso daquelas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devem guardar segredo (art. 207 do CPP)²⁰⁷⁴.

No plano internacional, a garantia que veda obrigar o agente à autoincriminação encontra espaço dentre as declarações de direitos, sendo mencionada, de forma cogente, como uma manifestação passiva da autodefesa, pertencendo, por conseguinte, ao contexto da ampla defesa²⁰⁷⁵. O princípio *nemo tenetur se detegere* restou estabelecido no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no art. 14.3, g (“Toda pessoa acusada terá direito (...) a não ser forçada a depor contra si

²⁰⁷⁰ BRASIL. Folha. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/12/1559790-relatorio-do-senado-dos-eua-acusacia-de-torturas-brutais-enaofefativas.shtml. Acesso em: 2 jan. 2015.

²⁰⁷¹ Ibid.

²⁰⁷² Há um filme muito interessante que relata esses fatos, cujo título é *The report* (BURNS, Scott. Z. *The report*. Estados Unidos: Amazon studios, 2019).

²⁰⁷³ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução Carmem Gomes Rivero e María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p. 123-124.

²⁰⁷⁴ Entende-se por profissão a atividade habitual e remunerada; por ofício, a ocupação não necessariamente habitual e remunerada; por função, o *munus* exercido em caráter profissional; e ministério é o desempenho altruístico de alto encargo assumido com a finalidade de servir a outrem. De acordo com a Constituição de 1988, não são obrigados a testemunhar os senadores e deputados federais (art. 53, § 5º), assim como os advogados, em relação ao seu cliente, devido ao postulado da inviolabilidade da advocacia (art. 133). Sobre a inviolabilidade da advocacia como forma de assegurar a ampla defesa, cf. item 9.5.4.

²⁰⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório*. In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 221.

mesma ou a confessar-se culpada”) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8.2.g (“direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem de declarar-se culpada”). A fonte inspiradora imediata do constituinte brasileiro, portanto, são os textos internacionais mencionados que, por sua vez, normatizaram as ideias iniciais plantadas por BECCARIA.

Todavia, a forma como o direito de não se incriminar foi escrito e inserido em nosso texto constitucional padece de deficiência, porquanto o inciso LXIII do art. 5º, tal como redigido, em um primeiro momento, dá impressão de que teve como destinatário apenas a pessoa que se encontra na condição processual de *preso*. Ao que parece, o constituinte não teve a altivez de utilizar a redação clara e objetiva dos textos internacionais, pelo que preferiu usar palavras menos incisivas ou mais *palatáveis*. Além de fazer uso da expressão *preso*, o legislador se contentou em dizer, quanto ao direito de não se incriminar, apenas que era assegurado o *direito de permanecer calado*. Deixou para as arenas doutrinárias e jurisprudencial o embate sobre a efetiva repercussão desse princípio em nosso sistema jurídico.

Na doutrina, apressadamente, houve quem, mediante interpretação excessivamente literal do comando normativo, tivesse ânimo para defender que a garantia contemplada em nosso sistema tinha o condão de alcançar, apenas, aquela pessoa que se encontra encarcerada. O argumento era de que, nessa situação, a pessoa está mais vulnerável, passível de pressões psicológicas e submissa à autoridade policial, razão pela qual era recomendável, em casos tais, preocupação mais acentuada por parte do constituinte.

Além de a interpretação literal não se mostrar suficiente para explorar o alcance de *norma principiológica*, essa visão peca por não vislumbrar as fontes históricas do instituto em comento, com consequente perda do seu real alcance humanitário, que não se contenta em preservar apenas quem está preso contra a violência ao instituto natural de defesa, caracterizada quando se obriga alguém a se incriminar, submetendo-o à força de quem quer investigar o fato. Impor a alguém a obrigação de praticar uma ação ativa é violência que se avizinha à tortura.

Tendo em consideração esses aspectos, a doutrina mais aceita, e preponderante, é de que o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como igualmente qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se a pessoa se encontra na condição de suspeito, indiciado, acusado, preso ou mesmo condenado²⁰⁷⁶. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime e, ademais, deve ser advertido de que possui esse direito. Não é válido, por outro lado, arrolar alguém como testemunha e querer, em razão do dever de dizer a verdade aplicável à hipótese, forçá-la a responder sobre uma pergunta que importa, mesmo que indiretamente, em incriminação do depoente. Até porque, tecnicamente, pelo menos no nosso sistema, ninguém é testemunha de seus próprios atos. A testemunha é uma terceira pessoa que tem conhecimento de fatos praticados por e relacionados a outras pessoas²⁰⁷⁷. O rótulo empregado para identificar o tipo de depoimento, parece claro, não é suficiente para permitir que se contorne a garantia constitucional. A pessoa, esteja ela para depor na qualidade de acusada ou testemunha, não pode ser obrigada a se declarar culpada. Decerto que a testemunha, diferentemente do acusado, tem o dever de falar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho, porém não está obrigada a responder sobre fato que pode, ainda que em tese, incriminá-la²⁰⁷⁸.

É irrelevante, igualmente, que se trate de inquérito policial ou administrativo, processo criminal ou cível ou de Comissão Parlamentar de Inquérito²⁰⁷⁹. As Comissões Parlamentares de Inquérito tinham o costume de exigir que as pessoas suspeitas prestassem o compromisso de dizer a verdade, sob pena da prática do crime de perjúrio. Assim ocorreu na CPI que apurou o famoso caso dos anões do orçamento, conforme pôde ser visto nas transmissões das sessões veiculadas pela televisão. O primeiro caso de que se tem notícia quanto à submissão das CPIs ao postulado do direito ao silêncio foi na investigação feita a respeito de Francisco Lopes, na apuração de irregularidades por

²⁰⁷⁶ Conforme esse entendimento, cf: TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 392. GOMES. Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 51

²⁰⁷⁷ A sua imparcialidade reside, justamente, na circunstância de não ter participação nos fatos em apuração.

²⁰⁷⁸ STF, HC 73.053-3, DJ 26.09.1995, p. 31.400.

²⁰⁷⁹ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Classe: HC – Processo: 79244, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, un., Data da decisão: 23/02/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 23 mar. 2005.

ele praticadas quando trabalhava no Banco Central. Naquele caso, Francisco Lopes ingressou com Habeas Corpus perante o STF, a fim de que lhe fosse assegurado o direito de recusar-se a depor. O STF, porém, deferiu o pedido apenas em parte, reconhecendo que, perante a CPI, tem incidência a garantia constitucional do direito ao silêncio, o que dá à pessoa o direito de não responder às perguntas que não queira, mas não de recusar-se a depor. A ementa ficou assim escrita:

I. CPI: *nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Se, conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito, detêm o poder instrutório das autoridades judiciais – e não maior que o dessas – a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados das garantias constitucionais contra a autoincriminação, que tem sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio dos acusados. Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor não haja acusados: a garantia contra a autoincriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir a imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos. Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas repostas entenda possam vir a incriminá-lo: liminar deferida para que, comparecendo à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo, sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão. II. Habeas corpus prejudicado, uma vez observada a liminar na volta do paciente à CPI e já encerrados os trabalhos dessa.

Em razão desse entendimento, as CPIs passaram a fazer o chamamento do suspeito ou investigado como se testemunha fosse utilizar, como subterfúgio para evitar a aplicação do princípio do direito ao silêncio era aplicável. Entretanto, a Excelsa Corte, acertadamente, não deu guarida a essa pretensão, ressaltando que, sob a figura de testemunha ou acusada, a pessoa tem o direito de não se incriminar, ficando assim redigida a ementa do acórdão²⁰⁸⁰:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – PRIVILÉGIO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO – DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA – PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFEITO. – O privilégio contra a autoincriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. – O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. – Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

Por fim, tema que tem chamado a atenção é sobre a possibilidade de o investigado ou acusado renunciar o direito ao silêncio, a fim de assumir o compromisso de dizer a verdade. Esse questionamento decorre da circunstância de o § 14 do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, estabelecer como requisito para a colaboração premiada, a circunstância de o acusado renunciar o direito ao silêncio e, ademais, assumir o compromisso de dizer a verdade.

Primeiro, há de se ter em conta que não há direito absoluto. Segundo, conforme acentuado no item 9.1.6.2.10, não se trata propriamente de renúncia ao direito ao silêncio, senão ao exercício da faculdade de não dizer a verdade. O investigado ou acusado, independentemente do acordo de

²⁰⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CELSO DE MELLO, Classe: HC Processo: 79812, UF: SP, TRIBUNAL PLENO, un., Data da decisão: 08/11/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/juris.asp. Acesso em: 23 mar. 2005.

colaboração, sempre e sempre detém a faculdade de dizer a verdade ou não. Quando o agente, em acordo de colaboração premiada, assume o compromisso de dizer a verdade e, por consequência, promete que responderá as perguntas que o incriminem, tal não passa de um compromisso do qual ele pode se arrepender. Não passa de um compromisso de não exercer o direito, mas obrigação que ele poderá, obviamente, deixar de cumprir, caso se arrependa e não queira mais falar a verdade. Em outras palavras, se se trata de uma renúncia se apresenta como uma renúncia que pode ser *renunciada*, cuja única consequência é desfazer o negócio jurídico processual convolado com o Ministério Público.

Por outro lado, há de se fazer uma interpretação conforme do dispositivo em foco. É preciso ter presente que em nosso sistema jurídico o direito ao silêncio implica na garantia de o agente não ser obrigado a responder perguntas que o incriminam e que, igualmente, incriminam as demais pessoas que participaram da empreitada criminosa. Assim, para todos os efeitos, quando o agente *renuncia ao direito ao silêncio* como condição para que seja firmada a colaboração premiada, conquanto isso não queira dizer que ele assume o dever de produzir prova contra si, implica no dever de responder o que sabe sobre as condutas criminosas dos demais envolvidos no ilícito.

9.5.2.1 – Direito ao silêncio (de permanecer calado) que se traduz em direito de não produzir, à força, prova contra si.

Em conformidade com o que ficou exposto no item anterior, o direito de permanecer calado, inserto no art. 5º, LXIII, da Constituição, encerra a inclusão, no nosso sistema jurídico, do princípio *Nemo tenetur se ipsum accusare ou nemo tenetur se detegere*, o que confere a garantia de não se autoincriminar a toda e qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de uma ação ilícita ou a quem seja endereçada uma pergunta que, caso respondida, possa envolvê-la quanto à participação em um ilícito. E mais: representa a garantia de que o agente deverá ser informado de que possui esse direito, sob pena de eventual confissão não possuir validade²⁰⁸¹.

De toda sorte, a expressão literal do dispositivo constitucional em apreciação diz muito menos do que corresponde o seu efetivo alcance exegético. Assim como se trata de reducionismo inaceitável pensar que a garantia é destinada apenas a quem está encarcerado pelo fato de a dicção normativa conter o termo preso, do mesmo modo também se mostra inadequado acreditar que o direito de permanecer calado somente dá à pessoa a garantia de que ela não pode ser obrigada a falar e de que tem de ser informada desse direito. Essa garantia quanto à informação do direito ao silêncio está expressa entre as formalidades que devem ser adotadas na prisão sem ordem judicial (art. 5º, LXIII). É o chamado aviso de Miranda do sistema norte-americano, segundo o qual, para ser válida eventual confissão, o policial tem o dever, no momento da prisão, de informar ao preso os seus direitos, dentre eles o de permanecer calado²⁰⁸². No nosso sistema, a garantia quanto à informação do direito ao silêncio deve constar do auto de prisão em flagrante e, ainda, de todo e qualquer interrogatório, seja ele formal, ou não.

Em verdade, o que o constituinte diz, quando assegura o direito de permanecer calado, é que a pessoa não pode ser obrigada a se incriminar ou, em outras palavras, que ela não pode ser obrigada a produzir prova contra si. Aliás, essa última forma de revelar o conteúdo do preceito constitucional soa mais feliz, uma vez que consegue tornar mais clara a mensagem do constituinte. Não se confunde com o direito de mentir²⁰⁸³. Tanto não há o direito de mentir que o afirmado pelo acusado no interrogatório pode ensejar, por exemplo, a responsabilização pela prática do crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) ou de autoacusação falsa (art. 341 do CP). Apenas a mentira para se livrar da imputação criminosa é tida como uma forma de defesa²⁰⁸⁴.

²⁰⁸¹ Costuma-se dizer, sob a influência dos textos internacionais, que o direito de não se incriminar possui duas vertentes: (1) o direito de não declarar contra si mesmo; e (2) o direito de não confessar (GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano*: estudo introdutório, In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 221.

²⁰⁸² Cf. item 9.6.5.2.2, *infra*.

²⁰⁸³ Cf. OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 386; MIRABETE. *Op. cit.*, p. 282. SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1996. p. 277.

²⁰⁸⁴ O STF já decidiu que o juiz não pode levar em consideração, para fins de exasperação da pena, a afirmação falsa em prol de sua defesa feita pelo acusado HC 75.616, DJ. 01.08.1997, p. 33.532.

Questão controvertida é se o acusado, ao mentir sobre a sua própria identidade no interrogatório, pode ser condenado pelo ilícito capitulado no art. 307 do CP, que tipifica o crime de falsa identidade²⁰⁸⁵. No Direito português, reporta COSTA PIMENTA²⁰⁸⁶ que o direito ao silêncio diz respeito apenas ao interrogatório de fundo, ou melhor, a sua parte substancial, quanto ao mérito ou sobre questão afeta à culpabilidade, daí por que não estão compreendidas na garantia as perguntas referentes à identidade, em relação às quais o acusado tem o dever de responder, como está expresso no art. 61, 3, b, do Código de Processo Penal de Portugal. Ainda assim, mesmo tendo o dever de dizer a verdade sobre a sua identidade, esclarece GERMANO MARQUES DA SILVA²⁰⁸⁷ que a legislação portuguesa, em atenção ao direito ao silêncio, “... não estabelece qualquer sanção para o arguido que, prestando declarações sobre os fatos que lhe forem imputados, falte à verdade.”

No nosso sistema a questão precisa ser mais bem pontuada. Com a redação determinada pela Lei nº 10.792, de 2003, o interrogatório passou a ser constituído de duas fases distintas: a primeira sobre a pessoa do acusado e, a segunda, sobre os fatos relacionados ao crime em apuração (art.187, caput e §§ 1º e 2º, do CPP). Há quem defenda que, agora, ficou clara a distinção e que o direito ao silêncio só abrange a segunda parte do interrogatório. Acontece que essa distinção não foi feita pelo legislador. De fato, no art. 186, que também foi modificado pela Lei nº 10.792, de 2003, está dito que “... o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”, enquanto, logo em seguida, no art. 187, consta que “O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos”. Portanto, o direito ao silêncio, estampado no art. 186 do CPP, em princípio, diz respeito a todo o conteúdo do interrogatório explicitado no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 187, do mesmo Diploma Legal.

Por outro lado, no nosso sistema, sem embargo de entender-se que, em função do direito ao silêncio, o acusado não pode receber sanção pelo fato de mentir sobre a sua identidade no interrogatório, pois tal se insere na área da autodefesa, a previsão normativa contida no art. 307 do Código Penal (“Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”) está escrita entre os crimes contra a fé pública, no capítulo II do Título XI do referido estatuto. Caso o legislador tivesse a pretensão de coibir a atribuição de falsa identidade perante o interrogatório, teria, obviamente, incluído esse tipo penal no Capítulo II, que trata dos crimes contra a administração da justiça²⁰⁸⁸.

Ainda que não tenha concluído que nessa situação resta tipificado o crime de falsa identidade, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 522, deixou sedimentado o entendimento de que “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”. No mesmo passo, o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento sob regime de repercussão geral do RE 640.139, tendo como relator o Ministro DIAS TOFFOLI²⁰⁸⁹, definiu que “O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)”.

Por outro lado, segundo a essência do direito ao silêncio, a pessoa não pode ser violentada no seu instinto natural de preservação, o que implica o de procurar defender-se, quando se sente atacada ou, no caso, acusada, de modo que a ela não pode ser imposta a tarefa de cooperar ou colaborar para a sua punição²⁰⁹⁰. A obrigação legal dessa ordem seria equivalente à tortura psicológica, ademais da aceitação de tratamento desumano, daí por que, com a visão sistêmica do arcabouço democrático da Constituição de 1988, percebe-se que o preceito em destaque não poderia deixar de constar dentre os direitos fundamentais.

²⁰⁸⁵ O art. 307 do Código Penal tem a seguinte redação: “Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”.

²⁰⁸⁶ Op. cit., p. 203. O dispositivo do Código de Processo Penal português é cogente, ao dizer que é dever do acusado “Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais” (art. 61º, 3, b).

²⁰⁸⁷ Op. cit., p. 277.

²⁰⁸⁸ Cf. DELMANTO. Op. cit., p. 307.

²⁰⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJe 13.10.2011. Disponível em: www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22486472/recurso-extraordinario-re-640136. Acesso em: 24 mai. 2015.

²⁰⁹⁰ Essa era a crítica que BECCARIA fazia à legislação em vigor na época.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao debater a constitucionalidade de obrigar-se a pessoa a se submeter a exame de DNA em ação de reconhecimento de paternidade, sem fazer consideração ao direito ao silêncio, entendeu que essa exigência não se afina com garantias *explicitas e implicitas* encartadas no nosso sistema constitucional, destacando, dentre eles, a preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer.

O julgado em referência está assim sumariado²⁰⁹¹

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feita do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Assim, o direito ao silêncio, além de se tratar de princípio inserto no sistema da ampla defesa, é cláusula constitucional que, dentro do contexto da dignidade humana, reforça, igualmente, o direito à intimidade, à intangibilidade do corpo humano e, ademais, o preceito implícito de que o nosso ordenamento jurídico não permite que se obrigue alguém à execução específica e direta de obrigação de fazer. Ou seja, em homenagem ao direito de liberdade física e psíquica, ninguém pode ser obrigado a fazer diretamente algo específico.

Por conseguinte, o que se convencionou chamar em nosso sistema de direito ao silêncio é muito mais do que a garantia de a pessoa não ser obrigada, mediante o depoimento tomado oralmente, a se incriminar, pois compreende, em sua verdadeira essência, não só não se sujeitar à colaboração forçada por meio da palavra, mas igualmente a não contribuir ativa ou passivamente de outras formas. Assim é que, ao lado do direito de não falar está, v. g., o de não soprar o bafômetro, aparelho utilizado para detectar e determinar o grau de concentração de álcool no organismo da pessoa.

Portanto, a circunstância de a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), em sua redação originária, no art. 306, ter previsto como crime a condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, não legalizou ou autorizou a submissão do agente, contra a sua vontade, a teste de alcoolemia ou exame clínico.

A fim de orientar como se comprovar a condução de veículo com a capacidade psicomotora alterada, na hipótese em que o agente, com base no direito ao silêncio, recusa a se submeter ao bafômetro, o legislador, com a Lei nº 12.760, de 2012, ao modificar, mais uma vez, o texto do art. 306 do Código de Trânsito²⁰⁹², esclareceu, com o enxerto do §2º, que a prova do fato pode ser feita com suporte em vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos²⁰⁹³.

Ainda assim, persiste a anomalia introduzida pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que estabeleceu, ao modificar o Código de Trânsito Brasileiro, como hipótese de prática da infração administrativa prevista no art. 165 do referido Estatuto²⁰⁹⁴, a circunstância de o condutor se recusar, quando envolvido em acidente ou for alvo de fiscalização, sob suspeita de dirigir sob influência de

²⁰⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro FRANCISCO REZEK, Classe: HC – Processo: 71373, UF: RS, TRIBUNAL PLENO, un. Data da decisão: 22/11/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 mar. 2005. Essa é a primeira decisão que se tem do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, permanecendo, ainda hoje, como referência especial para esses casos.

²⁰⁹² A Lei nº 11.705, de 2008, no desiderato de tornar mais severa a redação originária do art. 306, findou inviabilizando a realização da prova da infração penal, em se tratando de ingestão de bebida, por outra forma se não com a utilização do bafômetro ou exame clínico, na medida em que inseriu como elemento do tipo a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

²⁰⁹³ O que se pode questionar, apenas, é se a filmagem levada a efeito sem a permissão do agente condutor dos veículos e sem prévia autorização judicial possui validade, diante do alcance do princípio do direito ao silêncio. Essa questão, abordada no item 9.6.2.9 e 9.4, supra, será, uma vez mais, discutida adiante.

²⁰⁹⁴ O art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro impõe as penalidades de multa e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, sendo a infração considerada gravíssima, e a medida administrativa de retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

álcool, a se submeter a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAM, permitam certificar o seu estado (art. 277, §3º, do Código de Trânsito). Essa norma, como se verifica, é de flagrante inconstitucionalidade, pois tipifica como ilícito administrativo o exercício do direito ao silêncio, que é o direito que o condutor tem de se recusar a fazer qualquer tipo de exame.

Ademais de não poder ser obrigado a se submeter a teste de embriaguez, em princípio, o agente não pode ser levado contra a vontade a passar por exame de DNA ou grafotécnico. Por mais que, à primeira vista, assim não seja, tem-se de considerar que, em qualquer uma dessas hipóteses, havendo a recusa da pessoa, a única forma de fazer com que ela produza a prova pretendida é mediante a força, o que, em princípio, há de convir-se, não se conforta com a estrutura democrática de nosso sistema. Por isso mesmo, o acusado não pode, consoante reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ser obrigado a participar da prova consistente na reconstituição de crime²⁰⁹⁵. Note-se que, nessa vertente, o princípio do direito ao silêncio se afina, em tudo, com o brocardo *nemo tenetur se detegere*.

Uma distinção importante, porém, há de ser feita. Uma coisa é a produção forçada de prova e outra, bem diferente, é aquela que é produzida, voluntária ou involuntariamente, ainda que para outro fim, pela pessoa a quem é imputada a prática de ilícito criminal. Embora não seja admissível fazer com que alguém seja submetido à força a exame de DNA, nada impede que os elementos necessários para que se leve a efeito o exame sejam obtidos de outra forma. Podem ser arrecadados, por exemplo, os fios dos cabelos da pessoa que estão no salão no qual ela fez o seu corte, ou seja apreendido o sangue doado a uma instituição médica, a fim de que nele se proceda ao devido exame de DNA, conforme foi decidido na Reclamação 2040/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, no famoso caso envolvendo a cantora mexicana GLÓRIA TREVI. Presa em razão de processo de extradição, a cantora, que estava grávida, se recusava a fazer exame de DNA para identificar quem era o pai da criança. Em razão disso, a pedido do Ministério Público, a autoridade judiciária determinou ao diretor do hospital no qual iria ser realizado o parto a coleta e entrega da placenta para fins de realização da perícia que GLÓRIA TREVI não queria fazer, além de ordenar, ainda, a entrega de cópia do prontuário. A questão suscitou amplo debate no Supremo Tribunal, pois a defesa da cantora suscitava a ilicitude da ordem judicial, na medida em que se alegava afronta ao princípio da intimidade e ao seu direito de preservar a identidade do pai do seu filho, ademais do direito ao silêncio.

O Supremo Tribunal Federal confirmou a legalidade da determinação da coleta da placenta no procedimento médico do parto, a fim de que fosse possível, posteriormente, a realização do exame de DNA, para tirar dúvidas quanto a quem era o pai da criança. No caso, a intervenção médica era necessária e não houve a coleta à força da placenta, uma vez que é expelida do corpo humano como consequência natural do processo de parto. No ponto, confira-se parte da ementa²⁰⁹⁶:

—(...) 7. Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem, – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. (...) 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do ‘prontuário médico’ da reclamante.

Reiterando essa posição, o STF, conquanto tenha ressaltado que não se pode constranger, sob ameaça de caracterização do crime de desobediência, o acusado a fornecer padrões gráficos de próprio punho para a realização do exame grafotécnico, nada impede que se determine a apreensão

²⁰⁹⁵ STF, HC, Relator Ministro CELSO DE MELLO, RT 697/386.

²⁰⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Classe: Rcl – Processo: 2040, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 27/06/2003. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 mar. 2005.

de escritos do suspeito de ter falsificado a assinatura em um documento qualquer no qual haja a sua escrita, no escopo de que seja feita a perícia. Esse julgado está assim ementado²⁰⁹⁷:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido.

Do mesmo modo aconteceu em caso com ampla repercussão no noticiário nacional, envolvendo a descoberta do episódio em que uma criança recém-nascida foi retirada do berçário da maternidade por uma mulher que passou a assumir perante todos ser a sua verdadeira mãe. Porque a mãe suspeita não aceitou submeter-se à coleta de material genético, esperou-se uma oportunidade para arrecadar uma ponta de cigarro jogada fora por uma filha biológica dela, contendo, ainda, partículas das glândulas salivares, o que permitiu, após a análise do DNA, ter-se a certeza de que ela, de fato, não era a genitora da criança. O episódio ficou mais conhecido como *Caso PEDRINHO*.

Não se pode dizer, nessa hipótese, que tenha havido maltrato à norma constitucional em exame, uma vez que a prova produzida pela própria acusada não foi obtida sob a sua sujeição física ou psíquica. No caso acima, a pessoa produziu, ainda que involuntariamente, a prova que veio a incriminá-la. Seria possível insistir, no entanto, que, nesse caso, há ofensa ao princípio do direito ao silêncio, pois, para todos os efeitos, a pessoa tem o direito de não produzir prova contra si. Acontece que, conforme aqui já foi ressaltado, o que a legislação constitucional veda é que a pessoa seja obrigada a produzi-la. Se a pessoa, de alguma forma, produz a prova, esta pode, mesmo contra a sua vontade, ser utilizada para o fim de incriminá-la. Como visto, essa é a posição sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal e que parece ser a mais acertada.

Tem surgido, porém, discussão a respeito do alcance do direito ao silêncio em relação à submissão a coleta de perfil genético, especialmente com o incremento da tecnologia quanto à forma de realização dos exames periciais. Sustentam alguns doutrinadores que uma gota de sangue, a mera saliva, um fio de cabelo ou um diminuto fragmento de unha é plenamente suficiente para permitir a realização do exame de DNA, daí por que não se mostra razoável negar-se a possibilidade de exigir da pessoa o fornecimento de um desses seus elementos intrínsecos, pois, em essência, isso não representaria ínfima lesão à dignidade da pessoa humana quanto à sua integridade corporal e, por outro lado, seria pouco invasivo a sua intimidade.

MARTINE JACOT, no artigo publicado em *O correio da Unesco*²⁰⁹⁸, disse que, na Alemanha, Noruega, Suécia, França e, em especial, nos Estados Unidos da América, tem-se entendido que é admissível a extração forçada de amostras de saliva e de sangue, quando ordenada por um juiz ou policial em algum momento da investigação criminal. Ressalta ainda que, no Reino Unido, todo preso ou pessoa suspeita da prática de delito obriga-se a fornecer amostra de saliva para a elaboração de seu mapa de DNA²⁰⁹⁹.

²⁰⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: RHC – Processo: 77135, UF: SP, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 08/09/1998. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 mar. 2005.

²⁰⁹⁸ P. 38.

²⁰⁹⁹ Ibid.

A questão é que, nos Estados Unidos, por exemplo, a garantia do direito ao silêncio não tem o alcance que se observa no sistema brasileiro. No famoso julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o acusado, no sistema jurídico estadunidense, deve ser informado de que pode ficar calado, pois não é obrigado a produzir prova contra si. No entanto, como lembra BARBOSA MOREIRA²¹⁰⁰, diferentemente do que ocorre no Direito brasileiro, nos Estados Unidos se o acusado, alertado de que não é obrigado a depor, quiser ser ouvido pelo juiz, ele o faz na qualidade de testemunha. Daí por que, se ele for depor, ele tem de fazer o juramento de dizer a verdade (*to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth*). O que o princípio constitucional americano do *privilege against self-incrimination* dá ao acusado é o direito de escolher entre depor, ou não. Ele não pode, como explica JOHN VILE, no depoimento, selecionar as perguntas que quer responder e as que não são de seu interesse, diante da preocupação de não se incriminar²¹⁰¹.

Sobre essa delicada questão, ROXIN²¹⁰² informa que a jurisprudência alemã limita o alcance desse princípio, ao admitir que, quando o agente, ao ser ouvido, faz a declaração sobre os fatos mas “... guarda silencio sólo respecto a puntos particulares, o no contesta ciertas preguntas”, é possível que isso seja utilizado como fundamento para a decisão contrária ao acusado, com o que concorda o autor, já que “... quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración”, acrescentando, porém, que “... a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho, y sobre esto, se han de deducir las respectivas conclusiones.”

Voltando ao sistema americano, verifique-se que a lógica ali é suficientemente clara: tendo em consideração que seria desumano obrigar o acusado a confessar a sua culpa, ele pode, querendo, recusar-se a depor, mas, se preferir ser ouvido, terá de submeter-se, assim como as demais testemunhas, ao juramento de dizer a verdade²¹⁰³. Ademais, agrega BARBOSA MOREIRA que o que não faz parte do depoimento sai da esfera de proteção da garantia exposta na Quinta Emenda²¹⁰⁴, razão pela qual são admitidas provas como testes destinados a medir o nível de álcool no sangue e ao reconhecimento por testemunhas convocadas para identificar o acusado como o autor do ilícito, de modo que, recusando-se a colaborar com a produção da prova, ele se sujeita a ver a sua conduta interpretada em seu desfavor e há notícia, até mesmo, de decisão judicial punindo o acusado por desacato ao tribunal (*contempt of court*), em virtude de não aceitar submeter-se ao exame determinado pelo juiz.

No mesmo sentido, JOAN PICÓ informa que o Tribunal Constitucional da Espanha tem o entendimento de que não se contrapõe à garantia de não autoincriminação o dever de submissão a testes periciais²¹⁰⁵. URBANO CASTRILLO²¹⁰⁶, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo da Espanha, comenta que o Tribunal Constitucional espanhol, por meio da sentença 103/1985, em compasso com a Decisão nº 8278/78 da Comissão Europeia de Direitos Humanos, firmou orientação no sentido de que a submissão a testes periciais não se trata de procedimento inumano ou degradante, não sendo proibida pelo dispositivo em referência a extração sanguínea²¹⁰⁷. De qualquer forma, o autor citado alerta que o cumprimento de ordem judicial no sentido de que seja

²¹⁰⁰ *O processo penal norte-americano e sua influência*, In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 103. p. 100.

²¹⁰¹ O autor afirmar que os acusados —... não podem exercer os direitos da Quinta Emenda sob bases seletivas... eles não podem individualmente selecionar quais perguntas eles pretendem declinar de responder por receio de se incriminarem” (“... cannot exercise their Fifth Amendment rights on a selective basis... they cannot individually select which questions they would decline to answer for fear of incriminating themselves”), p. 100.

²¹⁰² ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução Carmem Gomes Rivero e María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 124.

²¹⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo penal norte-americano e sua influência*. Revista de Processo. São Paulo, v. 103. p. 100.

²¹⁰⁴ DEL CAMEN apud BARBOSA MOREIRA, diz que “O privilégio contra a autoincriminação se estende apenas para a autoincriminação no testemunho; ele não proíbe a autoincriminação física” (“*The privilege against self-incrimination extends only to testimonial (or communicative) self-incrimination; it does not prohibit physical self-incrimination*”) (Ibid).

²¹⁰⁵ Apud GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório*, p. 222.

²¹⁰⁶ *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. 2. ed. Aranzadi, 2000, p. 96.

²¹⁰⁷ O art. 15 da Constituição Espanhola dispõe: “Todos têm direito à vida e à integridade física e moral, e em caso algum podem ser submetidos a tortura ou a penas ou tratamentos desumanos e degradantes. Fica abolida a pena de morte, salvo o que possam dispor as leis penais militares para tempo de guerra”.

coletado o sangue, por força do art. 15 da Constituição da Espanha, não pode causar prejuízo físico ou psíquico à pessoa e, mais à frente, defende que “...*tampoco se puede, contra la negativa a su práctica, recurrirse al empleo de la fuerza física, que sería en este caso degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución*”²¹⁰⁸. Na linha desse pensamento, o autor em referência²¹⁰⁹ cita decisão do Tribunal Supremo em que se afirma que a obtenção de amostra de sêmen, para fins de elaboração do código genético do DNA, prescinde de consentimento do acusado. Mas, com suporte em doutrina de RUIZ VADILLO, as Regras Mínimas das Nações Unidas (Palmas 1992) permitem que,

... *únicamente con carácter excepcional pueden acordarse tales intervenciones aunque no cuenten con el consentimiento del afectado, en el caso de gravedad del hecho y falta de peligro para el imputado, ejecutadas por un profesional de la medicina y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona.*²¹¹⁰

Na Alemanha, o direito ao silêncio não vai a ponto de reconhecer ao acusado o direito de não suportar intervenções corporais, como tem acentuado o Supremo Tribunal Federal tedesco. ROXIN²¹¹¹, sem análise crítica, revela que o art. 81, a, do Código de Processo Penal alemão determina que o acusado “*debe dejarse extraer sangre para aclarar su eventual responsabilidad lo que, para el delito de conducción baho el efecto de bebidas alcohólicas (parágrafo 136 del Código penal) se convierte en el medio de prueba más decisivo*”.

URBANO CASTRILLO mostra que o Supremo Tribunal Constitucional da Espanha, ao analisar caso em que houve a extração forçada do cabelo e de pelos das axilas, entendeu que isso não afronta o art. 15 nem o art. 18.1, ambos da Constituição espanhola, pois a extração forçada é admitida, nos crimes de maior gravidade e quando haja suficiente justificação²¹¹².

No Direito português, a cláusula do silêncio está catalogada no Código de Processo Penal, no art. 61, 1, c, que inclui, entre os direitos do acusado, o de “Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os fatos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”. A legislação lusitana assegura, como lembra COSTA PIMENTA²¹¹³, “um verdadeiro direito de não-colaboração”. Porém, o art. 172, 1 e 2, do Código de Processo Penal de Portugal, expressamente, prevê que o juiz pode ordenar qualquer pessoa, até mesmo o acusado, a sujeitar-se a exame pericial, devendo-se, porém, respeitar a dignidade da pessoa humana²¹¹⁴.

De qualquer forma, consoante a análise da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil a garantia do direito ao silêncio tem tido alcance maior do que em outros países. Pelos precedentes da nossa Suprema Corte, seria a inadmissível, mesmo para a apuração de crimes mais graves, a extração forçada do cabelo ou de um pedaço ínfimo da unha, pois, embora aqui não ocorra efetivamente uma agressão à integridade física do acusado, importa em constrangimento, tratamento desumano, violação à intimidade e mesmo em obrigar que a pessoa execute à força, contra a sua vontade, uma obrigação específica, o que é vedado em nosso sistema jurídico, não apenas de forma explícita e implícita em diversos incisos do art. 5º da Constituição, como também pela inteligência que se deve conferir ao princípio do direito ao silêncio.

Seja como for, a Lei nº 12.654, de 2012, previu a coleta de perfil genético tanto para a *identificação criminal*, regulada pela Lei nº 12.037, de 2009, quanto para a *identificação de condenado* que esteja em cumprimento de pena, assunto da alçada da Lei 7.210, de 1984.

²¹⁰⁸ Ibid, 96. Em outro passo, URBANO CASTRILLO relata que o Tribunal Supremo, após alguma vacilação, quanto à admissibilidade de utilizar-se o soro da verdade quando havia o consentimento do acusado, por meio do julgamento de 26 de novembro de 1991, entendeu que “... *la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución*” (Ibid., p. 102).

²¹⁰⁹ Ibid.

²¹¹⁰ Ibid., p. 100.

²¹¹¹ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal*, el derecho penal y el proceso penal, p. 139.

²¹¹² O art. 18, 1, da Constituição da Espanha preceitua: —É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem.

²¹¹³ Op. cit. p. 205.

²¹¹⁴ Ibid., p. 457.

A primeira nota a respeito é que o legislador salientou que a técnica a ser utilizada, além de adequada, tem de ser indolor (art. 9º-A da Lei nº 7.210, de 1984, com a redação determinada pela Lei nº 12.654, de 2012). O método utilizado para fins de coleta é com a utilização de uma espécie de cotonete, que capta gotículas de saliva existentes na boca das pessoas. A coleta é rápida, indolor, não é invasiva e não expõe a constrangimento a pessoa. Em certa medida, a forma de coleta do perfil genético é menos constrangedora do que a coleta da impressão digital que é exigida para a emissão de alguns documentos, como é o caso da carteira de identidade.

A questão da constitucionalidade da coleta para fins de formação do perfil genético está pendente de exame perante o Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 973837, submetido ao regime de repercussão geral, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Mas, de toda sorte, não é crível que se venha a declarar a sua inconstitucionalidade, podendo ser ressaltada, apenas, se for o caso, a impossibilidade de a coleta ser feita de modo coercitivo. Mas, ainda assim, há de se ter em conta uma distinção importante. A coleta prevista na Lei nº 12.037, de 2009, não se destina, diretamente, para a investigação de determinado crime. Ora, o dispositivo está na lei que trata da identificação criminal. A finalidade é a formação de um banco de dados para permitir a pronta identificação, especialmente em relação a casos futuros. Assemelha-se, e muito, à situação em que a pessoa se submete à identificação datiloscópica quando ela pretende obter a carteira de identidade ou, então, não possuindo a identificação civil, é obrigada a se submeter à identificação criminal. Ninguém sustentará que, devido ao direito ao silêncio, nesse caso, o acusado tem a garantia de não ser obrigado a se submeter ao processo de identificação. Evidentemente, ninguém tem o direito de ser um *anônimo*, sem identificação.

Aliás, amanhã pode ser que o legislador abandone o sistema datiloscópico como critério de identificação civil e criminal e passe a adotar o fornecimento de elementos para a formação de banco de dados genético. Aí cabe perguntar: De acordo com o nosso sistema, isso colide com a integridade física ou mesmo com o direito à intimidade ou com o direito de não produzir prova contra si? Claro que não. No momento em que o DNA vier a ser a forma de identificação civil e criminal, quando ocorrer o indiciamento da pessoa, caso não tenha identidade civil ou nas hipóteses previstas em lei, ela poderá ser obrigada a se submeter ao exame de DNA.

Em certa medida, foi o que o legislador esclareceu. A par de definir que a identificação criminal inclui o processo datiloscópico e o fotográfico, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, com a alteração promovida pela Lei nº 12.654, de 2012, deixou plasmado que, a despeito da identificação civil, caso seja essencial às investigações policiais, o juiz pode determinar, por decisão judicial, a identificação criminal que, nesse caso, inclui, ainda, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. Essa expressão *essencial às investigações policiais* pode ser limitada à mera identificação da pessoa, podendo ser feita, até mesmo, de forma coercitiva, como se verifica no Direito Comparado.

Situação semelhante diga-se em relação à previsão contida no art. 9º-A da Lei de Execução Penal (incluído pela Lei nº 12.654, de 2012), tornando obrigatória a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, para os condenados por crime praticado mediante dolo, com violência grave contra a pessoa, ou crime hediondo ou a ele equiparado. Observe-se que a identificação genética, ainda que incida naqueles civilmente identificados, serve para proporcionar uma integral e eficaz identificação dos presos. Assemelha-se, e muito, à situação em que a pessoa se submete à identificação datiloscópica quando pretende obter a carteira de identidade ou, então, não possuindo a identificação civil, é obrigada a se submeter à identificação criminal. Ninguém sustentará que, devido o direito ao silêncio, nesse caso, o preso tem a garantia de não ser obrigado a se submeter ao processo de identificação.

Com efeito, com espeque numa interpretação teleológica, extrai-se da situação regulada no preceptivo do art. 9º-A da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984, com redação alterada pela Lei nº 12.654, de 2012), que o material biológico (saliva, por exemplo) coletado apenas será levado em conta como prova contra o condenado, na hipótese de ele vir a praticar no futuro outro delito, cuja autoria poderá ser verificada com a comparação do material genético coletado.

O aludido dispositivo legal se refere tão só à coleta de perfil genético do condenado, e não que o mencionado material tem como escopo servir de prova de imputação feita em processo criminal, não constituindo, assim, produção de prova contra si mesmo, mas sim obrigação legal de se submeter ao procedimento de identificação inerente a sua condição jurídica de preso. Cuida-se, como se

observa, de uma forma específica de *identificação criminal para fins de execução penal*, a fim de conferir maior grau de certeza quanto a quem efetivamente está recolhido à prisão. Tanto é assim que resta ressaltado, no art. 9º-A, § 2º, da Lei de Execução penal que, caso queira ter acesso ao banco de dados referentes aos presos, a autoridade policial terá de requerer ao juiz competente, cabendo a este, se for o caso, dizer para que fins pode ser utilizada a informação para fins investigatórios.

Em verdade, a coleta de DNA em relação ao preso se apresenta como forma específica de *identificação criminal para fins de execução penal*, no propósito de conferir maior grau de certeza quanto a pessoa que efetivamente está recolhida ao cárcere, daí por que a Lei nº 13.964, de 2019, tipificou como falta grave do interno, a recusa em se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético²¹¹⁵.

Sem embargo do que foi exposto acima, o alcance dessa cláusula constitucional não é tão alargado a ponto de entender-se, por exemplo, que o reconhecimento pela vítima ou testemunha somente é admissível caso haja o consentimento do acusado. Não se há de negar que, com a submissão ao reconhecimento contra a sua vontade, o acusado está, de certo modo, produzindo prova contra si forçadamente. O que não se pode admitir é que o acusado, por exemplo, seja conduzido, coercitivamente, ao encontro de uma testemunha, para passar pelo procedimento de reconhecimento. Pelo menos na fase processual, o que acontece, de regra, é o juiz, estando presente o inculpatado, durante a audiência de inquirição da vítima e das testemunhas, perguntar a estas se elas reconhecem o acusado como a pessoa que praticou o crime. Em casos tais, mesmo que o acusado, no ato, proteste contra a medida, isso não tem o condão de invalidar a prova, pois, nesse caso, não há propriamente a exigência de que aquele pratique uma ação contra a sua vontade. Se assim não fosse, chegar-se-ia ao cúmulo de não admitir que fosse válido o testemunho, em crime de acidente de veículo, dando conta de que o acusado estava visivelmente embriagado, sob o argumento de que isso se trata de prova produzida pelo inculpatado contra si.

Entendimento em contrário conduziria à conclusão pela invalidade da prova consubstanciada em filmagem ou depoimento testemunhal a respeito do estado de embriaguez do condutor de veículo, tal como preconizado no art. 306, §2º, do Código de Trânsito, incluído pela Lei nº 12.760, de 2012. Conforme já salientamos anteriormente, há de levar-se em consideração que, nesse caso, não há ofensa à inviolabilidade da intimidade, desde que a filmagem não seja feita de forma clandestina, nem muito menos há de se dizer que foi vulnerada a proteção contra a autoincriminação. Ora, a prova, nesse caso, não foi produzida à força.

Cabe agregar que há notícias de que, no futuro, será utilizado pelas autoridades de trânsito equipamento sofisticado, capaz de identificar e determinar o teor alcoólico na corrente sanguínea, sem a necessidade de exigir da pessoa investigada uma ação positiva, porquanto suficiente posicionar o aparelho a alguns metros de distância, para que o teste seja feito. Se assim for, crê-se não ser o caso de inquirir de invalidade a prova, na hipótese de a pessoa se negar a ser periciada dessa forma. Ora, conforme já salientado, desde que o acusado não seja subjugado mediante força física a ser examinado, não se tem por vulnerado o preceito constitucional.

Sobre o alcance do direito ao silêncio em relação à autoincriminação involuntária, ROXIN ressalta que no Direito alemão, mercê do que dispõe o art. 136 a do Código de Processo Penal, isso se dá apenas quando é feita de modo sub-reptício. Nesse passo, ROXIN diz que o Tribunal Supremo Federal tem considerado ilícita a confissão direta feita a agente policial introduzido clandestinamente na cela do acusado, que tenha obtido a sua confiança, por ofensa ao princípio do direito ao silêncio. Mas, de outra banda, critica o mesmo órgão jurisdicional por ter, sob o argumento de que é necessário para lutar eficazmente contra a delinquência, rejeitado a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, e aceitado a confissão indireta, na hipótese em que, na declaração prestada em confiança ao agente policial, foi revelada a existência de um cúmplice, o qual, convocado para depor, incriminou o acusado²¹¹⁶.

Merece destaque, ainda, a abordagem desse princípio quando a informação obtida com infração do direito ao silêncio não é utilizada para a incriminação da pessoa, mas sim para servir de informação para a investigação de crimes praticados ou que estão sendo planejados por outrem, especialmente quando se trata de delitos da magnitude dos classificados como terrorismo. A esse

²¹¹⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*, p. 232.

²¹¹⁶ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 134.

respeito, JOHN B. TAYLOR²¹¹⁷ propõe novo campo de abordagem sobre o direito ao silêncio, exatamente “Quando o foco da investigação não é a punição mas a prevenção – isto é, quando não serve para a obtenção da confissão mas como inteligência sobre atividades terroristas...”

Por fim, cabe ressaltar que o chamado soro da verdade, por caracterizar procedimento que se contrapõe à dignidade da pessoa humana, que resulta em violência física e psíquica, não é admitido em nosso sistema. O mesmo se diga a respeito do detector de mentiras, ainda que haja o consentimento do acusado, pois a dignidade humana é inegociável quando se trata de provas que comprometem a liberdade da declaração. Ademais, como derivação do direito à vida, mesmo da dignidade da pessoa humana, existe o direito à integridade física e psíquica. Diante dessas garantias da integridade física e psíquica, veda-se a agressão física e psicológica, diante da preocupação com corpo humano, sob os prismas anatômico, fisiológico e mental. O Código Penal coíbe várias ações que importam em agressão à integridade física e psíquica, ao recriminar, por exemplo, as lesões corporais (art. 129) e a exposição ao contágio de moléstia venérea (art. 130), merecendo especial destaque o art. 132, que tipifica, sob a modalidade de crime de perigo, a mera exposição da vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente. A matéria mereceu a atenção do legislador da Lei nº 10.406, de 2002 (instituiu o novo Código Civil), que cuidou de preceituar, no caput do art. 13, que, “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Esclareceu, no parágrafo único do mesmo dispositivo, que tal somente será admissível “... para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”. Embora pendente de definição o que sejam bons costumes, parece, à toda evidência, que esses bons costumes têm de ser vistos em sua acepção geral e específica de cada classe, sendo razoável entender que o soro da verdade e o detector de mentira não se afinam com os bons costumes²¹¹⁸.

No ponto, esclarece ROXIN²¹¹⁹, com apoio na jurisprudência alemã firmada sobre o alcance do art. 136 a do Código de Processo Penal tedesco, que o detector de mentiras não é válido porque este aparelho “... muestra el funcionamiento inconsciente del cuerpo, como la respiración o la presión arterial, de onde se deducen ciertas conclusiones com relevância probadora...”, ou seja, em outras palavras, “... porque com ello el imputado resulta forzado, contra su voluntad, a suministrar pruebas contra si mismo.”

De qualquer sorte, em vários documentários do *ID Discovery* consta que em várias localidades dos Estados Unidos, desde que com o consentimento do acusado consinta, é admitida utilização do detector de mentiras na fase da investigação. ROXIN admite que, quando o acusado solicita livremente se submeter ao detector de mentiras, não há de falar-se em ofensa ao direito ao silêncio, “... no obstante, el Tribunal Supremo Federal alemán considera AL detecto de mentiras como un medio de prueba totalmente inadecuado por los muchos errores que se derivan de su uso (resolución de diciembre de 1998, BGHSt 44, 308)”²¹²⁰.

9.5.2.2 – Direito de audiência (ser interrogado) como materialização da autodefesa e decorrência lógica do direito ao silêncio.

Uma consequência direta da autodefesa é o direito do acusado de ser ouvido por quem tem a competência para julgá-lo. Esse direito constou do artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (“Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública...”). A cláusula está inserta, também, na Convenção Americana de Direitos Humanos, ao se estabelecer, no art. 8.1, que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”. No Direito Comparado, além da Constituição americana, a alemã, de forma

²¹¹⁷ “when the focus of investigation is not punishment but prevention – that is, when interrogation is designed not to obtain a confession but to elicit intelligence about terrorist’s activities...” (TAYLOR John B. *Right to counsel and privilege against self-incrimination: rights and liberties under the law*. USA: ABCCLIO, 2004, p. 268).

²¹¹⁸ Cf. CASTRILLO. Op. cit., p. 102.

²¹¹⁹ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 133.

²¹²⁰ Ibid.

enfática, preceitua, no art. 103, 1, que “Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais.”²¹²¹

Seguindo essa ordem de ideias, J. MAIER²¹²² leciona que, no ordenamento processual criminal alemão, o interrogatório é o exercício de defesa material feito pelo próprio acusado, não se tratando de meio de prova, mesmo que, eventualmente, possa conter revelações incriminatórias. Ainda que não esteja contemplado como direito fundamental declarado na Constituição, no sistema português essa garantia é denominada *direito de audiência*, que se funda, nos termos do art. 61º, 1, b, do Código de Processo Penal, no direito de “Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete”.

Como adverte GERMANO MARQUES²¹²³, “O direito de audiência não consiste apenas no direito de o arguido se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados, mas também o de ser ouvido, de se pronunciar, sempre que o tribunal tenha de tomar qualquer decisão que o possa afectar pessoalmente.” Em verdade, o direito do acusado de ser ouvido pelo juiz que irá tomar uma decisão que possa trazer alguma consequência negativa para ele é uma derivação do direito de audiência e significa que o arguido não deve ser tratado como uma entidade abstrata, como um arguido, puramente formal e presumivelmente culpado, mas como uma pessoa que tem uma versão dos factos e das circunstâncias a transmitir ao tribunal, que por lei é de ser presumido inocente até a condenação, e que como presumido inocente tem o direito a que a sua versão seja ponderada por quem tem o poder-dever de decidir sobre a sua eventual responsabilidade. Conforme GERMANO MARQUES, direito de o acusado ser ouvido (*être entendu de son juge*) é um direito essencial deste que, de outra banda, como consectário lógico, informa que a autoridade judiciária tem o dever jurídico e moral de escutá-lo²¹²⁴.

Observe-se que, No Direito anterior, o interrogatório era situado como ato de defesa, mas, com o advento do Código de Processo Penal de 1941, houve uma mudança substancial, pois passou a figurar como uma das espécies de prova²¹²⁵.

Embora o interrogatório tenha sido inserido no Código de Processo Penal em vigor como uma das modalidades de prova, o certo é que, mesmo assim, alguns doutrinadores de escol, como BENTO DE FARIA, continuaram defendendo que, da mesma forma como ocorria no Direito anterior, esse momento processual era situado como ato de defesa. EDUARDO ESPÍNOLA, em seus comentários sobre o então novo Código de Processo Penal, rebatia com veemência a assertiva de BENTO DE FARIA de que o interrogatório deveria ser considerado, substancialmente, um direito de defesa, para afirmar que, quem assim se expressava, não tinha ainda se apercebido do alcance da inovação legislativa, pois se, de um lado, o interrogatório se traduz em oportunidade ofertada ao acusado para ele dar, com base na verdade ou na mentira, a sua versão sobre o ilícito, serve, por outro, para o juiz avaliar a índole e os sentimentos do acusado, a fim de compreender-lhe o caráter e, ainda, verificar as suas reações, ao ser-lhe dado, diretamente, o conhecimento da imputação feita nos autos²¹²⁶.

MIRABETE²¹²⁷ sustenta que, em nosso sistema, o interrogatório do acusado é meio de prova, mas alerta que se trata, outrossim, de ato de defesa, porquanto não se pode negar que o incriminado pode valer-se dele para se defender da acusação. Atento para a modificação substancial ocorrida com a edição da nova Constituição, EUGÊNIO PACELLI²¹²⁸ reconhece que, sem embargo de concebido inicialmente como um meio de prova, pois o acusado era unicamente mais um objeto da prova, agora, com a nova ordem jurídica, o instituto há de merecer nova leitura. De forma mais incisiva, TOURINHO FILHO²¹²⁹, que sempre sustentou, a despeito da posição topográfica reservada para o interrogatório, que a audiência do acusado era direito de defesa e meio de prova, com a vinda a lume

²¹²¹ O direito do acusado de audiência ou de ser ouvido não está expressamente contemplado nas Constituições da França, Itália e Espanha.

²¹²² Apud TOURINHO FILHO. Op. cit., v. 3, p. 267.

²¹²³ Op. cit., p. 276.

²¹²⁴ SILVA. Op. cit., p. 276.

²¹²⁵ LEAL. Câmara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942. v. 1, p. 475.

²¹²⁶ *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, [19--] v. 2, p. 27.

²¹²⁷ Op. cit., p. 277.

²¹²⁸ Ibid.

²¹²⁹ Ibid., 379.

da Constituição de 1988, e consequente reconhecimento do direito ao silêncio como direito fundamental, assevera que esse ato processual deve ser considerado apenas um meio de defesa.

A razão parece estar com a doutrina expandida por TOURINHO FILHO. O direito ao silêncio, como efetivo meio de defesa, foi inaugurado com a Constituição de 1988. É verdade que, antes, o art. 186 do Código de Processo Penal, em sua redação originária, dispunha sobre a possibilidade de o acusado não responder às perguntas formuladas pelo juiz, de modo a permanecer calado como forma de defesa. Porém, na parte final da norma, havia a ressalva de que esse silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Ora, como é que o silêncio poderia ser considerado uma das formas do exercício do direito de defesa, se o fato de o acusado se recusar a responder todas ou determinadas perguntas acarretava, como sanção, a possibilidade de o juiz, na valoração das provas do processo, levar em consideração essa circunstância para fazer conclusão da culpabilidade? Se o silêncio era um direito de defesa, o seu exercício, evidentemente, não poderia prejudicar essa própria defesa. Para todos os efeitos, antes de um direito, o silêncio era um *onus processual*, assumindo o acusado as consequências daí decorrentes. Atente-se, ainda, para o detalhe de que o legislador processual penal em nenhum momento dizia que o acusado tinha o direito ao silêncio, mas apenas que ele não estava obrigado a responder às perguntas que lhe fossem formuladas. Entre não estar obrigado a responder as perguntas e ter o direito de se defender por meio do silêncio, parece haver diferença substancial.

No intuito de adaptar o sistema normativo à Constituição, o legislador, por intermédio da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, deu nova redação ao art. 186 do CPP e inseriu um parágrafo único a esse dispositivo (“O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”), a fim de deixar claro que o silêncio é um direito, de modo que o seu gozo não importa em confissão, ademais de não poder ser interpretado em prejuízo da defesa.

Não parece acertada a posição defendida por EUGÊNIO PACELLI²¹³⁰ de que a circunstância de o interrogatório persistir como uma espécie de prova não acarreta maiores problemas. A definição de sua natureza jurídica é de fundamental importância, a fim de que sejam pinçados os seus contornos. Ante a concepção de que o interrogatório provém do direito de audiência e que, ao ser ouvido, o acusado tem o direito ao silêncio, tem-se que esse ato processual está inserido no princípio da ampla defesa, muito embora, ocasionalmente, ele possa produzir prova que sirva para fundamentar a condenação²¹³¹.

Concebido como direito de defesa, o primeiro efeito importante daí decorrente é que o acusado, em seu interrogatório, não apenas deve ser informado de que tem o direito de não responder às perguntas, como também, consoante lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES²¹³², de que possui o direito de ser assessorado, na audiência judicial, por um advogado, devendo ser-lhe nomeado defensor dativo, caso não tenha constituído um profissional²¹³³. Assim se posiciona igualmente TOURINHO FILHO²¹³⁴, embora ele reconheça que nunca se anulou um processo devido ao fato de o acusado não ter sido assistido, em seu interrogatório prestado perante o juiz, por advogado constituído ou nomeado.

Com a edição da Constituição de 1988, aumentou o coro doutrinário quanto à necessidade de ser assegurada ao acusado a presença da defesa técnica no interrogatório, porém, o Supremo Tribunal Federal cuidou de dirimir o assunto, deixando assente, em julgamento unânime da Primeira Turma do RHC 80001/SP, relatado pelo Ministro MOREIRA ALVES²¹³⁵, que a jurisprudência da Excelsa Corte “... já se firmou no sentido de que, para a validade desse ato, não é necessária a presença de

²¹³⁰ Op. cit., v. 3, p. 266

²¹³¹ Op. cit., p. 379.

²¹³² A doutrina tradicional, ao especificar as características do interrogatório, destaca o seu caráter (1) personalíssimo (a pessoa interrogada tem de ser o próprio acusado, daí por que, se vários os réus, os interrogatórios devem ser separados); (2) judicial (só ao juiz cabe presidi-lo, pois é a oportunidade que ele tem para conhecer o acusado e escutá-lo); (3) pessoal (não admite a intervenção seja do Ministério Público, seja da defesa, o que, agora, com a nova redação do art. 188 do CPP, ficou mitigado, diante da possibilidade de serem formuladas perguntas complementares sobre fatos pertinentes e relevantes); (4) oral (pois, se for escrito, fica prejudicada a intenção de o acusado fazer-se conhecer pelo juiz).

²¹³³ Op. cit., v. 2, p. 300. No mesmo sentido, EDUARDO ESPÍNOLA defendia ser indispensável a presença de um defensor do acusado, sendo-lhe vedada, apenas, a intervenção nas perguntas ou respostas.

²¹³⁴ Na Constituição do Uruguai expressamente está dito que “(...) *La declaración del acusado deberá ser tomada em presencia de su defensor*” (art. 16, segunda parte).

²¹³⁵ Op. cit., v. 3, p. 275.

advogado – e, portanto, não há necessidade de intimação dele —, porque o interrogatório judicial é ato pessoal do juiz, não estando sujeito ao princípio do contraditório (assim, nos HCs 69372 e 68.882).”

Porém, a Lei nº 10.792, de 2003²¹³⁶, tratou de corrigir a posição da Suprema Corte, de modo que, ao dar nova redação ao caput do art. 185 do Código de Processo Penal, tornou obrigatória a presença, no interrogatório, de advogado constituído do acusado ou, na sua falta, de defensor nomeado, conferindo ao princípio do direito ao silêncio o seu verdadeiro alcance, tendo em conta a sua natureza jurídica de direito de autodefesa, compreendida dentro do contexto da cláusula constitucional da ampla defesa²¹³⁷.

A lei em referência trouxe outras inovações em relação ao interrogatório previsto no Código de Processo Penal. Além de tornar obrigatória a assistência técnica ao acusado no interrogatório e revogar o dispositivo que permitia a interpretação do silêncio em prejuízo da defesa e o que impunha o dever de o juiz consignar, no termo de audiência, as perguntas que não fossem respondidas pelo interrogado, foram introduzidas as seguintes alterações: (1) assegurou ao acusado o direito de entrevista com o seu advogado constituído ou defensor nomeado, antes do início da audiência (art. 185, § 2º); (2) dividiu o interrogatório em duas partes, a primeira sobre os dados do acusado (residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida progressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez, se houve suspensão condicional ou condenação, além de dados familiares e sociais), e a segunda sobre os fatos narrados na denúncia (art. 187); (3) facultou ao Ministério Público e ao defensor do acusado a possibilidade de fazer perguntas, caso algum deles pretenda o esclarecimento de algum fato, que somente serão reperguntadas caso o juiz entenda de sua pertinência e relevância (art. 188); (4) revogou o art. 194, que exigia a nomeação de curador ao acusado menor. Nesse último caso, a revogação da exigência da nomeação de curador tanto pode ter sido motivada pelo fato de o novo Código Civil ter reduzido para dezoito anos a idade com a qual a pessoa adquire a capacidade plena para praticar todos os atos da vida civil, como pela circunstância de a jurisprudência do STF, de longa data, ter-se postado no sentido de que, havendo a assistência do acusado por defensor constituído ou nomeado, tem-se por desnecessária a nomeação de curador. Diante dessa posição do STF, o único ato que poderia ser anulado pela falta de nomeação de curador era justamente o interrogatório, pois no sistema anterior às modificações enxertadas pela Lei nº 10.792, de 2003, esse era o único ato processual em que o acusado podia não estar representado por advogado constituído ou nomeado. A partir do momento em que, pela nova redação dada ao art. 185 do CPP, como o interrogatório é realizado na audiência de instrução e julgamento, passou a ser necessário para a validade do ato a assistência do acusado por meio de advogado constituído ou nomeado, pelo que ficou sem sentido qualquer previsão do tipo da que estava plasmada no art. 194 do CPP. Ademais, com a complementação da primeira etapa da Reforma Tópica do processo penal, que ocorreu em 2008, notadamente em razão da aprovação da Lei nº 11.689, de 2008, que modificou os procedimentos ordinário, sumário e especiais, e da Lei nº 11.719, de 2008, que alterou o rito relativo ao Tribunal do Júri, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato processual após o recebimento da audiência, e passou a integrar a audiência una, devendo ser realizado, tendo em conta o princípio da ampla defesa, depois da produção de todas as provas (art. 400, caput, parte final, do CPP)

Não apenas se assegurou ao acusado o direito de ter, ao ser ouvido perante o juiz, a assistência do advogado constituído ou de defensor nomeado, como lhe foi reconhecido o direito de entrevista reservada com o seu advogado antes do início do interrogatório (art. 185, § 2º, do CPP). Aqui, o legislador nacional adotou a orientação contida no art. 41, terceira parte, do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América²¹³⁸. Essa observação, feita no § 2º do art. 185 do Código

²¹³⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 25/04/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 26 mar. 2005.

²¹³⁷ Essa Lei teve como origem o Projeto de Lei nº 4.204, de 2001, inserido no conjunto dos sete Projetos de Lei com os quais o Executivo encaminhou ao Congresso Nacional a proposta de Reforma Tópica do processo penal. A esse respeito, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 33-45.

²¹³⁸ A recomendação do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América contém a seguinte redação: “Nas declarações que preste durante o procedimento preparatório será instruído a respeito da possibilidade de exigir a presença de seu defensor e consultar-se com ele sobre a atitude a assumir antes de começar a declaração sobre o fato” (art. 41, terceira parte).

de Processo Penal restou, de uma vez por todas, sedimentada, quando foi complementada a primeira etapa da Reforma Tópica do processo penal, verificada em 2008.

Cabe agregar, ainda quanto a esse ponto que, mesmo não tendo sido assegurada a imprescindibilidade de advogado quando do interrogatório prestado na fase da investigação, tendo em conta essa ideia de que se trata do exercício do direito de defesa, a Lei nº 12.850, de 2013, até mesmo na fase do inquérito, garantiu ao investigado o direito de seu advogado ter "... prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato..." (art. 23, parágrafo único).

Observe-se que, seja como for, mesmo na redação originária do CPP, o interrogatório foi elevado à categoria de ato essencial, sob pena de a sua ausência, quando isso é possível, poder ocasionar a nulidade do processo (art. 564, II, e, do CPP), além de ter sido assegurado ao acusado o direito de se submeter a novo interrogatório, quando houver motivo para tanto. Para tornar claro, porém, que o direito a novo interrogatório depende da existência de algo que o justifique, o legislador subconstitucional, dando atenção a reclamação da doutrina, modificou o texto do art. 196 por meio da Lei nº 10.792, de 2003, a fim de esclarecer que o pedido nesse sentido deve ser fundamentado.

Outra repercussão que advém da identificação da natureza jurídica do interrogatório como subprincípio do direito à ampla defesa é quanto ao momento processual mais adequado para que seja ouvido o acusado. Se o interrogatório é uma forma de autodefesa, a audiência do acusado deve ser feita após uma primeira manifestação da defesa técnica, ademais de ser feita após a produção das demais provas, aí se incluindo as oitivas da vítima e das testemunhas, a fim de que o acusado possa dar explicações a respeito do que existe no processo contra si.

O interrogatório realizado antes das demais provas prejudica as explicações do acusado, uma vez que ele não tem conhecimento consistente do que existe de efetivo no conjunto probatório e que pode incriminá-lo. Como é possível, por exemplo, ele refutar as afirmações da vítima ou das testemunhas, se não houve ainda a coleta desses depoimentos no processo? Não se diga que a apuração prévia no inquérito policial seja suficiente, porquanto o mais adequado é que o acusado possa referir-se às provas produzidas e coletadas durante a instrução criminal levada a efeito perante o Juízo.

Seguindo essa observação, o legislador do juizado especial, coerente com a nova natureza jurídica do interrogatório, coloca-o como último ato da instrução criminal, antecedendo, apenas, às razões finais e à prolação da sentença. Com efeito, de conformidade com o art. 81, caput, da Lei nº 9.099, de 1995, ao iniciar a audiência de instrução e julgamento, o juiz deve passar a palavra ao advogado, a fim de que este faça a defesa do acusado, para, em seguida, deliberar sobre o recebimento, ou não, da denúncia. Recebida a peça acusatória, o magistrado toma os depoimentos da vítima e das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela defesa para, só então, ouvir o acusado.

Na mesma concepção e, de outro lado, com a preocupação de estabelecer a coerência sistêmica, as Lei nºs 11.689 e 11.719, de 2008, também deixaram ressaltado que o interrogatório do acusado, uma vez que concebido como expressão do direito à ampla defesa, tanto no procedimento previsto para o tribunal do júri como no ordinário e no sumário, somente deve ocorrer após a produção de todas as provas, ou seja, depois das declarações da vítima, da inquirição das testemunhas e, caso seja necessário, dos esclarecimentos dos peritos, das acareações, do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 411, caput, e 474, caput, e arts. 400, caput, e 531). Dessa forma, o interrogatório passou a ser tratado como genuíno direito de defesa, permitindo que o acusado, ao exercer o direito de ser ouvido pelo juiz, possa reportar-se a todas as provas apuradas contra si e contraditá-las. Assim, independentemente do procedimento e do juízo competente, jurisdição comum, eleitoral, militar ou mesmo quando se trata de processo de competência originária de tribunal, o interrogatório, sem embargo do que disponha a legislação específica, deve ser realizada conforme a regra estampada no art. 400, caput, do Código de Processo. No ponto, em interessante livro sobre o interrogatório, CONRADO REIS²¹³⁹ sustenta a aplicação da regra do CPP mesmo quando se trata de processo de competência da justiça militar, a despeito do que dispõe o Código de Processo Penal Militar.

²¹³⁹ *Interrogatório e presunção de inocência no processo penal: atualizado em conformidade com a Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. Porto: Editorial Juruá, 2021, p. 58.

Esse entendimento encontra apoio na jurisprudência com repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 127.900/AM, em que relator o Ministro DIAS TOFFOLI²¹⁴⁰, com a fixação da tese de que é obrigatória “a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, (não) incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrados”.

Todavia, a Lei nº 12.483, de 2011, em redação canhestra, incluiu o art. 19-A, caput e parágrafo único, na Lei 9.807, de 1999, com o qual previu a possibilidade, como forma de proteção, da antecipação de depoimento, logo após a citação, até mesmo de acusado. Ora, “... essa oitiva antecipada, quando for adotada em relação ao acusado colaborador, será bastante prejudicial, pois lhe será sonogado o direito de ser interrogado após tomar conhecimento de todas as provas produzidas contra si”²¹⁴¹.

Tal assertiva é válida ainda que o acusado ostente a posição de colaborador. Com efeito, a figura do colaborador não se confunde a testemunha, não se mostrando adequado, portanto, aplicar a regra do depoimento antecipado da inquirição. Para todos os efeitos, o colaborador não perde a condição de acusado, razão pela qual não se afina com o sistema acusatório a realização do interrogatório antes de ser produzida a sua resposta. O interrogatório, na qualidade de corolário lógico do princípio da ampla defesa, impõe que o depoimento do acusado seja tomado após a instrução processual, pois o devido processo legal exige que a instrução seja realizada com suporte no contraditório, o que pressupõe a existência de defesa efetiva no processo²¹⁴².

O que se há de exigir é que o interrogatório do colaborador seja anterior ao dos demais corréus, em interpretação extensiva do disposto no § 10-A do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019.

De outra banda, no nosso sistema, o direito de audiência, em verdade, não se esgota mais no interrogatório, embora esse seja o momento processual no qual ele tem a oportunidade de apresentar ao juiz a sua versão sobre os fatos e de dar as explicações necessárias para convencer o julgador de sua inocência²¹⁴³. Vai além para abranger a chamada *audiência de custódia* que, tecnicamente, é *audiência de apresentação*. Essa garantia não está expressa na Constituição nem constava do Código de Processo Penal.

Entretanto, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, determina, no art. 4º, que “Toda pessoa presa ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”. Em obediência a esse preceito incorporado ao nosso sistema, o Conselho Nacional de Justiça impôs a necessidade de apresentação de *toda pessoa presa* ao juiz, no prazo de 24 horas. Note-se que, na Resolução nº 213, de 2015, o CNJ utilizou a expressão *toda pessoa presa*, o que compreende aquelas que são *detidas* em flagrante delito e mesmo as que são objeto de mandado de prisão, em virtude da decretação pelo juiz de prisão temporária ou preventiva, iniciativa que foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240/SP.

Essa posição adotada pelo CNJ manifesta-se correta, pois, pelo texto da Convenção Americana, nota-se que ali se pretendeu expandir o direito de audiência para além da hipótese de flagrante delito. Isso deixa claro que a pretensão da norma internacional é garantir à pessoa a oportunidade de se explicar e fazer conhecer perante o juiz responsável pelo seu direito de liberdade, seja antes da decisão, no caso de flagrante delito, seja após, sendo, no primeiro caso, um direito de contraditório prévio e, no segundo, diferido. Nem se diga que não há sentido em garantir o direito à

²¹⁴⁰ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310049352&ext=.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²¹⁴¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 262.

²¹⁴² Sobre essa questão, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 133-137.

²¹⁴³ O Código de Processo Penal prevê várias oportunidades para a realização do interrogatório, a partir ainda da fase pré-processual. Eis as fases: no inquérito policial (art. 6º, IV, do CPP); no auto de prisão em flagrante (art. 304 do CPP), cuja não realização só é justificável quando o preso está impossibilitado; na audiência de instrução e julgamento (art. 400 do CPP); no plenário do Júri (art. 474); no Tribunal, em processos de sua competência original (art. 7º da Lei nº 8.038, de 28.05.1990) e nos recursos de apelação (art. 616). Nos juizados especiais, o interrogatório está contemplado no art. 81, caput, da Lei nº 9.099, de 1995. Outra oportunidade em que o acusado é ouvido pelo juiz se trata da audiência de apresentação/custódia, mas, nesse caso, não se trata de interrogatório (art. 310, caput, do CPP). O mesmo se diga em relação à audiência do art. 3º-B, inciso VI, do CPP.

audiência de apresentação/custódia, quando se trata de prisão decretada pelo juiz. Na prática, há casos em que o juiz decreta a prisão preventiva, porém, na audiência de apresentação, diante das explicações do preso, se percebe que basta a imposição de uma ou mais medidas diversas da prisão ou, então, verifica-se que ele tem o direito à liberdade provisória²¹⁴⁴.

Coube à Lei nº 13.964, de 2019, inserir no Código de Processo Penal a audiência de apresentação no caput do art. 310, porém denominando-a impropriamente de *audiência de custódia*, assunto objeto do item 9.6.5.2.2.1, infra. Aqui importa acentuar que a audiência de apresentação/custódia foi prevista tanto em relação à detenção em flagrante (art. 310, caput, do CPP), quanto no que diz respeito à prisão temporária ou preventiva (art. 287 do CPP). Aliás, na Reclamação nº 29303 AgR/RJ, em decisão liminar do Ministro EDSON FACHIN²¹⁴⁵, foi determinado que sejam realizadas as audiências de custódia “... em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas”.

9.5.2.3.1 – Direito do acusado de ser ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento.

Considerado o interrogatório como um dos instrumentos postos à disposição para a materialização do princípio da ampla defesa, outra consequência importante dessa concepção é que, ao contrário do que defendia parte da doutrina apoiada em jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, passou a vigorar, no processo criminal, o princípio da identidade física do juiz, pois deve ser assegurado ao acusado o direito de ser julgado pelo magistrado que lhe conheceu e ouviu no interrogatório. Ora, de nada adianta dizer ao acusado que é seu direito fundamental ser ouvido em Juízo, como forma de permitir que ele se faça conhecer pelo juiz e tenha a oportunidade de se explicar, dando a sua versão para o caso, se, de outra banda, o processo pode ser julgado por outra pessoa, em mera substituição de um magistrado por outro, em virtude não se aplicar o princípio da identidade física do juiz.

Não é por outra razão que o Código de Processo Penal, mesmo não contemplando, em sua redação originária, o princípio da identidade física, não disciplinou a expedição da carta precatória para o interrogatório do acusado, uma vez que isso impede que este seja ouvido pelo magistrado responsável pelo seu julgamento, o que é de fundamental importância, a fim de que o julgador conheça minimamente a pessoa submetida a julgamento, com a possibilidade de examinar não apenas a fala, mas a forma como ela se expressa²¹⁴⁶. A esse respeito, cabe verificar que o depoimento reduzido a termo, quando muito, é a mera sombra do que foi dito em audiência. A essência do que foi dito pelo acusado somente pode ser extraída pelo juiz que presidiu o ato, fez as perguntas e apreendeu, diante da forma verbal e corporal como elas foram respondidas, o verdadeiro sentido das afirmações.

A literatura é vasta no sentido de que não apenas a voz revela o que a pessoa tem a dizer, pois o corpo em si fala, sendo identificadas três classes de movimentos expressivos da linguagem corporal, a saber: (i) postura: é a chave não verbal mais fácil de descobrir; (ii) gesticulares: cada gesto é uma palavra e, portanto, pode ter vários sentidos; (iii) faciais: papel chave na comunicação (revela a alegria, medo, raiva, surpresa, asco, afeto). É certo que, atualmente, a maioria dos depoimentos é documentada pelo sistema audiovisual, pelo que resta minorado o problema gerado pelo fato de o juiz responsável pelo julgamento, no caso de expedição de carta a precatória para que seja cumprida na forma, não ter o contato direto com o acusado. Todavia, feito o interrogatório com documentação audiovisual, não tem sentido não ser utilizada a videoconferência, a fim de preservar a identidade física do juiz, assim como tratado no item seguinte.

Em interessante e aprofundado estudo sobre o tema, MARCO ANTONIO MARQUES SILVA²¹⁴⁷, mesmo antes da primeira etapa da Reforma Tópica do processo penal que incluiu o princípio da identidade física do juiz, partindo da consideração de que o juiz criminal, ao fazer a

²¹⁴⁴ O autor, no exercício da atividade jurisdicional, já teve a oportunidade de modificar a prisão preventiva em razão da audiência de apresentação. Tem-se notícias de que o mesmo tem ocorrido perante outros magistrados.

²¹⁴⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL29303agravo.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²¹⁴⁶ Cf. WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. O corpo fala: a linguagem silenciosa de comunicação não verbal. 39. ed. Petrópolis: Editora Vozes, [].

²¹⁴⁷ A vinculação do juiz no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 17

instrução do processo, mantém contato pessoal com as partes a partir do interrogatório do acusado, defende que, com maiores razões do que na seara do processo civil, impõe-se a vinculação do juiz no processo penal, até porque “O magistrado que não participou dos atos processuais, por mais cuidadoso e minucioso que seja, não terá jamais condições de avaliar como um todo o conjunto probatório.”

Tinha razão o autor em referência, pois o processo criminal, diferentemente do civil, sempre e sempre está calcado na apreciação de fatos, os quais devem ser investigados e interpretados não apenas para o fim de determinar quem é o responsável pela autoria e identificar as circunstâncias mediante as quais eles foram perpetrados, como ainda se impõe ao julgador analisar os elementos subjetivos da conduta, o que não se circunscreve à constatação da culpabilidade, a título de dolo ou culpa²¹⁴⁸. Por isso mesmo, cabe ao juiz apurar, no interrogatório, aspectos da personalidade, do comportamento social e da conduta imputada nos autos ao acusado, a fim de, com base nesses elementos, realizar a dosimetria da pena, tendo em mira cumprir o direito fundamental de individualizar a sanção, tal como garantido no art. 5º, XLVI, caput, primeira parte, da Constituição de 1988. Consoante esse dispositivo, está inserido dentre os direitos fundamentais, aplicáveis ao processo criminal, a individualização da pena do acusado, o que, para ser cumprido, ademais de outros aspectos, importa na dosimetria da sanção nos termos do Código Penal, com a observação das três fases previstas para esse fim (teoria de NELSON HUNGRIA, sendo a primeira a fixação das circunstâncias judiciais, com as quais se estabelece a pena-base, depois as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e, por fim, as causas de diminuição e de aumento, para, então, determinar-se a pena concreta. Especialmente na fixação das circunstâncias judiciais, previstas no caput do art. 59 do Código Penal, quanto à análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime, mostra-se de imperiosa necessidade que o juiz tenha tido a oportunidade de ouvir/entrevistar o acusado.

Não se pode esquecer, com supedâneo em lição haurida de ENRICO ALTAVILLA²¹⁴⁹, que o acusado é “... o principal actor de qualquer drama judiciário”, daí por que o interrogatório deve “... ser proclamado o acto processual mais importante, visto que, tendo o processo como finalidade precípua a averiguação da culpa ou da inocência do acusado, claro que toda a actividade processual deste deve ser o centro de polarização de qualquer investigação”²¹⁵⁰. O juiz, quando julga o processo sem ter ouvido o acusado, é como se aquele que vai ser julgado não tivesse *rosto e alma*, assentando-se a decisão apenas nos registros ou sombras existentes nos autos sobre o *personagem* tido como o autor da conduta ilícita. Nesse ponto cabe a metáfora de CARNELUTTI, ao falar sobre a prova²¹⁵¹:

Aqui pode servir também a famosa imagem da gruta: o juiz está encadeado numa caverna, de costas para a abertura por onde entra a luz e não vê mais que as sombras, sobre a parede de frente, dos objetos que passam por detrás dele; as provas são aquelas sombras, em face das quais, às vezes, consegue-se e outras vezes, não se consegue conhecer a verdade. Ele não tem outro modo de conhecê-la fora destas sombras: daqui o cuidado que devemos pôr para nos dar conta do que as mesmas são.

Nada obstante, a maioria da doutrina e a jurisprudência majoritária permaneceu com o entendimento de que, nada obstante as modificações trazidas pela Constituição de 1988, não se aplicava ao processo penal o princípio da identidade física do juiz. O quadro só sofreu modificação com a edição da Lei nº 11.719, de 2008.

Em outro cenário, esse direito do acusado de audiência com o juiz responsável pelo julgamento do processo se espalhou para a denominada *audiência de apresentação*, impropriamente denominada *audiência de custódia*, agora disciplinada pelo art. 310, caput, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 13.964, de 2019. Essa audiência de apresentação (custódia) se traduz no direito da pessoa de se defender perante o juiz responsável pela transformação, ou não, da detenção em flagrante em prisão preventiva. Nesse caso, quando se trata de detenção em flagrante, o juiz não pode *decretar* a prisão preventiva sem que conferida a oportunidade para que detido, em audiência, dê as suas

²¹⁴⁸ Sobre a doutrina da teoria da prova, cf. item 9.1.6, supra.

²¹⁴⁹ *Psicologia judiciária: personagens do processo penal*. 4. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor. 1959. p. 5.

²¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 9.

²¹⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no processo penal*. Tradução Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005.

explicações. Esse direito de audiência, naturalmente, só tem sentido se for perante o juiz competente para decidir quanto à prisão preventiva.

9.5.2.3.2 – Identidade física do juiz como direito do acusado de ser julgado pelo juiz que lhe ouviu.

No desiderato de alinhar o Código de Processo Penal ao *status* de corolário lógico da cláusula da ampla defesa conferido ao interrogatório a partir da inclusão do direito ao silêncio dentre os direitos fundamentais pela Constituição de 1988, o legislador infraconstitucional, na primeira etapa da Reforma Tópica implementada em 2008, por meio da Lei nº 11.719, consagrou o princípio da identidade física do juiz no texto do Código de Processo Penal. Com efeito, no §2º do art. 399 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei em referência, restou plasmado que “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (art. 399, § 2º)²¹⁵². Note-se que, com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.719, de 2008, a instrução probatória, de regra, é feita em uma única audiência, cujo último ato é, exatamente, o interrogatório. No caso de fracionamento da instrução, tendo mais de um juiz atuado, o mais correto é entender que a identidade física será em relação ao juiz que tomou o depoimento do acusado e, por isso mesmo, concluiu a instrução.

De toda sorte, a redação é imprecisa, não esclarecendo situação em que, eventualmente, a instrução venha a ser conduzida por mais de um magistrado. Note-se que o Código de Processo Civil teve o cuidado de ressaltar que a identidade física do juiz é firmada na pessoa do magistrado que concluiu a instrução do processo. Certamente o legislador não adotou essa terminologia para o ambiente do processo penal em razão de uma questão de lógica: na ideia da Reforma Tópica, a audiência de instrução e julgamento é *una*,²¹⁵³ no sentido de que deve ser realizada de uma vez, em um único dia ou em dias sucessivos, com a apresentação, de regra, das razões finais pelas partes após o interrogatório, e, em seguida, a prolação da sentença. Por isso mesmo²¹⁵⁴,

... dependendo do número de testemunhas e de acusado, enfim, de atos a serem realizados em audiência, é preferível, tal como se faz em relação ao tribunal do júri, o juiz marcar o início da audiência para o período matutino, com prolongamento pelo vespertino. (...) Se for o caso, o juiz deve, até mesmo, quando marcar a audiência, diante da quantidade de atos a serem realizados, já fazer a previsão de que ela irá se prolongar por mais de um dia, com pausa para as refeições e o descanso noturno, da mesma forma como se faz em relação às sessões do tribunal do júri. Sendo necessário, a audiência deve compreender mais de um dia sucessivo, tantos quantos forem necessários para o encerramento da instrução e, se for o caso, para o consequente julgamento.

Ainda que a circunstância de a audiência criminal ser *una* não tenha sido o motivo para a redação emprestada ao dispositivo em destaque, não seria pertinente ter utilizado a mesma expressão do Código de Processo Civil. Ora, como já foi ressaltado, no processo penal a identidade física se caracteriza pelo direito do acusado de ser julgado pelo juiz com quem ele teve a oportunidade de dar as suas explicações sobre os fatos que lhe são imputados na ação penal, daí por que, em verdade, pouco importa quem encerrou a instrução em si, mas, sim, o magistrado que colheu o interrogatório.

Portanto, como o interrogatório é direito de defesa, não fazendo, por conseguinte, parte da instrução do processo, não seria adequado, com rigor técnico, dizer que a identidade física do juiz resta firmada na pessoa do juiz que encerrou a instrução. É possível que um juiz presida a audiência *una*, promova a oitiva de todas as testemunhas, porém, em razão da necessidade da juntada de

²¹⁵² A Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe sugeriu que a expressão “presidiu”, do art. 399, § 2º, do Projeto de Lei 4.207, de 2001, que se transformou em lei, fosse substituída pela palavra “concluiu”, o que, porém, não foi acolhido pelos parlamentares.

²¹⁵³ Com a finalidade “... de simplificar e concentrar, na medida do possível, os atos processuais, a Lei nº 11.719, de 2008, determinou que todas as provas devem ser produzidas em uma única audiência. (...) Ou seja, não impôs apenas a reunião em uma mesma audiência das inquirições das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela defesa. A determinação vale para todas as provas. (...) Mas o legislador não se contentou apenas com a produção das provas na audiência. Foi mais além. O interrogatório, que como se viu é um meio de defesa, igualmente, foi inserido como ato a ser realizado na mesma audiência, logo após encerrados os atos de instrução” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 262).

²¹⁵⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 267).

determinado documento, determine diligência²¹⁵⁵ nesse sentido, razão pela qual o interrogatório não seja realizado. Após a realização da audiência, o interrogatório pode ser presidido por outro juiz e, ademais, nesse caso, o magistrado que tiver colhido o depoimento do acusado é o que fica vinculado para a proferir a sentença. Ainda que essa prova seja coletada aos autos sob a sua direção, porém, quando do interrogatório, outro tenha sido o juiz que presidiu o ato. Digamos que o juiz perante o qual foram produzidas todas as provas na situação imaginada tenha sido um juiz substituto, em razão das férias do titular, tendo este, porém, retornado e colhido o interrogatório do acusado. Nesse caso, em razão da identidade física do juiz, quem é o juiz competente para julgar o feito?

No nosso entendimento, estreme de dúvidas que deve ser o juiz que presidiu o interrogatório. E tem mais. O juiz substituto, pela circunstância de ter concluído a instrução, não fica vinculado ao processo, a fim de realizar o interrogatório e, em seguida, exarar a sentença. Isso porque, como salientado, nessa hipótese, como não houve o interrogatório, não se há de falar em identidade física do juiz. Na medida em que o juiz titular da vara, que é o juiz natural do processo, retornar ao exercício da atividade jurisdicional, deverá dar sequência aos atos processuais sob a sua batuta.

Conquanto o princípio da identidade física seja da mais alta importância no processo penal, mais ainda do que no processo civil, mesmo assim, ele não tem um fim em si mesmo, de modo que, eventual prolação da sentença por juiz diverso não gera nulidade absoluta, senão relativa. Por conseguinte, no caso concreto, caso uma das partes invoque a ofensa ao princípio da identidade física do juiz como causa de nulidade do processo, basta, na apreciação do recurso, o tribunal demonstrar que a irregularidade não gerou demonstrado o prejuízo gerado para a parte. Afinal, qual prejuízo seria esse? Ora, se o princípio da identidade física serve para assegurar ao acusado o direito de ser julgado pelo juiz perante o qual teve a oportunidade de manifestar a sua versão sobre os fatos e circunstâncias narrados na ação penal, parece claro que, para fins da nulidade do processo, “... a prova do prejuízo se faz com a demonstração de que o decisum foi exarado dissociado das provas coligidas no processo”, evidenciando que o juiz não tinha conhecimento dos autos ou de parte importante do processo, exatamente pelo fato de não ter participado de toda a instrução²¹⁵⁶.

Esse foi o entendimento sufragado, à unanimidade, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão da relatoria do Ministro LUIZ FUX²¹⁵⁷, no qual restou consignado²¹⁵⁸ que o sopesar das cláusulas da identidade física do juiz e da instrumentalidade das formas leva à conclusão de que a nulidade há de ser reconhecida “... apenas no caso de patente descompasso entre a decisão e as provas colhidas...”, o que não se verificou no caso em julgamento, pois “... a sentença condenatória foi proferida em consonância com as provas dos autos...”²¹⁵⁹.

De forma mais incisiva, o Superior Tribunal de Justiça²¹⁶⁰, no CC 99023/PR, relatado pelo Ministro Napoleão Maia Filho, asseverou que:

(...) A adoção do princípio da identidade física do juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da jurisdição penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da lei.

²¹⁵⁵ O pedido de diligência agora está tratado no art. 402 do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.719, de 2008, devendo ser formulado oralmente, na própria audiência de instrução e julgamento, só podendo ter como objeto circunstâncias ou fatos apurados durante a realização desse ato processual e, ainda assim, apenas há de ser deferida quando for considerada imprescindível.

²⁰³⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 151.

²¹⁵⁶ Ibid.

²¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Data da Decisão 27/09/2011. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia/juris.asp. Acesso em: 14 fev. 2011.

²¹⁵⁸ Há de se reconhecer que, no caso, o Ministro LUIZ FUX buscou auxílio no princípio da instrumentalidade das formas, pois o que se pretendia era a observância, no ambiente criminal, do princípio da identidade física, antes de sua previsão no CPP.

²¹⁵⁹ Ibid.

²¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Data da decisão 10/06/2009. Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudencia/juris. Acesso em 14 fev. 2011.

Essa posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça foi lembrada na redação da ementa do acórdão lavrado pelo Ministro Felix Fischer²¹⁶¹ no HC 201000325213, que achou por bem adicionar que “... no sistema das nulidades pátrio, somente se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos (Precedentes)”. Por sua vez, ao apreciar o HC 200900848960, o Ministro Og Fernandes²¹⁶² a par de reconhecer que a Lei 11.719, de 2008, introduziu, no sistema processual penal, o princípio da identidade física, “... segundo o qual o magistrado que colhe a prova se vincula ao julgamento da causa...”, advertiu que “... Na seara processual penal, vigora o princípio do *pás de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que seja demonstrado o efetivo prejuízo para a parte, não tendo o impetrante logrado demonstrar qualquer gravame...”²¹⁶³.

Por conseguinte, a nulidade processual sob o argumento de que malferido o princípio do juiz natural, porquanto relativa, só há de ser acolhida se demonstrado o prejuízo ocasionado à parte. Ainda que se queira sustentar ser a absoluta nulidade decorrente da ofensa ao princípio da identidade física do juiz, na seara criminal, cabe recordar que o Supremo Tribunal Federal tem precedente no sentido de que, conquanto algumas nulidades sejam de prova impossível, de regra, em decorrência do princípio do *pas nullité sans grief*, pouco importa se a nulidade é absoluta ou relativa, pois, de toda sorte, há necessidade de demonstração de prejuízo concreto a quem suscita o vício²¹⁶⁴. No ponto, discordamos apenas quanto ao entendimento sobre quem recai o ônus de demonstrar o prejuízo, pois, tal como aqui sustentado, não é razoável que seja atribuído à defesa, pois o responsável pela regularidade do processo é o juiz, que é quem o dirige, devendo, por conseguinte, observar a legalidade como garantia inerente ao devido processo legal na seara criminal²¹⁶⁵.

9.5.2.3.3 – Videoconferência como instrumento para preservar o princípio da identidade física do juiz.

Embora o Código de Processo Penal não tenha, em sua redação originária, adotado o princípio da identidade física, tendo em conta a importância do contato direto do juiz com o acusado, que é o principal ator do drama processual, em nenhum momento foi feita a previsão de sua realização por meio de carta precatória.

Em rigor, pode-se dizer que a lógica adotada pelo legislador foi de que o acusado tem o dever de comparecer perante o juízo no qual tramita o processo, sendo irrelevante a circunstância de residir em outra localidade. Quando o interrogatório era visto como mais um meio de prova do que direito

²¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Data da decisão 27/05/2010. Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudencia/juris. Acesso em 14 fev. 2011.

²¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Data da decisão 17/09/2009. Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudencia/juris. Acesso em 14 fev. 2011

²¹⁶³ Ibid.

²¹⁶⁴ Nesse sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, no julgamento do Habeas Corpus 107769/PR, em voto redigido pela Ministra CARMEM LÚCIA, assim decidiu: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR TER SIDO O INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. 1. PACIENTE ASSISTIDO NESSE ATO PROCESSUAL POR DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. 2. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO QUE COMPORTA FLEXIBILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. 1. Interrogatório do Paciente realizado pelo juízo deprecado com a presença de defensor dativo. Ausência de demonstração de prejuízo. Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de ‘prova impossível’, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. 2. Ausência de desarmonia entre o que decidido na sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar e as provas colhidas, entre as quais o interrogatório do Paciente no juízo deprecado. Inexistência de afronta ao princípio da identidade física do juiz. Precedente. O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto e comporta flexibilização. 3. Pretensão de deslocamento do Paciente ou do Conselho Permanente de Justiça para ouvi-lo. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual não é possível reexame de provas em habeas corpus. 4. Ordem denegada. (BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Data da decisão: 18/10/2011. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 22 jan. 2013.

²¹⁶⁵ Cf. Item 9.1.1, supra.

de defesa, o acusado tinha o dever de comparecer para ser inquirido pelo juiz, sob pena de ser conduzido coercitivamente²¹⁶⁶.

Agora, na perspectiva do direito de defesa, o acusado, se tiver o interesse de se explicar perante o juiz responsável pelo seu julgamento, caso resida em outra localidade distinta daquela em que tem curso o processo, precisa se deslocar até o juízo competente. O interrogatório é facultativo, direito do acusado, porém, caso queira exercê-lo, em princípio, terá de comparecer em juízo.

Convenhamos, a inquirição por meio de carta precatória na *forma tradicional* não se conforta com o princípio da identidade física do juiz. Com efeito, na forma tradicional, com o envio da carta precatória, o acusado é ouvido pelo juiz deprecado, magistrado distinto do que é o titular do processo e encarregado do julgamento. Em caso de expedição da carta precatória²¹⁶⁷ para que o acusado seja ouvido por videoconferência, quem vai tomar o interrogatório será o próprio juiz encarregado do julgamento.

Pois bem, tendo em consideração tudo o que já se falou a respeito do interrogatório, de que vale prestar os esclarecimentos e tentar, das mais diversas formas – o que inclui, além das palavras, o comportamento em si, os gestos, a forma de se vestir etc. – convencer o juiz que está lhe ouvindo, se o magistrado que vai julgá-lo é outro?

A reflexão sobre essa indagação está a revelar que o interrogatório por videoconferência, previsto com a inclusão do §1º no art. 399 do CPP, pela Lei nº 11.900, de 2009, não representa apenas passo adequado à informatização do processo, preconizada na Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, mas, especialmente, para conferir maior amplitude e efetividade ao princípio da identidade física do juiz.

Com efeito, o primeiro aspecto a ser salientado quanto aos preceitos que regulamentam a videoconferência, é que o legislador, com desenganado acerto, manteve a ideia originária, qual seja, a de que, de regra, o interrogatório deve ser tomado na audiência una, com a presença física do acusado. Por conseguinte, diferentemente do tratamento legislativo dispensado para a inquirição de testemunhas²¹⁶⁸, para fins de interrogatório, a videoconferência ou a utilização de outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real é uma excepcionalidade, a exigir decisão motivada do juiz, explicitando que a medida tem como escopo atender um dos seguintes fins: (a) prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (b) viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (c) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 do CPP; (d) responder à gravíssima questão de ordem pública (art. 185, § 2º, I/IV).

O segundo aspecto é que, diante da dicção normativa do §2º art. 185 do Código de Processo Penal, a videoconferência para fins de interrogatório, em princípio, só há de ser realizada quando se tratar de acusado preso. Isso porque lá está dito que “Excepcionalmente, o juiz, por decisão

²¹⁶⁶ Cf. item 9.5.2.3, supra, no qual se sustenta que o direito ao silêncio, entendido como decorrência lógica do direito à ampla defesa, compreende o direito de não comparecer para ser interrogado, de modo que, com a Constituição de 1988, deixou de ser obrigatório para ser facultativo, estando, por conseguinte, revogado o art. 260, caput, do CPP. Cf., ainda, SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 153159.

²¹⁶⁷ De acordo com a Resolução 105, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, deve ser expedida a carta precatória para fins de videoconferência, tanto quando se trata de depoimento testemunhal, quanto de interrogatório. Até porque, de outra forma, não se teria como fazer a distribuição do pedido de colaboração no Juízo demandado, a não ser que haja um sistema eletrônico nacional integrado desenvolvido para o agendamento das videoconferências, que, inclusive, está sendo desenvolvido pelo Conselho da Justiça Federal - CJF. Quando houver sistema dessa natureza, a carta precatória poderá ser eliminada. Acrescenta-se, apenas, que a carta precatória pode, e deve, ser expedida na forma eletrônica, nos termos da Resolução nº 100, de 2009, do Conselho Nacional de Justiça.

²¹⁶⁸ Quanto à testemunha, em homenagem ao princípio da identidade física do juiz, caso resida em localidade distinta do juízo em que tramita o processo, a oitiva deve ser feita por meio de videoconferência. Assim, “... estando a testemunha em outra unidade da federação, a realização da inquirição por videoconferência será feita com a presença da testemunha no fórum do Juízo no qual ela reside. Será expedida a carta precatória, com a solicitação de que o juiz deprecado, no dia e hora previsto, havendo possibilidade tecnológica, intime a testemunha para comparecer naquele Juízo, a fim de que ela participe da audiência una realizada no Juízo deprecante, mediante a sua inquirição por videoconferência. Verifique-se que, em verdade, com o auxílio da tecnologia, a testemunha, estando em outra unidade da federação, participa da audiência una levada a efeito no Juízo deprecante.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 253)

fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real...” (Grifamos). Conquanto essa seja a interpretação literal que sobressai da leitura do §2º do art. 185 do CPP, essa posição não parece ser a mais acertada. Pelo menos em duas hipóteses manifesta-se razoável admitir a videoconferência de réu solto, quais sejam: (i) impossibilidade de comparecimento em razão de problemas de saúde ou (ii) de ordem financeira. Essa é, em verdade, a interpretação mais consentânea do inciso II do §2º do art. 185 do CPP, que autoriza a realização da videoconferência do interrogatório, para fins de “viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para o seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal”.

Tenha-se que essa foi a inteligência emprestada pelo Conselho Nacional de Justiça²¹⁶⁹ à matéria, ao deixar expresso, no caput do art. 6º da Resolução nº 105, de 2010, que nas hipóteses em que o acusado, estando solto, quiser prestar o interrogatório, mas haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal, o ato deverá, se possível, para fins de preservação da identidade física do juiz, ser realizado pelo sistema de videoconferência, mediante a expedição de carta precatória. Portanto, a expedição da carta precatória na forma tradicional para fins de interrogatório só é pertinente quando não for possível o seu cumprimento por videoconferência e desde que, tendo o acusado demonstrado a intenção de ser ouvido, justifique a sua impossibilidade de se deslocar para comparecer perante o juiz do processo, seja por problema de saúde, seja em razão de problema de saúde, dificuldade de deambulação ou financeira.

Quanto à realização do interrogatório por videoconferência, ademais da necessidade de que as partes sejam intimadas da decisão com a antecedência mínima de 10 (dez) dias da data da realização do ato, é preciso, sob pena de nulidade, que sejam asseguradas ao acusado as seguintes garantias: (a) direito de acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento (art. 185, §4º, do CPP); (b) direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor, o que compreende o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do fórum, e entre este e o preso (art. 185, §5º, do CPP).

O direito de acompanhar, de onde se encontra para participar da videoconferência, os atos da audiência realizados no juízo deprecante, decorre do *direito de participação*, que, ao fim e ao cabo, garante ao acusado a possibilidade de tomar conhecimento de todas as provas existentes contra si e a utilizar o interrogatório como a oportunidade de ele próprio se defender perante o juiz. Note-se que o interrogatório, conforme o art. 400, caput, do CPP, há de ser realizado após toda a instrução processual, exatamente para permitir ao acusado que, quando for se explicar ao juiz, tenha conhecimento de todas as provas que há no processo. Portanto, em se tratando de interrogatório por videoconferência, não basta fazer o contato remoto para colher o depoimento, mas tem de se assegurar ao acusado o direito de assistir, à distância, todo o desenrolar da audiência.

Por sua vez, o direito de entrevista com o advogado, tanto prévia quanto no decorrer da audiência, provém do direito que o acusado possui de *auxiliar na sua defesa*. Cabe notar que, da maneira como redigido o dispositivo, evidencia-se ser necessário, para a validade do ato, além da assistência jurídica no Juízo deprecante, sede na qual se dá, para todos os efeitos, a audiência una, que haja um defensor no local em que prestado o depoimento. Não temos dúvida de que assim procedeu o legislador no sentido de cercar o acusado de mais garantias, quando o seu interrogatório é prestado do interior de estabelecimento carcerário, evitando, com isso, que ele se sinta coagido ou desencorajado a falar, notadamente em relação a eventuais maus tratos que esteja sofrendo na prisão.

Se assim é, estando solto o acusado, sendo o interrogatório por videoconferência prestado no Juízo deprecado, a ausência de defensor no local não acarreta nenhuma nulidade. Nada obstante esse entendimento, a fim de evitar que, mesmo nesse caso, se entenda pela invalidade do ato, o melhor é que seja providenciado defensor para o ato. Mas, há de se alertar que, em decorrência do isolamento social imposta como medida de contenção da pandemia da Covid-19, muitos interrogatórios passaram a ser feitos por teleaudiência, hipótese na qual o acusado presta o seu depoimento, de regra, de sua própria residência e, em boa parte dos casos, do escritório do próprio advogado.

²¹⁶⁹ Na qualidade de Conselheiro, fomos o relator dessa Resolução, aprovada, à unanimidade, no plenário do CNJ.

A respeito da exigência de defensor no local do depoimento quando se trata de interrogatório prestado de dentro de estabelecimento carcerário, parece claro que o exercício dessa função há de ser feita por defensor público, da União ou do Estado, a depender do estabelecimento prisional, se federal ou estadual, mesmo que o acusado esteja, no ato, perante o Juízo deprecante, sendo representado por advogado constituído. Aqui é irrelevante se o processo é da competência da justiça federal ou estadual. O que importa para definir se a atribuição é da defensoria pública da União ou do Estado é a natureza do estabelecimento prisional. Se o preso está em presídio ou estabelecimento carcerário federal, o dever de assistência jurídica é da União. Sendo o presídio estadual, a assistência recai sob a responsabilidade da defensoria pública do Estado. Até porque essa atuação do defensor que deve estar ao lado do preso que presta o interrogatório do interior do cárcere se circunscreve em garantir que ele não sofrerá nenhum tipo de pressão, não sendo de sua alçada promover a defesa no processo, o que deve ser feito pelo causídico que está na audiência.

O legislador ainda cuidou de exigir que o corregedor, o juiz de cada causa, assim como o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil fiscalizem a sala no estabelecimento prisional reservada para a realização de atos processuais pelo sistema de videoconferência. Isso sem prejuízo de o juiz das execuções, nas visitas mensais aos estabelecimentos penais, fazer essa fiscalização (art. 185, §6º, do CPP).

Todavia, o legislador foi omissivo por não ter deixado expresso que a direção do ato processual realizado por meio de videoconferência cabe ao juiz do processo, sob pena de malferição ao princípio da identidade física do juiz. Até porque, mesmo quando for o caso de acusado solto, em que a expedição da carta precatória para o interrogatório se faz em consonância com o art. 185, § 2º, II, do CPP, para todos os efeitos, o depoimento será na audiência uma realizada no juízo deprecante, de modo que a direção do ato cabe ao juiz do processo. Basta que no juízo deprecado, no local em que o acusado prestar o seu interrogatório, estejam presentes servidores para viabilizar a videoconferência e manter a ordem.

A fim de dissipar dúvidas a respeito, o Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 105, de 2010, esclareceu que, na videoconferência para a oitiva de testemunha, bem assim, no interrogatório do acusado, a prática do ato deve ocorrer durante a audiência uma na qual é promovida a instrução referente aos demais depoimentos pessoais, sob a direção do juiz do processo que, em relação à videoconferência, é o deprecante (arts. 3º, §2º, e 7º, caput)

No início, houve dúvida quanto à validade da videoconferência. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Habeas Corpus 88.914, relatado pelo Ministro Cezar Peluso²¹⁷⁰, afirmou-se que o interrogatório feito “... por teleaudiência, estaria eivado de nulidade, porque violado o seu direito de estar, no ato, perante o juiz.” Isso porque, quando do julgamento em referência, ainda não havia sido editada a Lei nº 11.900, de 2009, de modo que a videoconferência havia sido realizada quando não existia ainda previsão no Código de Processo Penal quanto à utilização desse recurso tecnológico.

Por isso mesmo, no julgamento do HC 90.900, em que relatora a Ministra Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu apenas a inconstitucionalidade formal de lei

²¹⁷⁰ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.org.br/jurisprudencia. Acesso em 3 nov 2008. Merece transcrição o que consta do Informativo: “Inicialmente, aduziu-se que a defesa pode ser exercitada na conjugação da defesa técnica e da autodefesa, esta, consubstanciada nos direitos de audiência e de presença/participação, sobretudo no ato do interrogatório, o qual deve ser tratado como meio de defesa. Nesse sentido, asseverou-se que o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) pressupõe a regularidade do procedimento, a qual nasce da observância das leis processuais penais. Assim, nos termos do Código de Processo Penal, a regra é a realização de audiências, sessões e atos processuais na sede do juízo ou no tribunal onde atua o órgão jurisdicional (CPP, art. 792), não estando a videoconferência prevista no ordenamento. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-la deveria ser motivada, com demonstração de sua excepcional necessidade no caso concreto, o que não ocorrerá na espécie. Ressaltou-se, ademais, que o projeto de lei que possibilitava o interrogatório por meio de tal sistema (PL 5.073/2001) fora rejeitado e que, de acordo com a lei vigente (CPP, art. 185), o acusado, ainda que preso, deve comparecer perante a autoridade judiciária para ser interrogado. Entendeu-se, no ponto, que em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão *perante* não contemplaria a possibilidade de que esse ato seja realizado on-line. Afastaram-se, ademais, as invocações de celeridade, redução dos custos e segurança referidas pelos favoráveis à adoção desse sistema. Considerou-se, pois, que o interrogatório por meio de teleconferência viola a publicidade dos atos processuais e que o prejuízo advindo de sua ocorrência seria intuitivo, embora de demonstração impossível. Concluiu-se que a inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição que a garante em plenitude, e que, quando impedido o regular exercício da autodefesa, em virtude da adoção de procedimento sequer previsto em lei, restringir-se-ia a defesa penal. HC 88914/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 14.8.2007. (HC-88914)” (Ibid.).

estadual paulista que disciplinava o interrogatório por videoconferência, ao fundamento de que só a União pode legislar sobre matéria processual²¹⁷¹.

Após o disciplinamento legal da videoconferência por lei no Código de Processo penal, restou afastada qualquer questionamento quanto à legalidade. Ademais, com a pandemia do novo coronavírus (2019-nCoV), não apenas a videoconferência em si restou mais do que referendada, mas, igualmente, o que se denomina teleaudiência, que significa a realização da audiência sem que nenhum dos sujeitos do processo – aí incluídos o juiz e os servidores – esteja presente no fórum, todos participando do ato de suas próprias residências ou escritórios, em relação aos advogados.

9.5.2.3 – Exercício do direito ao silêncio que não pode servir de fundamento para a condenação do acusado.

Apenas a partir do advento da Constituição de 1988 pode-se dizer que no sistema jurídico brasileiro restou catalogado o direito ao silêncio. Até então o que tínhamos no CPP era o ônus do silêncio, pois o juiz podia embasar o seu juízo pela culpabilidade do acusado em razão de ele ter preferido ficar calado durante o interrogatório. Como decorrência da expressa previsão do direito ao silêncio na Constituição de 1988, ainda que com alguma demora, o legislador infraconstitucional cuidou de modificar, por meio da Lei nº 10.792, de 2003, a redação do art. 186 do Código de Processo Penal, para deixar expresso, no parágrafo único enxertado ao referido dispositivo, a assertiva de que o silêncio, além de não valer como confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Também em decorrência de a cláusula constitucional em destaque possuir natureza jurídica de direito de defesa, o legislador ordinário tratou de revogar, igualmente, a norma do art. 191 do Código de Processo Penal, que, na sua redação originária, impunha ao juiz, como dever de documentação do interrogatório, fazer consignar, no termo, as perguntas que o acusado, ao invés de responder, eventualmente preferir silenciar.

A redação do art. 191 era um corolário lógico da possibilidade de o silêncio ser interpretado em prejuízo da própria defesa, conforme era permitido pelo art. 186 do CPP, antes de sua modificação pela Lei nº 10.792, de 2003. O juiz consignava no termo as perguntas que não tinham sido respondidas para poder, na sentença, fazer-lhes referência e, assim, ter condições de externar os motivos pelos quais interpretava o silêncio em prejuízo da defesa. MIRABETE, sobre o assunto, era de opinião de que o direito ao silêncio, previsto na Constituição, não tinha revogado o art. 191 do CPP, pois isso permite que o advogado ou defensor do acusado invoque “... uma razão compreensível para o seu silêncio facilitando a sua defesa ou, pelo menos, apagando a má impressão causada, naturalmente, pela sua recusa em falar”²¹⁷². Com o devido respeito, mas não parece que assim fosse, pois a razão da existência do art. 191 com aquele conteúdo não era essa. O dever de documentação era para que o juiz pudesse, ao exarar a sentença, fazer referência ao fato de o acusado ter silenciado. Na falta de documentação desse acontecimento ocorrido oralmente na audiência, o juiz não poderia, à evidência, fundamentar a sua decisão com base nesses elementos, até porque não se saberia, ao certo, quais teriam sido as perguntas, com os seus respectivos conteúdos, que não tinham sido respondidas pelo acusado.

Como consequência, o legislador teve de retificar a legislação subconstitucional a fim de adequá-la à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em reiterados julgados, acompanhando o entendimento da doutrina, afirmou estar revogada aquela observação então registrada no art. 186 do Código de Processo Penal²¹⁷³.

Por pura desatenção do legislador, a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, conquanto tenha modificado os arts. 186 e 191 do CPP, deixou de revogar o art. 198, também do CPP. Assim, de forma assistemática, hoje o art. 186, parágrafo único, do CPP diz que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”, enquanto o art. 198 do mesmo diploma legal, contraditoriamente, informa que “O silêncio do acusado não importará

²¹⁷¹ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. J. em 30 nov. 2008. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 3 nov. 2008

²¹⁷² Op. cit., p. 282.

²¹⁷³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Classe: HC – Processo: 8451, SP, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 19/10/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 26 fev. 2005.

confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. A solução é permanecer com o entendimento de que o art. 198 foi revogado com a introdução efetiva do direito ao silêncio na qualidade de corolário lógico do princípio da ampla defesa, como, aliás, já vinha decidindo, mesmo antes da alteração legislativa, o Supremo Tribunal Federal, pois, além de acentuar que o acusado tinha o direito ao silêncio, aquela Alta Casa de Justiça firmou passo no entendimento de que o acusado ter o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio²¹⁷⁴.

A bem da verdade, algo deve ser acrescentado a respeito desse assunto. Por mais que tenha sido revogada a advertência de que o silêncio do acusado poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa e, em seu lugar, tenha sido colocada a observação de que o silêncio não importa em confissão nem pode ser interpretada em prejuízo da defesa (art. 186, parágrafo único), a situação do acusado fica deveras delicada quando ele diz que prefere não responder uma determinada pergunta. Ainda que seja defeso ao juiz, na sentença, fazer alguma consideração quanto ao silêncio do acusado, a impressão negativa que daí resulta não deixa de ser sopesada no subconsciente do magistrado, quando da sua valoração sobre os fatos.

Exatamente em razão dessa realidade, o advogado criminalista atento não recomenda, nunca, que o seu cliente se abstenha de responder a alguma pergunta que lhe seja formulada pelo juiz, razão pela qual raramente acontece de o acusado deixar de respondê-la. Nas aulas sobre o direito ao silêncio, costumava afirmar que, durante muito tempo de exercício da magistratura, nunca tinha deparado com hipótese em que o acusado manifestasse, na audiência, o direito de ficar em silêncio diante de uma determinada pergunta. Porém, isso findou ocorrendo mais de uma vez. Em uma das ocasiões, tal se deu em processo no qual se apurava crime de roubo a agência bancária. A linha da autodefesa no interrogatório era de negativa de autoria. O acusado chegou com uma história pronta e acabada sobre o local no qual se encontrava quando da ocorrência do crime, o que estava fazendo e com quem se encontrava. Mais à frente, diante de uma pergunta para qual ele não estava preparado, o acusado, após hesitar bastante, resolveu dizer que preferia não responder. Nesse momento, ele produziu uma prova fortíssima contra si, que ficou no subconsciente do julgador. O advogado, diante do silêncio de seu cliente, ficou visivelmente incomodado, uma vez que ele, sabiamente, percebeu, diante do contexto da situação, como tinha sido desastroso aquele comportamento.

Por isso mesmo, o advogado orienta para que o seu cliente dê a resposta, ainda que não corresponda à verdade. Diferente é quando se trata de interrogatório perante autoridade que não tem o poder de julgar o acusado, como é o caso do delegado de polícia e, no mais das vezes, dos membros das Comissões Parlamentares de Inquérito. Nesses casos, sim, de regra, quanto menos o acusado falar, melhor, pois evita que ele, mesmo por via reflexa, se incrimine entre em contradição ou revele detalhes que podem dificultar, posteriormente, a definição da linha de defesa quando ouvido pelo juiz, que é quem, efetivamente, vai lhe julgar.

Assim como calar perante o juiz não é estratégia da melhor defesa, falsear a verdade no interrogatório, nem sempre se mostra produtora. Quanto à decisão se o melhor é prestar o interrogatório ou não, o determinante não é propriamente o maior ou menor grau de instrução do acusado, senão as suas condições pessoais que podem, em uma situação como a do interrogatório, ser favoráveis ou desfavoráveis à defesa. Não se pode perder de vista que o acusado é uma espécie de testemunha de seus próprios atos, de modo que ele está sujeito, como alerta ENRICO ALTAVILLA, aos mesmos erros que perturbam o depoimento de quem não tiver participação ativa no episódio reportado²¹⁷⁵. Mesmo juízes, advogados ou membros do Ministério Público que passaram vários anos estudando e mesmo com bastante experiência em fazer audiência, quando participam do ato na qualidade de testemunha, sentem a diferença. A solenidade do ambiente judicial e a importância do ato processual conspiram para a anormalidade psicológica de quem vai depor.

Esse *fenômeno psicológico* do testemunho – aí incluindo a inquirição da testemunha, o interrogatório do acusado e as declarações da vítima – tem o aspecto subjetivo, que é a capacidade psicológica do indivíduo para falar a respeito do fato, e o objetivo, que é a propriedade do objeto ou do fato a ser recordado (diz respeito à memorialidade, que é a capacidade do objeto para se fazer recordar com exatidão). Consoante lembra MIRA Y LOPES, vários fatores podem influenciar em um depoimento: a) modo como percebeu o evento criminoso; b) modo como a memória conservou o

²¹⁷⁴ Ibid.

²¹⁷⁵ Op. cit., p. 10.

evento; c) modo como é capaz de evocá-lo; d) modo como quer expressá-lo; e) modo como pode expressá-lo; f) da maior ou menor duração dos estímulos; g) do maior ou menor grau de iluminação; h) do silêncio; i) da falta de atenção; j) do desvio da associação de ideias do seu curso normal; k) da imaginação; l) da emoção; m) das ilusões; n) das alucinações; o) da perturbação da memória; p) da falta de interesse; q) da paixão; r) da paranoia; s) da imbecilidade; t) da histeria; u) da melancolia; v) do tempo: a exatidão da recordação tende a diminuir com o passar do tempo.

Portanto, assim como ocorre em qualquer testemunho, o acusado, ainda que inocente e diga, no interrogatório, a verdade, pode comprometer-se perante o juiz. Às vezes o depoimento do acusado é distorcido sem o interesse propriamente dito de falsear a verdade, mas pela *falsa percepção* dos fatos. Ademais, por questão de ordem psicológica, é natural que a pessoa, ao realizar um ato impulsivo, tenha uma *memória lacunar* dos fatos, de modo que, não são poucas vezes, ele "... só mantém claro na recordação o elemento central, podendo não se recordar de tudo o que fez contra os outros..."²¹⁷⁶ “. Muitas vezes, em razão da fidelidade, o depoimento é sem lógica, contraditório e, por isso mesmo, considerado pouco fiel, justamente porque se julga que o acusado não foi sincero.

Há de se ter presente que todo depoimento possui certo *coeficiente pessoal na percepção e na evocação mnemônica* (associação daquilo que deve ser memorizado com dados da experiência já conhecidos ou vividos), daí por que não há nada mais errado do que se supor que as palavras do acusado devem encaixar-se como *peças de um quebra-cabeça*. Na psicologia judiciária, costuma-se identificar dois tipos de depoimento: aquele que é sereno, retilíneo e seguro, como o *voo de andorinha*, e aquele que é conturbado, sinuoso e inseguro, como o *voo de morcego*. A excessiva preocupação em relatar detalhes, com fatos bem encaixados, deve ser recebida com certa desconfiança, pois, mesmo que corresponda à verdade, exige que o acusado tenha memória fotográfica e atenção incomum para a observação das pequenas coisas. Não é sem razão a conclusão de ALTAVILLA²¹⁷⁷:

Essa recordação exageradamente precisa, ou é consequência da atenção febril de quem cometeu ou está para cometer um crime, em virtude do qual um acontecimento pode ter sido registrado com toda a precisão, nos seus mais pequenos detalhes, por via do interesse que despertava no culpado, interesse que não poderia explicar-se num espectador indiferente, ou é consequência de um acto de atenção forçada, no caso do acusado ter querido fixar pequenas circunstâncias incalculáveis, com a evidente finalidade defensiva de dar à sua narrativa, ao seu álibi, uma aparência de veracidade”.

Ademais disso, não se pode esquecer que é natural o nervosismo do acusado, principalmente quando é ou acredita ser inocente, porquanto ele sabe, mais do que ninguém, que o interrogatório é o momento sobremaneira importante, ato processual de sua inteira responsabilidade, que se presta para que ele próprio tente convencer, com as suas palavras, aquele que vai julgá-lo.

É comum o advogado, ao aceitar a causa do cliente, dizer a este que ele terá de cumprir a sua parte, que é tentar, quando da realização do interrogatório, demonstrar ao juiz que é inocente. Ora, se até a testemunha, que não vai ser julgada, sente-se incomodada em ficar diante do juiz com o compromisso de dizer a verdade, pois tem a preocupação de fazer-se acreditar quanto àquilo que está dizendo, imagine-se como não fica o acusado que é inocente.

Por isso mesmo, todo bom advogado criminalista sabe que o interrogatório é um momento processual por demais decisivo para a sorte de seu cliente. Em que pese se trate de oportunidade ímpar para que o acusado se faça conhecer pelo juiz e possa dar a sua versão sobre a imputação delituosa que lhe é feita, sabe-se que eventuais deslizamentos cometidos ou a má-impressão deixada perante o julgador podem ser decisivos para a condenação. Em pesquisa informal, feita mediante conversas com vários juizes de larga experiência, pode-se dizer que, para muitos deles, a prova decisiva para o processo, mesmo quando o acusado comparece para negar a sua participação no *eventus sceleris*, decorre da impressão que se tem com o interrogatório, servindo a prova testemunhal para corroborar, ou não, aquela primeira impressão. Por isso mesmo, o advogado diligente procura, de toda maneira, orientar o seu cliente como deve comportar-se diante do juiz. Não se pense que isso somente ocorre

²¹⁷⁶ Ibid., p. 11. O testemunho é formado por um processo que se inicia com a apreensão dos fatos pelos sentidos, gerando os estímulos que são conduzidos para os centros cerebrais, daí advindo as sensações que concebem as percepções, sendo estas o conteúdo puro do testemunho.

²¹⁷⁷ Op. cit., p. 16.

no tribunal do júri. O advogado recomenda a seu cliente que seja calmo, paciente, educado e seguro nas afirmações e, ainda, que se apresente ao juiz, sem exageros, vestido adequadamente. É óbvio que a boa defesa começa com a impressão positiva que o acusado consegue transmitir ao juiz que irá julgá-lo. Ainda que, por questão de ordem ética, o advogado não deva determinar o conteúdo do interrogatório, afinal de contas a escolha entre *dizer a verdade ou mentir* é algo que consulta o *livre-arbítrio* do cliente, ele tem de mostrar as consequências das afirmações e pode, até mesmo, acrescentar o que seria recomendável falar.

Registre-se que o advogado criminalista não deve ser recriminado, por mais *hediondo* que seja o crime objeto do processo, por exercer a defesa do acusado. O causídico não defende o *comportamento criminoso*, mas o *homem*. *Não defende o crime* que foi praticado, e, *sim, a pessoa* que o praticou. Ademais, conforme já foi visto, o princípio da ampla defesa no ambiente criminal resulta na assertiva de que, sem *defesa efetiva e eficiente*, não é possível, validamente, se condenar alguém pela prática do crime. Um profissional do Direito terá de assumir a defesa do acusado, sob pena de o processo ter de ficar paralisado. Na cidade de Touros, interior do Rio Grande do Norte, nos idos do ano de 1986, ocorreu um crime denominado *Crime da lagoa do sal*, em que o empregado de uma fazenda assassinou um colono, militante do Movimento dos Sem-Terra – MST. O delito suscitou extrema comoção, com o incentivo de diversas entidades ligadas à luta popular pela racionalização da distribuição de terra. Como o acusado não tinha condições de constituir advogado, todas as vezes que era nomeado um defensor dativo, logo depois o advogado comparecia perante o juiz, para declinar do *munus publicum*, em virtude das fortes pressões feitas pelas entidades de classe que apoiam o movimento dos rurícolas. A situação só foi equalizada, quando o juiz²¹⁷⁸ convocou os representantes das diversas entidades, para explicar que, com a pressão feita aos advogados nomeados para que desistissem de defender o acusado, o processo não podia ter andamento. No Caso COLLOR, o renomado advogado ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO foi recriminado, até mesmo por entidades que se dizem democráticas, pelo fato de ter assumido a defesa do ex-Presidente da República FERNANDO AFFONSO COLLOR DE MELLO.

Tendo em conta todos esses aspectos, muitas vezes, como estratégia de defesa, o mais adequado é que o acusado sequer atenda ao chamamento judicial para o seu interrogatório. Com base nessa perspectiva e na de que o interrogatório, agora, é substancialmente meio de defesa, mais especificamente forma de autodefesa que complementa a defesa técnica, a conclusão que se tira é de que o acusado tem o direito de, como estratégia de defesa traçada por seu advogado, abrir mão do direito de audiência e deixar de comparecer ao interrogatório.²¹⁷⁹ Nesse passo, o art. 260, caput, do Código de Processo Penal se encontra revogado, na medida em que ele confere ao juiz o poder de determinar a condução à força do acusado a sua presença, a fim de que seja realizado o seu interrogatório.

Nessa ótica, o direito ao silêncio compreende, igualmente, o direito de não comparecer ao interrogatório ou de não o prestar, mesmo presente à audiência de instrução e julgamento. Contudo, no julgamento do Habeas Corpus 79.244/DF, aqui já referido, impetrado por Francisco Lopes contra ato praticado por Comissão Parlamentar de Inquérito, o Supremo Tribunal Federal, pela pena do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em votação unânime, concluiu que do direito ao silêncio, consagrado em nosso sistema jurídico após a Constituição de 1988, “... não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas que entenda possam vir a incriminá-lo.”²¹⁸⁰ Assim, naquela decisão, ocorrida no ano de 2000, o STF firmou posição no sentido de que, conquanto ao acusado seja reconhecido o direito ao silêncio, ele não pode recusar-se a comparecer ao interrogatório, pelo que continua possível a sua condução coercitiva, caso ele recalcitre em atender ao chamamento judicial.

²¹⁷⁸ O autor deste livro era o juiz do caso.

²¹⁷⁹ No direito inglês, embora o acusado não possa a ser obrigado a ser interrogado contra a sua vontade, o Police and Criminal Act 1984 confere à autoridade policial, em certas circunstâncias, o poder de deter uma pessoa para fazer o seu interrogatório, o que é muito criticado. (Cf. ESPENCER, John. O processo penal na Inglaterra. In: *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, p. 86.

²¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Classe: HC – Processo: 79244, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, un., Data da decisão: 23/02/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 23 mar. 2005.

Todavia, logo depois, no exame do Habeas Corpus 80.592/PR, relatado pelo Ministro SYDNEY SANCHES²¹⁸¹, cujo julgamento ocorreu em 3 de abril de 2001, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sem discrepância de votos entre os ministros que participaram da sessão, expressou o entendimento de que, quando a pessoa é convocada para depor, mas deixa de comparecer ao interrogatório, ela não pode ser conduzida coercitivamente, uma vez que a sua recusa em se fazer presente perante o juiz deve ser interpretada como se ela tivesse preferido calar-se. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Sexta Turma, à unanimidade, em voto da lavra do Ministro FERNANDO GONÇALVES²¹⁸², em que pese tenha entendido que o acusado pode ser obrigado a participar da audiência de reconhecimento – o que, conforme a tese aqui expendida contraria a cláusula constitucional em foco, pois o acusado não pode ser coagido a produzir prova contra si –, afirmou que não há obrigatoriedade quanto ao comparecimento ao interrogatório.

Tem-se, assim, que a verdadeira essência do direito ao silêncio, como decorrência lógica da cláusula magna da ampla defesa, confere ao acusado o direito de não ser obrigado, forçadamente, a produzir prova contra si, preceito que contempla, igualmente, o direito de o acusado, como forma de estratégia de sua defesa, deixar de comparecer ao interrogatório, razão pela qual se conclui que o art. 260 do Código de Processo Penal encontra-se revogado.

Cabe agregar ainda a respeito do tema que, dentre as alterações introduzidas no procedimento previsto para os crimes julgados pelo tribunal do júri, eliminou-se a ausência do acusado como causa de adiamento do julgamento. Aliás, a redação do caput do art. 474 Código de Processo Penal é bastante clara ao dizer que “... será o acusado interrogado, se estiver presente...”²¹⁸³ Ou seja, se não estiver presente, não há o interrogatório, devendo o juiz passar para a fase dos debates entre o Ministério Público e a defesa.

Assim, para os julgamentos pelo tribunal do júri, o interrogatório passou a ser, expressamente, facultativo. Entretanto, a Lei nº 11.719, de 2008, deixou de revogar o art. 260 do Código de Processo Penal, pelo que, em relação aos demais procedimentos, contraditoriamente, embora se trate o interrogatório de um direito, continuaria a ser ato obrigatório, mesmo quando, como estratégia de defesa, o melhor fosse o acusado não o praticar. Mas não é o que se extrai do art. 367 do do Código de Processo Penal, também introduzido pela Reforma Tópica de 2008, ao esclarecer que “O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo”.

A conclusão que se tem, portanto, é de que o art. 260 do Código de Processo Penal está, ainda que implicitamente, revogado devido as alterações introduzidas pela Reforma Tópica, que introduziu dispositivos para disciplinar o interrogatório como um direito, não como espécie de prova.

Porém, especialmente em grandes operações, alguns juízes passaram a determinar a condução coercitiva para fins de interrogatório dos investigados em relação aos quais não imposta a prisão temporária ou preventiva. Esse tipo de medida, por exemplo, foi adotado no caso de repercussão nacional envolvendo corrupção sistêmica entre políticos integrantes do Legislativo e do Executivo, mais conhecido como *Lava Jato*, tendo havido bastante repercussão na mídia a condução coercitiva do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Consoante o entendimento aqui afirmado, essa medida igualmente se mostra inadequada, pois a pessoa não pode ser obrigada a prestar o

²¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL, INSTAURADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. “HABEAS CORPUS” CONTRA ESSE ATO, COM ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO S.T.F. E DE AMEAÇA DE CONDUÇÃO COERCITIVA PARA O INTERROGATÓRIO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO S.T.F. PARA O JULGAMENTO DO “WRIT”. INDEFERIMENTO DESTES. Data da decisão: 03/04/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/juris.asp. Acesso em: 07 abr. 2005. Merece destaque a parte da ementa assim redigida: “Por outro lado, o Parlamentar pode ser convidado a comparecer para o interrogatório no Inquérito Policial, (podendo ajustar, com a autoridade, dia, local e hora, para tal fim – art. 221 do Código de Processo Penal), mas, se não comparecer, sua atitude é de ser interpretada como preferindo calar-se. Obviamente, nesse caso, não pode ser conduzido coercitivamente por ordem da autoridade policial, o que, na hipótese, até foi reconhecido por esta, quando, nas informações, expressamente descartou essa possibilidade.”

²¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP – Processo: 346677, UF: RJ. TURMA, Data da decisão: 21/09/2002. Disponível em: www.cjf.gov.br/Juris/Juris.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

²⁰⁶¹ Redação da Lei nº 11.689, de 2008.

²¹⁸³ Redação da Lei nº 11.689, de 2008.

interrogatório. A condução coercitiva pode ser feita em relação a quem é testemunha dos fatos, pois ela é prova, sendo, portanto, obrigatório o depoimento.

Mesmo para quem entendia que o art. 260 do CPP não estava revogado e que em virtude dele, mesmo sendo agora tratado como direito, o interrogatório não é facultativo, deveria levar em consideração que a norma em foco confere ao juiz uma possibilidade, na medida em que diz que “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório ... a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. Por conseguinte, mesmo que se entendesse pela validade da norma, o juiz só excepcionalmente poderia determinar a condução coercitiva para o interrogatório, em decisão devidamente fundamentada. Até porque, assim como se dá no procedimento do tribunal do júri, não estando o acusado presente à audiência, o juiz deve passar, sucessivamente, a palavra para o Ministério Público e para a defesa, a fim de que sejam apresentadas, em audiências, as razões finais e, em seguida, seja proferida a sentença²¹⁸⁴. Ademais, pela dicção normativa empregada pelo legislador, quem pode ser conduzido coercitivamente é o *acusado*, o que, tecnicamente, quer dizer pessoa que for objeto de denúncia oferecida pelo Ministério Público. Não parece válido, no ponto, ao argumento de que a expressão *acusado* não foi utilizada no sentido técnico-jurídico, pretender fazer uma interpretação ampliativa, a fim de incluir pessoa indiciada em inquérito policial nem muito menos quem é meramente suspeito em investigação.

De qualquer sorte, ainda para quem faça uma interpretação extensiva do art. 260 do Código de Processo Penal no escopo de permitir a condução coercitiva, para incluir além do acusado toda e qualquer pessoa investigada, indiciada, ou não – portanto, mesmo que na mera condição de suspeita –, é preciso observar que o dispositivo em foco, em sua parte inicial, contempla uma condição, qual seja, “Se o acusado não atender à intimação...” Isso quer dizer que, para haver a determinação da condução coercitiva, é imprescindível que tenha havido, antes, uma *intimação* ou convocação da pessoa, tendo esta se recusado ou deixado de atender o chamamento.

Todavia, em boa hora, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADPF 444/DF) e o Partido dos Trabalhadores (ADPF 395) ingressaram, perante o Supremo Tribunal Federal, com Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo o Ministro Gilmar Mendes, em ambas, deferido medida cautelar, a fim de vedar a condução coercitiva de investigados para interrogatório. Como se vê, inicialmente, com a liminar, foi suspensa a vigência do dispositivo apenas em relação às investigações, permitindo a condução coercitiva, ainda, quando se tratasse de interrogatório na fase processual.

Porém, quando do julgamento do mérito das ADPF 395/DF e ADPF 444/DF, ambas da relatoria do Ministro Gilmar Mendes – finalizado em 14 de junho de 2018, por maioria de 7 a 4 –, indo mais além na identificação do descompasso do preceito normativo em foco com os cânones constitucionais, a Suprema Corte declarou que o art. 260 do CPP não foi recepcionado em relação ao interrogatório, seja na fase da investigação, seja na fase processual²¹⁸⁵.

Tem-se, assim, que, acertadamente, a condução coercitiva para fins de interrogatório não é mais permitida em nosso sistema jurídico, pelo menos até que o Supremo Tribunal Federal modifique o seu entendimento firmado sobre o tema. O que se aguarda é que o legislador, de uma vez por todas, revogue expressamente o art. 260 do CPP.

9.5.2.4 – Direito da pessoa de ser ouvida perante o responsável pela acusação, antes do oferecimento da denúncia.

Se o direito ao silêncio, como forma de autodefesa, compreende a garantia de o acusado ser ouvido pelo juiz, a fim de que ele possa fazer-se conhecer e contar a sua versão sobre os fatos que lhe são imputados, em visão mais alargada da cláusula constitucional permite que se enxergue, no preceito, uma garantia de que o direito de audiência se estenda ao prévio contato com aquele que é o responsável em formular a peça acusatória. Com efeito, em um sistema realmente garantista, parece

²¹⁸⁴ A regra, agora, é que as razões finais, assim como a sentença, devem ser apresentadas em audiência. As exceções são basicamente duas: no procedimento ordinário, quando for deferido requerimento de diligências, feito em audiência ou cinco dias após, e quando a complexidade do caso ou o número de acusados recomendar a apresentação de memoriais.

²¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo905htm. Acesso em 17 jul. 2018.

fundamental que o acusado tenha o direito de ser ouvido pelo membro do Ministério Público que tem a responsabilidade de definir se aqueles elementos probatórios produzidos pela autoridade policial são idôneos, ou não, para o oferecimento da denúncia.

Observe-se que, se o interrogatório, a partir da Constituição de 1988, passou a se constituir essencialmente um direito de defesa, abandonando, dessa forma, o seu então conteúdo misto, como espécie de defesa e de meio de prova, qual o sentido de o indiciado ser ouvido no inquérito, nessa condição, perante a autoridade policial? Ora, quando esta faz o interrogatório, é porque já reunidos os elementos referentes às circunstâncias, à materialidade e os indícios da autoria para fins do *indiciamento* fundamentado (art. 2º, §2º, da Lei nº 12.830, de 2013). Por conseguinte, o interrogatório em si, na esfera policial, pelo menos no que diz respeito ao indiciamento, de nada servirá para influenciar na conclusão do inquérito. Porque o interrogatório, em termos de efetividade como meio de defesa, não traz nenhuma consequência para a conclusão do inquérito, mostra-se patente que há necessidade de modificar-se essa sistemática.

De toda sorte, partindo da premissa de que o interrogatório, em nosso sistema, seja na esfera policial, seja na judicial, trata-se de exercício do direito de defesa pelo próprio acusado (autodefesa), tem-se que o mais adequado é que seja assegurada ao indiciado a oportunidade de ter contato direto com o membro do Ministério Público, no desiderato de dizer a este a sua verdade sobre os fatos. Com isso, o indiciado pode, muito bem, convencer o representante do *parquet* de sua inocência ou mesmo de que o seu comportamento, por mais injustificável que se apresente objetivamente, foi processado com base em explicações que, conquanto não sejam suficientes para a exclusão de criminalidade ou de culpabilidade, devem ser sopesadas na avaliação do caso, até mesmo, se possível, para fins de proposta da suspensão condicional do processo.

Observe-se que, na evolução do processo penal, a fim de remediar o erro político da Escola Clássica, a Escola Positiva esclareceu que não se deve julgar o caso (fato criminoso), senão a pessoa que praticou o crime, daí por que se faz necessário, com o auxílio de outras ciências, notadamente da Sociologia, Medicina, Antropologia e Criminologia, conduzir o processo judicial com a preocupação de permitir que o acusado seja efetivamente conhecido. Chamado, nessa mudança de paradigma, para o processo a fim de ser conhecido no sentido de fornecer provas, agora, a partir da nova orientação iniciada com a Escola da Nova Defesa Social e sedimentada em nosso sistema jurídico com a Constituição de 1988, a presença do acusado é exigida como instrumento necessário para a materialização do postulado da ampla defesa²¹⁸⁶.

Convocado para a investigação pré-processual ou judicial a fim de defender-se, nada mais natural que ao acusado seja garantida a oportunidade de explicar-se perante o Ministério Público sobre os fatos apurados pela autoridade policial. Note-se que, concebido na redação originária do CPP sob a orientação de que o interrogatório era uma simbiose de prova e de meio de defesa – na verdade o legislador inseriu o instituto dentre as espécies de prova –, o acusado não tinha nenhuma oportunidade concreta de se fazer ouvir pelo membro do Ministério Público.

Ademais, na sistemática original do Código de Processo Penal, o membro do Ministério Público sequer era obrigado a comparecer ao interrogatório, posto que ele apenas era notificado desse ato judicial de fundamental importância, sendo irrelevante a sua presença. Salvo raríssimas exceções, quando se tratava de casos de maior repercussão na sociedade, é que o órgão ministerial cuidava de comparecer ao interrogatório. Dessa forma, a instrução processual servia para que o Ministério Público, finalmente, tivesse contato direto com as testemunhas e demais provas que tinham sido apuradas pela autoridade policial, mas não tinha nenhuma serventia para fazer com que aquele, pelo menos, ouvisse o acusado. Longe do acusado, de quem somente tinha notícia pelo que estava reduzido a termo nos autos, conforme ditado pela autoridade policial ou pelo juiz, pelas informações da vítima e das testemunhas e demais provas constantes dos autos, o *parquet* tinha o acusado como um ilustre desconhecido, cujo comportamento delituoso ele tem por missão conhecer a fundo, para o fim não só de formar o seu juízo quanto ao oferecimento da denúncia ou não, como também de definir qual deve ser a medida mais consentânea para responsabilizá-lo pelo ilícito e que se preste para a sua ressocialização.

²¹⁸⁶ Sobre essa maior participação do acusado na fase pré-processual, na visão da Escola da Nova Defesa Social, cf. item 1.3.9, supra. Em relação às Escolas Clássica e Positiva, cf. itens 1.3.3 e 1.3.4, supra.

A fim de reorientar a sistemática então vigente, a Lei nº 9.099, de 1995, concebeu a existência de uma fase preliminar, a qual, além de concitar à resolução consensuada do fato ilícito, serve para que o Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, tenha um primeiro contato com aquele que é apontado como o autor do fato e, assim, possa melhor definir se a hipótese comporta denúncia ou pedido de arquivamento do termo circunstanciado. Nessa mesma linha de pensamento, embora por linhas transversas, a nova redação do art. 188 do Código de Processo Penal – redação determinada pela Lei nº 10.792, de 2003 – impõe a presença do Ministério Público ao interrogatório do acusado, com a possibilidade, até mesmo, de formular perguntas, desde que elas sejam pertinentes e relevantes. Essa modificação do Código de Processo Penal, ainda que não garanta a oportunidade de o acusado ser ouvido pelo Ministério Público antes do oferecimento da denúncia, representa grande avanço, pois permite que o membro do órgão ministerial tenha melhor conhecimento sobre aquele que ele está acusando da prática do crime²¹⁸⁷.

Como foi visto anteriormente, com as inovações nos procedimentos ordinário, sumário e relativo ao tribunal do júri, implementadas com a Reforma Tópica de 2008, essa possibilidade de o acusado ser melhor conhecido pelo Ministério Público foi incrementada, uma vez que o interrogatório passou a ser colhido quando da realização da audiência una de instrução e julgamento, após a produção de todas as provas.

Com efeito, como para pedir a absolvição o *parquet* não está orientado pela cláusula da presunção de não culpabilidade ou do *in dubio pro reo*²¹⁸⁸, para que ele postule nesse sentido é indispensável a sua participação no interrogatório. Na sistemática anterior, como o interrogatório era o primeiro ato subsequente ao recebimento da ação penal, sem que fosse obrigatória a participação do Ministério Público, o único contato que este tinha com o acusado era por meio da interpretação abstraída da leitura do termo com o conteúdo das respostas dadas pelo acusado, o que nunca era capaz de conferir a segurança que somente é possível quando se está presente no ato, com a garantia de que eventuais inquietações do responsável pela persecução criminal sejam indagadas ao próprio interrogando. No ponto, como aqui já foi dito, a redução a termo das palavras da pessoa ouvida em juízo, quando muito, fornece uma ideia do que realmente foi apurado. Por mais que o juiz fosse fiel na reprodução das palavras do acusado – o que, infelizmente, nem sempre ocorria, pois, não poucas vezes, o juiz, ao ditar o que foi respondido pela pessoa, expressa uma certa interpretação do que foi falado —, ainda assim, o que estava escrito não conseguia fornecer a devida dimensão da resposta, pois a compreensão desse meio de comunicação não se faz apenas pelas palavras, mas pelos gestos, pelo comportamento, pela entonação da voz, pela firmeza ou reticência, pelo contexto das perguntas, enfim, pela forma efetiva como ela foi manifestada pela pessoa entrevistada. Quem não participava do interrogatório, por mais talento que possuísse, não tinha condições de avaliar, com profundidade, a essência do que haiva sido transmitido pelo acusado.

Para escoimar essa anomalia, além de deslocar o interrogatório para a *audiência una*, após a produção de todas as provas, a nova sistemática aplicável aos procedimentos estabeleceu, como regra, as razões finais e a sentença em audiência, ademais de permitir a documentação dos depoimentos em geral por meio de sistema audiovisual, o que hoje, felizmente, é uma realidade no Judiciário. Assim, caso eventualmente o representante do Ministério Público autor das razões finais seja diferente daquele que participou da audiência, será possível melhor conhecimento sobre as nuances do interrogatório (art. 405, § 1º, do CPP).

Por outro lado, um dos benefícios dos poderes investigatórios do Ministério Público reside, justamente, nessa possibilidade de o membro do *parquet* ter contato mais direto com as provas, especialmente no que diz respeito à oportunidade de conhecer mais de perto o agente, antes mesmo de definir se os elementos probatórios ensejam o aforamento, ou não, da denúncia²¹⁸⁹. Ademais, esse prévio contato do Ministério Público com o indiciado parece de imprescindível importância para o fim de permitir que o órgão ministerial defina se deve, ou não, oferecer a suspensão condicional do processo.

²¹⁸⁷ Em muitos casos, tem-se a certeza de que, se o Ministério Público tivesse ouvido o acusado antes do oferecimento da denúncia, não teria sido ajuizada a ação penal.

²¹⁸⁸ Cf. item 9.2.4, *supra*.

²¹⁸⁹ Cf. item 9.3.2.2.1, *supra*.

Justamente pelo fato de não ter essa audiência antes do oferecimento da denúncia, boa parte dos membros do Ministério Público deixa para formular, ou não, o pedido de suspensão condicional do processo, após ouvir a palavra do acusado, depois de oferecida a denúncia. Isso, na prática, tem ocorrido com frequência. Observe-se que, para pedir a suspensão condicional do processo, em linha de rigor, o acusado deve satisfazer aquelas condições reclamadas para a substituição da aplicação da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, razão pela qual daí resulta que o Ministério Público, para formular a proposta, deve verificar se “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias...” (art. 44, III, do Código Penal) indicam que a suspensão é pertinente para a solução do caso. Especialmente em relação aos aspectos atinentes à personalidade, é imprescindível que o Ministério Público tenha ouvido a palavra do indiciado, a fim de que, ao formalizar a acusação, avalie com substância a plausibilidade de pedir a suspensão condicional do processo. Como é que ele vai fazer efetivamente avaliação, na hora de fazer a denúncia, caso o Ministério Público não tenha tido a oportunidade de conversar com o acusado, de ver sequer o seu rosto?

Por isso mesmo, no nosso sentir, malgrado não conste do procedimento, quando satisfeito o requisito objetivo para a suspensão condicional do processo, isto é, a pena mínima não for superior a um ano, e houver indicativo na peça acusatória de que poderá ser formulada a proposta nesse sentido, com o recebimento da ação penal, “... o melhor é citar o acusado para, em dia e hora, comparecer em Juízo, para participar de uma espécie de audiência preliminar, na qual será tentada a solução consensuada do processo criminal”²¹⁹⁰.

Essa posição doutrinária ganhou colorido especial com a introdução em nosso sistema jurídico do acordo de não persecução penal. Conforme exposto no item 9.1.3.3.2, supra, a oferta ou a comunicação da recusa do oferecimento da proposta de ANPP se trata de pressuposto objetivo de admissibilidade da ação penal, de modo que, não raro, ensejará a necessidade de que o representante do Ministério Público, na fase preparatória da persecução penal, quando se tratar de crime cometido sem violência ou grave ameaça e cuja pena mínima não seja superior a 4 (quatro) anos, escute o investigado, a fim de observar se é caso para firmar o acordo.

9.5.2.5 – Incentivos legais à confissão ou colaboração, como forma de premiação ao acusado e, por via reflexa, de exercício, ainda que indireto, do direito de defesa: colaboração premiada.

Na primeira edição deste livro, tratamos os incentivos legais à confissão ou colaboração, então previstos em nosso sistema jurídico, como instrumentos hábeis à expansão do direito à ampla defesa no ambiente criminal. Como consequência das mais diversas notícias veiculadas na imprensa nacional sobre crimes de corrupção envolvendo agentes públicos, revelando o desvio de vultosos recursos financeiros para irrigar campanhas eleitorais e enriquecer agentes públicos, empresários e servidores, esse tema ganhou relevância no cenário nacional, sendo evidenciada e discutida a pertinência da utilização da colaboração – pejorativamente chamada de *delação* – de agentes participantes do esquema criminoso mediante a proposta de concessão de benefícios, tais como a renúncia da ação penal, perdão judicial, redução da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e, até mesmo, a definição de regime de cumprimento da pena mais benéfico.

A despeito de o tema se encontrar na *ordem do dia*, suscitando densos debates políticos e doutrinários, que passeiam pelos aspectos de ordem jurídica e ética, efetivamente o assunto só mereceu a devida atenção do legislador brasileiro com a edição da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Uma coisa é certa: estreme de dúvidas, sem a colaboração obtida a partir da premiação, esses ilícitos de base organizativa, a exemplo dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, ainda que não ficassem de todo impunes, só ensejariam as condenações de alguns agentes, aqueles diretamente envolvidos com as operações, não havendo como reunir provas contra os mentores do esquema, geralmente os ocupantes de cargos relevantes na administração pública ou detentores de cargos eletivos.

A par disso, indo além do incentivo da colaboração de quem responde pela prática de crimes, a Comunidade Europeia, os Estados Unidos e as Nações Unidas passaram a adotar programas de *reportantes* como um dos instrumentos necessários para a defesa do interesse público. O Brasil

²¹⁹⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 112.

assumiu o compromisso perante a ordem internacional de adotar esses programas, tal como se evidencia da Convenção das Nações Unidas para Combate à Corrupção e Convenção Interamericana de Combate à Corrupção. Esse mecanismo é denominado *Whistleblower*, que consiste na criação de regras para possibilitar que o cidadão colabore, sem receio de retaliações, para a proteção do patrimônio público. Essa forma de proteção está em compasso com a pauta dos direitos fundamentais, na medida em que é forma de garantir à pessoa as condições necessárias para colaborar com a segurança pública, nos termos da parte final do art. 144 da Constituição, materializando o direito da liberdade de expressão e do pleno exercício da cidadania. Ainda que de forma precária, o instituto do *Whistleblower* foi instituído em nosso sistema por meio da Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, sendo aperfeiçoado com o chamado *Pacote Anticrime*.

A Lei nº 13.608, de 2018, premia o cidadão que faz *delatio criminis* agindo como se fosse fiscal do Estado (vigilante ou informante), podendo ser estabelecido, dentre outras formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos, o pagamento em dinheiro, quando a contribuição leve à resolução de crimes. Nesse sentido, no mês de janeiro de 2018, no Estado do Ceará, em virtude de diversos ataques à população em geral, promovidos por organizações criminosas, houve a aprovação de lei estadual, estabelecendo incentivo financeiro para quem prestasse informações identificando agentes que estavam praticando os atos de violência.

A Lei nº 13.964, de 2019, promoveu alterações na Lei nº 13.608, de 2018, a fim de disciplinar, de forma mais consistente, o instituto do *whistleblower*, determinando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem unidade de ouvidoria ou correição com a missão institucional de conferir proteção a pessoas que resolvam relatar informações sobre crimes praticados contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (art. 4º, caput), tornando-as a salvo de retaliações. Ademais das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 1990 (Lei de Proteção à Testemunha), a Lei nº 13.608, de 2018, com as alterações promovidas, confere garantia ao *whistleblower* contra “... demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas” (art. 4º-C, caput), assegurando-o o direito ao ressarcimento em dobro quanto a eventuais danos materiais, sem prejuízo da indenização por danos morais e, ainda, o direito ao recebimento de recompensa, no caso de as informações resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, limitada à quantia de até 5% (cinco por cento) do valor recuperado (art. 4º-C, §§ 2 e 3º).

9.5.2.5.1 – Delação ou colaboração premiada: colaboração com a sociedade como forma de defesa

Delação ou colaboração premiada consiste no acordo entre o investigado ou acusado e a autoridade policial ou o representante do Ministério Público. Nos termos da definição legal do art. 3º-A da Lei 12.830, de 2013 (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. Dessa forma, o colaborador, como forma de barganhar a pena que lhe será aplicada aceita voluntariamente prestar informações cruciais para a desarticulação do grupo criminoso e para a identificação de terceiro também teve participação no fato delituoso. Em troca pela colaboração, o agente pode ser compensado com acordo que pode implicar na renúncia à ação penal – similar ao acordo de não persecução penal – na extinção de sua punibilidade por meio do perdão judicial, redução da sanção, fixação de regime menos rigoroso de cumprimento da pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em outras palavras, a delação ou colaboração confere ao agente colaborador benefícios legais, forma de premiação que, por via reflexa, serve, ainda que mediatamente, para o exercício efetivo do direito à ampla defesa. A definição legal resolve, em parte, discussão doutrinária a respeito de sua natureza jurídica. O art. 3º-A da Lei nº 12.850, de 2013, esclarece que a colaboração consiste em um meio de obtenção de prova, de modo que o seu conteúdo em si não serve para fundamentar sentença criminal e, sequer, serve na qualidade de indícios para fins de servir de fundamento para a decretação

de medidas cautelares reais ou pessoais ou o mesmo o mero recebimento de ação penal (art. 4º, § 16)²¹⁹¹. FREDERICO VALDEZ, mesmo antes da alteração legislativa em foco, entendia que, em tese, as palavras isoladas do colaborador não se apresentavam como suficientes para preencher as exigências da justa causa para fins de instauração do processo.

Agora, em razão do dispositivo em destaque, para todos os efeitos, o conteúdo da colaboração premiada só serve para o processo se e quando corroborado por provas acostadas aos autos, que tenham sido obtidas por seu intermédio ou por outra via lícita. Ou seja, o conteúdo da colaboração premiada é mero *meio de obtenção de prova*, não sendo, portanto, espécie de prova ou, sequer, de indício de autoria.

Aqui se diz que o legislador resolveu apenas em parte a questão referente à natureza jurídica, pois não foi feita referência normativa quanto à circunstância de a colaboração premiada se apresentar, igualmente, como meio de defesa, tese sustentada neste livro.

Impende observar que, etimologicamente, a palavra delação – é a preferida na linguagem comum – origina-se do latim *delatione* e, em explicação simples, traduz-se no ato de o investigado ou acusado revelar à autoridade policial ou ao representante do Ministério Público a participação de terceiro na empreitada criminosa. Por sua vez, a expressão premiar, conforme consta no Dicionário Aurélio Buarque, significa “dar prêmio ou galardão a; laurear; galardoar; pagar; recompensar; remunerar”²¹⁹². Tendo em conta esse aspecto, Damásio de Jesus²¹⁹³ esclarece que a interlocução delação premiada é a “incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato).” Diz-se premiada por ser incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios, que podem consistir em redução da pena, perdão judicial, regime mais benéfico de cumprimento da pena etc.).

Em compasso com os ensinamentos doutrinários, a colaboração premiada pode ser antes ou durante o processo. A primeira se dá na fase da investigação policial, antes de recebida a denúncia contra o acusado. A segunda, naturalmente, após o ajuizamento da ação penal e, até mesmo, posterior à prolação da sentença condenatória. O escopo perquirido com a delação é desbaratar o grupo organizado, seja para punir todos os envolvidos, seja para coibir a continuidade da prática delitiva e, até mesmo, para permitir que, com a exata compreensão de como se deu o esquema criminoso, possam ser adotadas estratégias para prevenir a perpetração de novas infrações. O instituto similar no Direito americano é o *cooperation agreement*, merecendo destacar, aqui, que, embora haja um ajuste a respeito da pena a ser aplicada, não se trata de *assunção de culpa*, de modo que esse acordo, por si só, não autoriza a prolação de sentença condenatória contra o colaborador. Assemelha-se com o *sentence bargaining*, conforme visto no item 9.1.3, supra.

O prêmio à colaboração é assunto de ordem ética que enseja contundente divergência entre os doutrinadores. Não se confunde com o depoimento dado por testemunha, pois, neste caso, são declarações oriundas de uma pessoa que também teve participação na empresa criminosa, não se tratando, por tanto, de depoimentos sobre atos de terceiros.

Note-se que a palavra delação, no seu sentido técnico, refere-se às afirmações feitas por um dos envolvidos no crime, com a propriedade de identificar a participação de outras pessoas, fornecendo detalhes sobre o ilícito, de modo que, na arena das relações pessoais, a delação pode ser vista como uma *traição*, o que, em rigor, seria reprovável mesmo quanto a companheiros da empresa criminosa.

Assim, para todos os efeitos, no momento em que o Estado, por meio da lei, incentiva e oferece um prêmio a quem se presta a *delatar* outrem, em certa medida, está fomentando a *traição*. De qualquer sorte, sob outra ótica, a delação pode representar o interesse – despertado por algum fator – de um dos envolvidos no crime em colaborar com o Estado e a sociedade em si, no sentido de dizer a verdade e esclarecer um fato que interessa à comunidade, ademais de ser instrumento que permite ao agente manifestar o seu arrependimento pelo agir ilícito. Pode-se dizer ainda que é uma forma de colaboração com a sociedade em si, na dimensão do art. 144, caput, da Constituição, que preceitua

²¹⁹¹ *Delação premiada: legitimidade e procedimento. Aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

²¹⁹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

²¹⁹³ *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 9.

ser da *responsabilidade de todos* a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. No particular, com desengano acertado, Sergio Moro²¹⁹⁴ argumenta que por meio desse instituto, o agente, “... embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e a aplicação das leis de um país”, e arremata que, “se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação: é condenável nesse caso o silêncio.” Enfim, a colaboração premiada se presta, ainda, para que a pessoa, em consonância com a ideia da justiça restaurativa, assuma as suas responsabilidades, reconhecendo os seus erros e malfeitos e procure ressarcir ou minorar os danos causados, comprometendo-se, até mesmo, em restituir eventuais valores apropriados ou desviados com o comportamento ilícito.

Conferindo destaque ao aspecto negativo da delação, embora reconheça que esse instituto venha sendo utilizado largamente no Direito Comparado, especialmente nos sistemas americano e italiano, Luiz Flávio Gomes²¹⁹⁵ diz que essa política legislativa é eticamente condenável, na medida em que passa a mensagem de que trair traz benefícios, difundindo uma cultura antivalorativa, o que, no seu pensar, constitui um equívoco no sentido pedagógico, além de ser uma prova contundente da pública e notória ineficiência do Estado para combater a criminalidade, na medida em que ele sente a necessidade de valer-se da traição.

Essa discussão é antiga, tendo merecido a atenção, até mesmo, de BECCARIA. O Marquês disse que a praxe adotada por alguns tribunais de oferecer “... impunidade ao cúmplice de grave delito que delatar os seus companheiros”²¹⁹⁶ possui seus inconvenientes e suas vantagens.” Quanto aos inconvenientes, o escritor milanês suscitou a circunstância de o governo autorizar a traição, o que, para ele, é “... detestável mesmo entre os criminosos.”²¹⁹⁷, ao passo que, de outra banda, “... o tribunal mostra a própria dúvida, a fraqueza da lei que implora a ajuda de quem a ofende.” Como vantagem, o autor do livro *Dos delitos e das penas* evidenciava a contribuição que a delação dava ao esclarecimento de crimes graves e para “... mostrar que quem não mantém fidelidade às leis, isto é, ao público, é provável que não a mantenha a cada um em particular.”²¹⁹⁸

Com sua aguçada inteligência, BECCARIA via no prêmio à delação uma forma de imprimir no cidadão o receio de reunir partícipes para a prática do crime, pois “... preveniria as associações, com o temor recíproco que cada cúmplice teria de não expor senão a si mesmo”²¹⁹⁹.

Nesse sentido, ao contrário de revelar fraqueza perante aquele que pratica o crime, a colaboração premiada se manifesta como importante instrumento de política criminal não apenas para fins punitivos, mas, igualmente, para a prevenção à prática de crimes por meio da associação de pessoas, sem falar que, conforme acentuado, trata-se de incentivo para que o agente, em sinal de arrependimento pelo seu comportamento, colabore com a sociedade na responsabilização de todos os que tiveram participação no crime.

Por isso mesmo, em que pese a crítica de parte da doutrina, nada obsta, pelo contrário, tudo recomenda, que o Estado, por meio de lei, ofereça vantagens para quem queira colaborar com a justiça²²⁰⁰, até porque, para todos os efeitos, a disciplina legal, ao tempo em que fortalece o sistema criminal, oferece mais uma alternativa de defesa, a par de fomentar o arrependimento por parte do agente e, de outra banda, desestimular a atuação criminosa em parceria. Sem falar que, consoante asseverado acima, essa colaboração encontra esteio no caput do art. 144 das *Constituições*.

A colaboração/delação premiada não se trata de um instituto novo, sequer em nosso meio. A despeito de tratada no livro *Dos delitos e das penas* de Beccaria, lançado na segunda metade do Século XVIII, é de conhecimento geral que, na época da vigência das Ordenações Filipinas, houve a delação de Joaquim Silvério dos Reis, o qual, integrante do movimento político denominado

²¹⁹⁴ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 26, jul/set/2014, p. 58.

²¹⁹⁵ *Lei de lavagem de capitais: delação premiada e aspectos processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²¹⁹⁶ *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 63.

²¹⁹⁷ *Ibid.*

²¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 64.

²¹⁹⁹ Mais precisamente, afirmou BECCARIA: “Parecer-me-ia que uma lei geral, que promettesse a impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito, fosse preferível, a uma declaração especial em cada caso particular, porque, assim, preveniria as associações, com o temor recíproco que cada cúmplice teria de não expor senão a si mesmo; o tribunal não tornaria ousados os criminosos, aos quais se pedisse ajuda em casos particulares” (*Ibid.*, p. 64).

²²⁰⁰ *Ibid.*

Inconfidência Mineira, entregou Tiradentes, o mártir do movimento de libertação patriótica no ano de 1789, obtendo em troca da *Fazenda Real* o perdão de suas dívidas²²⁰¹. Essa reminiscência histórica, certamente, contribui para que o instituto, não seja visto com bons olhos, o que é corroborado, ainda, pela história bíblica da traição praticada por JUDAS, ao delatar JESUS.

Talvez aí resida a explicação para a circunstância de o legislador brasileiro quanto à premiação da delação ou colaboração ter-se mostrado sobremaneira tímido. No Código Penal incentivou-se, apenas, a confissão espontânea, com a premiação do acusado por meio de atenuante na dosagem da pena pela contribuição prestada ao esclarecimento quanto a sua participação no crime (art. 65, III, d, do Código Penal)²²⁰². Note-se que o fato de o acusado revelar, ou não, a participação de outrem é indiferente para esse tipo de atenuante. O que a lei premia é o altruísmo do acusado em admitir a sua participação no delito.

O legislador infraconstitucional inaugurou a colaboração premiada em nosso meio com a edição da Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos, art. 8º, parágrafo único), ao admitir a redução da pena de 1/3 a 2/3 quando, tratando-se de crimes hediondos, prática da tortura tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, o coautor ou partícipe *denunciar* os integrantes do grupo criminoso, possibilitando seu desmantelamento.

Depois, no mesmo passo, o legislador ordinário considerou como causa de diminuição da pena, nos crimes praticados por organizações criminosas, a colaboração espontânea do agente idônea a levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

A partir de então, o nosso sistema normativo passou a premiar propriamente a delação. Note-se que, na hipótese da Lei nº 9.034, de 1995 (revogada pela Lei nº 12.850, de 2013), o incentivo não era à mera confissão espontânea, mas para a colaboração espontânea que tivesse o condão de esclarecer sobre as circunstâncias de crimes praticados pela organização – não apenas em relação àquele ilícito em apuração –, assim como de sua autoria.

A Lei 9.080, de 1995, previu a colaboração nos Crimes contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7.492, 1986, art. 25) e a Ordem Tributária (Lei nº 8.137, de 1990, art. 16), estabelecendo como prêmio a redução da pena de 1/3 a 2/3, quando, cometidos em associação criminosa ou coautoria, o agente, por meio de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa.

Indo um pouco mais além, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (art. 1º, § 5º) instituiu em nosso sistema jurídico a delação como causa de isenção de pena²²⁰³. Assim, nos crimes de lavagem de dinheiro ou de ocultação de bens, direitos e valores, definidos no art. 1º e nos seus §§ 1º e 2º da Lei 9.613, de 1998, quando o autor, coautor ou partícipe colabora espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos necessários à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, o juiz pode, como prêmio, diminuir a pena de um a dois terços, substituí-la pela pena restritiva de direitos ou então, conceder o perdão judicial, deixando de aplicá-la (art. 1º, § 5º).

A delação, como se vê, passou a ser hipótese, até mesmo, de perdão judicial quanto à aplicação da pena; i. e., como prêmio à colaboração dada à justiça, o agente pode vir a ser isentado do cumprimento da pena. Nesse caso, na sentença, o juiz, se for o caso, condena o acusado, porém o isenta da pena, em cumprimento dessa política criminal de incentivar a delação como forma de tornar o processo criminal mais eficiente²²⁰⁴.

²²⁰¹ Cf. FONSECA, Pedro Henrique Carneiro. A delação premiada. In: *De jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 10, na/jun 2008, p. 249.

²²⁰² Antes da reforma da parte geral do Código Penal, operada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, para que a confissão espontânea fosse caracterizada como atenuante, exigia-se, como condição, que a autoria fosse ignorada ou atribuída a outrem.

²²⁰³ Art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613, de 1998, com a redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

²²⁰⁴ O perdão judicial como forma de isenção de pena já era previsto no Código Penal, antes mesmo da reforma da parte geral, ocorrida em 1984, para cinco hipóteses: art. 140, § 1º, I, I e II; art. 176, parágrafo único; art. 180, § 3º; art. 240, § 4º, I e II; art. 249, art. 259, § 2º. Posteriormente, a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, introduziu mais duas figuras: art. 121, § 5º e art. 129, § 8º. Por fim, a Lei nº 6.898, de 30 de março de 1981, introduziu mais um caso: art. 242, parágrafo único. A Lei das Contravenções Penais, igualmente, contempla várias hipóteses de perdão judicial como isenção de pena.

Na mesma passada, o legislador brasileiro, com a edição da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, concebeu a delação premial como negociação bilateral que pode levar à extinção da punibilidade. De acordo com a lei em foco, pode ser negociada a concessão do perdão judicial, com efeito extintivo da punibilidade ou a redação da pena de 1/3 a 2/3, em qualquer crime, nos casos em que o autor colabore efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que isso acarrete a (1) identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; (2) localização da vítima com a sua integridade física preservada; e (3) recuperação total ou parcial do produto do crime. Deve-se levar em consideração, ainda, a personalidade do agente e a natureza, circunstância, gravidade e repercussão social do fato criminoso (art. 12, caput, e parágrafo único)²²⁰⁵.

Mantendo essa política legislativa, na edição da Lei nº 11.343, de 32 de agosto de 2006 – dispõe sobre o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes ou drogas ilícitas –, consta que poderá o juiz, em razão de proposta do Ministério Público, deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/3 a 2/3, nos casos em que o acusado promover a revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou a localização, total ou parcial, do produto, substância ou droga ilícita (art. 41).

Enfim, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 – tipificou o crime de organização criminosa –, ademais de revogar a Lei nº 9.034, de 1995, e dar outras providências, disciplinou a colaboração premiada, autorizando que seja negociado pelas partes, a renúncia da ação penal, concessão do perdão, redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritivas de direitos, contanto que eficiente para a obtenção de um ou mais dos seguintes resultados: (a) identificação dos demais integrantes da organização criminosa e das infrações praticadas; (b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão das tarefas; (c) prevenção de novas infrações da organização criminosa; (d) recuperação, ainda que parcial, do produto ou do proveito das infrações; e (e) localização, se for o caso, da vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, incisos I a V).

Registre-se que o legislador não fez a distinção, elaborada por parte da doutrina, entre *delação premiada* e *colaboração premiada*. Ele colocou sob a rubrica *colaboração premiada* o benefício legal concedido ao agente que, ao cooperar com a investigação e/ou instrução processual, dentre outras revelações, identificar algum de seus companheiros na empreitada criminosa. Ao preferir a expressão *colaboração*, o legislador expressa preocupação ética, pois dá destaque aos benefícios que o agente traz para a sociedade com a sua ajuda na persecução criminal, não à traição aos companheiros da empresa ilícita. Em outras palavras, incentiva, por meio da premiação, a consciência da pessoa quanto a sua responsabilidade pela preservação da segurança pública, nos termos do art. 144, caput, da Constituição.

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.964, de 2019, o instituto da colaboração premiada restou sobremaneira aperfeiçoado, com a supressão de imperfeições verificadas quando da utilização desse instrumento nos processos envolvendo crimes de corrupção sistêmica e de lavagem de dinheiro, especialmente nos acordos firmados nos célebres processos oriundos da denominada *Operação Lava Jato*.

²²⁰⁵ Art. 13: “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”. Da forma como o dispositivo está regulado, tem-se que a hipótese se refere a crime de extorsão mediante sequestro, pois fala na “localização da vítima com a sua integridade preservada”, com a “recuperação total ou parcial do produto do crime”. Essa impressão é compartilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa da decisão exarada nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 2000200218762-SP, cuja ementa, redigida pelo Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, pontificou: “Os benefícios do perdão judicial e da diminuição da pena, sob a óptica dos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, não se aplicam ao roubo qualificado, pois a teleologia da norma buscou atender à situação permanente e duradoura do crime de extorsão mediante sequestro, situação visível pelo fato da colaboração se dar na investigação e no processo, realidades distantes do tempo de consumação do tipo do art. 157.” (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. EXAME FÁTICO. DISCUSSÃO ACERCA DE EXTENSÃO DE NORMA. ARTS. 13 E 14 DA LEI N.º 9.807/99. PERDÃO JUDICIAL E DIMINUIÇÃO DA PENA. ROUBO QUALIFICADO. INAPLICABILIDADE. INCONGRUÊNCIA COM O PERMISSIVO LEGAL, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: ERESP – Processo: 2000200218762, UF: SP, QUINTA TURMA, un. Data da decisão: 26/10/2004. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 15 fev. 2005).

9.5.2.5.2 – Aspectos relevantes da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850, de 2013.

No propósito de evidenciar que a colaboração premiada se trata de instituto próprio da *justiça negocial*, a par de definir que a sua natureza jurídica é de negócio jurídico processual (art. 3º-A, da Lei nº 12.850, de 2019), denomina o Ministério Público de *celebrante* e o investigado ou acusado de *colaborador*. A competência para a homologação do acordo será, de regra, do juiz das garantias (art. 3º-B, segunda parte do inciso XVII, do CPP), salvo quando o ajuste ocorrer posteriormente, quando o processo estiver sob a alçada do juiz da instrução e julgamento (art. 3º-C, caput, do CPP).

É pertinente esclarecer que a colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850, de 2013, em princípio, é destinada apenas aos ilícitos praticados por organização criminosa nela definidos. Contudo, interpretação sistêmica e lógica conduz o exegeta à conclusão de que deve ser aplicada, igualmente, ao crime de associação criminosa tipificado no art. 288 do Código Penal, até porque, para todos os efeitos, não há diferença ontológica entre o grupo que caracteriza, para fins criminais, organização criminosa e o que se enquadra como associação criminosa, senão a quantidade de integrantes, o mínimo de 4 (quatro), no primeiro delito, enquanto de 3 (três), no segundo, ademais da circunstância, quanto àquele, de os ilícitos praticados serem punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos ou, independentemente da quantidade da pena, possuírem caráter transnacional (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850, de 2013). O mesmo se diga em relação ao crime de constituição de milícia privada, estampado no art. 288-A.

Em verdade, a Lei 12.850, de 2013, trata-se de espécie de *lei geral* sobre a colaboração/delação premiada, de modo que os seus dispositivos, no que não forem incompatíveis, devem ser aplicados, subsidiariamente, às demais leis que tratam da matéria, na medida em que estas, como visto supra, apresentam lacunas que comprometem a utilização do instituto.

Feitos esses esclarecimentos, cabe notar que a leitura da primeira parte do § 2º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, deixa patente que a colaboração premiada pode ser concedida em qualquer momento da persecução criminal, o que compreende as fases da investigação e, até mesmo, da execução da pena. Limita, porém, o seu alcance quando for posterior à sentença, pois, nessa hipótese, pelo que se depreende do § 5º do art. 4º, o benefício só poderá corresponder à redução da pena até a metade ou à progressão de regime, sem que necessária a observância dos requisitos objetivos, o que inclui, em razão de não constar nenhuma restrição, a definição na sentença condenatória do regime aberto ou semiaberto como forma de cumprimento da pena, independentemente de sua quantidade.

Por conseguinte, a colaboração premiada ou delação premiada pode ser requerida pelo Ministério Público antes ou depois do oferecimento da ação penal ou na própria peça acusatória. Em verdade, é possível que a colaboração ocorra em qualquer fase do processo, o que inclui, como salientado, a de execução, ou seja, depois de prolatada eventual sentença condenatória.

Desde a redação originária da lei, o legislador explicitava que a proposta haveria de ser requerida pelas partes, mas não restava claro se isso implicava na necessidade de que o requerimento fosse feito a quatro mãos, isto é, por meio de petição assinada pelo Ministério Público e pela defesa, sendo possível, portanto, pelo menos em tese, que a proposta fosse feita pelo Ministério Público para ser aceita pela defesa. Até porque, para todos os efeitos, “O que se exige é que a colaboração não seja fruto de qualquer forma de ameaça contra o investigado/processado por parte das autoridades legais”²²⁰⁶. Acontece que toda a tratativa sobre o acordo ocorre no ambiente extrajudicial, com as participações livres do Ministério Público e da defesa. Conforme esclarecido pelo legislador, o acordo de colaboração premiada é um *negócio jurídico processual* (art. 3º-C da Lei nº 12.850, de 2013), cujo início das tratativas se dá com o *recebimento da proposta para formalização*, momento no qual passa a vigor o dever de confidencialidade, até o levantamento do sigilo por decisão judicial (art. 3º-B, caput).

No ponto, o legislador ressaltou que os termos de recebimento da proposta de colaboração e de confidencialidade devem ser *elaborados* pelo celebrante, ou seja, o Ministério Público, e assinados por este e pelo colaborador e seu advogado ou defensor público com poderes específicos (art. 3º-B, § 5º, da Lei nº 12.850, de 2019). No mesmo sentido, o art. 6º, inciso IV, preceitua que o termo de acordo de colaboração deve estar assinado pelo representante do Ministério Público ou pelo delegado

²²⁰⁶ BITAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 163.

de polícia, pelo colaborador e pelo seu defensor. Esse é um dado importante, que deixa patente a necessidade de que o investigado ou acusado participe de todas as tratativas, com inteiro conhecimento de tudo o que está sendo negociado e com plena ciência das provas existentes e das consequências do acordo. Assim, conquanto o art. 3º-C § 1º deixe expresso que “Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público”, é válido afirmar que o acusado ou investigado tem o direito de ampla participação nas negociações, devendo ter ciência de todas as tratativas, o que é assegurado com a exigência de que o a proposta de colaboração e o termo de confidencialidade sejam assinados pelo colaborador, a despeito de firmados, igualmente, pelo seu defensor.

O juiz não participa das negociações entre as partes para a formalização do acordo, conforme, aliás, acertadamente, está expresso na primeira parte do § 6º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013. Isso porque, nos termos da lei, as negociações e a formalização do acordo devem ser feitas pelas partes, aqui estando compreendida a negociação levada a efeito entre o delegado de polícia, de um lado, e o investigado e o seu defensor, do outro, ou, se for o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado, acompanhado de seu defensor (art. 4º, § 6º). Ajustado o acordo, em petição conjunta, deve ser encaminhado ao juízo o termo de colaboração, cabendo ao magistrado examinar a regularidade, legalidade e voluntariedade, sendo-lhe facultado, se entender pertinente, em caráter reservado, ouvir o colaborador, na presença, unicamente, de seu defensor (art. 4º, § 7º).

O envio do termo de cooperação, portanto, é que, efetivamente, inaugura a participação do juiz na colaboração premiada, quando poderá recusar a homologação da proposta, caso verifique que as cláusulas não se confortam com os parâmetros legais. Antes das alterações promovidas pela Lei nº 13.964, de 2019, ao juiz era conferida a possibilidade de adequar as cláusulas negociadas entre as partes tendo em conta o caso concreto. No entanto, em obséquio ao sistema acusatório, com a nova redação emprestada ao § 8º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, o juiz não pode mais fazer esse tipo de intervenção. Caso o magistrado entenda que os termos do acordo não estão em consonância com os requisitos legais, não poderá mais promover os ajustes, devendo, nesse caso, recusar a homologação e determinar a devolução às partes, a fim de que elas próprias promovam as adequações necessárias.

Conquanto a previsão expressa tornando defesa a participação do juiz nas tratativas pertinentes ao acordo, a presença do juiz não é de todo descartada, pelo menos quanto ao início da negociação, porque, como a colaboração pode ocorrer em qualquer fase do processo, é possível que a proposta seja feita na própria audiência, embora, pelos mais diversos fatores, essa circunstância seja uma exceção, não a regra. Ademais, quando se verificar, na audiência, a possibilidade de ser firmado o acordo diante de proposta feita ou cogitada, devem as partes ser encaminhadas para local no qual possam ajustar os termos da negociação, sem a intervenção do juiz, a fim de não macular a sua participação no processo, especialmente porque, nesse caso, a tratativa será levada a efeito em momento processual que é da alçada do magistrado da instrução e julgamento.

De mais a mais, uma vez que geralmente o conhecimento prévio do conteúdo do depoimento do acusado é condição para que o Ministério Público formalize perante o juiz o pedido de colaboração premiada, tudo recomenda que o procedimento referente à coleta do conteúdo se dê extrajudicialmente.

Existe ainda expressa previsão normativa no sentido de que as partes podem, a qualquer tempo, pedir a retratação da proposta, restando explicitado que, nesse caso, “as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” (art. 4º, § 10º, da Lei nº 12.850, de 2013).

A lei nada diz, porém, quanto às hipóteses nas quais pode ser feita a *retratação* relativa ao acordo de colaboração premiada. A leitura literal da norma jurídica em destaque dá a entender que não há necessidade de fundamentação e, ainda, que essa retratação não passa pelo crivo do Judiciário. Parece óbvia, porém, a necessidade de a retratação ser fundamentada por quem a manifestar, no escopo de permitir o seu exame, notadamente quando da lavra do Ministério Público, uma vez que, para todos os efeitos, ao aceitar a colaboração, o acusado o faz como estratégia de defesa, o que, para tanto, exige a renúncia expressa do direito ao silêncio, assumindo o compromisso legal de dizer a verdade (art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850, de 2013).

Se assim não for, o acusado pode ser levado a abrir mão de uma garantia constitucional da magnitude do direito ao silêncio, mas, mesmo tendo fornecido a sua colaboração, ficar à mercê, sem qualquer garantia, de eventual retratação do Ministério Público, mesmo que este não tenha nenhuma justificativa.

Afinal, como se disse, esses incentivos legais à confissão, independentemente de configurarem, ou não, colaboração premiada, possuem natureza de defesa. Em outros termos, estão compreendidos no âmbito do princípio magno da ampla defesa, cujo reconhecimento, após a formalização e concretização, não é razoável que fique ao talante da parte adversária, no caso, o Ministério Público. Até porque o acordo passa pelo crivo do Judiciário, mediante homologação, de modo que, para o desfazimento, há necessidade da modificação da decisão judicial, o que, é óbvio, só pode ser feito pelo juiz.

Há quem defenda a inconstitucionalidade da lei, na medida em que obriga o acusado a abrir mão do direito ao silêncio, previsto em pactos internacionais de direitos humanos e consagrado na Constituição de 1988²²⁰⁷, ao argumento de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis. A questão necessita de algumas considerações. No nosso ambiente, o direito ao silêncio do acusado quando do seu interrogatório engloba não apenas o que ele fala a respeito de sua participação no crime em apuração como, igualmente, aos fatos que dizem respeito aos atos eventualmente praticado por terceiros, na qualidade de coautores ou copartícipes. Por conseguinte, a *interpretação conforme* do dispositivo impõe reconhecer que a renúncia ao direito ao silêncio se impõe pelo *dever de dizer a verdade* quanto ao comportamento criminoso da pessoa delatada e em relação aos terceiros que tenham, de alguma forma, participado da empreitada criminosa, de modo que o colaborador, para todos os efeitos, não está obrigado a confessar a sua participação. O que o colaborador não pode é *mentir* quanto aos fatos criminosos que ele atribui a terceiros, o que, aliás, é da essência mesmo da colaboração.

Essa interpretação alvitada para o art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850, de 2013, mantém, a despeito do teor do preceito legal, incólume o *núcleo essencial* do direito ao silêncio. O problema é que o art. 3º-C, § 3º, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, se contrapõe a essa interpretação, na medida em que impõe ao colaborador a narrativa de “... todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados”. Esse dispositivo em foco tem o condão de exigir, por linhas transversas, como condição para a colaboração premiada, a efetiva *confissão* do colaborador. Acredita-se que, nessa parte, a norma em destaque se atrita, sim, com a cláusula do direito ao silêncio, pelo que deve ser reconhecido o seu vício de inconstitucionalidade, sendo contornado esse problema com a interpretação conforme sugerida.

Observe-se que, no item 9.5.2, supra, foi aqui afirmado que a questão em si da pertinência de o legislador ter elegido a renúncia ao direito do silêncio como condição para a formalização do acordo de colaboração premiada se trata de um *falso* problema, pois, na hipótese, não há propriamente renúncia, mas, sim, escolha entre exercer o direito de permanecer em silêncio, ou não, que pode ser alterada, até o momento em que ele for convocado para prestar o interrogatório. Isso sem prejuízo da possibilidade de que, mesmo depois de prestado o interrogatório, o acusado, a todo e qualquer tempo, ainda que após o trânsito em julgado, poder retificar o conteúdo de seu depoimento, tendo como consequência, apenas, a rescisão ao acordo.

De qualquer sorte, o detalhe quanto ao alcance do dever de dizer a verdade pelo acusado, devido ao acordo de colaboração premiada é importante, a justificar a interpretação conforme aqui suscitada, no sentido de limitar o alcance da renúncia quanto ao exercício do direito ao silêncio. É próprio da condição humana a dificuldade em detalhar o seu comportamento ilícito. Mesmo no caso de confissão espontânea, é muito comum a omissão em relação a alguns aspectos do comportamento ilícito. Por isso mesmo, eventuais senões ou tergiversações do colaborador quanto aos atos criminosos por ele praticados, quando identificados, não devem ser suficientes para se entender pelo descumprimento da cláusula do acordo de colaboração premiada. O juiz deve ponderar essas circunstâncias com a colaboração em si prestada e levar em consideração que esse tipo de

²²⁰⁷ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Delação premiada na “lava jato” está eivada de inconstitucionalidades*. Disponível em www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delação-premiada-lava-jato. Acesso em 20 mar. 2015.

comportamento é inato à condição humana e exigir do agente que ele seja preciso em relação a todo o seu comportamento ilícito equivale a uma espécie de tortura psicológica²²⁰⁸.

Verifique-se que, tendo como linha de entendimento que a colaboração premiada representa, igualmente, exercício do direito de defesa, os benefícios propostos ao agente colaborador pelo Ministério Público, quando manifestada a aceitação e prestado o consequente depoimento, assumem a condição de direito subjetivo, de maneira que o magistrado, salvo situação excepcional, não deve deixar de homologar o acordo, máxime no cenário de um processo penal de modelo acusatório, no qual o *parquet* é o *dominus litis* da ação penal.

Na esteira desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento pelo plenário do Habeas Corpus nº 127.483/DF, relatado pelo Ministro Dias Toffoli²²⁰⁹, deixou assentado que “... os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concebendo a sanção premial estipulada legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.”, limitando-se a intervenção judicial “...a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador”.

Nesse aspecto, o legislador merece aplauso, porquanto deixou claro que o juiz só deverá recusar a homologação quando a proposta não atender aos requisitos legais – regularidade, voluntariedade e legalidade –, porém, não podendo mais, na sentença homologatória, promover alterações aos termos do acordo, a fim de adequá-los ao caso concreto (art. 4º, § 8º, da Lei nº 12.850, de 2013). Nos termos da alteração promovida pela Lei nº 13.964, de 2019, caso o juiz não concorde com alguma cláusula a ponto de recusar a homologação, deverá devolver o termo de acordo para fins de ajustes pelas próprias partes.

Quanto aos contornos da legalidade, a ser patrulhada com a intervenção judicial, isso se dá no sentido de evitar que sejam impostas sanções não previstas em lei; por conseguinte, não há empecilho para que, no acordo, haja a previsão de situação mais benéfica para o acusado, que não esteja expressamente regrada em lei. No ponto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal²²¹⁰, ao julgar o AgRg no Inq. Nº 4.405/DF, à unanimidade, em acórdão da lavra do Ministro Roberto Barroso, esclareceu que “O princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado”, daí por que “.. não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o acusado”.

Quanto a esse tema, em interessante trabalho, DANIEL DINIZ BARRETO²²¹¹ apresenta cinco argumentos que justificam o entendimento quanto à possibilidade do ajustamento de benefícios não previstos em lei na colaboração premiada, classificando-os como sendo de ordem (a) sistêmica; (b) conjuntural; (c) pragmática; (d) normativa; e (e) lógica. Em síntese, DANIEL DINIZ fundamenta o seu pensamento com suporte no sistema acusatório e na previsão expressa de o Ministério Público poder propor até mesmo a imunidade, tese que se mostra pertinente e irrefutável e, aliás, conforme vimos, está em consonância com precedente da Suprema Corte.

Acontece que o inciso II incluído no § 7º do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013, deixou expresso que são consideradas nulas as cláusulas inseridas em acordo de colaboração premiada que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento da pena, as regras dos regimes de cumprimento de pena e os requisitos de progressão, salvo a previsão do § 5º do mesmo dispositivo legal, que autoriza, em caso de colaboração posterior à sentença condenatória, que a negociação tenha como objeto a redução até a metade da pena ou a admissão da progressão mesmo que não atendidos os requisitos objetivos. Essa vedação normativa não guarda coerência lógica. Ora, na negociação, pode ser estabelecido como prêmio a substituição da pena privativa de liberdade, independentemente de sua quantidade, por restritivas de direito e, até mesmo, o perdão judicial, o que são um *plus* em relação ao regime inicial de cumprimento da pena ou a antecipação do lapso temporal para a progressão de regime.

²²⁰⁸ Cf. item 9.5.2, supra.

²²⁰⁹ Disponível em: stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666. Acesso em 21 jan. 2018.

²²¹⁰ Disponível em: stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595597. Acesso em 21 jan. 2019.

²²¹¹ Limites negociais do sistema criminal brasileiro: um estudo a partir da colaboração premiada. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

No que pertine à voluntariedade, eleita como requisito para a validade da colaboração premiada, e que há de ser analisada pelo juiz no momento da homologação do acordo, há divergência quanto a sua observância, nas hipóteses em que a negociação se dá quando o acusado está encarcerado. Isso ocorreu em algumas oportunidades na chamada *Operação Lava Jato*. Aqui cabe observar, de pronto, que o legislador não elege como requisito a *espontaneidade*, mas, sim, a *voluntariedade*. Esse detalhe é bem explorado por CIBELE BENEVIDES²²¹², ao salientar que o acordo de colaboração tem não apenas benefícios quanto custos, de modo que o acusado vai firmá-lo “... desde que isso valha a pena.” Em outras palavras, o acusado só vai estar estimulado a convolar o acordo se e quando a situação dele no processo não for de todo favorável, especialmente quanto à existência de provas incriminatórias.

Esse é o pensamento de THAMY MEDEIROS DA COSTA²²¹³, ao asseverar que a colaboração “... somente se torna uma boa alternativa para o investigado quando se encontra em uma situação difícil, não sendo usual que a prática de atos dessa espécie ocorra quando inexistentes boas provas contra ele ou motivos para acreditar na eficácia da persecução penal.” Conquanto THAMY MEDEIROS²²¹⁴ reconheça que a prisão seja circunstância que *incentiva* a colaboração, argumenta que “... parece ser discutível a ideia de que o ‘fator encarceramento’ detenha coercibilidade apta a suprimir a liberdade volitiva do investigado ou imputado, pois estaria partindo da conjectura de que indivíduos – até mesmo do alto escalão da sociedade – optariam por colaborar, assumindo crimes e/ou imputando-lhes a outros indivíduos, apenas movidos pelo desejo de reaver a liberdade.”

O que obviamente não se aceita é que a prisão processual seja decretada como estratégia para forçar a colaboração premiada, até porque a prisão, seja temporária, seja preventiva, exige que a decretação ocorra em conformidade com as hipóteses previstas em lei, ademais de só ser cabível quando não se mostrar adequada e suficiente a imposição de medidas diversas da prisão.

Esses incentivos à confissão e à colaboração não se atritam com a natureza defensiva do interrogatório, muito pelo contrário, com ela se harmonizam. Ao fazer a comunicação de que o acusado detém o direito ao silêncio como estratégia de defesa, o juiz deve informá-lo, ainda, dos benefícios que ele pode usufruir com a sua eventual colaboração na persecução criminal. Aliás, essa postura do juiz concretiza o disposto no artigo 5º, LXIII, da Constituição, porquanto o diploma expressa que o preso – a jurisprudência e a doutrina majoritárias sufragaram o entendimento de que a expressão preso abrange toda e qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito – será “informado de seus direitos, entres os quais o de permanecer calado”, o que indica que outros direitos, previstos no sistema normativo, devem ser cientificados ao agente, dentre os quais se insere a colaboração premiada, que, se for o caso, pode trazer como consequência, até mesmo, a extinção da punibilidade, hipótese na qual a sentença possui natureza jurídica absolutória.

Não se há de negar que, no instante em que o acusado está cooperando, ele está, igualmente, exercendo a sua defesa, pois a *efetividade e eficiência* da defesa não se confundem com a tese de exculpação ou de negativa de autoria, podendo, em muitos casos, ser exercida apenas no sentido de que, na condenação, o juiz leve em consideração circunstâncias determinantes para a aplicação de pena menos grave (reconhecimento de circunstâncias judiciais, atenuantes e de causas de diminuição de pena, de concurso formal ou de crime continuado etc.), de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de aplicação do perdão judicial.

Nesse particular, muito já se discutiu na doutrina quanto à natureza jurídica do perdão judicial. Para uma corrente, ela era (1) declaratória de extinção da punibilidade, para outra (2) condenatória com todos os efeitos secundários e, por fim, para uma terceira, (3) ela era absolutória. Para dirimir essa divergência, na reforma da parte geral do Código Penal, implementada em 1984, o legislador situou o perdão judicial como umas das causas de extinção de punibilidade (art. 107, IX). Ainda assim, diante da persistência de dúvidas, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 18, com a qual esclareceu que “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Com a Reforma Tópica implementada em 2008 essa questão ganhou colorido todo especial, pois, a partir daí, a sentença que reconhece o

²²¹² FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 215.

²²¹³ *Colaboração premiada: a validade do acordo firmado com o agente preso preventivamente*. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018, p. 60.

²²¹⁴ Idem, p. 47.

perdão judicial, por se tratar de causa extintiva de punibilidade, passou a possuir natureza absolutória (art. 397, IV, do CPP)²²¹⁵.

Quando a sentença concessiva do perdão judicial ostentava apenas natureza declaratória de extinção da punibilidade, sem que daí resultasse qualquer reflexo penal, seja em relação à primariedade, seja aos efeitos civis, o caráter defensivo desses incentivos legais à confissão estava evidenciado, daí por que não havia de se pensar em desarmonia desses institutos em relação ao direito ao silêncio. Agora, após a Reforma Tópica de 2008, com mais razão ainda, pois, para todos os efeitos, a sentença, nesse caso, possui natureza absolutória.

Como se pode observar, não é mera retórica a afirmativa de que a colaboração premiada, ademais de ser meio de obtenção de prova, se trata de direito que se incorpora ao princípio da ampla defesa, por conferir ao acusado a oportunidade, até mesmo, de não ser denunciado ou de receber o perdão, afora os outros benefícios previstos, que podem importar na redução da pena ou no cumprimento da sanção imposta na sentença integralmente por meio de penas alternativas. A questão é que, se se trata igualmente de um direito, o que fazer quando o Ministério Público não se interessa em propor ou formalizar o acordo?

Creemos que essa é uma questão que deveria ser resolvida pelo legislador. Assim como é prevista em norma jurídica que a *confissão espontânea* caracteriza hipótese de atenuante a ser levada em consideração pelo juiz na primeira fase da dosimetria da pena, o legislador poderia prescrever a colaboração efetiva do acusado, ainda que realizada sem acordo formalizado, como hipótese de causa de diminuição da pena ou de circunstância a autorizar a fixação na sentença do cumprimento da sanção por meio de penas alternativas. Acredita-se que essa solução normativa serviria para delimitar os poderes do Ministério Público, na medida em que não é saudável para o sistema jurídico permitir que o *parquet* reúna em suas mãos o *poder decisório* sobre a matéria. De outra banda, deixando que o caso seja analisado concretamente pelo juiz, quando da prolação da sentença, o assunto poderia ser objeto de revisão pelas instâncias recursais, sem falar que teria o condão de estimular, ainda mais, a colaboração quanto à solução do problema penal, que é um *interesse público*, nos termos do art. 144, caput, da Constituição.

Uma última nota a respeito do tema há de ser feita. Tem-se feito muitas críticas ao instituto da colaboração premiada, ao argumento de que isso pode levar à impunidade do agente que mentir ou que, em seguida, volte a praticar crimes. Essa visão é um erro de perspectiva e advém da circunstância de o legislador não ter deixado claro como deve o juiz proceder na sentença em que aplica os benefícios da colaboração premiada. Nesse caso, o juiz deve preferir, se for o caso, a sentença condenatória, fixando a pena que seria a adequada para, na sequência, fazer a substituição pela sanção negociada em razão da colaboração premiada, deixando consignado que, caso não cumprida qualquer cláusula do acordo, ocorrerá a *reconversão da pena aplicada*. Assim, na hipótese de o agente deixar de cumprir as cláusulas do acordo, da mesma forma como ocorre quando da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ele terá de cumprir a sanção que havia sido substituída, em razão da validade do acordo.

Em certa medida, o legislador, com a Lei nº 13.964, de 2019, teve a preocupação de reparar esse erro, com a inclusão na Lei nº 12.850, de 2013, do § 7º-A no art. 4º. Com efeito, no dispositivo em foco está plasmado que o juiz deve examinar o mérito da pretensão acusatória veiculada na denúncia, "... do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal, antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 5º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença".

Como se nota, a redação é canhestra e não está clara. A necessidade de o juiz examinar o mérito da pretensão acusatória decorre do fato de a colaboração premiada não se confundir com o instituto do *plea bargain*, porquanto não há assunção de culpa da parte do colaborador. Cuida-se, como acentuado, de *cooperation agreement*²²¹⁶. O colaborador assume o compromisso de auxiliar a

²²¹⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 171-172.

²²¹⁶ Cf. item 9.1.3, *supra*.

persecução criminal, no entanto, mesmo que ele confesse a prática do crime, de mister a reunião de provas suficientes quanto a sua responsabilidade penal para que o juiz esteja autorizado a proferir sentença condenatória.

Malgrado o que foi expandido, o legislador ainda salientou a possibilidade de a negociação abranger a renúncia do Ministério Público em relação ao oferecimento da denúncia, estabelecendo como requisitos específicos a circunstância de o agente beneficiado não ser o (a) líder da organização criminosa e (b) ser o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos da lei (art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850). Como se observa, essa é uma situação extrema, que deve ser utilizada com bastante comedimento pelo Ministério Público, sob pena de levar à impunidade.

Ademais, o legislador não explicitou como é que se daria essa renúncia à ação penal por parte do Ministério Público. Contudo, como os termos da colaboração são submetidos ao crivo do Judiciário, naturalmente que a chancela judicial é o bastante para a perfectibilização do acordo, não havendo necessidade de outra providência. O que é importante é que conste da decisão judicial homologatória a ressalva quanto à existência de cláusula resolutiva para a hipótese de ser descumprido o acordo firmado com base no qual o Ministério Público tenha renunciado ao exercício da ação penal. Essa renúncia à ação penal, portanto, é sob condições, ou seja, desde que o agente, antes da prescrição do crime, cumpra as condições estabelecidas no acordo. Assim, nesses casos, a extinção de punibilidade gera, apenas, coisa julgada formal, podendo o Ministério Público, caso o agente não cumpra as cláusulas do acordo da colaboração premiada e desde que não prescrito o crime, oferecer a denúncia. Nessa hipótese, assim como já salientado, a renúncia quanto ao oferecimento da denúncia se assemelha ao acordo de não persecução penal. Pena ter faltado ao legislador uma visão sistêmica, a fim de preceituar, assim como estabelecido expressamente para a hipótese do acordo de não persecução penal (inciso IV do art. 116 do CP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), que a colaboração premiada na qual negociada a renúncia ao ajuizamento da denúncia também tem o condão de suspender a fluência do prazo prescricional²²¹⁷.

9.5.3 – Direito de recorrer (duplo grau de jurisdição) como expressão do princípio da ampla defesa.

Ainda a respeito da ampla defesa, há discussão, na doutrina e na jurisprudência, se o preceito constitucional garante ao acusado o pleno acesso às instâncias jurisdicionais superiores, com a finalidade de modificar as decisões que contrariem os seus interesses. A discussão sobre o assunto tem início com a interpretação do enunciado do princípio em foco, na medida em que o constituinte não se contentou em dizer, de forma simplista, que ao acusado é assegurado o direito de defesa, porquanto foi mais além, ao deixar plasmado que “... são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse debate, cabe investigar o alcance da expressão *recursos*, empregada pelo constituinte na qualidade de um dos instrumentos por meio do qual ao acusado é assegurada a ampla defesa. A Constituição americana, conquanto na Sexta Emenda tenha sido detalhista a respeito do direito de defesa, nada acrescenta em relação ao recurso. Nas Constituições alemã, espanhola e portuguesa, por sua vez, em que pese a cláusula do direito de defesa também tenha merecido atenção expressa do constituinte, a redação sequer é parecida com a adotada no texto brasileiro. A Constituição alemã faz constar, apenas, que “Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais” (art. 103, 1), a da Espanha que “Todos têm direito... à defesa e... a utilizar os meios de prova adequados a sua defesa...” (art. 24, 2), enquanto a de Portugal que “O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa” (art. 32º, 1).

Conforme foi visto no item 9.5, na Constituição de 1891 foi assegurada a mais plena defesa; na de 1824, a ampla defesa, com os meios e recursos essenciais; na de 1937, as necessárias garantias de defesa; na de 1946, a ampla defesa; na de 1967, a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes e, na atual, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes²²¹⁸. Se na Carta de 1967, era adequado

²²¹⁷ Cf. item 9.1.3.3.3, supra.

²²¹⁸ ADA PELLEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO sustentam que a Constituição Imperial de 1824, no art. 158, garantia, expressamente, o duplo grau de jurisdição (*Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 23). Acontece

entender que a palavra *recursos* não foi utilizada no sentido técnico-jurídico, pois o que o constituinte quis deixar claro era que deveriam ser propiciados os meios indispensáveis para que o acusado pudesse, efetivamente, defender-se no processo, agora, em virtude da redação empregada na Constituição de 1988, tal assertiva não se mostra mais pertinente.

Isso porque o constituinte, de forma detalhista, cuidou de deixar claro que a ampla defesa compreende, igualmente, a possibilidade de usar os *meios e os recursos*. Observe-se que *meios*, consoante definição lançada pelo Dicionário Aurélio – Século XX²²¹⁹, além de significar maneira de agir, modo, forma, caminho, maneira, quer dizer, também, “Recurso(s) empregado(s) para alcançar um objetivo.” Por conseguinte, partindo da regra de hermenêutica segundo a qual não há palavras inúteis e que quando são grafadas de forma diferente elas têm outro significado, a única explicação plausível para o constituinte ter utilizado as expressões *meios e recursos* como formas de exercício do direito à ampla defesa é a de que esta última foi escrita no seu sentido técnico-jurídico. Isso porque, na acepção leiga, recurso, ainda consoante o ensinamento do Aurélio, é *meio, expediente, meio para resolver um problema*²⁰⁸⁹, ou seja, no sentido não técnico, quer dizer a mesma coisa que *meio*.

Na tentativa de solucionar as inquietações quanto ao que se deve entender pela expressão *meios*, acrescentada pelo constituinte no núcleo do direito à ampla defesa, AÍLTON STROPA GARCIA²²²⁰, valendo-se da definição do dicionário Aurélio para a referida palavra, diz que ela não deve ser confundida com recursos, posto que “Meio é a forma como a defesa é levada a cabo” e “Recurso é o expediente que se usa para se fazer valer os meios.” Para o doutrinador em referência, *meio é a forma e recurso o expediente*. O autor procura, assim, fazer a distinção entre os termos *meios e recursos* usados pelo constituinte no enunciado da cláusula da ampla defesa sem levar em conta a significação técnica da última. Acontece que *expediente*, de acordo com o Dicionário Aurélio – Século XX²²²¹, corresponde aos “Meios que se usam para eliminar dificuldades, embaraços, etc., para se alcançar um determinado fim.” Assim, conforme já foi aqui ressaltado, no sentido comum, *meios e recursos* querem dizer a mesma coisa. Como a expressão *meios* não tem um conceito técnico na linguagem do Direito, a forma adequada de compreender o enunciado normativo passa, necessariamente, pela consideração de que a palavra *recursos* foi colocada no texto constitucional em exame na sua acepção jurídica.

Em reforço ao pensamento aqui exposto, no julgamento do Agravo Regimental interposto no Agravo de Instrumento nº 336713/SP, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, em decisão unânime, tendo como relator funcionado o Ministro MOREIRA ALVES²²²², referindo-se à lei processual ordinária como o instrumento legislativo para esboçar a sistemática recursal, afirmou, sem rodeios, que “... o direito constitucional à ampla defesa se exercita em conformidade com os recursos como disciplinados nessa legislação.” Consoante esse entendimento firmado no aresto aqui examinado, para a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o direito ao recurso está inserido na cláusula da ampla defesa.

E assim deve ser, até porque, a bem da verdade, o recurso é um aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa²²²³. O recurso está para a relação processual instaurada perante a segunda instância, assim como a ação para a primeira. Isso porque, como decorrência lógica do princípio acusatório, se, para dar início ao processo e consequente movimentação da justiça de primeiro grau, faz-se mister que o autor oferte a ação, do mesmo modo, para que se instaure o processo perante o segundo grau, há necessidade de que o órgão jurisdicional competente seja provocado por meio do recurso²²²⁴.

que a Carta de 1824, além de não ter um dispositivo específico para a ampla defesa, também não assegurava, por meio da redação do art. 158, o duplo grau de jurisdição. O comando normativo em referência apenas dispunha que “Para julgar as Causas em segunda, e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos”. Não havia, como se vê, garantia específica, nem muito menos expressa, da ampla defesa.

²²¹⁹ HOLANDA, Aurélio Buarque de. [Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa]. Rio de Janeiro. s.d.

²²²⁰ *Princípio constitucional da ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 701, ano 1983, p. 426.

²²²¹ Op. cit. p. 426.

²²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Data da decisão: 04/09/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 06 abr. 2005.

²²²³ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. Op. cit., p. 32.

²²²⁴ Se a segunda instância é tão inerte quanto a primeira, de modo que ela, para conhecer de um assunto, precisa ser provocada pela parte por meio da interposição do recurso, com o advento do sistema acusatório puro, instaurado pela

Este, assim, é uma espécie de direito de ação que surge dentro da própria relação processual, que tem o condão de permitir que a parte sucumbente chame, para dirimir a controvérsia, o tribunal ao qual compete reexaminar o assunto. O direito ao recurso, por conseguinte, possui a mesma natureza do direito de ação, pelo que se evidencia a sua inclusão no conceito da ampla defesa²²²⁵.

9.5.3.1 – Direito ao duplo grau de jurisdição.

Se a ampla defesa assegura ao acusado não apenas o direito de defender-se perante o juiz que vai julgá-lo em primeira instância, mas também o de impugnar as decisões que lhe são desfavoráveis, a conclusão daí decorrente é de que ele tem o direito ao duplo grau de jurisdição. Tendo em consideração a organização judiciária traçada na Constituição, ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANÇO e GOMES FILHO²²²⁶ alegam que, mesmo implicitamente, a Constituição brasileira estabelece princípio autônomo de garantia do duplo grau de jurisdição, decorrente da forma como é feita a “... estrutura dos órgãos da chamada jurisdição superior.” Por duplo grau de jurisdição, todavia, deve-se entender somente o direito de exaurir o debate sobre o assunto perante a *justiça de partes*, não o de levar a discussão para todos os órgãos jurisdicionais previstos na organização judiciária²²²⁷. Observe-se que, consoante a organização judiciária brasileira, a justiça de partes é formada pelos órgãos de primeira e segunda instâncias. Na justiça comum, que é a que nos interessa, a justiça de partes compreende os órgãos de primeira instância e os tribunais regionais federais, na Justiça Federal, e juízos de primeira instância e tribunais de justiça, na Justiça Estadual. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são tribunais de federação, cujas missões ordinárias são de uniformizar e dar a última palavra, aquele quanto às questões constitucionais, e este a respeito das matérias infraconstitucionais federais. Um exerce o controle da *integridade positiva*, da *autoridade* e da *uniformidade* da Constituição e o outro cumpre a mesma tarefa, em relação ao Direito subconstitucional.

Isso quer dizer que as decisões de primeira instância, sejam elas interlocutórias ou definitivas, devem ser passíveis de recurso, até porque, como alertam ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANÇO e GOMES FILHO²²²⁸, “... um sistema de juízo único fere o devido processo legal, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático.” Mas, naturalmente, não se insere no âmbito do duplo grau, o direito de impugnar decisões dos órgãos jurisdicionais de segunda instância que, no âmbito da justiça comum, são os tribunais regionais

Constituição de 1988, surgiu controvérsia acerca da constitucionalidade dos recursos de ofício, previstos no Código de Processo Penal (arts. 574, I e II, 625, § 3º, e 746). SCARANÇO FERNANDES assevera que, no recurso *ex officio*, não há ofensa ao princípio acusatório, uma vez que “... não há uma nova acusação, nem alteração daquela originariamente oferecida pelo Ministério Público na denúncia, pois o reexame necessário pelo tribunal, assim como ocorre com o recurso voluntário, somente instaura uma nova fase procedimental, não outro processo” (PENTEADO, Jacques de Camargo (coord.). Constituição da república, código de processo penal e sua reforma, In *Justiça penal: crítica e sugestões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 70). Em verdade, não se trata de recurso de ofício, pois o recurso é algo inerente às partes, somente podendo ser por elas interposto. Juridicamente, não seria razoável supor-se que o juiz fosse obrigado a recorrer de sua própria decisão. Por isso mesmo, é mais adequado dizer que, por medida de política criminal, o legislador elegeu situações em que as decisões de primeira instância, necessariamente, têm de ser revisadas pelo segundo grau. Nesses casos, como afirmam ADA PELLEGRINI, ANTONIO SCARANÇO e GOMES FILHO, a rediscussão da matéria pela instância superior trata-se de *condição de eficácia da sentença* (Op. cit., p. 35). Ainda sobre o assunto, cf. MIRABETE. Op. cit., p. 614.

²²²⁵ Ibid. HÉLIO TORNAGHI ensina que o recurso pode ser visto de diversas maneiras, sendo a mais acertada aquela que entende tratar-se de uma ação nova que exsurge dentro do mesmo processo (*Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 306-307). Após, menciona que EMÍLIO BETTI e GIOVANNI LEONE conceituam o recurso *como espécie e modalidade do direito de ação* e JOSÉ FREDERICO MARQUES, com apoio em lição de CARLO UMBERTO DEL POZZO, que o recurso é uma espécie de direito que nasce dentro do processo, “... no próprio momento em que a decisão judicial declara qual o direito existente e põe fim à atividade processual já realizada...” (Op. cit., v. 4, p. 182). Contudo, quando se diz que o recurso é uma espécie de direito de ação, tem-se em consideração que ele é um instrumento disponibilizado para que o interessado possa ter acesso à jurisdição de grau superior, do mesmo modo que a ação habilita o autor a provocar o exercício da atividade jurisdicional de primeira instância. O direito de ação e de recorrer, por conseguinte, são formas mediante as quais é veiculada a defesa no processo, sendo o primeiro destinado ao exame da lide, o segundo para o seu reexame.

²²²⁶ Ibid., p. 23.

²²²⁷ SILVA JÚNIOR. Poder judiciário democrático-constitucional. p. 163-166. Em relação às justiças especializadas eleitoral e trabalhista, o duplo grau de jurisdição não compreende os recursos de terceiro grau para o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho, respectivamente.

²²²⁸ Op. cit., p. 25-26.

federais e os tribunais de justiça. Isso porque os recursos especial e extraordinária são de *motivação vinculada* (art. 102, III, alíneas *a, b e c*, e art. 105, III, alíneas *a, b e c*, da Constituição), aos quais só comportam discussão a respeito da matéria de direito. E nesse sentido, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal define que “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, entendimento que é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao recurso especial, ao deixar expresso na Súmula 7 que “A pretensão de simples reconhecimento de prova não enseja recurso especial”.

Ademais, a garantia do duplo grau de jurisdição comporta exceção, como se verifica nas hipóteses de competência por prerrogativa de função. Nesses casos, o acusado não tem direito de impugnar a decisão com recurso similar ao de apelação, de modo que, nem sempre, ele poderá rediscutir o assunto, salvo em relação à questão meramente de direito, referente a assunto constitucional ou infraconstitucional federal, por meio da interposição do recurso extraordinário ou especial²²²⁹. Se a competência originária for do Supremo Tribunal Federal, a decisão se faz em *única e última instância*, sem com isso se ter por arranhada a cláusula do duplo grau de jurisdição, até porque, em decorrência da forma de organização judiciária do sistema brasileiro, não haveria outro órgão jurisdicional para exercer o poder de revisão. Ademais, conforme a Súmula 704 do Supremo Tribunal Federal, “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do correu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”²²³⁰.

Por outro lado, isso não impede que, como forma de *simplificação e racionalização* do sistema recursal, o ordenamento processual seja elaborado deixando a oportunidade para a manifestação do inconformismo em relação à decisão interlocutória para depois da sentença, de modo que, no recurso de apelação, a matéria objeto daquela venha a ser impugnada. Essa foi a técnica adotada pelo legislador do Código de Processo Penal, pois, via de regra, não se admite a impugnação da decisão interlocutória por meio de recurso específico, salvo nas hipóteses previstas no art. 581 e nos casos destacados em leis especiais²²³¹. Esse modelo, inclusive, foi adotado no novo Código de Processo Civil.

A esse respeito, ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO²²³² esclarecem que a cláusula duplo grau de jurisdição diz respeito não só ao recurso da decisão definitiva, mas igualmente à impugnação da interlocutória, sendo que, por técnica legislativa, esta pode ficar para ser reexaminada quando do julgamento do recurso daquela, uma vez que não ocorre a preclusão da matéria. Com essa forma de organização da sistemática recursal, a matéria objeto da decisão interlocutória poderá ser impugnada e reexaminada como preliminar do recurso de apelação. Como instrumento hábil para equacionar eventuais danos irreparáveis para o acusado, decorrentes da decisão interlocutória, ele pode utilizar-se do habeas corpus, enquanto outros interessados, como o

²²²⁹ O recurso de apelação é de motivação livre, servindo para impugnar as questões fáticas e de direito. Por motivação livre entenda-se a desnecessidade de vincular a manifestação recursal a uma hipótese específica prevista na legislação, tal como ocorre nos recursos de apelação das decisões do tribunal do júri, extraordinário e especial.

²²³⁰ Esse tema voltou a ser objeto de debate perante o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da Ação Penal 470 (Caso Mensalão), tendo a Suprema Corte reiterado o seu entendimento sumular.

²²³¹ Sendo irrecurável a decisão interlocutória, a matéria não preclui, podendo o assunto ser, como matéria preliminar, impugnação quando do manejo do recurso de apelação. Em alguns casos, como na hipótese da decisão interlocutória em pedido de decretação de prisão preventiva, o recurso cabível é apenas quando o pronunciamento judicial é de indeferimento do pleito, pois, na hipótese de acolhida a pretensão, o acusado, caso tenha o interesse em sustar a medida, pode utilizar-se do habeas corpus. O método do Código de Processo Penal, expressado no art. 581, é de que a decisão interlocutória impugnável por meio de recurso específico, distinto do de apelação, é instrumento colocado à disposição do autor da ação, uma vez que ao acusado sempre é possível o manejo do habeas corpus que, nessas hipóteses, trata-se de ação autônoma de impugnação de decisão judicial. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias também findou sendo adotada pelo NCPC de 2015.

²²³² Op. cit., p. 26.

Ministério Público e o assistente, podem valer-se do mandado de segurança²²³³, da correção parcial e mesmo da reclamação²²³⁴.

Ademais de o recurso afinar-se com um processo de cunho democrático, no qual se impõe, como medida indispensável de controle da legalidade e justiça dos pronunciamentos judiciais, a previsão de formas de impugnação das decisões dos órgãos jurisdicionais²²³⁵, várias outras razões lhe dão fundamento, como a necessidade psicológica, a falibilidade humana e mesmo razões de ordem histórica. O duplo grau de jurisdição, porém, repita-se, como advertem ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCA e GOMES FILHO²²³⁶, somente é razoável quanto ao esgotamento da discussão da matéria perante a jurisdição de partes, porquanto os recursos extraordinário e especial possuem a função de fazer com que o Supremo Tribunal Federal, no primeiro caso, e o Superior Tribunal de Justiça, no segundo, desempenhem as suas missões de controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade do ordenamento jurídico nacional ou, em outras palavras, deem a última palavra, respectivamente, sobre as matérias de ordem constitucional e infraconstitucional federal.

Sem embargo dessas considerações, cabe observar que com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ocorrida em 1992, a garantia do duplo grau de jurisdição restou positivada em nosso ordenamento jurídico, pois consta do documento internacional em referência – que se não possui status constitucional, constitui-se lei ordinária federal, *norma supralegal* –, como direito do acusado “... recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (art. 8.2, h, da CADH). Do mesmo modo, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de modo enfático, está dito que “Qualquer pessoa declarada culpada de um delito terá o direito de apelar da decisão e depois para uma instância superior, em conformidade com a lei” (art. 14.5)²²³⁷.

Essa cláusula da garantia de um segundo julgamento foi invocada perante o Supremo Tribunal Federal quando dos debates travados na Ação Penal 470, como fundamento para assegurar aos acusados o direito ao reexame do acórdão, mas a tese foi rejeitada, reiterando a Corte Excelsa o seu entendimento sumulado. Alguns acusados do Caso Mensalão denunciaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a violação dessa regra por parte do Estado brasileiro, solicitando, em consequência, a adoção de medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às suas pessoas. Resta esperar qual será a posição da corte internacional e a extensão de sua interferência em assuntos dessa natureza, tendo em conta os preceitos da soberania.

²²³³ Cf. COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de segurança na justiça criminal e ministério público: legislação, modelos de mandados de segurança, ministério público nas constituições de 25 países*. São Paulo: Saraiva, 1990. O autor, com suporte na jurisprudência dos tribunais, defende o emprego do mandado de segurança no processo criminal a fim de impugnar questões incidentes que não têm o condão de pôr fim à relação processual nem dizem respeito ao *status libertatis* do acusado. Isso porque, se a questão é afeta ao direito de liberdade do acusado, o remédio previsto é o habeas corpus, o que leva à consideração de que, raramente – para não se dizer nunca –, haverá hipótese para a interposição do mandado de segurança pelo acusado. Observe-se que a própria história da criação do mandado de segurança confirma essa tese, pois este instituto foi concebido, a partir da inteligência brasileira, que queria dotar o processo civil de um instrumento idêntico ao habeas corpus, previsto unicamente para o processo criminal. Em um primeiro instante, RUI BARBOSA, com a sua eloquência, lutou pela admissão do habeas corpus para a defesa de questões cíveis, porém, perante o Supremo Tribunal Federal, acabou sendo sufragada a tese em contrário do então Ministro PEDRO LESSA. Isso fez com que surgisse a ideia de criar-se o mandado de segurança para proteger direitos não amparados pelo habeas corpus. Em razão disso, na dicção constitucional sobre o mandado de segurança, assim como ainda hoje é, ao inseri-lo dentre os direitos fundamentais, sempre se diz que ele é cabível para proteger direito líquido e certo não amparado pelo habeas corpus, dicção normativa, aliás, que está mantida no art. 5º, LXIX, da Constituição. (Sobre o habeas corpus, cf. MIRANDA, Pontes de Miranda. *História e prática do habeas-corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.)

²²³⁴ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. Na obra mais completa escrita sobre o assunto – tese apresentada na obtenção do grau de Doutor pela Pontifícia Católica de São Paulo/PUC, tendo merecido nota dez com distinção e louvor –, o autor dissecou o tema, partindo da premissa de que a reclamação se trata de ação constitucional prevista na própria Constituição, que se assemelha ao mandado de segurança, de modo que não pode ser criada por meio dos regimentos internos dos tribunais.

²²³⁵ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES. Op. cit., p. 23.

²²³⁶ Op. cit., p. 25. Os autores mencionados ainda fazem a consideração de que o duplo grau de jurisdição, outrossim, não engloba os recursos de terceiro grau das justiças trabalhista e eleitoral, como já foi salientado supra.

²²³⁷ GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório*. p. 204.

9.5.3.2 – Ofensa ao princípio da ampla defesa com a exigência do prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo para a admissibilidade do recurso.

Sendo o duplo grau de jurisdição uma consequência lógica do direito de defesa, que desde a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, ocorrida em 1992²²³⁸, está inserido em nosso ordenamento normativo, a consequência jurídica que se pode tirar daí é de que não pode haver, no nosso sistema, supressão do direito ao recurso da decisão de primeira instância.

Em consonância com essa premissa verdadeira, ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO²²³⁹ sustentam que, “... a partir de 1992, pela ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio do duplo grau integra o direito positivo brasileiro em nível supralegal, mediante a norma do art. 8, n. 2-h, do Pacto, que assegura o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.” O ordenamento jurídico brasileiro adota essa regra, de modo que garante às partes o direito ao duplo grau de jurisdição. No processo criminal, como se disse, conquanto as decisões interlocutórias ordinariamente não sejam recorríveis, a matéria nelas tratada, quando não há a previsão de admissibilidade do recurso em sentido estrito, não é atingida pela preclusão, de modo que sempre pode ser objeto de discussão, como preliminar, quando da impugnação da sentença, por meio da interposição da apelação. Na sistemática recursal do Código de Processo Penal, assim como ocorre no Processo Civil, salvo quando se trata de sentença exarada com suporte em decisão tomada pelo tribunal do júri, sempre é admissível o manejo do recurso de apelação, por meio de fundamentação livre²²⁴⁰.

Todavia, o art. 59 da Lei nº 11.343, de 2006 condiciona o direito de interpor o recurso ao prévio recolhimento à prisão. O art. 594 do CPP, o art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072, de 1990, e o art. 9º da Lei nº 9.034, de 1995, também condicionavam o recurso à circunstância de o acusado estar preso, mas foram acertadamente revogados, tendo em conta a flagrante inconstitucionalidade. Mas, inadvertidamente, continuam em vigente o art. 59 da Lei nº 11.343, de 2006. Em outras palavras, nesse hipótese, caso cumpra o que prescreve o dispositivo, o juiz deve cientificar ao acusado que a admissibilidade de seu recurso e, com isso, o direito de exaurir a justiça de partes, está condicionado à circunstância de ele, desde logo, passar a cumprir o que determina a decisão judicial²²⁴¹. Se o

²²³⁸ Por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana.

²²³⁹ Op. cit., p. 24. Com esteio na interpretação emprestada ao art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, os autores defendem que a regra prevista na convenção, com a sua ratificação, ingressa em nosso ordenamento jurídico com status de direito fundamental declarado na Constituição. De todo modo, diante do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance do dispositivo em comento, pelo menos se pode dizer que a ratificação teve o condão de fazer com que a norma passe a fazer parte da legislação ordinária, com consequente revogação das normas que continham disposição em contrário. Cf. itens 5.6 e 7.2.6, supra, parte em que se trata da repercussão, no plano interno, das declarações internacionais dos direitos do homem e são feitas considerações a respeito do § 3º inserido ao art. 5º da Constituição, por obra da Emenda Constitucional nº 45, de 2005.

²²⁴⁰ Nos processos da competência do tribunal do júri, para conciliar o princípio da soberania dos veredictos, estampado como direito fundamental no art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição, com o do duplo grau de jurisdição, extraído da cláusula da plenitude de defesa, prevista na alínea “a” do mesmo dispositivo, o legislador infraconstitucional normatizou o recurso de apelação das decisões emanadas desse segmento da magistratura com a técnica da motivação vinculada. Assim, nos termos do art. 593, III, do CPP, o recurso de apelação das decisões do tribunal do júri somente são cabíveis nas hipóteses em que (1) ocorrer nulidade posterior à pronúncia (as nulidades anteriores são sanadas com a decisão de pronúncia); (2) a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados (nesse caso, em segunda instância, para manter a soberania dos veredictos, o tribunal competente fará apenas a retificação, não anulando o julgamento – § 1º do art. 593.); (3) for constatado erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança (tribunal fará apenas a retificação, não anulando o julgamento – § 2º do art. 293); (4) a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (no caso de provimento do recurso, o tribunal de justiça ou o regional federal remeterá o réu a novo julgamento pelo tribunal do júri, em razão do princípio da soberania dos veredictos).

²²⁴¹ ADA PELEGRINI, ANTONIO MAGALHÃES e SCARANCE FERNANDES aduzem que a identificação da natureza jurídica do recurso com a tutela constitucional do direito à ampla defesa permite que se abone a clássica divisão do juízo de admissibilidade do recurso entre os requisitos objetivos e subjetivos. Concluem os doutrinadores em referência que, diante da natureza jurídica do direito de recorrer, “... pode-se estabelecer um paralelo entre as *condições da ação* e as *condições dos recursos*” (Op. cit., p. 73). Assim, da mesma forma como acontece com a ação, existem condições de admissibilidade dos recursos que não se confundem, em rigor técnico-processual, com os seus pressupostos de admissibilidade. As condições de admissibilidade, que configuram o *direito ao recurso*, são: (1) possibilidade jurídica (cabimento); (2) legitimação para recorrer; (3) interesse-utilidade em recorrer (Op. cit., p. 76-88). Quanto aos pressupostos recursais, que são os requisitos indispensáveis para a constituição ou desenvolvimento válido de uma

acusado não passar a cumprir a decisão que quer impugnar, não lhe será admitido o direito de pedir o reexame da matéria ao órgão de segundo grau. Observe-se que a discussão aqui não se refere à natureza jurídica da prisão determinada pela decisão judicial passível de recurso, mas sim da circunstância de a prisão, além de ser determinada, constituir-se em *requisito objetivo de admissibilidade* do recurso cabível. A ausência do recolhimento à prisão, nesses casos, é eleita como fato impeditivo da admissibilidade recursal²²⁴². Com isso, quando o juiz decreta a prisão com a decisão ainda passível de recurso e diz que este somente será cabível caso haja o prévio recolhimento à prisão, ele está negando o duplo grau de jurisdição ao acusado que se recusa a cumprir uma decisão com a qual ele não concorda. Isso quer dizer que, nada obstante o *interesse-necessidade-utilidade* em interpor o recurso, o acusado, a não ser que se recolha à prisão, não terá o direito de pedir a revisão do julgamento.

Nessa ideação, tem-se que a exigência do prévio recolhimento do réu à prisão, como pressuposto à admissibilidade do recurso de apelação ou em sentido estrito, configura cerceamento do direito de defesa, uma vez que suprime o direito de recorrer, com consequente negativa de acesso ao duplo grau de jurisdição, o que constava na redação originária do CPP.

Em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça, após divergência entre os seus pares, consolidou o seu entendimento a respeito do assunto, mediante a edição da Súmula nº 9, cujo enunciado assim vazado: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”²²⁴³. O conteúdo desse entendimento sumular denota que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão ressaltando a natureza cautelar da prisão decretada como condição para a interposição do recurso, de modo a afastar a alegada inconstitucionalidade desses dispositivos consubstanciada na assertiva de que eles contemplavam hipóteses de execução provisória de pena privativa de liberdade. Acontece que a questão não deve ser debatida sob essa perspectiva.

Que o juiz pode decretar a prisão com a sentença não se há de objetar. O problema é quanto ao prévio recolhimento à prisão como requisito para a admissibilidade do recurso, uma vez que a norma jurídica, nesse caso, contempla restrição ao direito à ampla defesa, na medida em que suprime do acusado a possibilidade de esgotar a discussão da matéria perante a justiça de partes. A Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça, portanto, aborda a questão sob a ótica do princípio da presunção de não culpabilidade, quando, em verdade, o vício em comento diz respeito ao preceito da ampla defesa, assegurado não só na Constituição de 1988, como igualmente no Pacto de San José da Costa Rica.

Seguindo a mesma linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal, no *leading case* sufragado pelo Tribunal Pleno na apreciação do Habeas Corpus nº 72.366-7/SP, em que o relator foi o Ministro NÉRY DA SILVEIRA²²⁴⁴, por maioria, decidiu que a norma então encartada no art. 594

relação processual, tem-se: (1) a investidura do juiz ou tribunal; (2) capacidade de ser parte; (3) regularidade formal da interposição da peça recursal; (4) tempestividade; e (5) ausência de fatos impeditivos ou extintivos (Op. cit., p. 90-107).

²²⁴² Preocupados em ressaltar a contrariedade à cláusula do duplo grau de jurisdição com a exigência do prévio recolhimento à prisão como fato impeditivo da admissibilidade do recurso, ADA PELLEGRINI, ANTONIO MAGALHÃES e SCARANCA FERNANDES dizem que não consideram “... fato impeditivo do conhecimento do recurso o não recolhimento à prisão nos casos em que a lei o exige, devendo ser outra a interpretação a ser dada aos dispositivos em tela” (Op. cit., p. 105).

²²⁴³ O Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do Resp. 159.148, pela sua Sexta Turma, em acórdão relatado pelo Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, assim decidiu: “O princípio da presunção de inocência, hoje está literalmente consagrado na Constituição da República (art. 5º, LVII). Não pode haver, assim, antes desse termo final, cumprimento da sanção penal. As cautelas processuais penais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A carta Política, outrossim, registra o devido processo legal; compreende o ‘contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’. Inteligência do art. 594 do CPP. Não se pode condicionar o exercício de direito constitucional – ampla defesa e duplo grau de jurisdição – ao cumprimento de cautela processual”. (FRANCO; STOCO (Coords.). Op. cit., p. 319.) O Tribunal Regional Federal da Terceira Região, em voto da Desembargadora Federal SYLVIA STEINER, de forma lapidar assim decidiu: “(...) O direito ao duplo grau de jurisdição é assegurado pela Constituição Federal, e expresso na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Não pode ser condicionado ao recolhimento à prisão. Ordem concedida” (Ibid.)

²²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 594: NORMA RECEPCIONADA PELO REGIME CONSTITUCIONAL DE 1988. TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 13/09/1995. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 12 abr. 2005. No julgamento, restaram vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO, MAURÍCIO CORRÊA, FRANCISCO REZEK, ILMAR GALVÃO e SEPÚLVEDA PERTENCE. Por conseguinte, o resultado foi de seis votos favoráveis contra cinco, o que demonstra como a matéria foi debatida na Excelsa Corte. Na discussão sobre o assunto, prevaleceu a posição do relator, tendo como primeiro argumento que a prisão decretada com

do Código de Processo Penal havia sido recepcionada pela Constituição de 1988, visto que não conflitava com o princípio da presunção de não culpabilidade, e esclareceu, também, que o preceito contido na Convenção Americana de Direitos Humanos não teve o condão de revogá-la. De par com essa tese, no julgamento do RHC 9.342, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, consoante o voto do relator, Ministro EDSON VIDIGAL²²⁴⁵, firmou passo na orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “... a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, o direito ao réu de recorrer em liberdade...”

De qualquer sorte, a linha de pensamento aqui sustentada desde a primeira edição deste livro findou sendo captada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que levou o referido órgão jurisdicional a uniformizar o seu entendimento no sentido de que a falta de recolhimento à prisão não pode ser empecilho ao conhecimento do recurso, a ponto de editar a Súmula nº 347, assim redigida: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Felizmente, seguindo essa orientação jurisprudencial, o legislador passou a adaptar a legislação infraconstitucional em consonância com esse entendimento sumular. A Lei nº 11.464, de 2007, modificou a Lei dos Crimes Hediondos, de modo a eliminar a possibilidade de o magistrado, na sentença condenatória, vedar o direito de o acusado apelar em liberdade. Dando continuidade à supressão da exigência da prisão como requisito para a interposição do recurso, a Lei nº 11.719, de 2008, expressamente, revogou o art. 594. Acontece que, por falta de visão sistêmica do ordenamento criminal, não tratou de revogar, naquela oportunidade, o art. 595 do Código de Processo Penal, que erigia a fuga da prisão como causa de deserção do recurso²²⁴⁶. Ora, nesse caso, a fuga da prisão se apresentava como fato impeditivo ao desenvolvimento válido da relação processual instaurada em segunda instância por meio do recurso, o que originava, outrossim, limitação à ampla defesa.

Quando o art. 594 do Código de Processo Penal estava em vigor, o Supremo Tribunal Federal havia confirmado, em reiterados pronunciamentos, a validade da regra estampada no art. 595, que impunha a deserção do recurso, na hipótese em que, estando o acusado preso ou tendo se recolhido à prisão para fins de que o seu recurso fosse admitido, ao depois, fugisse do cárcere²²⁴⁷.

No entanto, a partir do momento em que a prisão deixou de ser requisito objetivo de admissibilidade do recurso, conseqüentemente, a fuga do cárcere não podia mais ser elencada como causa de deserção recurso. O art. 595 do CPP era um consectário lógico do art. 594 do mesmo Diploma Legal, de modo que a revogação deste resultou, implicitamente, na eliminação da regra contida naquele dispositivo.

Em atenção a esse entendimento, a Lei nº 12.403, de 2011, expressamente, revogou o art. 595 do Código de Processo Penal, resolvendo essa incongruência e, enfim, a Lei nº 12.850, de 2013, revogou a Lei nº 9.034, de 1995.

Porém, conforme salientado acima, o art. 59 da Lei nº 11.343, de 2006, que proíbe a interposição do recurso pelo acusado em liberdade, ainda está em vigor, mas, em compasso com os argumentos acima, tem-se que esse dispositivo não se conforta com o princípio do duplo grau de jurisdição.

base na ausência de primariedade ou de bons antecedentes tinha natureza cautelar. Quanto à abordagem sobre a previsão contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o relator, acompanhado pela maioria, firmou a tese de que o art. 594 do CPP não foi revogado pela norma internacional, pois não “... há ver, na Convenção em referência, regra de maior eficácia do que o sistema da Constituição, nem se pode entender que norma internacional faça inserir, em nosso ordenamento, preceito em conflito com a Constituição. Esta, como se acentuou, consagra, também, o duplo grau de jurisdição, tal como a Convenção” (Ibid.). À evidência que o caso não é de colisão entre o preceito contido na Convenção e o que prescreve a Constituição. O que faltou ser considerado é que a Constituição, com a consagração dos direitos fundamentais em seu texto, declara apenas os direitos essenciais mínimos necessários à dignidade humana, sendo possível criar outros ou aumentar o alcance das garantias por meio de instrumentos legislativos infraconstitucionais.

²²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL. PROCESSUAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 8072/90, ART. 2º, II. INCONSTITUCIONALIDADE. CPP, ART. 594. LIMITAÇÃO AO APELO EM LIBERDADE. NÃO-DERROGAÇÃO PELO PACTO DE SÃO JOSE DA COSTA RICA. “HABEAS CORPUS”. Classe: RHC – Processo: 9342, UF: SP. Data da decisão: 14/12/1999. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 12 abr. 2005.

²²⁴⁶ Aliás, ali também foi perdida a oportunidade de revogar o art. 393 do Código de Processo Penal, que deveria ter sido revogado desde o advento da Lei Fleury. O art. 393 do CPP só foi revogado por obra da Lei nº 12.403, de 2012.

²²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. APELAÇÃO. FUGA, PRIMEIRA TURMA, un. Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Classe: HC – Processo: 82007, UF: SP, Data da decisão: 27/09/2002. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 12 abr. 2005.

9.5.4 – Inviolabilidade da advocacia.

Na análise do alcance da cláusula da ampla defesa, ressaltou-se que ela compreende a defesa técnica e a autodefesa. Já na declaração de direitos da Constituição americana restou inserida, no preceito que trata da declaração do direito fundamental à defesa, a garantia de que o acusado será assistido por um advogado. No nosso sistema, como foi visto, consta, dentre os direitos fundamentais inscritos no art. 5º, norma expressa na Constituição assegurando a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (Inciso LXXIV), ademais de estar dito que ao acusado é assegurada a assistência de advogado (Inciso LXIII)²²⁴⁸. Assim, o constituinte estipulou regra específica para o ambiente criminal, no propósito de garantir ao acusado a assistência de advogado, independentemente de ele ter condições financeiras ou não. Essa garantia do acusado se traduz em *dever* do Estado em prestar a assistência jurídica, que é encargo da defensoria pública, estadual ou federal, conforme seja o caso. Todavia, mesmo antes da Constituição de 1988, a legislação infraconstitucional vedava o trâmite do processo criminal sem a efetiva defesa do acusado por um causídico, devendo o juiz, na hipótese de o acusado não ter condições financeiras ou não ter interesse em contratar alguém para defendê-lo, nomear um defensor dativo ou mesmo um que seja *ad hoc*, nesse caso especificamente para participar do processo quando o advogado constituído não praticar ato essencial ou não comparecer à audiência marcada para a instrução criminal.

Com a edição da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, a garantia da efetividade da defesa técnica ficou reforçada, pois a presença do advogado, no sentido de auxiliar e orientar o acusado, passou a ser exigida a partir mesmo do interrogatório (art. 185, caput, do CPP). Ademais, não apenas se assegurou a presença do advogado ao interrogatório, como se estabeleceu a necessidade de que seja dado ao acusado o direito de *entrevista reservada* com seu defensor antes de iniciado o ato processual, assim como se previu a possibilidade de que este, desde que *pertinentes e relevantes*, faça perguntas para serem respondidas no interrogatório (arts. 185, § 2º, e 188 do CPP).

A garantia do direito à assistência do acusado por um advogado encontra guarida, ainda, no art. 133 da Norma Maior, ao dispor que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” A indispensabilidade da intervenção do advogado para que a atividade jurisdicional, por força do preceito constitucional em destaque, seja tida como válida contém valor político-jurídico que traduz a ideia de que essa função é um *múnus público*, não uma mera defesa de interesses privados (STJ, MS 1.275/91, Relator Ministro GOMES DE BARROS)²²⁴⁹.

Não corresponde, porém, ao monopólio do *jus postulandi*, pois, de conformidade com entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal²²⁵⁰, esse postulado constitucional não impede “... a outorga por lei, em hipóteses excepcionais, do *jus postulandi* a qualquer pessoa, como já ocorre na ação penal de habeas corpus, ou ao próprio condenado – sem referir a outros – como se verifica na ação de revisão criminal (STF, RTJ 146/49)”. Quanto ao *jus postulandi* na seara criminal, que se insere na cláusula da ampla defesa como garantia ao acusado, ao lado da defesa técnica, do direito à autodefesa, a matéria já foi dissecada no estudo lançado no item 9.5.1.2 deste escrito.

O que cabe aqui abordar é o princípio da *inviolabilidade da advocacia*, como forma de reforço ao princípio da ampla defesa na seara criminal. Nessa quadra, a inviolabilidade da advocacia deve ser vista como um corolário lógico da cláusula da ampla defesa, de modo que ela é prevista mais como garantia do acusado do que propriamente do advogado ou de sua classe profissional. O causídico, para bem defender o seu cliente, deve ser cercado de garantias que lhe confirmam altivez e meios para lutar em prol do acusado. Com efeito, em decorrência desse princípio, ao advogado não pode ser vedado o direito de acesso às repartições públicas, especialmente em relação às delegacias

²²⁴⁸ Cf. item 9.5, supra, no qual se esclareceu que a palavra *preso*, utilizada pelo legislador, em verdade, quer dizer que a assistência jurídica deve ser assegurada ao acusado em geral. Os Executivos federal e estadual criaram e estruturaram as suas respectivas defensorias públicas, a fim de cumprir, efetivamente, o mandamento constitucional. Há muito o que avançar ainda, especialmente na maioria dos Municípios. Aliás, também os Municípios deveriam criar as suas defensorias públicas, principalmente os do interior, a despeito de a Constituição não ter determinado (art. 134, § 1º).

²²⁴⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da república federativa do Brasil anotada/notas de doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 276.

²²⁵⁰ *Ibid.*, p. 277.

de polícia e aos estabelecimentos carcerários, não sendo lícito, sequer, que o juiz restrinja ou dificulte o atendimento de advogado, em horário destinado a expediente interno (STJ, RDA 189/283)²²⁵¹.

O art. 7º, inciso VI, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, de forma peremptória, insere, dentre as prerrogativas do advogado, anunciadas como garantia à liberdade de defesa, o direito de ingressar livremente nas salas de sessões dos tribunais, nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça e serviços notariais. Quanto às delegacias e prisões, segundo o mesmo dispositivo, o ingresso do advogado em suas dependências deve ser franqueado mesmo fora do expediente e independentemente da presença do delegado ou do diretor do presídio²²⁵². Note-se que, como aqui já foi ressaltado, por força do art. 5º, LXIII, é assegurada ao preso, como direito fundamental, a assistência de advogado, daí por que, coerente com essa assertiva, o legislador infraconstitucional, ao traçar, com régua e compasso, as nuances do exercício da advocacia, catalogou, dentre as prerrogativas funcionais, o direito de o defensor “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda quando considerados incomunicáveis (art. 7º, III, da Lei nº 8.906, de 1994).

O pleno acesso do advogado diz respeito especialmente aos autos de processos judiciais e administrativos (art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906/94), inclusive ao inquérito policial (art. 7º, IV, da Lei nº 8.906/94). Com efeito, o inquérito policial, conquanto seja sigiloso, não o é em relação ao advogado, daí por que a este deve ser franqueado o acesso aos autos investigatórios, além de ter o direito de participar da instrução²²⁵³. A fim de regram a denominada *investigação defensiva*, a Lei nº 13.245, de 2016, inseriu o inciso XXI no art. 7º do Estatuto da OAB, no propósito de ressaltar que é direito do advogado assistir o seu cliente durante a investigação, “... sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração ...” apresentar razões e quesitos.

O que não caracteriza cerceamento ao exercício da advocacia é a prática de atos sigilosos pela autoridade policial, de modo que esta não precisa, antecipadamente, informar ao advogado os futuros passos que serão dados na investigação do caso. Ademais, há determinados atos investigatórios, como é o caso da escuta telefônica devidamente autorizada, em que o advogado somente é comunicado da ocorrência e tem a possibilidade de consultar os autos, após a sua realização e devida documentação, sem que, com isso, tenha-se por arranhado o princípio constitucional da inviolabilidade da advocacia.

Nessa linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14, a fim de assentar que “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”. Esse entendimento sumular foi traduzido normativo no art. 23 da Lei nº 12.850, de 2013, ao dispor que “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”.

Registre-se que, consoante o art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.906, de 1994, o exercício da advocacia compreende não apenas o trabalho desempenhado perante os órgãos jurisdicionais, no patrocínio do interesse do cliente mediante a postulação nos processos judiciais, mas igualmente as atividades de *consultoria, assessoria e direção jurídicas*. Por conseguinte, as consultas e orientações dadas pelos advogados são formas de atuação profissional, pautadas pela garantia da inviolabilidade estampada pela Constituição. Esse assunto foi discutido no Décimo Primeiro Congresso das Nações

²²⁵¹ Ibid. p. 277.

²²⁵² Indo mais além, na alínea c do inciso VI do art. 7º do Estatuto da Advocacia, está dito que fica assegurado, igualmente, o ingresso “em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado”.

²²⁵³ O art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, dispõe que é direito do advogado “Examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal²²⁵⁴, tendo alguns países defendido a distinção entre as atividades de consultoria e orientação propriamente jurídicas, que exigem conhecimentos técnico-jurídicos, daquelas que, embora prestadas por escritórios de advocacia, não são, em essência, de natureza jurídica, mormente aquelas de caráter empresarial. Isso porque se tem verificado, na experiência internacional, que, cada vez mais, os escritórios de advocacia vêm desempenhando o papel de orientação empresarial quanto à forma de aplicação de recursos sob forte suspeita de oriundos de crimes de terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e pessoas, contrabando de armas e de corrupção.

Não há, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, posicionamento a respeito dessa importante distinção, sendo pertinente assinalar que, no referido Congresso Internacional, realizado no primeiro semestre do ano de 2005, em Bangkok, o Brasil, por meio de sua delegação, manifestou simpatia pelo assunto, sufragando o entendimento quanto à necessidade de fazer a separação da atividade do escritório de advocacia propriamente jurídica da que é prestada com imiscuição no campo específico de outras áreas profissionais. Ora, não se mostra razoável que a intermediação de uma operação financeira feita sob a orientação e direção de escritório de advocacia, só por esse fato, tenha a sua documentação acobertada pela imunidade, enquanto outra, processada sob as mesmas condições, conduzida, porém, por um escritório de consultoria empresarial, não se encontre protegida pela norma constitucional. Se assim for, a cláusula constitucional servirá para criar desigualdade entre os escritórios que operam nessa área, dando margem à concorrência desleal em prol dos escritórios advocatícios.

Sem embargo dessa distinção, não se pode, evidentemente, confundir *consulta e orientação jurídicas* com *participação* na empreitada criminosa. Assim como a imunidade judiciária não ampara, dependendo das circunstâncias nas quais são verberadas as palavras ofensivas a outrem, o advogado sequer contra a prática de crime de injúria e/ou difamação pelas afirmações orais ou escritas verberadas na atuação em juízo, evidentemente ele responde pela prática de ilícito, quando orienta ou dirige o seu cliente no agir criminoso. É que na imunidade da função de advogado não se compreende, obviamente, a orientação e direção da ação ilícita do cliente. O advogado, por exemplo, não pode orientar o seu cliente quanto à forma de empregar ou movimentar a propriedade de bens, direitos ou valores oriundos de infração penal, sob pena de prática do crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto no citado diploma legal²²⁵⁵, sem prejuízo de sua responsabilidade criminal pelo delito antecedente, caso em relação a ele também tenha tido alguma participação.

A relação entre o advogado e o crime organizado, estreme de dúvidas, é a situação mais delicada quanto aos limites da imunidade do exercício da advocacia. O advogado de integrantes do crime organizado, em alguns casos, passa a orientar quanto à condução dos negócios que representam o braço lícito do grupo, quando, na verdade, trata-se apenas de método inteligente de lavagem dos recursos financeiros e bens provenientes do crime²²⁵⁶. Na Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada pelo Congresso Nacional para apurar o tráfico ilícito de entorpecentes, verificou-se a

²²⁵⁴ *The Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice: main theme – synergies and responses: strategic in crime prevention and criminal justice*, realizado em Bangkok, na Tailândia, no período de 15 a 18 de abril de 2005.

²²⁵⁵ Na redação originária da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 no art. 1º, constava o rol dos seguintes crimes antecedentes, necessários para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro: (1) de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; (2) de terrorismo; (3) de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; (4) de extorsão mediante sequestro; (5) contra o sistema financeiro nacional; e (6) praticados por organização criminosa. A Lei nº 12.683, de 2012, porém, revogou o rol de crimes antecedentes. Agora, da forma como redigido o art. 1º, qualquer crime ou contravenção penal pode ser considerado para fins de caracterização do crime subsequente de lavagem de dinheiro.

²²⁵⁶ Tem sido cada vez mais comum a prisão de advogados na intermediação de negócios escusos de seus clientes, principalmente nos casos de suborno. Vários relatos já foram mostrados nas redes de televisão. Do mesmo modo, não raro, os causídicos, nas visitas aos presídios, fazem o contato do preso que dirige a organização criminosa, com os integrantes do grupo que estão em atividade. Isso foi o que ocorreu em relação ao traficante conhecido como Fernandinho Beira-mar, quando se verificou um verdadeiro abuso do direito de visita dos advogados ao seu cliente famoso. Como ele tinha vários advogados, as visitas que lhe eram feitas por estes eram sobremaneira frequentes, o que fazia com que tivesse contato praticamente diário com os demais integrantes do seu grupo, que estão em liberdade, em plena atividade do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Para obviar esse problema, o Congresso Nacional, por meio da edição da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, instituiu, na execução da pena, o regime disciplinar diferenciado, para abrigar, dentre outras hipóteses, presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, com a adoção, além de outras medidas, de restrição quanto à visita, somente sendo permitida a de duas pessoas por semana, sem contar as crianças, pelo tempo máximo de duas horas cada (art. 52, § 1º, da Lei nº 7.210, de 1984).

participação de vários advogados na empreitada ilícita. Inicialmente recrutados como advogados, posteriormente, em razão da imunidade, são chamados pelos integrantes da organização criminosa a desempenhar funções que findam fazendo com que os causídicos passem a ser responsáveis também pelo crime. Felizmente, apenas uma minoria dos advogados tem esse comportamento funcional reprovável.

9.5.4.1 – Imunidade judiciária como corolário lógico da inviolabilidade do exercício da advocacia.

Como consequência natural da inviolabilidade da advocacia, o advogado detém imunidade quanto às afirmações feitas em prol da defesa do acusado, desde que elas tenham relação com o *thema decidendum*. Em verdade, essa imunidade judiciária, agora alçada à categoria de princípio constitucional, já era prevista em nosso Direito, diante da redação do art. 142, I, do Código Penal. De acordo com a norma penal em referência, não caracteriza o crime de injúria ou difamação “a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador”. Note-se que a imunidade conferida ao advogado, em decorrência da inviolabilidade da advocacia, não abrange o crime de calúnia. No mesmo sentido, a Lei nº 8.906, de 1994 – Estatuto da Advocacia –, no art. 2º, § 3º, estabelece que, “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”, e mais adiante, no art. 7º, § 2º, esclarece que não constitui “... injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele”. A extensão da imunidade ao crime de desacato, porém, foi suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, adotada no julgamento da ADI 1.127-8.

As ressalvas de que a imunidade criminal, relativa apenas aos crimes de injúria e de difamação, circunscreve-se às ofensas feitas na discussão da causa (art. 142, I, do CP) e nos limites desta lei (art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94) demonstram que a garantia não é absoluta, não podendo, assim, o advogado, sob o pretexto de que está defendendo o acusado, aproveitar-se da ocasião para ofender alguém. Por isso mesmo, a chamada imunidade judiciária ou criminal, que acompanha o advogado no exercício de sua profissão, pressupõe conexão das ofensas com o interesse que está em litígio (STF, RT 610/426)²²⁵⁷, ainda que remoto o nexo entre o litígio e a ofensa (STF, RT 585/412)²²⁵⁸. Daí por que, caso a ofensa irrogada não guarde vínculo com a discussão da causa, o agir não está protegido pelo manto da imunidade judiciária (STJ, RHC 352)²²⁵⁹. Por outro lado, é irrelevante a circunstância de as palavras ofensivas terem sido lançadas fora dos autos, sendo suficiente, para a incidência da norma protetiva, que as afirmações expressadas de forma oral ou escrita tenham sido feitas na linha de defesa do acusado (STF, RT 543/431)²²⁶⁰, até porque, consoante o art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906, de 1994, a imunidade diz respeito ao comportamento do advogado no exercício de sua profissão, prestada em juízo ou fora dele.

De todo modo, em compasso com a orientação jurisprudencial, LUÍS ROBERTO BARROSO²²⁶¹ esclarece que

O art. 142 do CP, ao dispor que não constitui injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador – excluídos, portanto, os comportamentos caracterizadores da calúnia – estendeu, notadamente ao advogado, a tutela da imunidade judiciária, desde que, como ressalta a jurisprudência dos tribunais, as imputações contumeliosas tenham relação de pertinência com o *thema decidendum* e não se refiram ao próprio juiz do processo (STF, RTJ 146/588).

Destaque-se, da lição haurida de LUÍS ROBERTO BARROSO, que a doutrina nacional, de há muito tempo, pacificou o entendimento de que a *licentia conviciandi* não pode ser utilizada em detrimento da administração judicial, daí por que a ofensa *verbis* ou *factis* feita ao juiz não está

²²⁵⁷ DELMANTO, Celso. et al. Op. cit., p. 142.

²²⁵⁸ Ibid. p. 142.

²²⁵⁹ Ibid., p. 308.

²²⁶⁰ Ibid.

²²⁶¹ Op. cit., p. 277.

acobertada pela imunidade²²⁶². NELSON HUNGRIA²²⁶³, com a sabedoria de sempre, argumenta que “... Acima do interesse da indefinida amplitude de defesa de direitos em juízo está o respeito devido à função pública, pois, de outro modo, estaria implantada a indisciplina no foro e subvertido o próprio decôro da justiça”, pelo que a ofensa irrogada contra o magistrado, mesmo que em razão da *lide e na discussão dela*, poderia constituir, quando feita em audiência, o crime de desacato²²⁶⁴.

Ainda em proteção à ampla defesa, o advogado, por força do art. 207 do Código de Processo Penal e do art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906, de 1994, está proibido de depor no processo²²⁶⁵, tornando-se defesa, igualmente, como regra, até mesmo, a busca e apreensão. Se assim não fosse, o acusado não se sentiria seguro para contar a verdade ao seu advogado, pois este, depois, poderia não só chantageá-lo, como igualmente ser chamado à inquirição na qualidade de testemunha, com o dever de dizer o que sabe, sob pena de processado pelo crime de falso testemunho.

Porém, com as alterações promovidas na Lei nº 9.613, de 1998, pela Lei nº 12.683, de 2012, notadamente diante do que dispõem os incisos IX (as pessoas físicas ou jurídicas que operem no Brasil como *procuradoras* ou *por qualquer forma representem os interesses* de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas no art. 9º) XIV (as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de *assessoria, consultoria, aconselhamento* ou *assistência*, de qualquer natureza, nas operações mencionadas da alínea a a f), os profissionais liberais, dentre eles os advogados, possuem o dever de identificar os clientes, manter cadastro atualizado e registro das transações, assim como de fazer ao COAF a comunicação de operações financeiras (art. 10 e 11).

9.5.4.2 – Inviolabilidade do escritório de advocacia, dos arquivos e dados, da correspondência e comunicações, incluídas as telefônicas ou afins.

Realçando a inviolabilidade do exercício da advocacia, garantida pela Constituição em prol da liberdade de defesa, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece, no art. 7º, inciso II, que dentre os direitos do advogado consta “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia” (Redação determinada pela Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008), excepcionando, porém, a possibilidade de busca e apreensão embasada em ordem judicial (§ 6º do art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994, incluído pela Lei nº 11.767, de 2008). Em interpretação literal da norma em destaque, a inteligência que sobressai é a de que a inviolabilidade somente pode ser tergiversada por meio da medida judicial de busca e apreensão. Assim, não seria possível, por exemplo, a interceptação das comunicações telefônicas ou eletrônicas mantidas pelo advogado com os seus clientes, pois, como se sabe, materialmente, a execução de medida judicial que determina a quebra do sigilo do contato mantido pela via telefônica ou eletrônica não se faz por meio do mandado de busca e apreensão.

Não deve, porém, ser essa a interpretação. A ressalva contida no § 6º do art. 7º da Lei 8.906, de 1994, deve ser entendida no sentido de que a quebra da inviolabilidade do exercício da advocacia é cabível naquelas mesmas hipóteses em que se admite a busca e apreensão. Note-se que, da forma como redigida a norma em exame, o que se quis deixar claro foi que o ingresso de alguém no local de trabalho do advogado, sem a sua permissão, exige a apresentação do respectivo mandado de busca e apreensão, garantia, aliás, que já está expressa no art. 5º, XI, da Constituição.

²²⁶² CELSO DELMANTO et al. reconhecem que a doutrina, a esse respeito é pacífica, com raras manifestações dissonantes – citam as posições em contrário de CUSTÓDIO DA SILVEIRA e de GABRIEL NETUZZI PERES –, mas defendem que essa posição adotada também pela jurisprudência “... limita uma exclusão ampla, sem apoio no texto da lei” (Op. cit., p. 307).

²²⁶³ Op. cit., v. 6. p. 119-120.

²²⁶⁴ Ibid., p. 121. Mais adiante, aprofundando o seu pensamento sobre o tema, o renomado criminalista sustenta que “Notadamente os juízes devem ficar resguardados dos convívios e baldões dos que pleiteiam perante eles. Se erram ou cometem abusos, sejam submetidos a processo disciplinar ou penal; mas é de todo intolerável que a majestade da toga seja conspurcada pelas diatribes inspiradas, na quase totalidade dos casos, pelo unilateralismo interesseiro de litigantes e advogados. Podem estes usar de linguagem vivaz para com o juiz, mas não ofensiva de sua dignidade ou reputação” (Ibid., p. 122).

²²⁶⁵ A vedação plasmada no art. 207 do Código de Processo Penal engloba, igualmente, todas as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. Assim, essa norma é destinada não apenas aos advogados, como também aos senadores e deputados (art. 53, § 5º, da Constituição), médicos, padres, psicólogos etc.

Por conseguinte, desde que seja hipótese em que se admite busca e apreensão de documento ou objeto em poder de advogado, não se aplica a cláusula da inviolabilidade, sendo admissível, portanto, até mesmo, a interceptação telefônica ou de dados.

A esse respeito, observe-se que o art. 243, § 3º, do Código de Processo Penal, categoricamente, em sua melhor interpretação, admite a busca e apreensão de objeto, coisa ou documento que esteja em poder de advogado, desde que, em relação a esse último, ele se constitua elemento do corpo de delito (art. 243, § 3º, do CPP). Com efeito, a busca e apreensão, nos termos do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, pode ter como objeto uma pessoa física – a alínea “a” fala, impropriamente, na busca e apreensão de criminosos e também das vítimas –, coisas, instrumentos, objetos, armas, munições, cartas e qualquer elemento de convicção. Quando o legislador cuidou de fazer a restrição à busca e apreensão em relação ao advogado, mencionou, apenas, a hipótese em que a medida é determinada para o fim de apreensão de documento. Por conseguinte, a interpretação do dispositivo em estudo leva à conclusão de que apenas em relação à busca e apreensão de documento em poder do advogado do acusado é que se restringe a admissibilidade da medida judicial à hipótese em que se trata de apreender aquilo que constitui elemento do corpo de delito.

Daí se conclui que, quando a busca e apreensão determinada contra advogado tiver como objeto outra coisa diferente de documento, ela pode ser levada a efeito mesmo quando não seja elemento do corpo de delito. Caso se queira dar outra interpretação ao art. 243, § 3º, do Código de Processo Penal, no sentido de entender que a busca e apreensão, quando se trata de algo em poder de advogado, se restringe a documento que se constitua elemento do corpo de delito, isso levaria ao absurdo de ter-se como inadmissível tal medida, até mesmo, quando a diligência tivesse como objeto pegar o corpo da vítima, que estivesse enterrado no interior do escritório. A cautela do legislador em relação aos documentos em poder do advogado se justifica porque esses papeis, via de regra, dizem diretamente respeito à sua atividade profissional, daí por que, nesse caso, a diligência só pode abranger aqueles que se constituam ou sejam parte do corpo de delito.

De mais a mais, não se pode dizer que o escritório de advocacia, salvo na hipótese de o documento se constituir elemento do corpo de delito, está imune a mandado de busca e apreensão. É preciso saber se o que está guardado no escritório ou local de trabalho diz respeito, efetivamente, ao exercício da profissão. Se, por exemplo, o causídico tiver participado do crime, não se pode, à evidência, sustentar que o documento sob a guarda dele é inviolável, como medida de proteção à liberdade e amplitude da defesa. Nesse caso, o advogado detém a posse do documento devido a sua condição de um dos responsáveis pela prática do ilícito, daí por que ele deve ser tratado como outra pessoa qualquer quando é acusada de um crime.

Na hipótese, antes de advogado, ele é acusado do crime e, em que pese deva merecer tratamento em consonância com a dignidade da pessoa humana, obviamente que como tal há de ser tratado. Fazendo essa distinção e realçando, ainda, que é possível não apenas a expedição de busca e apreensão em escritório de advocacia, mas também a quebra do seu sigilo telefônico, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente, a fundada suspeita da prática da infração penal”²²⁶⁶.

²²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO TELEFÔNICO. ADOGADO. QUEBRA. Relator Ministro FÉLIX FISCHER, Classe: ROMS – Processo: 10857, UF: SP, QUINTA TURMA, un. Data da decisão: 16/02/2000. Disponível em: www.cjf.gov.br/Juris/Juris.asp. Acesso em: 18 set. 2005. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CRIMINAL. HC. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. QUEBRA BASEADA NAS DECLARAÇÕES DE UMA SÓ PESSOA. ANÁLISE RESTRITA À SUA CAPACIDADE DE CONFIGURAR INDÍCIO DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. APTIDÃO NÃO ATACADA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. DISPONIBILIZAÇÃO ESPONTÂNEA DE INFORMAÇÕES PELO PACIENTE. DESNECESSIDADE AFASTADA EM RELAÇÃO AOS SIGILOS TELEFÔNICO E TELEMÁTICO E FALTA DE INTERESSE JURÍDICO EM RELAÇÃO AOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. INSTALAÇÃO PRÉVIA DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INOCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DEVIDO A FATORES DE ORDEM FAMILIAR E PESSOAL. PRERROGATIVAS QUE NÃO PODEM ACOBERTAR DELITOS. NATUREZA ABSOLUTA INEXISTENTE. DIVULGAÇÃO DE DADOS DECORRENTES DAS QUEBRAS. DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. CRIMES DIVERSOS DOS ORA

O Supremo Tribunal Federal na apreciação do já mencionado Inquérito 2424/RJ, em voto da lavra do Ministro CEZAR PELUSO²²⁶⁷, em relação aos limites da cláusula constitucional da inviolabilidade da advocacia, restou consignado na ementa, no ponto, o seguinte:

(...) 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão.

Ainda se mostra pertinente dizer que a busca e apreensão ou a quebra da inviolabilidade do exercício da advocacia pode ser determinada, igualmente, quando o advogado não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a busca e quando ele não possuir o documento em razão de sua função. Sem embargo de essas situações serem possíveis, elas não são fáceis de comprovação. Observe-se que, mesmo quando a pessoa, graduada em Direito, seja impedida do exercício da advocacia, não se pode, *a priori*, dizer que ela não recebeu o documento devido a sua qualificação profissional. A pessoa impedida de advogar pode, muito bem, e isso acontece com frequência, prestar assessoria não remunerada, dando as devidas orientações a quem lhe confia a guarda de documento. O mais complicado, no entanto, é quando se trata de assunto referente à família do advogado. Nesse caso, ele pode ter acesso aos documentos devido ao grau de parentesco e não em razão de sua condição profissional.

Em síntese, a busca e apreensão em escritório de advocacia, assim como a quebra da inviolabilidade do exercício dessa profissão, seria admissível nas hipóteses em que o advogado (1) tiver participado do crime; (2) não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a busca; (3) não possuir os papéis em razão de sua função; (4) mesmo no exercício da profissão, em relação a coisas, instrumentos, objetos, armas e munições relativos ao crime em apuração em poder do advogado²²⁶⁸; e (5) em se tratando de documento, ainda que o tenha recebido devido ao exercício da advocacia, se ele se constituir elemento do corpo de delito.

Ocorre que após intenso trabalho da Ordem dos Advogados do Brasil junto aos parlamentares, houve a modificação da disciplina emprestada à matéria pelo Estatuto da Advocacia. A Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008, incrementou a inviolabilidade do exercício da advocacia, de modo que, doravante, independentemente da situação, a busca e apreensão só pode ser determinada em escritório de advocacia quando “Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado...” (§ 6º art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994).

Suponha-se que o acusado, após a prática do crime de roubo, para sustentar a sua tese de negativa de autoria, entregue ao advogado o produto do crime, que o guarda apenas com a intenção de defender o seu cliente. Nesse caso, o advogado não participou do crime. Se se entender que, ao guardar o produto do crime em defesa de seu cliente, o advogado não participou de crime algum, pois está no exercício de seu mister, nessa hipótese, não seria cabível a busca e apreensão, o que, evidentemente, é um absurdo.

Atente-se, por fim, para a exigência contida no Estatuto da Advocacia de que a autoridade policial, ao empreender diligência para cumprir o mandado de busca e apreensão em residência ou escritório de advogado, expedido de conformidade com decisão judicial, faça-se acompanhar de representante da Ordem dos Advogados do Brasil. O Supremo Tribunal Federal suspendeu a última

ANALISADOS. LEGALIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. LIMINAR CASSADA. ORDEM DENEGADA. Relator Ministro GILSON DIPP, Classe: hc – Processo: 20087, UF: SP, QUINTA TURMA, un. Data da decisão: 29/09/2003. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 18 set. 2005.

²²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencias. Data da decisão: 26/11/2008. Acesso em: 22 jan. 2013.

²²⁶⁸ Observe-se que o mandado de busca e apreensão pode ser expedido para o fim de determinar que seja efetuada a prisão de acusado que esteja escondido no interior de escritório de advocacia ou para permitir que seja feita a procura do cadáver da vítima e, se for o caso, a devida exumação.

parte do art. 7º, II, da Lei nº Lei 8.096, de 1994 – a regra agora está no § 6º do art. 7º da mesma Lei – por meio de medida liminar concedida na ADI 1.127-8-DF, em que consta como Relator o Ministro PAULO BROSSARD, retirando, assim, a eficácia “da expressão ‘e acompanhada de representante da OAB²²⁶⁹’ no que diz respeito à busca e apreensão determinada por magistrado”²²⁷⁰. Todavia, na continuidade do julgamento, verificada em 17 de maio de 2006, julgou-se improcedente o pedido nessa parte, explicitando-se que “... a exigência do acompanhamento da diligência ficará suplantada, não gerando ilicitude da prova resultante da apreensão, a partir do momento em que a OAB, instada em caráter confidencial e cientificada com as cautelas próprias, deixar de indicar o representante”²²⁷¹. Não se enxergou inconstitucionalidade no dispositivo em razão de ser possível realizar-se a diligência, sem que a prévia solicitação de designação de advogado para acompanhá-la venha a frustrá-la, desde que não revelado o nome do local e da pessoa a ser investigada²²⁷².

Cabe, por fim, fazer consideração sobre o disposto no § 2º do art. 3º da Lei 11.671, de 2008, incluído pela Lei 13.964, de 2019, que permite, desde que mediante prévia ordem judicial, o monitoramento de áudio e vídeo do *atendimento advocatício*. Mesmo antes dessa previsão legal, tendo em conta que pelas características e finalidades desses estabelecimentos o regime de cumprimento de prisão é com monitoramento e isolamento²²⁷³, os corretores dos presídios federais entendiam possível a determinação da documentação do contato do advogado com os presos. Trata-se de monitoramento dos contatos dos presos com os advogados, quando isso seja necessário para que a finalidade do recolhimento do preso em presídio federal seja atendida, qual seja, evitar que ele, mesmo de dentro do cárcere, continue exercendo a liderança de organização criminosa por meio da emissão de *salves*.

Em boa parte dos casos, se o monitoramento eficaz não for estabelecido, a transferência do preso do sistema estadual para o federal se mostra inócuo e até contraproducente. Reunir em um mesmo estabelecimento penal lideranças locais, regionais e nacionais das organizações criminosas mais perigosas, sem o devido monitoramento, é contribuir para o fortalecimento delas e tornar o cárcere espaço destinado para que sejam feitas as alianças e articulações. No ponto, antes mesmo da edição da Lei nº 13.964, de 2019, portanto, ainda que sem previsão legal, em *Workshop* promovido pelo Conselho da Justiça Federal aprovou-se a Recomendação nº 09, a qual dispõe sobre a possibilidade de o juiz, a pedido do Ministério Público ou da direção do presídio, deferir o monitoramento por sistema audiovisual das conversas entre os presos e os seus advogados, mantido o sigilo quanto ao conteúdo.

Os direitos à inviolabilidade da intimidade e da advocacia, presentes nas relações entre os presos e os advogados, assim como os direitos fundamentais em geral, não são absolutos, de modo que, quando necessário, podem ser flexibilizados, a fim de que seja cumprida a finalidade do encarceramento, prevalecendo, no caso, a segurança pública, que é, na *perspectiva objetiva*, igualmente um direito fundamental, oriundo do *dever de proteção eficiente* do Estado (art. 5º, caput, e art. 144, primeira parte, da Constituição).

Ademais, é da alçada do juiz da execução, quando instado, tomar as decisões judiciais para o adequado funcionamento do estabelecimento carcerário sob a sua jurisdição (art. 65, VII, da Lei de Execução Penal), sem comprometer, na essência, os direitos básicos dos internos. Na situação em foco, especialmente no que diz respeito à assistência jurídica, conquanto a medida que determina o monitoramento do contato com o advogado seja restritiva, não é de ordem a obstá-la.

O núcleo essencial do direito à assistência jurídica permanece incólume, pois os advogados não são impedidos de prestar seus serviços, mediante o atendimento no parlatório e com

²²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 06/10/94. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em 25 jul. 2005.

²²⁷⁰ Ibid.

²²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 17/05/2006. Disponível em: stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info427.asp. Acesso em: 16 jan. 2007.

²²⁷² Em pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal, não foi encontrado o acórdão ou a ementa (www.stf.jus.br). Acesso em: 23 jan. 2013).

²²⁷³ Denominamos esse tratamento ao preso em presídio federal de Regime Fechado com Isolamento e Monitoramento – REFIM. Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*, p. 239.

monitoramento de áudio. Para preservar o contato entre os presos e os seus advogados quanto ao que é inerente ao exercício do direito de defesa, basta o esclarecimento de que o conteúdo das gravações não pode servir como prova de crimes praticados antes do ingresso no cárcere, mas apenas em relação a ações ilícitas futuras, com a devida informação da medida adotada aos presos, advogados e visitantes em geral.

Essa possibilidade de monitoramento não malfez a inviolabilidade da advocacia, plasmada no art. 133 da Constituição nem muito menos quaisquer das garantias declaradas nos incisos do art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994, desde que o monitoramento não seja clandestino e que seja vedada a utilização do conteúdo, senão quanto a eventuais ilícitos que o detento queira praticar, fazendo o seu advogado de intermediário, conforme ficou estampado no § 3º do art. 3º da Lei nº 11.671, de 2008 (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Muito menos se pense que a nova lei entra em atrito com o que dispõe a Lei nº 13.869, de 2019, ao tipificar no art. 20, caput, como crime a conduta de “Impedir, sem justa causa a entrevista pessoal e reservada do preso com o seu advogado”, porquanto, na hipótese, os fundamentos expendido na decisão que determina o monitoramento se prestam para justificar a medida, excluindo a elementar do tipo em foco.

Lamenta-se que não tenha sido acatada a sugestão feita pelo Fórum Permanente do Sistema Penitenciário Federal, no sentido de que a lei, ao prever a possibilidade do monitoramento dos contatos dos presos com os advogados, em obséquio ao princípio da inviolabilidade da advocacia, alvitrasse a criação de um *comité gesto* em cada um dos presídios federais, com a finalidade de exercer a custódia do conteúdo dos áudios e imagens referentes aos diálogos documentados.

Na proposta acima, esse comitê seria formado por 1 (um) policial penal federal da área de inteligência da unidade prisional, 1 (um) representante do Ministério Público e 1 (um) advogado, esses últimos indicados, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pela Ordem dos Advogados do Brasil. A utilização do conteúdo documentado por meio audiovisual seria mediante prévia autorização judicial, após apreciação de requerimento manifestado pelo comitê.

9.6 – Princípio da liberdade.

Um sistema jurídico de cunho democrático, forjado sob a batuta dos direitos fundamentais, possui como esteio a garantia da liberdade, bem jurídico com grau de importância similar ao direito à vida. Naturalmente que o direito à vida é o maior dos direitos, mesmo quando considerado em comparação com a cláusula da liberdade; no entanto, não menos procedente é a assertiva de que a vida, sem liberdade, não tem muito sentido. O liberalismo, vivificado a partir da doutrina política dos iluministas, renovado, com colorido mais denso e em sintonia com o mundo contemporâneo, de acordo com a pregação dos direitos fundamentais, coloca o direito de liberdade como um dos eixos principais sobre o qual deve gravitar o sistema jurídico. LORCA NAVARRETE, comentando a exposição de motivos da Lei Orgânica da Espanha nº 6, de 24 de maio (disciplina o procedimento do habeas corpus), revela que nela se afirma que a Constituição espanhola configura um ordenamento jurídico “... cuya pretensión máxima es la garantía de la libertad de los ciudadanos, y ello hasta el punto de que la libertad queda instituida, por obra de la propia Constitución, como un valor superior del ordenamiento”²²⁷⁴.

Nessa perspectiva, o Direito Criminal deve ser mínimo, de modo que somente há de ser elaborado para os casos em que os demais ramos do Direito não contenham normas coercitivas bastantes para dar resposta ao comportamento antissocial do agente. Sem embargo de ser mínimo, a solução alvitrada por esse ramo jurídico precisa ser nos termos da justiça voltada para a erradicação da marginalização, de modo que, tanto quanto possível, a solução para o problema penal deve ser perquirida tendo como instrumento a negociação, sem a aplicação de pena propriamente dita, mediante a sua substituição por medidas alternativas, ou então, mesmo quando seja o caso de impor-se a sanção, preferir-se a pena restritiva de direitos à de privação do direito de liberdade²²⁷⁵.

²²⁷⁴ *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Pirâmide, 1999. p. 77.

²²⁷⁵ Cabe lembrar a distinção aqui feita, no item 9.1.3.1.1, supra, entre medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas e penas alternativas. Em verdade, há as medidas alternativas que são o gênero, das quais decorrem as espécies (1) medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas e (2) penas alternativas. Medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas

Essa política criminal, inerente ao sistema democrático arquitetado sob a plataforma dos direitos fundamentais, tem repercussão, como não poderia deixar de ser, na concepção do instituto da prisão como medida processual a ser adotada durante o trâmite do processo, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. A despeito de tudo o que foi dito, se ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado, tem-se que, em rigor, não parece razoável que a pessoa seja mandada para o cárcere, antes de encerrado o processo. O direito à liberdade é um dos direitos fundamentais que, conforme foi dito, confunde-se, em certa medida, com o próprio direito à vida.

Assim, o instituto da prisão representa, antes de mais nada, mesmo quando tratado como medida processual, limitação a esse direito fundamental, daí por que os seus contornos iniciais são gizados na Constituição. Não foi por outra razão que as preocupações contra a aplicação da prisão se fizeram sentir já na Magna Carta inglesa de 1215, imposta pelos barões contra o Absolutismo do Rei João Sem Terra, com a consignação de que “Nenhum homem livre será detido ou preso..., senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”²²⁷⁶. Como não poderia deixar de ser, BECCARIA, na exposição da filosofia liberal no campo criminal, insurgia-se contra a ausência de segurança pessoal ao agente que respondia pela prática de delito, pois o magistrado possuía “... o arbítrio de prender um cidadão, de tirar a liberdade de um inimigo por pretextos frívolos, de deixar impune um amigo, a despeito dos mais fortes indícios de culpabilidade”.

Seguindo essa orientação, a declaração de direitos enxertada à Constituição americana por meio da Quinta Emenda estabeleceu a exigência da obediência ao devido processo legal para que fosse decretada a limitação ao direito de liberdade (“... ninguém... será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo judicial...”). Essa garantia fundamental restou, igualmente, sufragada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), com o preceito expresso no art. 9º, sob a máxima de que “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”. No mesmo passo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) deixou plasmado que “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. Ninguém poderá ser objeto de detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, a não ser por motivo e em conformidade com procedimentos previstos em lei (art. 9.1)”.

Realçando a natureza acautelatória da prisão processual, o PIDCP acrescenta, no art. 9.3, in fine, que “A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir regra geral, mas a libertação delas poderá estar subordinada a garantias que assegurem sua presença em todos os atos do processo penal e, se for o caso, para a execução da sentença”. A Convenção Europeia dos Direitos do Humano, assegura o direito de liberdade a todos, vedando a privação de liberdade salvo nos casos previstos e de acordo com o procedimento legal (art. 5º, 1), ressaltando que “Qualquer pessoa presa ou detida... deve ser apresentada imediatamente a um juiz... (art. 5º, 2), prescrevendo, assim, o direito à audiência de apresentação (custódia).

Finalizando o estatuto internacional do direito de liberdade, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) ressalta que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (art. 7.2), que “Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (art. 7.3) e arremata “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais...” (7.5), preceito que exige, para a legalidade da prisão, a realização da audiência de apresentação (custódia).

9.6.1 – Prisão processual no Direito Comparado.

O direito à liberdade tem merecido, levando-se em consideração essa filosofia liberal, o devido destaque nas constituições contemporâneas. A Constituição alemã de 23 de maio de 1949 (ainda em vigor), promulgada logo após a Segunda Guerra Mundial, é um exemplo perfeito de como as

são aquelas que impõem a solução do processo sem reconhecimento da culpa e sem a aplicação de pena, como se verifica nos casos em que ocorre transação penal ou suspensão condicional do processo, enquanto a pena alternativa pressupõe a condenação do acusado, sem que se imponha, porém, pena privativa da liberdade. Cf. 9.1.3.1.1, supra.

²²⁷⁶ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentário ao código de processo penal brasileiro*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1942. v. 2, p. 180.

limitações ao direito à liberdade devem merecer acentuada inquietação por parte do constituinte. Na primeira parte do caput do art. 104, 1, da Carta tedesca, o constituinte deixa consagrada a ideia de que a “A liberdade da pessoa só pode sofrer restrição por força de uma lei formal e com observância das formas por ela prescritas”.

O constituinte alemão escreve que “Só ao juiz cabe decidir sobre a possibilidade de privação da liberdade e sobre a sua prorrogação” (art. 104, 2, primeira parte), daí por que “Quando a privação da liberdade não tiver sido ordenada pelo juiz, deverá ser suscitada sem demora a sua intervenção (art. 104, 2, segunda parte), pois “Ninguém pode ficar detido por ordem da polícia para além do fim do dia que se segue à sua detenção” (art. 104, 2, terceira parte). Ainda não satisfeito com as garantias emanadas da leitura dos referidos dispositivos, o constituinte alemão, na primeira parte do art. 104, 3, reforça a mensagem de que a pessoa, detida sem ordem judicial, deve ser “... levada à presença do juiz o mais tardar no dia imediato ao da detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa”, deixando consignado com direito fundamental a realização da audiência de apresentação (custódia). Na segunda e última parte do art. 104, 3, da Constituição da Alemanha, está expresso que o juiz, após ter a audiência com o detido, deve, “sem demora, emitir ordem escrita de prisão ou ordenar a libertação do detido”. Por fim, o art. 104, 4, estabelece a comunicação imediata a um parente ou a alguém da confiança da pessoa detida, da “decisão judicial que ordene ou prorrogue a privação da liberdade”.

Pela leitura dos dispositivos constitucionais alemães referentes ao direito à liberdade, observa-se a distinção entre privação de liberdade sem e com ordem judicial. A privação de liberdade sem ordem judicial se assemelha a nossa prisão realizada por autoridade policial quando o agente é pego em flagrante delito. No Código de Processo Penal Alemão, essa modalidade de prisão é chamada apreensão provisional (*vorläufige festnahme*)²²⁷⁷. Como a autoridade policial não prende, mas apenas faz a detenção, a intervenção do juiz se dá para, se for o caso, decretar a prisão. Essa distinção tem a vantagem de deixar claro que, nada obstante a privação da liberdade ocasionada pela detenção feita pela autoridade policial, o juiz deve analisar o caso para decidir se deve, ou não, decretar a prisão.

Fazendo comentários a respeito do art. 104, 3 da Carta alemã, JULIO MAIER²²⁷⁸ adverte que, como a prisão preventiva da pessoa somente pode ser determinada por ordem escrita de autoridade judicial, exige-se que ela seja levada, imediatamente, à presença do juiz, a fim de que este, após ouvi-la, decida se é caso de ser decretada a prisão ou a liberdade. Por isso mesmo, para o autor citado, a privação de liberdade, efetuada pela autoridade policial, não corresponde, propriamente, à prisão, senão a um “*momento primário del estado de detención que solo puede ordenar el juez...*”²²⁷⁹, pois a “*... efetiva constitución en prisión (orden de detención, § 114, OPP) resulta en la OPP de una resolución de mérito del juez sobre los elementos de convicción existentes...*”²²⁸⁰.

Outro aspecto que chama a atenção no tratamento constitucional dado à matéria no sistema alemão, é que não basta a comunicação da prisão à autoridade judicial, porquanto se impõe que a pessoa seja *apresentada*, imediatamente, ao juiz competente, no mais tardar até o dia seguinte (§ 115 do Código de Processo Penal da Alemanha), admitindo-se, quando isso não for possível, que a apresentação seja feita ao juiz municipal mais próximo (§ 155 do Código de Processo Penal da Alemanha)²²⁸¹. Como ressaltado acima, o direito à audiência de apresentação (custódia) está expresso na Constituição alemã. Por fim, resta considerar que a garantia do direito à comunicação da privação da liberdade, feita na pessoa de um parente ou pessoa da confiança do preso, é quanto à decisão do juiz que ordena a prisão, não da detenção efetuada pela autoridade policial.

A Constituição espanhola também contém diversas normas a respeito da forma como se admite a limitação ao direito de liberdade. No art. 17, 1, a referida Constituição estabelece o primado do devido processo legal para a perda do direito de liberdade e, no número 2, diz que “A prisão preventiva não poderá durar mais do que o tempo estritamente necessário para a realização das averiguações tendentes ao esclarecimento dos fatos e, em qualquer caso, no prazo máximo de setenta e duas horas o detido deverá ser posto em liberdade ou à disposição da autoridade judicial”. O art.

²²⁷⁷ MAIER, Julio B. J. *La ordenanza procesal penal alemana: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. 2, p. 73

²²⁷⁸ Ibid., p. 73-74.

²²⁷⁹ Ibid, p. 74.

²²⁸⁰ Ibid.

²²⁸¹ Ibid, p. 83-85.

171, 3, por sua vez, assegura que “Toda pessoa detida deve ser informada de forma imediata, e de modo que lhe seja compreensível, dos seus direitos e das razões da detenção, não podendo ser obrigada a prestar declarações”, assim como garante, na segunda parte, “... a assistência de advogado ao detido nas diligências policiais e judiciais, nos termos que a lei estabelecer”. Por fim, o art. 171, 4, dispõe que “A lei regulará um processo de habeas corpus com vista à imediata colocação à disposição do juiz de toda a pessoa detida ilegalmente” e que “A lei também determinará a duração máxima da prisão provisória”.

Em análise dos preceitos da Constituição espanhola referentes à garantia do direito de liberdade, tem-se que, indo além da previsão contida na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (art. 5º, 3), que determina a apresentação, sem demora, ao juiz de toda pessoa detida, a Constituição da Espanha fixa um prazo improrrogável para que a pessoa detida seja liberada ou posta à disposição da autoridade judiciária. LORCA NAVARRETE²²⁸² revela que o instituto do habeas corpus serve para assegurar ao preso o direito de ser ouvido pelo juiz, a fim de expor suas razões contra as causas da detenção e para que, assim, o magistrado decida, efetivamente, sobre a manutenção ou não da prisão. Desse modo, conquanto não esteja previsto, como na Constituição alemã, o direito do preso de ser apresentado, logo após a sua detenção, ao juiz, a pessoa, quando tiver a pretensão de falar com o juiz, assim, tentar reverter a privação de sua liberdade, faz jus à interposição do habeas corpus, cujo procedimento lhe assegura o direito de ser ouvido pessoalmente pelo magistrado²²⁸³. Em exame dos arestos do Tribunal Constitucional da Espanha, de 10 e 12 de março do ano de 1987, LORCA NAVARRETE²²⁸⁴ expõe, em compêndio, o entendimento sobre a matéria daquela Alta Corte de Justiça:

1) La prisión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el status de libertad personal del inculcado, y por lo mismo es, com toda evidencia, restrictiva del derecho fundamental reconocido en el artículo 17, apartados 1 y 4, CE. 2) La institución de la prisión provisional se halla situada entre el derecho estatal de perseguir eficazmente el delito, por um lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por outro, y, habida cuenta de que aquella consiste en una privación de la libertad, há de regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar. 3) La vulneración de la ley que regula la duración máxima de la prisión provisional supone una vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad consagrado por el artículo 17 CE (...). 4) En la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe tenerse en cuenta, ante todo, el carácter fundamental del derecho a ala libertad que tales normas restingen, y la situación excepcional en que la prisión provisional coloca al imputado en una causa penal: en esta dirección, la jurisprudencia ha reiterado que, en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable a la libertad del inculcado (favor libertatis). 5) Dado el carácter anteriormente mencionado de dimensión ética del artículo 17 CE en su conjunto – implícita por supuesta su trascendente juridicidad –, opinamos, con algún sector doctrinal que ya se a pronunciado al efecto, que existe por parte del Estado una obligación de indemnizar en los casos de prisión preventiva cuando la inocencia se acredite posteriormente.

Malgrado sem similar detalhamento, a Constituição italiana alberga disposições que disciplinam o direito à liberdade. Na primeira parte do art. 13, a Magna Carta da Itália sufraga a regra geral de que “A liberdade pessoal é inviolável” para, na segunda, dizer que nenhuma detenção ou outra restrição à liberdade será admitida, senão “... por ato fundamentado da autoridade judicial, nos casos e nos termos da lei”. Todavia, na sua terceira parte, está esclarecido que “Em casos excepcionais de necessidade e urgência, taxativamente indicados na lei, a autoridade de segurança pública pode adotar providências provisórias, que têm de ser comunicadas, dentro de quarenta e oito horas, à autoridade judicial, e, se este não as valida nas 48 (quarenta e oito) horas seguintes, elas considerarem-se revogadas e privadas de qualquer efeito”. Por fim, na quinta parte do dispositivo constitucional em foco, consigna-se que compete à lei infraconstitucional estabelecer os limites máximos da prisão preventiva. FERRAJOLI critica a admissibilidade da prisão preventiva, questionando se a custódia

²²⁸² *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. p. 77.

²²⁸³ No nosso sistema, o art. 656, *caput*, do CPP, faculta ao juiz, antes da decisão da liminar, determinar a imediata apresentação do paciente. Infelizmente, raramente o juiz procede dessa forma.

²²⁸⁴ Op. cit., p. 80.

preventiva se trata apenas de uma *injustiça necessária* ou se cuida nada mais nada menos de uma decorrência natural de uma feição *inquisitória* do processo²²⁸⁵.

O mestre italiano GIUSEPPE BETTIOL²²⁸⁶, em exame desses dispositivos estampados na Constituição italiana, observa que “*La libertad individual, como expresión de un valor absoluto, en una Constitución democrática debe ser reputada inviolable.*” Mas agrega que a autoridade judicial pode determinar a prisão processual, “... en casos excepcionales de necesidad y urgência, indicados taxativamente por la Ley”, em que os agentes de polícia podem efetuar, sem autorização do juiz, a detenção de alguém²²⁸⁷.

No caso em que a detenção é efetuada pela autoridade policial sem a autorização judicial, o que só se admite quando a pessoa é surpreendida com graves indícios e desde que subsista fundada suspeita de fuga, a limitação da liberdade possui caráter provisional devendo ser comunicada ao juiz, no prazo de 24 horas, a fim de que este a confirme, ou não²²⁸⁸. BETTIOL esclarece que foi a primeira vez que se disciplinou, em uma Constituição italiana, a hipótese de limitação do direito de liberdade, sem autorização judicial, pelo agente policial. Até então, o assunto era deixado para ser tratado, livremente, pelo legislador infraconstitucional. O autor em referência aplaude a tomada de posição do constituinte italiano, devido à excepcionalidade da medida, conjugada com o perigo que ela suscita quanto a possíveis arbitrariedades²²⁸⁹. Aforada essa hipótese, toda e qualquer privação do direito de liberdade no sistema italiano reclama decisão motivada do juiz, nas hipóteses e na forma prevista na legislação infraconstitucional²²⁹⁰.

Merece registro, por fim, a forma como foi tratado o instituto da prisão processual na Constituição portuguesa, sem dúvidas, o texto constitucional que melhor esmiuçou as nuances que envolvem a matéria. No art. 27, 1, a Carta de Portugal assenta que “Todos têm direito à liberdade e à segurança” e, após dizer, no número 2 do mesmo artigo, que a privação de liberdade pressupõe sentença condenatória emanada de autoridade judiciária, esclarece, no número 3, que esse princípio resta excepcionado, nos seguintes casos:

- a) Prisão preventiva em flagrante delito ou por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior;
- b) Prisão ou detenção de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
- c) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
- d) Sujeição de um menor a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;
- e) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante a autoridade judicial competente.

Nos números 4 e 5 do art. 27, a Constituição lusitana garante ao preso o direito de ser informado, sem demora, das razões de sua prisão ou detenção e lhe assegura o direito à indenização, quando a privação da liberdade ocorrer sem a devida atenção às regras constitucionais. Sem embargo dessas disposições, o constituinte ainda destinou o art. 28 para preceituar normas específicas a respeito da prisão preventiva, sendo assinalado, no número 1, o prazo de 48 horas para que o juiz, mediante decisão, se manifeste pela validação ou manutenção da prisão efetuada sem culpa formada, sendo assegurado ao preso, de qualquer modo, o *direito de audiência* com o juiz, quando é conferida a oportunidade de ser ouvido para fins de defesa contra a privação da liberdade. No número 2 do artigo em comento, consagra-se a ideia da excepcionalidade da prisão preventiva, na medida em que se adverte que ela “... não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por medida de liberdade provisória prevista em lei”. Assim como prevê a Constituição alemã, a portuguesa dispõe do direito do preso de que a decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação de liberdade seja, desde logo, comunicada a um parente ou pessoa da confiança do detido (art. 27, 3).

²²⁸⁵ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 446.

²²⁸⁶ *Instituciones de derecho penal e procesal*, p. 224.

²²⁸⁷ *Ibid.* p. 224.

²²⁸⁸ *Ibid.*

²²⁸⁹ *Ibid.*

²²⁹⁰ *Ibid.*, p. 225.

Por último, no número 4, garante-se que a prisão preventiva, determinada antes ou depois da formação de culpa, deve observar o prazo estabelecido na lei subconstitucional.

9.6.2 – Histórico do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro.

No Direito brasileiro, o disciplinamento a respeito das hipóteses de prisão como medida processual sempre ocupou posição de destaque nas Constituições²²⁹¹. Em verdade, antes mesmo da Constituição imperial de 1824, o Príncipe Regente, preocupado com as arbitrariedades praticadas contra o direito de liberdade, editou o Decreto de 23 de maio de 1821, com o qual condicionou, salvo a hipótese de prisão em flagrante delito, a restrição da liberdade à prévia ordem escrita de juiz ou magistrado criminal, exarada com base em culpa formada²²⁹². Malgrado a redação do decreto em exame, não se pense que, a partir daí, tenha sido estabelecida, em nosso sistema, a regra de que a prisão, salvo em flagrante delito, somente seria admissível mediante decisão prolatada por juiz no exercício de atividade jurisdicional. Isso porque, na organização judiciária da época, não havia uma separação propriamente dita entre as atividades judicantes e as de cunho policial, de modo que os juízes, como era próprio do sistema inquisitivo adotado até então, praticavam atos investigatórios próprios da autoridade *policia*²²⁹³.

Por isso mesmo, as funções judiciais, em princípio, não eram privativas de bacharel em Direito, podiam ser executadas por leigos e pela polícia²²⁹⁴, enquanto alguns cargos, como o de Juiz do Crime da Cidade do Rio de Janeiro, além da função judicante, detinha a atribuição de policiamento dos bairros²²⁹⁵. Como se isso não fosse bastante, “Os delegados e subdelegados eram nomeados pelo chefe de polícia, sendo que este era escolhido dentre Desembargadores e Juizes de Direito, competindo-lhes o comando da jurisdição criminal na província, exercendo, ao lado das funções administrativas, as judiciais”²²⁹⁶, razão pela qual “O chefe de polícia era hierarquicamente superior aos Juizes de Direito e aos Juizes Municipais, dando-lhes ordens quanto às investigações e controlando a atividade judicante.”²²⁹⁷

²²⁹¹ Sobre o histórico dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras, cf. itens 4, 4.1, 4.2, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 4.2.4 e 4.2.5, supra.

²²⁹² Na exposição de motivos para a expedição do Decreto de 23 de maio de 1821, assinalou D. PEDRO I: “considerando que alguns governadores, juizes criminais e magistrados, abusando de sua jurisdição, mandavam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias secretas, suspeitas veementes e outros motivos, para impunemente conservar presos homens que na sociedade deviam gozar dos bens que ele promete e o primeiro dos quais é, sem dúvida, a segurança individual, ordenava que dali por diante, nenhuma pessoa livre no Brasil pudesse jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, salvo o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente; e que nenhum juiz ou magistrado criminal poderá expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada.” (LEAL. Op. cit. p. 180.) Para conferir o inteiro teor do Decreto de 1821, cf. item 4.1, supra.

²²⁹³ Registre-se, ainda, que, na época, a justiça de primeira instância, organizada nos termos do que dispunham as Ordenações Filipinas, possuía os cargos de “*Juizes de vintena*, nomeados pelas câmaras das cidades ou vilas para exercício de um mandato de um ano, com competência, dentre outras menos significativas, para o julgamento verbal de processos até determinado valor de alçada, além de prender, para entregar ao juiz ordinário, os acusados de prática de delito; *Almatocés*, com mandato de um mês, com atribuições mais de caráter administrativo do que propriamente judicante, cabendo recurso para os juizes ordinários; *Juizes Ordinários*, eleitos em segredo, dois para cada triênio do ano, com competência, além das atribuições administrativas, para julgamento dos feitos cíveis e criminais, em muitos deles juntamente com os vereadores, cabendo-lhes, ainda, apreciar os recursos interpostos dos *Almatocés*; *Juizes de Fora*, nomeados pelo Rei para um mandato de três anos, possuindo as mesmas atribuições dos juizes ordinários; *Juizes dos Orfãos*, escolhidos da mesma forma que os ordinários ou os de fora, com competência específica para os casos de inventário e interesses de menores; *Juizes das Sesmarias*, nomeados pela Mesa dos Desembargadores do Paço ou pelo Governador da Capitania, em lista triplíce elaborada pelas câmaras das vilas, nos casos em que as partes não preferissem o julgamento pelos juizes ordinários, com competência para a medição e demarcação das sesmarias; *Juizes do Crime das Cidades do Rio de Janeiro e da Bahia*, escolhidos e com as mesmas atribuições dos juizes de fora, sendo que os do Rio de Janeiro também tinham a função de policiamento dos bairros; *Ouvidores da Comarca*, nomeados pelo Rei para um mandato de três anos, exerciam a correição dos juizes de primeira instância, e, dependendo da alçada, deveriam conhecer dos agravos e apelações das decisões dos juizes ordinários e dos agravos dos juizes de fora, além de diversas outras atribuições de ordem administrativa, cabendo recurso de suas decisões para os Tribunais de Relação e, ainda, os *Juizes árbitros*, para os casos em que as partes escolhessem aqueles que deveriam pôr fim ao litígio” (SILVA JÚNIOR. *Poder judiciário democrático-constitucional*, p. 126).

²²⁹⁴ *Ibid.*, p. 131.

²²⁹⁵ *Ibid.*, p. 125.

²²⁹⁶ *Ibid.*, p. 132.

²²⁹⁷ *Ibid.*

Logo em seguida, a Constituição Imperial de 1824²²⁹⁸, mantendo o tom do decreto em foco, estabeleceu como regra o direito de liberdade, condicionando a prisão à existência de culpa formada (“Ninguém poderá ser preso sem culpa formada...”, art. 179, § 8º, primeira parte), ressalvando, porém, a prisão em flagrante (“À exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima”, art. 179, § 10, primeira parte)²²⁹⁹, caso em que, no prazo de 24 horas, quando a prisão fosse efetuada próxima à residência do juiz, ou no prazo razoável, o juiz deveria entregar ao acusado a nota de culpa por ele assinada, fazendo “... constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador e os das testemunhas, havendo-as (art. 179, § 8º, segunda parte)”²³⁰⁰.

Na primeira parte do § 9 do art. 179, o constituinte consagrou o *direito à liberdade provisória mediante a prestação de fiança* (“Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a Lei a admite”) e, na segunda parte, o direito de *livrar-se solto* (“... em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o réu livrar-se solto”). Com essa disciplina, o constituinte imperial consagrou duas hipóteses de prisão: *em flagrante delito e por ordem escrita de autoridade competente*. A autoridade competente era aquela definida em lei, que podia ser administrativa, policial ou não, e judicial.

Conquanto sem o mesmo número de dispositivos, o constituinte de 1891²³⁰¹ manteve a ideia anterior, mediante a declaração de que “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente” (art. 72, § 13). Assim, quando não houvesse prisão em flagrante, para que uma pessoa fosse presa, exigia-se que a prisão resultasse de decretação imposta na decisão de pronúncia, cabendo lembrar que, à época, o procedimento do tribunal do júri era o comum. Como exceção a essa regra de exigência da decisão de pronúncia para a decretação da prisão, ressaltou-se que, naquelas hipóteses previstas em lei, a autoridade competente poderia, igualmente, determinar a prisão. No parágrafo seguinte, reafirmou-se a necessidade da existência de culpa formada para que a pessoa, ainda que presa em flagrante, permanecesse privada do exercício do seu direito de liberdade e esclareceu-se que, nos casos previstos em lei, o pagamento de fiança seria bastante para impedir que a pessoa fosse levada à prisão ou nela detido (“Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir”).

A Constituição de 1934²³⁰² modificou a redação da carta anterior²³⁰³. Com efeito, na primeira parte do inciso 21 do art. 133, confirmou a regra de que “Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei”, deixando, porém, de ressaltar, com assento constitucional, a exigência de que a permanência na prisão fosse condicionada à presença de culpa formada. Ademais, retirou a decretação da prisão depois da pronúncia do indiciado como regra, para colocar, em seu lugar, a ordem escrita da autoridade competente.

Na segunda parte do mesmo dispositivo, enxertou-se a importante exigência da comunicação *incontinenti* da prisão sem ordem judicial ao juiz, ao determinar-se que “A prisão ou detenção de

²²⁹⁸ Sobre os direitos fundamentais na Constituição Imperial de 1824, cf. 4.1, supra.

²²⁹⁹ A segunda parte do § 10 do art. 179 da Constituição Imperial ainda esclarecia que a exigência da culpa formada para a decretação da prisão, também, não compreendia as prisões militares, determinadas para fins de manutenção do disciplinamento e recrutamento do Exército, assim como para os casos de prisão cível, ordenada em razão do descumprimento de mandado judicial ou de obrigação.

²³⁰⁰ Note-se que, com essa regra constitucional, não se assegurou o direito de a prisão ou detenção ser comunicada ao juiz, mas sim de este comunicar ao preso o motivo de sua prisão. Nos dias de hoje, é de se estranhar a redação do dispositivo em referência, no entanto não se pode perder de vista que, àquela época, as funções policiais e judicantes se confundiam. Daí não era razoável dizer-se que a prisão fosse comunicada ao juiz.

²³⁰¹ Sobre os direitos fundamentais na Constituição de 1891 (cf. item 4.2.1, supra). O procedimento do júri era o ordinário, aplicável a todos os crimes com pena superior a seis meses ou de degredo (Cf. item 1.4.2, supra).

²³⁰² Sobre os direitos fundamentais na Constituição de 1934, cf. item 4.2.2, supra

²³⁰³ Como principal inovação, a Constituição de 1934 inseriu, em nosso sistema jurídico, a regra que torna defesa a decretação de prisão por dívidas, multas ou custas (Art. 112, inciso 30). Sequer se fez ressalva à prisão civil nos casos de depositário infiel e de inadimplemento de prestação alimentícia. Assim, sob a orientação da Constituição de 1934, a prisão civil era vedada, posição que, infelizmente, já na Constituição de 1937, foi abandonada e, embora resgatada com a Constituição de 1946, retornou com ressalvas em relação à situação de depositário infiel e de mora quanto ao pagamento de obrigação alimentícia.

qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora”. Não se estabeleceu o prazo de 24 horas ou outro que fosse previsto na lei subconstitucional para a comunicação da prisão em flagrante ao juiz, contentando-se o constituinte em dizer que ela deveria ser imediatamente.

Ainda sobre a prisão processual, o constituinte da Carta de 1934 declarou que “Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos” (art. 133, inciso 21). Também aqui se verifica a distinção, pois o constituinte abandonou a expressão consubstanciada na ideia de que, quando prestada a fiança, a pessoa não seria levada à prisão, para dizer que, nessa hipótese, a pessoa não ficaria presa. Certamente o constituinte partiu da premissa de a redação constitucional anterior ser imprópria, na suposição de que a prestação de fiança, pelo menos quando se trata da hipótese de flagrante delito, teria como pressuposto a prisão da pessoa. Assim, o mais correto não seria dizer que ela *não seria levada à prisão*, mas sim que *não ficaria presa*²³⁰⁴.

Em consonância com a pouca relevância dada aos direitos fundamentais pela Constituição de 1937²³⁰⁵, sob a batuta da referida ordem constitucional, a questão referente à restrição do direito de liberdade por medida processual foi tratada em um único inciso do art. 122. De todo modo, teve o mérito de retomar, como regra geral, a redação da Constituição de 1891, pois, a par de manter a nossa tradição constitucional de excepcionar a restrição do direito de liberdade à hipótese de flagrante delito, preceituou que, afora essa circunstância, “... a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente” (art. 122, inciso 11, primeira parte).

Ademais, na segunda parte da norma em foco, o constituinte deixou claro que, para a manutenção da prisão em flagrante, era necessária a existência de culpa formada, porém, revelando a sua ideologia ditatorial, excepcionou a possibilidade de que a pessoa, a despeito da ausência dessa culpa sumária, ainda assim, ficasse recolhida à prisão, quando, nos termos da lei, houvesse determinação da autoridade competente (“Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada”). Sem embargo desses aspectos, a Constituição de 1937 não fez nenhuma consideração a respeito da fiança nem muito menos consignou a exigência de comunicação imediata da prisão ao juiz, quando por ele não fosse determinada, conforme constava das Cartas anteriores.

Passada a Segunda Guerra Mundial, com o conseqüente declínio das ditaduras, a Constituição de 1946²³⁰⁶ – embalada pela volta do movimento em prol da defesa dos direitos fundamentais, que contagiou todos os países sob o comando da Organização das Nações Unidas – centrou especial atenção aos direitos fundamentais e deu destaque ao tema referente ao direito de liberdade. No art. 141, § 20, o constituinte permaneceu com a ideia geral de que, salvo no caso de flagrante delito, a prisão somente pode ser efetuada por “... ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei”. Aqui não se falou mais em pronúncia do indiciado, uma vez que já se encontrava em vigor o atual Código de Processo Penal, o qual reservou o procedimento do tribunal do júri apenas para os crimes dolosos contra a vida²³⁰⁷.

No § 21 do artigo em foco, o constituinte retomou a tradição de ressaltar que “Ninguém será levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança permitida por lei”. Por fim, no § 22 do art. 141, ficou restabelecida a exigência da comunicação imediata da prisão ou detenção à autoridade competente,

²³⁰⁴ Esse assunto será retomado no item 9.6.5.2.1, infra, quando será estudada a natureza jurídica do flagrante delito. Lá se defende que, em verdade, no flagrante, a autoridade policial ou quem suas vezes fizer não efetua tecnicamente a *prisão*, pois faz apenas a detenção. A prisão propriamente dita sempre depende de determinação judicial. Por conseguinte, quando ocorre a detenção em flagrante, a autoridade policial não leva a pessoa para a prisão, tão-somente faz a sua detenção, cabendo ao juiz decidir, após a comunicação que lhe é feita pela primeira, se decreta a prisão preventiva ou se concede a liberdade provisória. Assim, quem leva a pessoa à prisão ou não é o juiz, ao examinar o auto de flagrante, hábil apenas para a formalização da detenção.

²³⁰⁵ Sobre os direitos fundamentais na Constituição de 1937, cf. item 4.2.3, supra.

²³⁰⁶ Sobre os direitos fundamentais na Constituição de 1946, cf. item 4.2.4, supra.

²³⁰⁷ JOSÉ FREDERICO MARQUES, em comentário ao Código de Processo Penal sob a orientação da Constituição de 1946, esclarece que, “Na Justiça penal, a prisão que não se efetua em flagrante decorre: a) de sentença penal condenatória; b) de sentença de pronúncia; c) de decreto de prisão preventiva; d) de violação das normas sobre a liberdade provisória”. Eis aí a razão pela qual o constituinte de 1946 abandonou a tradição de ressaltar a prisão mediante decisão de pronúncia, uma vez que o Código de Processo Penal modificou a natureza e função dessa espécie de decisão, acrescentando outras decisões que podem albergar o decreto de prisão, até porque o referido procedimento passou a ser restrito aos crimes dolosos contra vida.

cabendo a esta, no caso de a prisão ser considerada ilegal, conceder seu relaxamento (“A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada à autoridade competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora”)²³⁰⁸.

A Constituição de 1967²³⁰⁹ não trouxe nenhuma novidade quanto à matéria, tendo, porém, conferido ao tema redação mais enxuta e deixado para o legislador infraconstitucional a plena regulamentação a respeito do instituto da fiança. Em relação a esta, o constituinte disse, apenas, na segunda parte do § 12 do art. 153, que “A lei disporá sobre a prestação de fiança”²³¹⁰. Antes, na primeira parte do mesmo dispositivo, manteve a regra de que, com exceção da hipótese de prisão em flagrante delito, somente seria admissível a prisão de alguém quando houvesse ordem escrita de *autoridade competente* (“Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita de autoridade competente”). Na terceira e última parte da norma em estudo, o constituinte preservou a exigência da imediata comunicação da prisão, tendo o mérito de ressaltar que essa informação deveria ser prestada ao juiz. Note-se que, até então, as constituições anteriores tinham assinalado que a comunicação teria de ser feita, ainda que imediatamente, à autoridade competente, sem especificar que esta haveria de ser o juiz, daí por que o legislador infraconstitucional poderia disciplinar o regramento constitucional ao seu talante.

Da análise do esboço histórico-constitucional do direito fundamental à liberdade, nota-se que sempre foram previstas duas hipóteses diferentes de prisão: com ou sem ordem escrita. A prisão sem ordem escrita é aquela efetuada no caso de flagrante delito, disciplinada pelos constituintes de então como forma excepcional de cerceamento do direito de liberdade. Já a prisão efetuada por força de ordem escrita era determinada por um juiz ou autoridade administrativa eleita pela lei como competente²³¹¹. Por outro lado, diferentemente de constituições de outros países, nesse bosquejo histórico não se observa distinção entre a *detenção* e a *prisão*. Para todos os efeitos, consoante a nossa tradição constitucional, a *detenção em flagrante* sempre foi tratada como uma *forma de prisão*, sendo que, para a sua legalidade, reclamava-se a sua imediata comunicação à autoridade competente, ficando expresso, na Constituição de 1967, que essa comunicação haveria de ser feita ao juiz.

9.6.3 – Sistema prisional na redação originária do Código de Processo Penal de 1941.

O sistema prisional concebido pelo Código de Processo Penal, ao longo do tempo, tem sofrido sensível mutação, até porque, conforme revela a sua *Exposição de Motivos*, tendo sido regido pela ideia fixa de conferir ao Estado um instrumento de força para a sedimentação do regime ditatorial manejado com mão-de-ferro pelo então Presidente GETÚLIO VARGAS, nada mais natural que essa característica se fizesse presente, de forma mais marcante, na disciplina do direito de liberdade das pessoas²³¹².

Em análise da redação originária do art. 282²³¹³ do CPP, CÂMARA LEAL²³¹⁴, após informar que se trata de reprodução do texto constitucional de 1937, agregou que, exceto na hipótese de *prisão em flagrante*, o cerceamento do direito de liberdade exigia ordem escrita. Em rigor, a prisão, quando

²³⁰⁸ No § 32 do art. 141 da Constituição, o constituinte ainda resgatou a ideia estampada na Constituição de 1934 da inadmissibilidade da prisão civil por dívida, multa ou custas, porém ressaltou a possibilidade dessa espécie de prisão nos casos de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar. A partir daí as Constituições posteriores, muito embora tenham expressado como regra a proibição da prisão civil, sempre fizeram constar aquelas duas exceções.

²³⁰⁹ Sobre os direitos fundamentais na Constituição, cf. 4.2.5, supra.

²³¹⁰ Na redação originária da Constituição de 1967, a declaração de direitos fundamentais constava dos parágrafos do art. 150. Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada por muitos como uma nova constituição, tal a profundidade das modificações por ela inseridas no texto básico, os direitos fundamentais passaram a constar do art. 153.

²³¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 4, p. 216. Na sua análise sobre o preceito constitucional tal como ele estava posto na Constituição de 1967, PONTES DE MIRANDA assevera que “Ou há prisão em flagrante delito, ou, nos casos previstos na lei, mediante ordem escrita da autoridade competente” (Ibid. p. 216). Esclarece, ainda, que o conceito quanto ao que é autoridade competente é missão a ser cumprida pelas leis processuais (Ibid. p. 216).

²³¹² No tópico 1.4.4, supra, faz-se exaustiva explanação do viés autoritário que comandou a elaboração do Código de Processo Penal, refletido pela mera leitura de sua *exposição de motivos*.

²³¹³ Esse dispositivo contém nova redação emprestada pela Lei nº 12.403, de 2011.

²³¹⁴ Op. Cit., v. 2, p. 181.

não efetuada em flagrante delito, passou a ser admissível por meio da sentença condenatória, da decisão de pronúncia e do decreto de prisão preventiva. Nos termos do Código de Processo Penal de 1941, em sua ideia original, em relação aos crimes mais graves, o acusado não teria o direito de responder ao processo em liberdade, bastando, para tanto, que tivesse sido preso em flagrante ou então que a pena máxima fosse igual ou superior a dez anos. A regra, assim, era que, quanto aos crimes mais graves, por medida de segurança, o acusado respondia, por força da lei, o processo encarcerado, até porque eles eram inafiançáveis. A prisão preventiva era admissível, em princípio, em relação aos crimes inafiançáveis, que eram considerados os mais graves. Todavia, mesmo quanto ao crime afiançável, que eram os ilícitos menos graves – em rigor os delitos cuja pena máxima não era superior a dois anos, o que corresponderia, hoje, as crimes de menor potencial ofensivo –, ainda assim era permitida a prisão preventiva, quando o agente fosse vadio, houvesse dúvida quanto a sua identidade ou ele não fornecesse ou indicasse elementos suficientes para esclarecê-la ou fosse reincidente específico em crime doloso (art. 313, incisos I e III)²³¹⁵.

Já àquela época, de regra, a prisão preventiva possuía natureza cautelar, de modo que, para a sua decretação, exigia-se, como é próprio das tutelas de urgência, o *fumus boni iuris* ou probabilidade da condenação, que repousa, conforme a parte final do art. 312 do CPP na prova da materialidade do delito ou *corpus delicti* (prova da existência do crime) e na probabilidade da autoria (indícios suficientes da autoria), ademais da demonstração da necessidade da medida para fins de manutenção da ordem pública, para viabilizar a instrução criminal ou para preservar a aplicação da lei penal²³¹⁶. Esta era a chamada *prisão preventiva facultativa*.

De qualquer sorte, havia, ao lado da prisão preventiva facultativa, a *prisão preventiva obrigatória ou compulsória*, decorrente de disposição legal. Com efeito, em compasso com a redação originária do art. 312 do Código de Processo Penal, “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”. Essa previsão normativa não constava da legislação anterior, pelo que se constituiu, o dispositivo em destaque, nas palavras de CÂMARA LEAL²³¹⁷, “... uma grande inovação no capítulo da prisão preventiva, tornando-a obrigatória nos crimes cuja pena máxima igual ou superior à reclusão por dez anos”, hipótese em que não ficava ao arbítrio do juiz decretá-la ou não, pois a lei lhe impunha o dever de determiná-la. Essa circunstância animou CÂMARA LEAL a desconsiderar o viés autoritário da previsão legal e afirmar, em obra escrita no ano de 1942, que a restrição à liberdade individual, conquanto diga respeito a um dos direitos fundamentais do cidadão, somente pode ser decretada com suporte em embasamento legal e esteio em culpa formada, sob pena de caracterizar-se como arbitrária²³¹⁸.

BASILEU GARCIA²³¹⁹ informa que esse instituto da prisão preventiva obrigatória, em verdade, não foi nenhuma novidade, porquanto havia sido disciplinado no Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, mais precisamente no art. 194, norma que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que, conquanto na época os Estados tivessem competência para legislar sobre processo, não podiam afastar-se da legislação federal no tocante ao tema referente às restrições à liberdade individual. A prisão preventiva *obrigatória*, como se observa, não tinha natureza acautelatória, pois era prevista tendo em conta apenas a quantidade da pena máxima estabelecida para o crime, independentemente da demonstração de sua necessidade.

Sem embargo da prisão preventiva obrigatória ou compulsória, o art. 393, no inciso I, preceituava, como efeito necessário da sentença condenatória passível de recurso, a decretação da prisão do acusado, facultando-se-lhe o direito de recorrer em liberdade, apenas quando, afiançável o

²³¹⁵ MARQUES. José Frederico. Elementos de direito processual penal. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997, v. 4. p. 58-59). Esse dispositivo foi alterado pela Lei 12.403, de 2011. Dentre as várias modificações, foi suprimida a hipótese de decretação da prisão preventiva em razão de o acusado ser considerado vadio, ademais de, em regra, somente admitir prisão preventiva quando a pena máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 313, I, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

²³¹⁶ A esse respeito, JOSÉ FREDERICO MARQUES, ocupando-se do assunto, na abordagem do instituto da prisão preventiva acentua que “Existe a prova da existência do crime, quando demonstrada está a prática de fato típico na integralidade de seus elementos” (Ibid., p. 60), enquanto “... há indícios suficientes de autoria quando o réu é o provável autor do crime” (Ibid., p. 60).

²³¹⁷ Ibid., p. 267.

²³¹⁸ Ibid., p. 179.

²³¹⁹ *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 3, p. 156.

crime, fosse efetuado o devido pagamento²³²⁰. Por isso mesmo, embora sujeita a recurso, a sentença condenatória produzia, desde logo, importantes reflexos sobre a liberdade do acusado²³²¹, pois, quando se tratava de crime inafiançável, o recolhimento à prisão, em razão da sentença condenatória, era inexorável. Apenas quando o crime era afiançável, ou seja, crimes em que a pena não era superior a dois anos, o acusado podia, mediante o pagamento, obstar o seu encarceramento.

Mantendo a mesma simetria, no art. 408, § 1º, do Código de Processo Penal²³²², em sua redação originária, dentre os efeitos da decisão de pronúncia, constava a manutenção do acusado na prisão, quando ele já se encontrava recolhido ao cárcere, ou então a decretação da prisão, na hipótese em que ele estivesse respondendo o processo em liberdade. Do mesmo modo, se o crime era inafiançável, a consequência cogente da decisão de pronúncia era o recolhimento do acusado à prisão, porém, quando se tratava de crime afiançável, para continuar em liberdade, fazia-se de mister o pagamento da quantia arbitrada pelo juiz, sob pena de ser encarcerado²³²³.

Assim, nos casos de prisão preventiva obrigatória, prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia, a restrição do direito de liberdade era compulsória, não havendo necessidade de o juiz expor os motivos de sua determinação. A prisão durante o curso do processo tinha presença tão marcante no sistema da legislação criminal que a liberdade provisória era vista por FREDERICO MARQUES como espécie de medida cautelar em prol do réu²³²⁴. O autor identificava a liberdade provisória como uma medida de contracautela admissível apenas “... para evitar danos ao status libertatis, em caso de prisão cautelar”²³²⁵.

Em outras palavras, o que o renomado doutrinador queria dizer era que a liberdade provisória pressupõe, antes de mais nada, a ocorrência de uma prisão válida do acusado. A liberdade provisória, por conseguinte, seria a contracautela que tem o condão de dar à pessoa o direito de retornar ao seu estado de liberdade. Quando a prisão é ilegal, o que o acusado tem direito é ao relaxamento da prisão, e não propriamente à liberdade provisória. Essa distinção, na época, era importante, uma vez que, em se tratando de crime inafiançável ou para o qual era prevista a prisão preventiva obrigatória, conquanto a pessoa não tivesse o direito à liberdade provisória, poderia, na hipótese de a prisão ter sido processada de forma ilegal, recuperar a liberdade, por meio do pedido de relaxamento de prisão.

Mas observe-se que essa *cultura da prisão* professada pelo modelo originário do CPP teve o condão de tratar a *liberdade* como uma exceção, sendo a prisão a regra, a ponto de denomina-la *provisória*. Ao invés da prisão, que mesmo quando imposta em decisão irrecurrível, não pode ter, sequer, caráter perpétuo, a liberdade é *perpétua*, podendo ser suprimida apenas em intervalos de tempo plenamente justificados. Por conseguinte, a liberdade não pode ser chamada de *provisória*, salvo por um sistema criminal que tem como norte a prisão, não a liberdade.

Nos casos menos graves, nos quais a pena máxima não era superior a 2 (dois) anos, ainda na principiologia própria do Código de Processo Penal, admitia-se a prestação da fiança, por parte do acusado, desde que não satisfeita nenhuma das condições para a decretação da *prisão preventiva facultativa*, hipótese então que era assegurado, excepcionalmente, o direito de ficar em liberdade provisória, quando o recolhimento à prisão decorria de prisão em flagrante, sentença condenatória recorrível ou decisão de pronúncia. A circunstância de o crime ser afiançável, por conseguinte, era a condição necessária para que a pessoa, nos casos de prisão em flagrante ou decorrente de sentença condenatória recorrível ou de decisão de pronúncia, pudesse responder em liberdade o processo criminal até, pelo menos, o julgamento do eventual recurso de apelação pelo juízo *ad quem*.

Nesse contexto, o instituto do flagrante delito tinha não apenas a *finalidade da captura* de quem era surpreendido praticando o delito ou logo após ou depois de sua prática, como igualmente servir de *medida acautelatória*. Assim, quem era pego em flagrante, desde que não fosse admissível

²³²⁰ Quando o acusado já se encontrava preso em razão de prisão preventiva, a condenação tinha como efeito a manutenção do encarceramento, conforme estava expresso no art. 393, I, do Código de Processo Penal. CÂMARA LEAL registra que o precedente desta regra estava no art. 406, III, do Código de Processo Penal do Distrito Federal.

²³²¹ GARCIA. Op. cit., v. 3, p. 568.

²³²² O conteúdo dessa norma foi alterado pelas Leis n.ºs. 5.941, de 19973, e 9.033, de 1995. A Lei n.º 11.689, de 2008, modificou, completamente, o conteúdo, a fim de tratar do prazo da resposta do acusado na primeira fase do procedimento relativo ao tribunal do júri.

²³²³ LEAL. Op. cit., p. 68.

²³²⁴ Op. cit., v. 4, p. 128.

²³²⁵ Ibid., p. 129.

a fiança, deveria, apenas por essa circunstância, permanecer preso durante todo o transcurso do processo. Portanto, de acordo com o tratamento inicial dado ao tema da prisão pelo Código de Processo Penal, a prisão em flagrante tinha como fim não apenas fazer a captura de quem era flagrado, como também de servir de medida de cautela, porquanto a sua ocorrência, por si só, era justificativa para que, salvo nos casos menos graves, o agente ficasse recolhido à prisão, sem que houvesse necessidade de motivar o encarceramento com suporte em uma das hipóteses insculpidas para a decretação da prisão preventiva.

Como se não bastasse, o Código de Processo Penal de 1941, sob a influência de alguns códigos estaduais que estiveram em vigor até a reunificação das leis processuais, ainda disciplinou a prisão administrativa²³²⁶, que diferia da criminal, essencialmente porque, ao contrário desta, como acentuava CÂMARA LEAL, era “... imposta em virtude de lei civil ou administrativa e pela autoridade civil ou administrativa”.

Note-se que todo esse tratamento, dispensado pelo ordenamento processual penal ao tema da prisão, coadunava-se com a ideologia ditatorial pregada na Constituição de 1937, Carta Política que estava em vigor à época e serviu de parâmetro para a elaboração da legislação subconstitucional. As mudanças eram mais do que necessárias, até porque, depois da Segunda Guerra Mundial, houve o retorno, com outra roupagem, do liberalismo iniciado por meio da declaração de direitos humanos pelas Nações Unidas e consolidado, no sistema criminal, com o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais²³²⁷.

9.6.4 – Mudanças operadas no sistema prisional do Código de Processo Penal, antes da Constituição de 1988.

Ainda antes da Constituição de 1988 houve modificação profunda sobre o assunto. A despeito do caráter também retrógrado da Constituição de 1967, sob a batuta desta, implementou-se substancial reestruturação de todo o sistema prisional na órbita do processo. A grande reforma do sistema prisional teve início por obra da Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, que modificou, substancialmente, o tratamento dado à prisão preventiva no Código de Processo Penal, merecendo destaque especial a revogação da malsinada *prisão preventiva obrigatória*. ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS²³²⁸, crítico ferrenho da prisão preventiva obrigatória, lamentava que essa *draconiana forma de medida cautelar*, sem embargo da volta à normalidade democrática por obra da edição da Constituição de 1946, somente foi revogada após decorridos 26 anos de sua vigência.

Entretanto, ainda remanesce o caráter ditatorial do Código de Processo Penal, especialmente quanto à cultura da prisão exalada, na medida em que impunha a prisão do acusado nos processos da competência do tribunal do júri até o seu julgamento em plenário, não permitia a interposição do recurso de apelação em liberdade e, o que era mais absurdo, mesmo nos casos em que a sentença era absolutória, o inculpa, caso interposto recurso pelo Ministério Público, deveria permanecer na prisão, quando a pena máxima prevista para o delito fosse igual ou superior a oito anos, conforme era previsto no art. 596 (“A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime em que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por pena igual ou superior a oito anos”)²³²⁹. Esse dispositivo foi alterado pela Lei nº 263, de 1948, mas, ainda assim, persistiu prevendo o efeito suspensivo da sentença absolutória das decisões do tribunal do júri, salvo quando unânime a decisão dos jurados (art. 596, § 2º).

Para modificar essa disciplina inadequada e, assim, revogar as disposições normativas que impunham a exigência de o denunciado se recolher à prisão, mesmo que não houvesse justificativa

²³²⁶ Os Códigos de Processo Penal do Distrito Federal (arts. 105 e 106), da Bahia (arts. 1.664 e 1.965) e de Santa Catarina (arts. 1.964, 1.965 e 1.966) tratavam da prisão administrativa (LEAL. Op. cit., p. 292). Lembra BASILEU GARCIA, porém, que preceito dessa natureza já constava nos arts. 262, 264 e 265 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União – Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939 (Op. cit., p. 198-199). Em sua obra, o nobre jurista acrescenta que esse instituto não contém registro no Direito Comparado, o que suscita a ideia que ele tenha sido uma criação da inteligência jurídica nacional (Ibid., p. 199).

²³²⁷ Sobre o processo de normatização dos direitos fundamentais, cf. do item 3 ao 3.5, supra.

²³²⁸ *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 178.

²³²⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 107.

para tanto, para poder recorrer ou a permanência na prisão mesmo em caso de decisão absolutória, editou-se a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, também denominada *Lei Fleury*. Essa lei é denominada Fleury em alusão ao Delegado de Polícia do Departamento de Ordem Política e Social – DOPS, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, comandante do esquadrão da morte que atuou nos porões da ditadura militar, instaurada a partir de 1964. Alvo de diversas denúncias da execução de presos, para evitar a prisão do então delegado, que seria inexorável diante do que prescrevia o Código de Processo Penal, a solução encontrada foi modificar a lei, criada casuisticamente para beneficiá-lo. Como conta PERCIVAL DE SOUZA²³³⁰, em recurso ofertado pelo Ministério Público de decisão de impronúncia, o então Desembargador da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo ANTÔNIO ALVES BRAGA, desassombradamente, votou pela reforma da decisão de primeira instância, pronunciando o Delegado Sérgio Fleury pela prática de homicídio, com conseqüente determinação de sua prisão (a pronúncia tinha o condão de impor a prisão do acusado), no que foi acompanhado por seus pares.

Ao tempo em que se tentou modificar o acórdão por meio de recurso perante o Supremo Tribunal Federal, o Governo encaminhou à Câmara Federal projeto de lei, a fim de modificar as regras do processo e, com isso, beneficiar o Delegado Fleury. Relata PERCIVAL DE SOUZA que, “... em recordista velocidade legislativa”, o projeto se transformou na Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, segundo a qual os réus considerados *primários* e portadores de *bons antecedentes* não mais seriam automaticamente presos com a sentença condenatória passível de recurso ou com a decisão de pronúncia²³³¹. O interessante é que a decisão do Tribunal de Justiça foi dada em 22 de outubro de 1973 e, logo um mês após, estava em vigor a Lei Fleury. *O tempo exíguo para uma providência dessa envergadura*, anota PERCIVAL DE SOUZA²³³², “... souo como uma advertência. Fleury e o Sistema que encarnava eram capazes de fazer o que entendesse fosse preciso em qualquer esfera de poder. O cano das armas era mais poderoso, e que não se tivesse nenhuma dúvida a respeito, do que qualquer toga. Que todos saibam, que todos percebam, que todos compreendam quem é o poderosíssimo doutor Fleury”.

Sem embargo de a lei em referência ter sido editada com o claro propósito de beneficiar o então todo-poderoso Delegado do DOPS paulista, Sérgio Fleury, não se pode negar que representou um notável avanço na nossa legislação processual, porquanto, a partir daí, mesmo quando a sentença fosse condenatória, antes de seu trânsito em julgado, se não fosse o caso de decretação da prisão preventiva, para que a pessoa fosse levada à prisão, haveria a necessidade de demonstrar-se, no pronunciamento judicial, que o acusado não tinha bons antecedentes ou que ele não era mais primário²³³³.

Com efeito, ao modificar as redações dos arts. 408, § 2º, e 594, caput, do Código de Processo Penal, a Lei nº 5.941, de 1973, estabeleceu-se que, em caso de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória passível de recurso, a prisão somente haveria de ser decretada nas hipóteses em que o acusado fosse considerado de maus antecedentes ou *for reincidente*. A regra, que era da prisão processual obrigatória quando fosse dada a pronúncia ou fosse o acusado condenado, deu lugar a outra diametralmente oposta, que privilegiava o direito de liberdade mesmo nesses casos, o que só não deveria ser observado se houvesse demonstração de que o acusado possuía maus antecedentes ou era reincidente. Complementando a obra, a lei em referência revogou o então § 2º do art. 596, ficando como ressalva ao caput do dispositivo em referência (“A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade”) apenas a consideração de que a apelação, mesmo no caso de decisão absolutória, não teria o condão de suspender a execução imediata da medida de segurança aplicada provisoriamente.

Nada obstante, uma outra modificação significativa quanto ao sistema prisional do Código de Processo Penal ainda estava por vir. De fato, a alteração fundamental do instituto da prisão processual se materializou com o enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal²³³⁴,

²³³⁰ *Autópsia do medo: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury*. São Paulo: Globo, 2000. p. 319.

²³³¹ *Ibid.*

²³³² *Ibid.*

²³³³ Cf. SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Processo penal: comentários à lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973*. Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1980.

²³³⁴ O conteúdo dessa do art. 310 foi modificado pela Lei nº 12.403, de 2011, restando mais claro, ainda, que a prisão/detenção em flagrante, por si só, não é motivo para que a pessoa fique encarcerado, devendo o magistrado, de

operada pela vinda a lume da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Essa alteração no Código de Processo Penal teve considerável repercussão no tratamento da matéria, pois a partir daí o instituto do flagrante delito perdeu a grande importância que detinha, ao passo que todo o tratamento dispensado à fiança, em sua parte mais significativa, por força dessa modificação, foi derogado.

Note-se que, consoante a disciplina inicial do Código de Processo Penal, quando a pessoa era detida em flagrante, caso o crime não fosse afiançável, de regra, ela, independentemente de presentes, ou não, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva estampados no art. 312 do referido diploma legal, respondia todo o processo recolhida ao cárcere. O juiz, ao tomar conhecimento do flagrante, tinha o compromisso, apenas, de examinar a legalidade da medida, caso em que, atendida a formalidade estabelecida no Código de Processo Penal, deveria mantê-la, mediante simples *decisão homologatória*. Salvo quando se tratasse de crime afiançável ou do qual o preso se livrasse solto, ordinariamente, não havia a possibilidade de conceder-se a liberdade provisória. Em outras palavras, sendo inafiançável o crime ou dele não se livrando solto o acusado, de regra, não havia a previsão de concessão da liberdade provisória pelo juiz. Nesse caso, quando muito, o juiz poderia decretar o relaxamento da prisão, o que pressupunha, e ainda hoje pressupõe, a existência de vício de ilegalidade na forma como se deu a detenção em flagrante.

Exatamente para obviar esse tratamento severo, o art. 310 do CPP, ainda em sua redação original, excepcionava essa regra, nos casos em que o juiz, ao analisar o auto de flagrante, identificasse situação em que o ato tido como ilícito pudesse ter sido praticado com base em uma das excludentes de criminalidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Malgrado a constatação da crescente criminalidade, o Executivo, atendendo a insistentes reclamações da doutrina, acertadamente, resolveu modificar a legislação processual, tendo em mira diminuir as hipóteses de encarceramento, de modo a reservar a prisão processual apenas para os casos em que ela fosse de imperiosa necessidade. No escopo de abrandar essa disciplina e reformular a política legislativa então vigente, por meio da Lei nº 6.416, de 1977, o legislador inseriu um parágrafo único ao art. 310 do CPP, a fim de deixar expresso que, em todos os casos de prisão em flagrante, ao receber a devida comunicação, o juiz, caso não sentisse a presença de nenhum dos fundamentos que autorizavam a decretação da prisão preventiva, deveria, depois de ouvir o Ministério Público, conceder, independentemente de pagamento da fiança, a liberdade provisória ao preso.

A ideia, confessada na exposição de motivos da Lei nº 6.416, de 1977, era reduzir, seguindo a orientação doutrinária moderna, a prisão processual apenas para os casos em que fosse demonstrada a sua necessidade²³³⁵, daí por que, com a nova lei em referência, a prisão provisória em geral foi "... reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública"²³³⁶.

Com isso, a legalidade da prisão em flagrante deixou de ser fundamento para a manutenção da pessoa no cárcere, servindo propriamente apenas para validade da *captura* de quem era pego no momento da prática do ilícito. Daí em diante, o flagrante passou a ter apenas *natureza de detenção*, deixando de ser uma das espécies de prisão provisória. O flagrante em si deixou de ser motivo para que a pessoa permanecesse na prisão, pois, ao receber o auto de prisão em flagrante, passou a ser dever do juiz examinar não só a legalidade da medida, que era o que bastava anteriormente, como ainda analisar se havia algum dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Não cabia mais *homologar* o flagrante, mas, sim, para todos os efeitos, decretar, se fosse o caso, a prisão preventiva ou, então, a *contrario sensu*, conceder a liberdade provisória.

Em comentário a essa modificação promovida pela Lei nº 6.416, de 1977, ADA PELEGRINI²³³⁷, ao esclarecer que a introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal teve o condão de ampliar a possibilidade de concessão da liberdade provisória, no sentido de autorizá-la nos casos de flagrante quando, na hipótese, não houvesse motivo para a decretação da

qualquer sorte, em decisão fundamentada, dizer se é hipótese, ou não, de conversão (decretação em) prisão preventiva, consoante o disposto no art. 312 do CPP, isso se não for *adequada* e *suficiente* a imposição de medida cautelar diversa da prisão (art. 310, II, do CPP). Cf. itens 9.6.5.2 e 9.6.5.2.1, infra.

²³³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei processual penal: comentários à lei 6.416, de 24 de maio de 1977*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 125.

²³³⁶ *Ibid.*, p. 126.

²³³⁷ *Ibid.*, p. 136.

prisão preventiva, arremata que, com esse novo tratamento dispensado ao assunto, haveria, igualmente, a determinação de

... liberdade provisória, também no flagrante, sem necessidade de fiança, e mediante termo de comparecimento, quando: a) não houver prova de existência do crime (*rectius*, do fato criminoso em sua materialidade) e indícios (ou melhor, probabilidade) suficientes da autoria; b) não houver necessidade da prisão para garantir a ordem pública, a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal²³³⁸.

Com essas considerações, ADA PELLEGRINI ressaltava que a prisão, mesmo aquela decorrente de flagrante delito, tinha natureza acautelatória, de modo que, para a sua subsistência, havia a necessidade de que demonstrada a necessidade do encarceramento, que é elemento dessa espécie de medida de urgência. Anote-se, ainda, que, posteriormente, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, introduziu, como mais um fundamento para a decretação da prisão preventiva, a hipótese em que houver necessidade de garantia da ordem econômica, que ainda permaneceu no caput do art. 312 do CPP, mesmo com as novas redações emprestadas pela Lei nº 12.403, de 2011 e Lei nº 13.964, de 2019.

Assim, com esse novo tratamento dado à matéria pela legislação de regência, estabeleceu-se, de forma definitiva, que a prisão processual, fosse decorrente de prisão preventiva ou de flagrante, possui caráter eminentemente acautelatório, de modo que, doravante, toda e qualquer limitação do direito de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, à exceção da prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e da decisão de pronúncia²³³⁹, passou a exigir decisão fundamentada da autoridade judicial, com esteio nos requisitos estampados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Por fim, essa alteração legislativa operou significativa mutação para a fiança. Consoante aqui foi dito linhas atrás, na principiologia inicial do Código de Processo Penal, a fiança tinha uma função fundamental no sistema, pois ela servia para excepcionar os casos em que, nada obstante a pessoa tivesse sido detida em flagrante ou tivesse sua prisão decretada em virtude de sentença condenatória passível de recurso ou de decisão de pronúncia, ela pudesse obter a liberdade provisória e, assim, responder o processo em liberdade, enquanto não houvesse o trânsito em julgado. Isso porque, se ocorrida a prisão, fosse ela em flagrante ou emanada de ordem do juiz – prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória ou pronúncia –, salvo na hipótese em que ela contivesse ilegalidade de ordem formal, a liberdade provisória somente era admissível se o crime fosse afiançável²³⁴⁰.

Dessa maneira, no caso de flagrante delito, era de primordial importância saber se o crime era, ou não, afiançável. Se inafiançável, a pessoa não tinha o direito de obter a liberdade provisória. Quando muito, ela poderia obter, mediante o relaxamento da prisão, a liberdade pelo fato de ter ocorrido alguma ilegalidade na sua captura. Se afiançável o crime, desde que fosse pago o valor arbitrado pelo juiz ou pelo delegado de polícia (este apenas nos casos de crimes com pena de detenção), o agente tinha o direito de ser posto em liberdade e responder, nessa condição, o inquérito e o futuro processo.

Por isso mesmo, a fiança era estabelecida apenas para os crimes menos graves – além de outros requisitos, quando a pena mínima cominada não fosse superior a dois anos (art. 323, I, do CPP). Repita-se, a regra era de que, ocorrida a detenção em flagrante, não fosse a hipótese de relaxamento da prisão, o agente somente poderia obter a liberdade por meio do pagamento da fiança. Assim, a circunstância de o crime ser afiançável ou não tinha sobremaneira relevância para definir sobre o

²³³⁸ Ibid.

²³³⁹ Nesses dois casos, então previstos nos arts. 408, §2º, e 594 e ambos do CPP, para a decretação da prisão, não havia necessidade de satisfação dos requisitos estampados no art. 312 do Código de Processo Penal, mas apenas que o acusado não fosse primário ou não possuisse bons antecedentes. O §2º do art. 408, foi revogado pela 11.689, de 2008, enquanto o art. pela Lei nº 11.719, de 2008. Com a nova sistemática, o juiz pode decretar a prisão com a sentença ou com a decisão de pronúncia, mas, em ambos os casos, tem de ser com suporte em um dos fundamentos do art. 312, caput, do CPP, tal como consta do art. 413, § 3º, do CPP (redação determinada pela Lei nº 11.689, de 2008), e art. 387, §1º, do CPP (incluído pela Lei nº 12.726, de 2012).

²³⁴⁰ Afora os casos em que o acusado se livrava solto, o que ocorria quando, para o crime, não era prevista pena privativa de liberdade ou, quando prevista, o máximo da pena em abstrato não superava 3 (três) meses (art. 321, I e II, do CPP, revogados pela Lei nº 12.403, de 2011).

direito de liberdade do agente. Com a disciplina de então, sendo a prisão em flagrante legal, para ter o direito à liberdade provisória, a pessoa precisava, em princípio, satisfazer dois requisitos: (1) ser o crime afiançável e, evidentemente pagar o valor estabelecido; (2) não haver motivo para a decretação da prisão preventiva (art. 324, IV, do CPP).

Acontece que tudo se modificou a partir do enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Ordenamento Processual Penal, por obra da Lei nº 6.416, de 1977. Daí em diante, o agente detido em flagrante delito, para ter o direito à liberdade provisória, deixou de depender da eventualidade de o crime ser afiançável. Com efeito, desde a referida modificação, para que o agente detido em flagrante adquirisse o direito à liberdade provisória passou a ser suficiente a circunstância de não haver nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, do CPP). Por conseguinte, fosse o crime afiançável ou inafiançável, em compasso com a orientação estampada no então parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal, desde que não houvesse nenhum dos motivos para a decretação da prisão preventiva, o juiz deveria conceder a liberdade provisória.

Em outras palavras, isso implica dizer que, mesmo nos crimes mais graves, passou a ser possível a concessão da liberdade provisória, ainda quando ocorresse o flagrante, independentemente do pagamento de qualquer quantia em dinheiro. Isto é, daí em diante, independentemente do tipo de crime, para se ter o direito à liberdade provisória a única exigência passou a ser que não estivesse presente nenhum dos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Se o nosso sistema prisional foi alterado, a fim de estabelecer o direito de liberdade como regra, mesmo nos casos em que a pessoa fosse detida em flagrante delito, percebe-se facilmente que, desde então, não se podia mais exigir o prévio pagamento a título de fiança como condição para que a pessoa tivesse o direito de ficar em liberdade provisória. Se assim fosse, isso faria com que fosse conferido tratamento mais rigoroso para os que praticassem crimes menos graves, que são justamente os ilícitos afiançáveis.

Ora, se o crime fosse inafiançável, por conseguinte, delito mais grave, para que o agente, quando preso em flagrante, tivesse o direito de ser colocado em liberdade, bastava não existir nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. Como, então, se poderia exigir, nos crimes afiançáveis, que são os menos graves, como condição para o direito de liberdade, o prévio pagamento da fiança, além de não haver motivo para a decretação da prisão preventiva? Evidentemente que aquele que praticava crime menos grave não poderia ser tratado de forma mais severa pelo ordenamento jurídico. Trata-se de uma questão de lógica e, acima de tudo, racionalidade.

A solução viável para a questão, no nosso entendimento, era emprestar interpretação sistêmica, no sentido de concluir que a fiança, como condição para a obtenção da liberdade provisória em caso de flagrante delito, encontrava-se revogada. Isso porque, como visto, se a fiança fosse aplicada tal como plasmado na disposição literal da norma, isso teria o condão de conferir tratamento mais rigoroso àqueles que cometessem crime mais brando, o que é, em termos lógicos, impensável e inadmissível.

Não seria correto efetuar a prisão em crime afiançável e, sem que houvesse qualquer um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, após a lavratura do auto de flagrante, *incontinenti*, e não se cuidar de liberar o agente, independentemente do pagamento de fiança. Ora, se fosse qualquer outro ilícito mais grave – por isso mesmo considerado pela lei inafiançável –, nada obstante efetuada a prisão em flagrante, o agente, não sendo caso de prisão preventiva, teria o direito de liberdade provisória mesmo sem o pagamento de fiança. Exigir para os crimes menos graves o pagamento da fiança para se ter reconhecido o direito de liberdade passou a ser um contrassenso.

Ademais, na medida em que a prisão processual somente passou a ser admitida com natureza acautelatória, tem-se que restou assegurado, como categoria de direito fundamental do agente, independentemente de o crime ser afiançável ou não, o direito de responder ao inquérito ou ao processo judicial em liberdade, salvo se verificada uma das hipóteses que justificam a prisão processual. A liberdade passou a ser a regra, não exceção. Apesar da nomenclatura repetida acriticamente na Constituição de 1988, a liberdade provisória, ontologicamente, não poderia mais, sob qualquer viés, ser considerada provisória. Ela é inerente à condição humana. A prisão é que em nenhuma hipótese pode possuir foros de definitividade ou *caráter perpétuo*, como está bem acentuado na Constituição, dentre os direitos fundamentais (art. 5º, XLVII, b).

9.6.5 – Tratamento dispensado pela Constituição de 1988 ao direito de liberdade e à prisão processual.

Sem embargo das muitas modificações operadas na legislação infraconstitucional em relação ao sistema prisional, a Constituição de 1988, com a sua ideologia liberal calcada na proteção aos direitos fundamentais, cuidou do tema com extrema delicadeza, denotando toda a preocupação em evitar, tanto quanto possível, a ocorrência de malfeição ao direito de liberdade²³⁴¹. Como regra fundamental, a Constituição de 1988 assegura a todos o direito de liberdade, ainda que a pessoa tenha cometido algum delito. De qualquer maneira, excepcionalmente, permite-se, como medida processual, a supressão do direito de liberdade antes mesmo da condenação definitiva, sem que tal caracterize afronta ao princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade.

Logo após a edição da Constituição de 1988, chegou-se a discutir, devido à inclusão do princípio da presunção de não culpabilidade, quanto à manutenção, ou não, da prisão preventiva. Essa discussão, porém, não tinha muito sentido. A uma pelo fato de o instituto da prisão preventiva ser uma realidade histórica, presente em todas as legislações, independentemente da existência do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade. Até porque, já se disse, de forma lapidar, que se a prisão preventiva é um *mal*, trata-se de um *mal necessário*. A dois pelo fato de o próprio texto constitucional deixar explícita a possibilidade da decretação da prisão processual, como medida cautelar, ao dizer no art. 5º, LXVI, que ninguém será levado à prisão, nem nela haverá de ser mantido “... quando a lei admitir a liberdade provisória”. Indo mais além, o Supremo Tribunal Federal tem farta jurisprudência no sentido de que “... a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia) – não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (RTJ 133/280 – RTJ 138/216 – RTJ 142/855 – RTJ 142/878 – RTJ 148/429 – HC 68.726-DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA)”²³⁴².

Ao invés de atritar-se com o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade²³⁴³, o instituto da prisão processual com ela se afina, porque, como consequência natural daquela cláusula constitucional, este se mostra com caráter eminentemente acautelatório, medida excepcional que só há de ser adotada quando for demonstrada a sua extrema necessidade. Assim pensa CLARIA-OLMEDO²³⁴⁴, ao esclarecer que “*puesto que el imputado goza de un estado de inocencia mientras no se le declare culpable por sentencia firme, lãs medidas de coerción personal que contra aquél se dicten solo deben tener caracter cautelar y provisional, y estar limitadas al estrictamente necesario...*”.

E não há mesmo incompatibilidade entre a prisão processual e o princípio da presunção de não culpabilidade até porque, ao revés do que propagam vozes menos avisadas, aquela não é uma medida sancionatória, mas, sim, mera medida cautelar, ainda que, no escopo de buscar seguridade de natureza instrumental – para dar garantia à futura execução de condenação que pode vir a ser imposta, preservar a ordem pública ou atender a conveniência da instrução criminal –, tenha o condão de impor restrição ao direito de liberdade.

No entanto, malgrado o seu caráter meramente acautelatório, não contendo, em seu âmago, desiderato sancionatório, é por muitos criticada, uma vez que se trata de medida restritiva da liberdade do acusado antes de prolatada sentença condenatória, chegando alguns, de modo extremado, até mesmo, a propugnar pela abolição da prisão preventiva. No entanto, a *vexata quaestio* no pretérito encetada, hodiernamente, apresenta-se bizantina, porquanto demonstrado, ao longo dos tempos, que, em alguns casos, imprescindível se apresenta sua decretação, seja em garantia à ordem pública, por

²³⁴¹ Cf. GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

²³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC – Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 jul. 2005.

²³⁴³ Cf. o item 9.2.2, supra, em que se faz a distinção entre os princípios da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade. Conforme a tese aqui defendida, há o princípio da presunção de inocência como gênero, do qual são espécies os princípios da presunção de inocência stricto sensu e da presunção de não culpabilidade. Quando se trata de prisão processual, o princípio que há de ser considerado é o da presunção de inocência em sentido estrito.

²³⁴⁴ Apud TOURINHO FILHO. Op. cit., v. 3, p. 491.

conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação de eventual pena a ser imposta. Entretanto, ainda há voz abalizada no sentido de que a prisão preventiva não se justifica ainda que para atender os fins que com ela se almeja, fazendo com que se defenda a abolição dessa medida de restrição da liberdade, pelo menos antes da sentença de primeiro grau²³⁴⁵.

Todavia, consoante salientado, tem-se de todo válida a assertiva de que, se se constitui a prisão processual um mal, desenganadamente, é um mal necessário. Aliás, no particular, FLAMOND, mencionado por TOURINHO FILHO²³⁴⁶, com maestria, assevera: “É uma dessas dolorosas necessidades sociais, perante as quais somos forçados a nos inclinar.” Ademais, tem-se notícia de que todas as legislações conhecem e admitem o instituto da prisão processual criminal. A sua razão de ser possui base sólida. Isso porque, se alguns consideram a prisão processual injusta em virtude de se coartar o *jus libertatis* do indivíduo antes mesmo do reconhecimento da culpabilidade por sentença, doutro lado, há de ter-se em mente que, em determinadas ocasiões, a liberdade do agente compromete, sobremaneira, a aplicação da justiça, seja pela clara sinalização de que em liberdade o agente continuará na empreitada criminoso, pondo em risco a ordem pública, seja pela coação que possa exercer sobre as testemunhas, prejudicando o esclarecimento da verdade, ou mesmo diante das evidências de que o acusado venha a desaparecer do distrito da culpa, refugiando-se em local outro, até mesmo em país distante.

Embora compatível com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, em decorrência mesmo dessa cláusula constitucional tem-se que a prisão processual é medida excepcional à qual somente se deve recorrer quando evidenciada a sua extrema necessidade e não for possível obter-se o fim almejado com a aplicação de medidas diversas da prisão. Por isso mesmo, nada obstante a pessoa tenha praticado um crime, independentemente de sua gravidade, salvo demonstrada a necessidade de sua prisão, ela detém o direito de ficar em liberdade, até que haja, contra si, sentença criminal condenatória com trânsito em julgado²³⁴⁷.

Assim, em qualquer caso, como é próprio das medidas cautelares, o juiz terá de fundamentar a decisão expondo a motivação referente ao *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*), que é a prova da ocorrência do crime (materialidade), e aos indícios suficientes da autoria (não se confunde com a mera suspeita ou possibilidade, refere-se à probabilidade concreta de que aquela tenha sido a pessoa que praticou o ilícito) e também do *periculum libertatis*, que se manifesta com a presença de um dos fundamentos para a decretação da prisão processual. Com essa configuração germinada da Constituição, não existe a possibilidade de ser prevista, na legislação infraconstitucional, a excêntrica *prisão provisória obrigatória*, criada com a antiga redação do art. 312 do CPP.

O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, tem traçado, com régua e compasso, essa peculiaridade da prisão processual em nosso sistema jurídico, especialmente com o irromper da Constituição de 1988. O Ministro CELSO DE MELLO deixou sublinhado, com apoio em doutrina haurida de BASILEU GARCIA, que a prisão processual detém natureza cautelar, sem guardar identidade com a prisão penal (*carcer ad poenam*), pois não tem como escopo aplicar qualquer tipo de punição à pessoa que tem o seu direito de liberdade cerceado, senão, ao contrário, servir de instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal²³⁴⁸. Na mesma oportunidade, o ministro em referência acrescentou que a privação cautelar da liberdade individual é qualificada pela nota da excepcionalidade²³⁴⁹, daí por que a prisão preventiva somente deve ser deferida quando a decisão judicial esteja embasada em elementos concretos e reais que se acasalem com as hipóteses definidas em lei.

Nessa linha de estrutura, o direito de liberdade, assegurado como regra pela Constituição no caput do art. 5º, distingue-se do *direito à liberdade provisória com ou sem fiança* (art. 5º, LXVI) e do direito ao *relaxamento da prisão* (art. 5º, LXV). Aliás, os três institutos guardam peculiaridades próprias. O *direito à liberdade*, como se disse, é o gênero do qual os dois outros institutos são

²³⁴⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan, O juízo. Quando e como julgar. In: *Direito e razão teoria do garantismo penal*, p. 449.

²³⁴⁶ Op. cit., v. 3. p. 464.

²³⁴⁷ Cf. item 9.2.7, supra, em que se faz crítica a esse entendimento e à nova redação conferida ao caput do art. 282 do CPP.

²³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC – Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp Acesso em: 4 jul. 2005.

²³⁴⁹ Ibid. Cf. ainda RTJ 134/798, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO.

espécies. Conforme asseverado acima, o direito de liberdade se destina a garantir a todos os cidadãos, tenham ou não praticado crime, tenham sido ou não acusados pelo Ministério Público, a possibilidade de permanecer e, sendo o caso, responder o inquérito ou processo em liberdade, até que seja, com foros de definitividade, certificada a sua culpabilidade.

O *direito à liberdade provisória*, com ou sem fiança, ao contrário, pressupõe a ocorrência de prisão válida do agente, em razão de flagrante delito ou ordem judicial. Não identificada, na hipótese da detenção em flagrante, a satisfação dos fundamentos expostos no art. 312 do CPP, e ou desaparecidos, quando seja o caso de prisão preventiva, os fundamentos que autorizaram o encarceramento, o agente passa a fazer jus à liberdade provisória, com ou sem fiança.

Por outro lado, o direito ao *relaxamento da prisão* (art. 5º, LXV), assim como o direito à liberdade provisória, tem como precedente necessário a ocorrência a detenção em flagrante delito ou a prisão por determinação judicial, porém eivada de vício de ilegalidade, no primeiro caso pela circunstância de a hipótese não se enquadrar em nenhuma das situações insertas na lei de regência (art. 302, I/IV, do CPP), e no segundo, em razão da nulidade da decisão do juiz. Ou, ainda, conforme as inovações advindas com a Lei nº 13.964, de 2019, em razão de extrapolado o prazo previsto para a prisão permitida na fase da investigação (art. 3º-B, § 2ª, do CPP) ou pelo fato de não ser providenciada, na fase processual, a renovação da medida a cada 90 (noventa) dias (art. 316, parágrafo único).

Ao tratar do direito de liberdade com ou sem fiança e das hipóteses de prisão com ou sem ordem judicial, o Código de Processo Penal e a legislação processual extravagante revelam o sistema prisional brasileiro. De fato, a análise detalhada da legislação infraconstitucional permite que se perceba, com clareza, o tratamento dispensado ao tema da prisão processual, permitindo, assim, que se entenda como o sistema funciona. Em princípio, a pessoa, pouco importa o crime praticado, não perde o seu *status libertatis* apenas pelo fato de ter sido indiciado em inquérito policial ou acusado em processo judicial. Para que o seu direito fundamental de liberdade seja restringido é preciso, antes de tudo, que a situação se enquadre em uma das situações legais que referendam a prisão preventiva ou temporária²³⁵⁰. Para tanto, a circunstância de o agente ser reincidente ou ter maus antecedentes, isoladamente, não confere base para a determinação da prisão.

Antes da Reforma Tópica de 2008, após a sentença condenatória, para que o autor mantivesse o seu direito de liberdade, a legislação infraconstitucional era mais rigorosa, reclamando, além da ausência de fundamento para a decretação da prisão preventiva, que o condenado tivesse bons antecedentes e fosse considerado primário, sob pena de poder ser imposta a sua prisão.

9.6.5.A – Novo modelo do código de processo penal (Lei nº 12.403, de 2011, e Lei nº 13.964, de 2019).

Em decorrência do novo paradigma trazido a lume com a Constituição de 1988, tornou-se inadiável a reforma do sistema processual penal como um todo. Todavia, conforme salientado, devido à dificuldade de aprovar-se um novo Código de Processo Penal, adotou-se, como técnica legislativa, a ideia da Reforma Tópica²³⁵¹. Foram encaminhados 7 (sete) projetos de lei, dos quais um foi transformado na Lei nº 10.792, de 28 de novembro de 2003 (defesa efetiva e interrogatório), e, quase 5 (cinco) anos após, mais três foram transformados na Leis nºs 11.689, de 9 de junho de 2008 (procedimento relativo ao tribunal do júri), 11.690, de 9 de junho de 2008 (sistema das provas) e 11.719, de 20 de junho de 2008 (suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos). Ficaram faltando 3 (três) projetos de lei, dentre eles, exatamente o que cuidava da modificação do sistema de prisão processual.

Quase três anos após a reforma de 2008, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, complementando mais uma etapa da Reforma Tópica do Código de Processo Penal alvitada pela Comissão de Reforma criada pelo Executivo, aqui denominada segunda etapa da Reforma Tópica. Essa lei, como já foi salientado no início, fez parte do trabalho elaborado pela Comissão de Reforma, no sentido de alterar todo o sistema processual penal, por meio da chamada Reforma Tópica.

²³⁵⁰ Sobre essas duas espécies de prisão processual, cf. itens 9.6.5.1.1 e 9.6.5.1.2, *infra*.

²³⁵¹ Cf. itens 1.4.5, 1.4.5.1 e 1.4.5.2, *supra*.

Se o escopo da Reforma Tópica, como foi salientado linhas acima, mesmo implementada apenas parcialmente, era promover profunda modificação no sistema processual, a fim de alinhar o CPP à forçar normativa dos direitos fundamentais, naturalmente que as alterações na parte prisional precisariam ser não apenas substanciais, mas, sim, de modelo propriamente.

Ora, se o Código de Processo Penal em vigor foi editado sob inspiração da Constituição de 1973, de perfil ditatorial e policialesco, professando a *cultura da prisão*, era patente que essa ideologia se fazia sentir de forma mais aguda exatamente em relação ao direito de liberdade.

Diante disso, como vimos²³⁵², a regra geral, em se tratando de crimes mais grave, os quais eram considerados *inafiançáveis*, era a prisão, com base em uma presunção legal *juris et de jure* de que a medida era necessária para fins de manutenção da *ordem pública*. A liberdade era a exceção, prevista para os crimes menos graves, considerados afiançáveis.

A despeito das muitas e significativas mudanças verificadas ao longo do tempo e aqui já comentadas, o sistema prisional do CPP restou desarticulado. Pior. Embora o ordenamento jurídico brasileiro, a partir de 1998, tenha incorporado diversas alternativas à pena de prisão, não tinha sido promovida, ainda, a incorporação dessas medidas substitutivas quanto à prisão processual.

A única novidade de monta na área do sistema prisional, ante então promovida pelo legislador infraconstitucional após a edição da Constituição de 1988, tinha sido a criação de mais um tipo de medida cautelar prisional, a *prisão temporária* (Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989). A preocupação do legislador, expendida na exposição de motivos da lei em referência, era suprir a lacuna deixada pela revogação da *incomunicabilidade* (no art. 21, caput e parágrafo único, CPP), em virtude do art. 136, §3º, IV, da Constituição de 1988.

O legislador, dissociado do paradigma constitucional, manteve aquilo que denominamos *cultura da prisão* e, por linhas transversas, a lógica do sistema: ou *o tudo*, a prisão, ou *o nada*, a liberdade²³⁵³. A ausência da adoção de medidas alternativas à prisão processual no Código de Processo Penal foi reclamada na 1ª edição deste livro²³⁵⁴, pois contribuía, paradoxalmente, para dois efeitos negativos e por demais indesejáveis. Em alguns casos, ante a ausência de alternativas, o juiz, em razão da necessidade de impor alguma restrição ao direito de liberdade do agente, findava decretando a prisão processual. Em outras tantas, por achar que a decretação da prisão era medida excessiva e desnecessária, e por não haver autorização legal para determinar outro tipo de restrição do direito de liberdade, o juiz tinha como única solução a concessão do direito liberdade do acusado. Resultado: “... de um lado, tínhamos prisões processuais demais e desnecessárias e, de outro, devido à falta de medidas menos drásticas do que a prisão, casos em que o juiz findava sem fazer qualquer restrição ao direito de liberdade”²³⁵⁵.

A Lei nº 12.403, de 2011, seguiu as linhas gerais da Reforma Tópica e, no desiderato de adotar as diretrizes de diplomas internacionais e da Constituição de 1988²³⁵⁶, trouxe regras que tendo em mira desconstruir a parte do Código de Processo Penal mais identificada com a sua origem ditatorial e policialesca: a referente ao sistema prisional²³⁵⁷.

Essa intenção restou clara com a modificação da nomenclatura do Título IX do Livro I do CPP, que era *DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA*, e passou a ser *DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA*²³⁵⁸. A Constituição de 1988 já tinha

²³⁵² Cf. item 9.6.3, supra.

²³⁵³ Na perspectiva de um sistema democrático, a liberdade não pode ser considerada o nada, mas o tudo. Por isso mesmo, quando fazemos referência a essa parêmia, temos a preocupação de salientar que se trata de revelar uma retórica da práxis, que serve para explicar como era o sistema jurídico sob uma determinada perspectiva, sem com isso representar nenhum compromisso com a linha de pensamento que possa estar nela embutida.

²³⁵⁴ Cf. item 9.6.5.16, infra.

²³⁵⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 408.

²³⁵⁶ É perceptível, ainda, a intenção do legislador em traduzir, normativamente, o pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da prisão processual.

²³⁵⁷ Com efeito, “... tendo sido o Código de Processo Penal concebido sob a regência da Constituição de 1937, com seu viés autoritário e policialesco, cuja finalidade era que servisse de instrumento de força para a sedimentação de um regime ditatorial, nada mais natural que essa característica se fizesse presente de forma mais marcante na disciplina do direito de liberdade das pessoas (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 403).

²³⁵⁸ Lamenta-se, outrossim, a circunstância de o legislador não ter aproveitado para destinar uma parte específica no Código de Processo Penal (Livro ou Capítulo) para tratar do processo cautelar em geral. A respeito da crítica feita ao CPP pelo fato de não se ter adotado a divisão dogmática do código em processo de conhecimento, de execução e cautelar, cf. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 440.

revogado a denominada prisão preventiva, então disciplinada no Código de Processo Penal de 1941. De toda sorte, como permaneceu constando do Capítulo IV do IX do CPP, a Lei nº. 12.403, de 2011, revogou, expressamente, a prisão administrativa e, em seu lugar, trouxe, como novidade, as medidas cautelares diversas da prisão, incorporando ao CPP essas espécies de medidas cautelares de ordem pessoal, que seguem recomendações da ONU e se alinham às diretrizes do Direito Comparado, ademais de transpor para o processo penal o fenômeno da *cautelarização*, já amplamente utilizado no ambiente do processo civil. É verdade que a moderação do ônus do tempo do processo entre autor e réu, por meio da previsão na seara criminal de mecanismos de antecipação de alguns efeitos possíveis de regra apenas com a decisão final, deve ser tratada com a devida parcimônia, pois aqui na se lida com a liberdade, a honra e a imagem do imputado.

No entanto, conquanto a *cautelarização* possa trazer algumas consequências negativas para a sociedade, a inclusão de medidas cautelares alternativas à prisão processual é iniciativa que merece aplauso, notadamente no cenário nacional, que, nessa área, era inflexível, pois, como se disse, *ou era o tudo, a prisão, ou o nada, a liberdade*. De mais a mais, embora inexistente previsão no Código de Processo Penal, algumas leis extravagantes já contemplavam algumas medidas protetivas de urgência. Uma mais recentes, Leis nºs 10.671, de 2003 (Estatuto do Torcedor) e 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha). Outras há bastante tempo, Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (Lei de Responsabilidade dos Prefeitos), e Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (Estatuto da Magistratura), que preveem o afastamento do exercício de função pública.

Finalmente, a Lei nº 13.964, de 2019, denominada *Pacote Anticrime*, editada sob o compromisso de campanha do Governo BOLSONARO de enrijecer o tratamento normativo dispensado à criminalidade, trouxe uma série de alterações ao sistema criminal, especialmente em relação às medidas cautelares de ordem pessoal. No entanto, em relação à prisão processual, conquanto a proposta encaminhada pelo governo federal pelas mãos do então Ministro SERGIO MORO tenha sido no sentido de endurecer as regras, no Parlamento, durante os debates, foram inseridas diversas alterações de cunho garantista, a ponto de se dizer que o referido diploma legal padece de *dupla personalidade*, refletindo um comportamento normativo *bipolar*.

Conforme se verá adiante, para todos os efeitos, o chamado *Pacote Anticrime*, efetivamente, trouxe inovações quanto ao sistema prisional processual que merecem aplauso, a saber: (a) vedou a decretação de medidas cautelares de ofício mesmo na fase do processo, negando, assim, pelo menos nesse âmbito, o poder geral de cautela do juiz; (b) determinou a reavaliação obrigatória, a cada 90 dias, da prisão preventiva; (c) delimitou aspectos importantes quanto à fundamentação da decisão de decretação da prisão preventiva; (d) disciplinou a audiência de apresentação (custódia); e (e) reforçou a subsidiariedade da prisão, devendo o juiz, no limite, quando presentes os fundamentos para medida cautelar de ordem pessoal, conferir preferências às medidas cautelares diversas.

9.6.5.B – Princípios e regras aplicáveis à prisão processual ou às medidas diversas da prisão.

Na perspectiva de um estado democrático constitucional, não basta a concepção do direito criminal com caráter *subsidiário*, de modo que cuide apenas de matérias para as quais os demais ramos do direito não apresentem resposta adequada e eficiente. Deve ter em mira, ainda, dentre as suas finalidades, a *erradicação da marginalização* (art. 3º, III, da Constituição). Se possível, a resolução do *problema penal* deve ser perquirida tendo como instrumento a *negociação*, sem a aplicação de pena propriamente dita, mediante a sua substituição por medida alternativa, ou então, mesmo quando seja o caso de impor-se a sanção, preferir-se a *pena restritiva* de direitos à privação do direito de liberdade.

Essa política criminal tem repercussão no ambiente das medidas cautelares pessoais, com destaque especial em razão da incidência, ainda, da cláusula universal da *presunção de inocência ou de não culpabilidade*, pelo que, como regra geral e fundamental, tem-se que não é adequado, senão quando absolutamente necessário, determinar a prisão de alguém, sem que antes se tenha a certeza de sua culpabilidade.

Seguindo essa orientação, a Lei nº 12.403, de 2011, ademais de traçar normas sobre a prisão processual – muitas delas aplicáveis também à prisão temporária –, previu medidas cautelares diversas da prisão, ou seja, alternativas, tendo o cuidado de escrever as regras gerais que lhe são

aplicáveis, a fim de orientar o intérprete e deixar clara a política legislativa adotada. Essas regras gerais foram robustecidas e aprimoradas com a Lei nº 13.964, de 2019.

Para fins metodológicos, os princípios e regras gerais pertinentes às medidas cautelares²³⁵⁹, conforme concebidos pelo legislador no art. 283 do CPP, podem ser divididos em: (a) cumulação das medidas cautelares; (b) princípio acusatório; (c) princípio do contraditório; (d) princípio da fungibilidade; (e) princípio da excepcionalidade; (f) subsidiariedade da prisão; (g) crimes nos quais cabível medida cautelar²³⁶⁰. Vejam, uma a uma, essas regras.

(a) *Cumulação das medidas cautelares (art. 282, § 1º, do CPP)*. Da mesma forma como as penas alternativas, as medidas cautelares diversas da prisão podem ser decretadas de forma cumulativa. A regra está plasmada no art. 282, § 1º, do CPP, ao estabelecer que “As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”. Da forma como redigido o dispositivo, essa possibilidade de cumulação se faz presente entre qualquer tipo de medida cautelar, de modo que seria pertinente não apenas a aplicação de duas ou mais medidas diversas da prisão, como uma detentiva e outra de diferente espécie. Não se há de negar que algumas espécies de medidas cautelares diversas da prisão são incompatíveis com a circunstância de quem está preso ou, então, diante dessa situação, são completamente desnecessárias. De fato, a prisão é incompatível ou desnecessária com (I) o comparecimento periódico a juízo, (II) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, (III) proibição de manter conta com pessoa determinada, (IV) proibição de ausentar-se da Comarca, (V) recolhimento domiciliar no período noturno, (VI) suspensão do exercício de função pública ou privada, (VII) internação provisória, (VIII) fiança e (IX) monitoração eletrônica.

Todavia, em alguns casos, mostra-se pertinente a cumulação da prisão com medida restritiva, como se observa em caso de abuso sexual de menor, em que, nada obstante o encarceramento, pode ser colocada como medida diversa da prisão, a proibição de entrar contato com o ofendido, ainda que por meio de correspondência, ou receber sua visita.

(b) *Princípio acusatório (art. 282, § 2º, do CPP)*. Até a vinda a lume da Lei nº 12.403, de 2011, coerente com o modelo inquisitivo do CPP de 1941, o juiz podia decretar a prisão preventiva de ofício, na fase da investigação ou do processo. Com a introdução do § 2º no art. 282 do CPP, incluído pela Lei em referência (“As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”), em obséquio ao sistema acusatório, houve importante modificação em relação à regra anterior. Sendo o caso de *cautelar preparatória*, em que pese tenha persistido a anomalia de se conferir legitimidade à autoridade policial para requerer a medida, não se admitiu, mais, que fosse decretada, de ofício, pelo juiz. Já foi, inegavelmente, um grande avanço. De outra banda, com suporte na justiça restaurativa, acertadamente, o ofendido passou a ter legitimidade para requerer a aplicação de medida cautelar de ordem pessoal, desde que postulada na fase processo, seja ela de caráter detentivo, ou não, muito embora o mais adequado era que essa capacidade postulatória fosse assegurada, igualmente, em relação à de caráter preparatório.

Agora, com a redação emprestada pela Lei nº 13.964, de 2019, restou consolidado o sistema acusatório quanto às medidas cautelares de ordem pessoal, não sendo mais permitido ao juiz decretar a prisão ou medida cautelar diversa de ofício, ainda que na fase processual, pois, consoante a redação atual do § 2º do art. 282 do CPP, “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou media requerimento do Ministério Público”. Note-se que não se faz distinção em relação à espécie de medida cautelar, se detentiva ou diversa da prisão. A questão a saber é se, tendo o Ministério Público pedido a medida cautelar detentiva, o juiz pode decretar a prisão preventiva ou mesmo a temporária. As leituras do art. 311 do CPP e do art. 2º, caput, da Lei nº 7.960, de 1989, levam à conclusão de que é defeso ao juiz ir além, conforme o caso, da representação ou requerimento do

²³⁵⁹ A decretação da prisão está dentre as hipóteses, expressas na lei, que autoriza o juiz, no caso de risco a sua integridade física, determinar a instauração de colegiado para que seja proferida a decisão (art. 1º, § 1º, primeira parte, da Lei nº 12.694, de 2012).

²³⁶⁰ Os princípios e regras gerais estão nos incisos e §§ do art. 282 do CPP, aplicáveis a todas as espécies de medidas cautelares, até mesmo aquelas que não estão contempladas no Código, como é o caso da prisão temporária e das outras medidas cautelares alternativas, previstas na Lei nº 11.340, de 2006.

Cf. item 9.1.2, supra.

Ministério Público, pois essa medida extrema e excepcional requer provocação específica, não sendo razoável, no cenário de um sistema acusatório, que ao magistrado seja conferida iniciativa desse jaez.

Pena que o legislador não aproveitou a oportunidade para corrigir o senão de não prever a possibilidade de ofendido, compreendido na expressão *partes*, poder solicitar medida cautelar na fase da investigação. Pelo menos essa é a interpretação literal da norma. Note-se que, especialmente quando se trata de agressão de gênero, a vítima sofre ameaça para não comunicar os fatos à autoridade policial. Quando a pessoa supera a barreira do medo, assim procede por acreditar que o agressor será contido, sem pode se aproximar. Negar-lhe o direito de solicitar qualquer tipo de medida protetiva que, em alguns casos, pode ser até mesmo a prisão preventiva, é o mesmo que deixá-la sem voz, quando a autoridade policial ou o Ministério Público não tomam essa iniciativa²³⁶¹.

(c) *Princípio do contraditório* (art. 282, § 3º, do CPP). Como já foi salientado, o devido processo legal tem características e conteúdo próprios, em compasso com a modalidade de provimento jurisdicional que se requer, daí por que, pode-se dizer, não há um processo legal único e inflexível, pois depende do tipo de tutela que se pretende prestada²³⁶². A ampla defesa e o contraditório em determinados procedimentos, especialmente nas tutelas de urgência, via de regra, só são desenvolvidos em plenitude após a decisão, sob pena de frustrada a medida requerida. De qualquer sorte, em muitos casos, mesmo em se tratando de processo criminal, há várias medidas cautelares nas quais a prévia oitiva da parte contrária não gera, sequer, perigo quanto à sua eficácia. Por isso mesmo, na primeira edição deste livro já tínhamos sublinhado que, caso a providência querida seja daquelas em que o prévio conhecimento do agente possa tornar ineficaz a medida solicitada, o juiz deve, ao analisar o pedido, independentemente da oitiva do interessado, proferir a decisão. A contrário senso, não tendo a prévia oitiva da parte contrária o condão de tornar ineficaz a medida pleiteada, o contraditório há de ser anterior à decisão sobre a tutela de urgência.

Dissipando dúvida a esse respeito, o § 3º do art. 282 do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, deixou preceituado que “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”. Acontece que o legislador tinha se descuidado de estabelecer o prazo para a manifestação da defesa, ademais de não ter sido incisivo quanto a evidenciar tratar-se de uma excepcionalidade a apreciação de medida de urgência sem a prévia oitiva da parte contrária. No desiderato de equacionar essas questões, a Lei nº 13.964, de 2019, conferiu nova redação para o dispositivo, a fim de estabelecer que o prazo é de 5 (cinco) dias, ao tempo em que gizou os elementos que devem estar contidos na decisão que justifica a ausência do prévio contraditório, dispondo que “... os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional”.

(d) *Princípio da fungibilidade* (art. 282, §§ 4º e 5º, do CPP). A fungibilidade é ínsita a toda e qualquer medida cautelar em razão de sua característica de excepcionalidade, pois só pode ter lugar se e quando demonstrada a necessidade de sua imposição como forma de tutelar o processo principal ou de evitar a prática de crimes. Assim, ademais da manutenção do art. 316 do CPP (“O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”), diante das novas medidas cautelares inseridas no sistema, o legislador da Lei nº 12.403, de 2011, achou por bem deixar consignado, no art. 282, § 4º, do CPP, a fim de permitir que o juiz, sendo o caso, ainda que de ofício, pudesse substituir a medida cautelar diversa da prisão pela prisão preventiva (“No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)”). Mais adiante, no § 5º, reafirmou o princípio da fungibilidade para toda e qualquer das espécies de medidas cautelares, repetindo, com outras palavras, a dicção normativa do dispositivo em foco, assim dispondo: “O juiz

²³⁶¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 468.

²³⁶² Cf. item 9.1.2, supra.

poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”²³⁶³.

Mas a Lei nº 13.964, de 2019, se ocupou de alterar as redações dos 3 (três) dispositivos mencionados acima. Comparando os dispositivos, ao que parece a intenção do legislador foi a de deixar claro que, sem embargo da sedimentação do sistema acusatório quanto às medidas cautelares, ao juiz é outorgada a possibilidade de agir de ofício, sempre que for para revogar ou substituir a medida cautelar. Com efeito, a nova redação do § 5º acentuou que “O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la”.

No entanto, ainda em obséquio ao princípio acusatório, antes o legislador tratou de ressaltar, mais precisamente no § 4º, que “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código”. Há uma aparente contradição entre as dicções normativas dos §§ 4º e 5º. Tudo fica ainda mais confuso porque o legislador, no § 4º, fala no caso de descumprimento de *qualquer das obrigações impostas*, enquanto no § 5º se refere à revogação de *medida cautelar*. Em um e em outro caso, *qualquer das obrigações impostas* quer dizer a mesma coisa do que *medida cautelar*? Tudo leva a crer que sim, até porque o art. 282 está tratando das medidas cautelares pessoais, detentivas e diversas da prisão.

A leitura dos dois parágrafos permite as seguintes conclusões. Quanto ao § 4º: (a) a alteração foi feita para deixar claro que, nesse caso, o juiz não pode decidir de ofício, sendo necessária prévia provocação; (b) se refere a caso de descumprimento das obrigações impostas; (c) cuida de hipóteses de substituição, imposição de outra medida em cumulação e, até mesmo, decretação da prisão preventiva. Já em relação ao § 5º: (a) a alteração foi feita para deixar claro que, nesse caso, o juiz pode decidir de ofício; (b) se refere a caso de falta de fundamento para a manutenção da medida cautelar; (c) cuida de hipótese de revogação, substituição ou redcretação de medida cautelar, não fazendo menção à decretação de prisão preventiva.

A conclusão que se pode ter é de que o juiz não poderá, em razão do descumprimento de uma medida cautelar ou qualquer obrigação imposta, decretar a prisão preventiva de ofício. Não ficou muito claro, porém, se o juiz pode, de ofício, substituir uma medida diversa pela prisão preventiva ou temporária. A tendência é entender que isso não é possível, seja porque no § 5º não se fala em prisão, seja em razão de não ser permitido, tanto na prisão preventiva (art. 311 do CPP) quanto na temporária (art. 2º, caput, da Lei nº 7.960, de 1989), o juiz impor a medida de ofício, sem prévia provocação.

(e) *Princípio da excepcionalidade das medidas cautelares*. Toda e qualquer medida cautelar criminal, detentiva ou não, impõe restrições ao direito de liberdade, razão pela qual se trata de medida excepcional, cabível apenas quando for de extrema necessidade. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Celso de Mello²³⁶⁴, ao evidenciar a natureza cautelar da prisão preventiva, o que a diferencia, ontologicamente, da prisão penal (*carcer ad poenam*), cujo escopo é servir de instrumento em benefício da atividade desenvolvida no processo penal, salientou que essa medida é marcada pela nota da excepcionalidade.

A doutrina e a jurisprudência²³⁶⁵ firmadas sobre o caráter de excepcionalidade da medida cautelar detentiva se aplica, em sua essência, às cautelares diversas da prisão introduzidas em nosso sistema processual penal, uma vez que, em toda espécie de medida cautelar, até mesmo no caso de fiança, malgrado o direito de liberdade não seja suprimido com a prisão, sofre restrições quanto ao seu exercício, o que é mais do que evidenciado nos casos em que se impõe ao agente a proibição de

²³⁶³ Não se aplica há a prisão temporária, pois, sendo esta medida cabível, apenas, na fase do inquérito e, de regra, pelo prazo de cinco dias, prorrogável, excepcionalmente, por igual prazo, não parece razoável admitir-se a sua revogação e, posteriormente, a redcretação.

²³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A PRISÃO PREVENTIVA — ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR — NÃO TEM POR OBJETO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU, Classe: HC — Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 ago. 2011.

²³⁶⁵ RTJ 137/287, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; HC 80.064-SP, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; RHC 71.954-PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; RHC 79.200-BA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Informativo do STF 221/001, p. 9, Rel. Min. CELSO DE MELLO; HC 80.379-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

acesso ou de frequência a determinados lugares ou o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga. A esse respeito, PIERPAOLO BOTTINI, ao escrever sobre a matéria quando o projeto de lei ainda não havia sido transformado em lei, advertia que as medidas cautelares de ordem pessoal são gizadas em lei, salientou que “... a inexistência dessas hipóteses impede a decretação de qualquer medida (desde a prisão até a mais simples e menos ostensiva)”²³⁶⁶.

(f) *Princípio da subsidiariedade da prisão processual (art. 282, § 6º, e art. 310, II, ambos do CPP)*. No sistema criminal brasileiro a regra era a prisão como resultado, seja como medida cautelar, seja como solução final. A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, ensaiou a modificação do panorama, mas a efetiva modificação do cenário nacional veio com a Lei nº 9.714, de 1998, que, além de manter a permissão da substituição, independentemente do tempo fixado, da pena privativa de liberdade nos crimes culposos, possibilitou essa solução para os crimes dolosos, quando a pena aplicada não for superior a quatro anos, o que aumentou, significativamente, as hipóteses de aplicação das penas alternativas. Em consequência, a prisão, mesmo quando aplicada na qualidade de pena, passou a ser subsidiária, ou seja, deve ser substituída pela pena alternativa, quando essa solução, nos termos dos incisos do art. 44 do Código Penal, for permitida.

De toda sorte, a mesma política legislativa não havia sido adotada para o processo penal, que ainda tinha a prisão como a única medida cautelar de ordem pessoal prevista para tutelar o processo principal ou escoimar o grave risco de que o acusado, permanecendo solto, pudesse continuar a praticar crimes.

Esse paradoxo inaceitável só veio a ser remediado quase 13 (treze) anos depois, ou seja, com a promulgação da Lei nº 12.403, de 2011, na qual o legislador, a par de conceber as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, deixou expresso que estas têm prevalência, se e quando forem *adequadas e suficientes* para o caso. Com efeito, no art. 282, § 6º, está ressaltado que “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”, enquanto no art. 310, inciso II, do CPP, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, conquanto esteja presente um dos fundamentos do art. 312 do CPP, o juiz não deverá proceder à conversão em prisão preventiva, se e quando as medidas cautelares diversas se revelarem *adequadas e suficientes* para o caso. O legislador da Lei nº 13.964, de 2019, cuidou de aprimorar o § 6º, ao impor ao juiz, quando não for o caso de aplicar medida diversa da prisão, o dever de justificar “... de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

Cabe aqui repetir o que já tivemos a oportunidade de dizer. Note-se a mudança de paradigma no sistema criminal brasileiro. A prisão como pena, praticamente até então a única sanção prevista, a partir de 1988, passou a ser a exceção, na medida em que deve ser substituída, sempre que possível, por uma ou mais restritivas de direito. No mesmo passo, a prisão processual, que era a única espécie de cautelar contemplada para tutelar o processo principal ou evitar o risco efetivo de que a pessoa continuasse a praticar crimes, a partir da edição da Lei nº 12.403, de 2011, com a criação das cautelares não detentivas, passou a ser medida subsidiária, porquanto, quando *adequado e suficiente*, deve ser substituída por outra ou outras que não importem no recolhimento da pessoa a estabelecimento penal.

9.6.5.C – Requisitos ou pressupostos (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*), fundamentos (*periculum libertatis*) e critérios para a definição da medida cautelar adequada.

Tratando-se de medida cautelar, a doutrina, acompanhada de perto pela jurisprudência, cuidou de especificar os requisitos/pressupostos e os fundamentos para a imposição da prisão processual. Os requisitos ou pressupostos representam o *fumus boni iuris* ou o *fumus commissi delicti*, enquanto os fundamentos *periculum libertatis* ou o *periculum in mora*. Essa construção teórica e jurisprudencial se operou com suporte no referencial normativo emanado do art. 312 do Código de Processo Penal, o qual, ao dispor sobre a prisão preventiva, em sua primeira parte, estabelece os fundamentos, enquanto, na segunda, os requisitos.

Diante das inovações introduzidas pela Lei nº 12.403, de 2011, foi necessário, igualmente, estabelecer os requisitos e fundamentos para a decretação das medidas cautelares diversas da prisão.

²³⁶⁶ BOTTINI; Pierpaolo. Medidas cautelares. In: *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 457.

Isso porque, para todos os efeitos, em nosso sistema, a disciplina referente aos requisitos (pressupostos) e aos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, até então a única medida cautelar pessoal prevista, já constava do art. 312 do CPP.

Em tese, o legislador poderia ter estabelecido requisitos e fundamentos diferentes, conforme fosse a espécie de medida cautelar, detentiva ou diversa da prisão. Ademais, além de estabelecer os requisitos e fundamentos para a imposição das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, havia a necessidade, ainda, de o legislador estabelecer *critérios* a serem observados quanto à *definição ou escolha* da espécie de medida cautelar a ser aplicada, se detentiva, ou não, e, ainda, sendo diversa da prisão, quais delas.

No regime anterior, como só havia uma espécie, que era a prisão, bastavam as regras postas no ordenamento jurídico por meio do art. 312 do CPP, que deveriam ser observadas para a sua imposição. Havendo outras medidas cautelares diversas da prisão, imperioso que fossem preceituadas regras pertinentes para a escolha de qual, das medidas previstas, seria a mais *adequada e suficiente* para o caso concreto.

O legislador da Reforma Tópica cumpriu, em parte, essa missão, por meio da redação emprestada ao art. 282, caput e incisos I e II. Diz-se em parte porque esse dispositivo, que preceitua regras gerais aplicáveis a toda e qualquer espécie de medida cautelar pessoal, seja ela detentiva ou não, tratou, apenas, dos *fundamentos* e dos *critérios* para a definição de qual é a cautelar que deve ser escolhida no caso concreto, descuidando, de toda sorte, de mencionar os requisitos ou pressupostos.

Ademais, além de o legislador da Reforma Tópica não ter se ocupado em estabelecer uma regra geral quanto aos requisitos para a aplicação de toda e qualquer medida cautelar pessoal, nada disse a respeito ao tratar das medidas cautelares diversas da prisão. Cabe indagar, portanto: Essa omissão normativa leva à conclusão de que, em relação às medidas cautelares diversas, ao contrário da prisão preventiva e da temporária, não há requisitos ou pressupostos, mas, tão só, fundamentos quanto à necessidade e os critérios para a adequação?

Como será exposto a seguir, a resposta afirmativa não parece ser a melhor solução, sem embargo de não ser coerente. Ora, conclusão nesse sentido seria o mesmo que admitir, em relação às medidas cautelares diversas da prisão, a sua imposição sem reclamar a presença da verossimilhança da pretensão acusatória, o chamado *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*, o que descaracterizaria a sua natureza acautelatória.

A pesar dessa omissão quanto aos requisitos, acertadamente, o legislador preferiu estabelecer, para toda e qualquer espécie de medida cautelar pessoal, *fundamentos* idênticos, uns pertinentes para a demonstração da necessidade de sua imposição (inciso I do art. 282 do CPP), enquanto outros para guiar o intérprete na escolha de qual das medidas cautelares pessoais previstas é a *adequada e suficiente* para o caso em análise (inciso II do art. 282 do CPP).

Assim, os incisos I e II do art. 282 do CPP, conforme as alterações promovidas pela Lei nº 12.403, de 2011, assumem fundamental importância no sistema adotado em relação às medidas cautelares de ordem pessoal, que precisam ser bem compreendidos, a fim de evitar conclusões precipitadas ou incorretas. A razão de ser de um e de outro inciso não pode ser confundida.

Para bem delimitar essa questão, cabe, aqui, reproduzir o texto normativo:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I — *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II — *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Como se observa, o art. 282, inciso I, do CPP, estabelece os fundamentos que, *em princípio*, autorizam a decretação de toda e qualquer medida cautelar pessoal, seja ela a prisão ou a medida diversa. A expressão *em princípio*, aqui empregada, é em razão das considerações quanto aos fundamentos para a decretação da *prisão temporária*, pois, quanto a essa medida, em relação aos fundamentos, só é aplicável o referente à necessidade para a instrução criminal.

Assim, o inciso I do art. 282 do CPP dispõe sobre os *fundamentos quanto à necessidade*.

De outra banda, no inciso II do art. 282 do CPP, constam os *critérios* para a escolha do tipo de medida cautelar, dentre as previstas: se de prisão ou não e, caso seja, qual ou quais medidas

diversas deve ser a aplicada.

Esses são os *critérios quanto à adequação*.

Avançando sobre o tema, pensamos que esses critérios estampados no art. 282, II, do CPP devem orientar o exegeta, até mesmo, para escolher entre as prisões *temporária e preventiva*.

Cabe repetir, de antemão, que os critérios normativos em relação aos requisitos, aos fundamentos e aos critérios para a definição quanto à cautelar pessoal são idênticos, sendo irrelevante se são medidas de caráter detentivo ou diversas da prisão.

Por isso mesmo, em rigor, toda a doutrina e jurisprudência criada em torno da prisão processual, referente aos seus requisitos e aos fundamentos, são aplicáveis às novas medidas cautelares diversas da prisão, que vieram a lume por obra da Lei nº 12.403, de 2011 e mesmo em relação às que estão previstas em leis esparsas, a exemplo da Lei Maria da Penha.

9.6.5.C.1– Requisitos ou pressupostos (*fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*) para a decretação de medida cautelar pessoal.

Conforme dito acima, a doutrina em geral faz a distinção entre os requisitos ou pressupostos e os fundamentos para a aplicação de medida cautelar. Ao tempo em que só existia, na qualidade de medida cautelar de ordem pessoal, a prisão preventiva, os requisitos ou pressupostos eram tidos como o *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da procedência da pretensão acusatória, enquanto os fundamentos representavam o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*. Essa inteligência foi construída em consonância com a leitura do caput art. 312 do Código de Processo Penal, o qual, a par de contemplar, em sua primeira parte, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, na segunda e última, cuida dos requisitos para a imposição dessa medida.

Com efeito, consoante prescreve o art. 312, caput, do CPP, ainda que existente um dos fundamentos para a prisão preventiva (necessidade da garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), a medida cautelar só pode ser decretada “... quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria...”, ou seja, a presença do *corpus delicti* e da probabilidade de autoria. Há uma clara atecnia de ordem legislativa, porquanto o texto, na primeira parte, trata dos fundamentos para, na segunda, dos requisitos, quando a ordem, naturalmente, deveria ser ao contrário.

Por conseguinte, a demonstração de que há *prova* da existência do crime e *indício suficiente* de autoria – ou participação, acrescente-se – precede aos argumentos quanto à existência, ou não, de um dos fundamentos quanto à necessidade para a decretação da prisão preventiva.

No ponto, a lei é cogente ao exigir *prova da existência do crime*, não sendo suficiente, quanto a esse aspecto, a mera *suspeita*, mas a prova em si da materialidade delitiva²³⁶⁷. Para FREDERICO MARQUES, existe a prova da existência do crime apenas quando resta demonstrada a prática de fato típico na integralidade de seus elementos, o que compreende, ainda, análise quanto à antijuridicidade²³⁶⁸.

Nada obstante no que diz respeito à existência do crime a lei imponha a *prova plena*, o mesmo não ocorre em relação à autoria ou participação. Quanto à autoria ou participação, para fins de decretação da prisão preventiva, reclama-se, apenas, a existência de *indício suficiente*. CARNELUTTI²³⁶⁹, abordando essa exigência que consta do sistema italiano, anota que *indício suficiente*, para fins de autorização de uma prisão processual, possui *grau superior* em relação àquele que é bastante para possibilitar o indiciamento na investigação ou a imputação na peça acusatória. Em outras palavras, não se quer com isso dizer que a expressão *indício suficiente* infirme a ideia de que se trata de *prova levior*, mas, sim, que esse requisito não se contenta com a *simples possibilidade de autoria* ou participação, pois reclama evidências de que o indiciado ou acusado é o *provável* autor do crime. I. e., não é a mera *possibilidade*, porém a *probabilidade concreta*²³⁷⁰.

2367 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 472.

2368 *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV, p. 60.

2369 *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 180.

²³⁷⁰ Nesse sentido, Romeu Pires de Campos Barros diz que, “Na verdade a expressão ‘indícios suficientes’ significa probabilidade certa de autoria e não simples possibilidade. Aliás, a expressão suficiente é usada no Código com o mesmo

Lembrar aqui o que já salientado a respeito. *Indício suficiente* é o indício qualificado necessário para a flexibilização do princípio da *presunção de inocência*. Note-se que, ao ser indiciado ou acusado, ocorre concretamente apenas a flexibilização da cláusula que torna inviolável a honra e a imagem. Entretanto, a prisão processual vai além para atingir, concretamente, o direito de liberdade. Isso sem falar que a prisão de alguém é acontecimento que, não raro, torna irreversível o dano ao conceito que a pessoa goza perante a sociedade. Quando esse fato é divulgado nos meios de comunicação, então, o prejuízo se propaga de modo acentuado.

Não parece haver dúvidas de que, a despeito da omissão do legislador da Reforma Tópica, essa doutrina sobre os requisitos ou pressupostos necessários para a prisão preventiva, que constam da segunda parte do caput do art. 312, são aplicáveis, em sua inteireza, às medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

Não seria razoável admitir-se a imposição de restrições ao direito de liberdade da pessoa, mesmo que não importem o recolhimento à prisão, sem que haja a prova da existência do crime e indício suficiente quanto à autoria ou participação. Até porque, em caso contrário, seria admissível a imposição de medida cautelar sem a exigência da demonstração de que há a fumaça do bom direito quanto à própria pretensão acusatória. Como se disse, ainda que a prova da existência do crime seja requisito, igualmente, reclamado para a propositura da ação penal, os *indícios suficientes*, reclamados para autorizar medida cautelar, são um *plus* em relação aos *indícios* que bastam para a imputação como o indiciamento ou o ajuizamento da ação criminal.

Sobre a matéria em foco, acrescente-se que, quando da criação da prisão temporária pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a discussão em torno de sua constitucionalidade tinha como foco a falta de característica inerente às medidas cautelares, pois não teriam sido elencados como requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*. Porém, a doutrina e a jurisprudência fixaram o entendimento de que, assim como ocorre em relação à prisão preventiva, também para a decretação de prisão temporária, além dos fundamentos, é preciso que estejam presentes os requisitos. De fato, enquanto em relação à prisão preventiva o legislador utilizou as expressões *certeza da materialidade* e *indício suficiente de autoria*, na Lei nº 7.960, de 1989, ficou preceituado que essa medida é admissível quando houver *fundadas razões de autoria ou participação* nos crimes especificados nas alíneas do inciso III do seu art. 1º (homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico ilícito de drogas e crime contra o sistema financeiro).

Dessa forma, para fins de prisão temporária, não basta, apenas, a prova da materialidade de um daqueles crimes mencionadas na Lei nº 7.960, de 1989, pois, além desse *fumus boni iuris* ou o *fumus commissi delicti*, o Diploma Normativo em foco exige, igualmente, prova que permita a conclusão quanto à existência de *fundadas razões de autoria ou participação* do agente no fato em apuração. Note-se que *fundadas razões* é o mesmo que *indício suficiente de autoria*, contemplado na parte final do art. 312 do CPP, não havendo, entre um e outro, maior ou menor grau de certeza. Aliás, no léxico, o que é que se apresenta mais consistente *indício suficiente de autoria* ou *fundadas razões*? *Fundadas razões* não pode ser tido como algo menos denso do que *indício suficiente de autoria*.

Dessa maneira, tanto para a decretação da prisão temporária quanto para a preventiva, e mesmo para medida de ordem pessoal diversa da prisão, não se pode determinar a medida cautelar contra um *mero suspeito, indiciado ou acusado*, sendo de mister a existência do sumário de culpa, que consiste na reunião de elementos probatórios concernentes em *fundadas razões de autoria ou participação* no crime ou *indício suficiente de autoria ou participação*.

Essa é a inteligência que sobressai da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²³⁷¹, conforme se observa da leitura da ementa adiante:

CRIMINAL. RHC. ROUBO. PERSEGUIÇÃO DE AUTORIDADES PÚBLICAS

sentido de veemente, que é mais tradicional, e era usada no Código Criminal do Império e pela maioria dos processualistas reinícolas, tais como Paula Pessoa e outros” (*Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1982, p. 194).

2371 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro GILSON DIPP, Classe: RHC — Processo: 17075, UF: PR, Quinta Turma, Data da decisão: 03/03/2005. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 13 jul. 2005.

LOCAIS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES NOS DELITOS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INDÍCIOS DE AUTORIA. PACIENTES EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA AS INVESTIGAÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (...) A determinação de prisão temporária deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade, atendendo-se os termos descritos na lei. Evidenciada a presença de indícios de autoria dos pacientes no delito de roubo, para o qual é permitida a decretação da custódia provisória (art. 1º, inciso III, alínea “c”, da Lei n.º 7.960/89), bem como o fato de os pacientes encontrarem-se em lugar incerto e não sabido, necessária se torna a decretação da prisão temporária, tendo em vista a dificuldade de investigação e conclusão do inquérito quando ausentes os indiciados. Precedentes. (...).

Com essas assertivas, não procede a observação feita por FABBRINI MIRABETE²³⁷² de que, nesse ponto (inciso I do art. 1º da Lei nº 7.960/89), a lei é draconiana, na medida em que, diferentemente do que está exposto no inciso II, possibilita a prisão até mesmo de qualquer pessoa, a exemplo de uma mera testemunha. Ora, como demonstrado, para a decretação da prisão temporária mister se faz a satisfação de seus requisitos, que repousam na *prova da materialidade do fato criminoso* e em *fundadas razões da autoria ou participação* no crime. Assim, resta claro que a prisão temporária não pode, em nenhuma hipótese, recair sobre quem não se tenha elementos probatórios, mesmo indiciários, quanto à autoria ou participação no crime, ficando afastada, assim, a menor possibilidade de que esse tipo de medida cautelar tenha como destinatária qualquer pessoa, dentre elas, até mesmo, a testemunha.

Exatamente por isso não se aceita a tese de que a prisão temporária pode ser utilizada como medida preparatória da prisão preventiva, prestando-se o encarceramento, nesse caso, para permitir a reunião de provas suficientes contra o agente. Ademais de ser necessária a presença de requisitos quanto à materialidade e à autoria ou participação a fim de permitir-se medida drástica como a prisão cautelar, seria admitir uma espécie de prisão limitada no tempo para viabilizar, depois, o pedido de outra mais elástica, a preventiva. Em outras palavras, não se pode *prender para investigar; investiga-se para poder prender*. Ou melhor: a prisão temporária não pode ser utilizada como *trampolim* para o posterior pedido de prisão preventiva.

Observe-se que a Lei nº 13.964, de 2019, acrescentou uma terceira parte no caput do art. 312 do CPP, exigindo que conste da decisão o que aparentemente seria mais um *requisito*, qual seja, a *indício de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado*. Acontece que o *periculum libertatis*, como pontuado acima e será aprofundado no tópico a seguinte, diz respeito aos fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

Em resumo ao que aqui foi tratado, quer se cuide de medida prisional (prisão preventiva ou temporária) ou medida diversa da prisão, para a decretação de cautelar pessoal na seara criminal necessário que estejam preenchidos os requisitos, quais sejam, prova da existência do crime e *indício suficiente ou fundadas razões da autoria ou participação*, sendo que, no caso de prisão temporária, o crime tem de ser um daqueles previstos na Lei nº 7.960, de 1989.

9.5.9.C.2 – Fundamentos (*periculum libertatis*) quanto à necessidade da decretação de medida cautelar pessoal.

Conforme o art. 282, inciso I, do CPP, em qualquer hipótese, o juiz terá de determinar a medida cautelar pessoal em decisão fundamentada, tendo em consideração a: (a) necessidade para a aplicação da lei penal; (b) necessidade para a investigação ou instrução criminal; e (c) necessidade para evitar a prática de infrações penais. Tem-se, assim, que, nesse passo, o legislador seguiu a orientação exposta no art. 312 do CPP, quanto a conceber as medidas cautelares como (1) *garantia de eficácia*; (2) *meio de instrução*; e (3) *medida de segurança*.

²³⁷² *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 202, p. 393.

Com a redação conferida ao art. 282, inciso, I, do CPP, o legislador, estreme de dúvidas, pretendeu reproduzir o que dispõe o art. 312 do CPP quanto aos fundamentos para a prisão preventiva, cuja redação, na parte que interessa, é a seguinte: “A prisão preventiva poderá ser decretada como *garantia da ordem pública ou da ordem econômica*, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal ...” Como se vê, a prisão preventiva, uma das medidas cautelares de ordem pessoal, nos termos do art. 312 do CPP, pode ser fundamentada: (a) na necessidade de garantia da ordem pública ou da ordem econômica; (b) na necessidade para a instrução criminal; (c) na necessidade para a aplicação da lei penal.

Quanto aos dois últimos fundamentos, acima mencionados, percebe-se que o legislador da Reforma Tópica teve o cuidado de manter a mesma redação. Mas, note-se que, em relação a um deles, não se observou a mesma inteligência. Isso porque, enquanto no art. 282, I, do CPP, colocou-se como um dos fundamentos para a decretação da medida cautelar a sua necessidade como forma de *evitar a prática de infrações penais*, o art. 312 continua a prever, como um dos fundamentos para a prisão preventiva, a necessidade de *garantia da ordem pública ou da ordem econômica*.

Teria o legislador esquecido de promover a devida alteração no art. 312 do CPP, a fim de adequá-lo à terminologia do art. 282, I? Os anais do processo legislativo revelam o que, de fato, ocorreu. Primeiro, lembre-se que há muito existe acirrado debate quanto às hipóteses de decretação de medida cautelar detentiva. A bem da verdade, tendo em consideração os mais diversos argumentos, dentre os quais merecem destaque a vulneração do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade e a real possibilidade de poder, sempre e sempre, ocorrer injustiça, com o encarceramento de um inocente, a discussão sobre a própria legitimidade da prisão preventiva já ocupou espaço considerável da doutrina. De toda maneira, malgrado a prisão preventiva seja considerada, em si mesma, um mal, esse é um *mal necessário*, daí por que, na sua utilização, deve-se ter a máxima prudência, a fim de que seja usada, apenas, nos casos restritos gizados em lei, quando demonstrada a sua absoluta necessidade e efetiva natureza cautelar do processo principal.

No nosso meio, sempre houve discordância quanto ao acerto da inclusão da *ordem pública ou econômica* como fundamento para a decretação da prisão preventiva, não apenas em razão de tratarem-se de expressões sobremaneira polissêmicas, a permitirem elástica interpretação, como, igualmente, devido à circunstância de, nesse caso, a medida não possuir efetivo caráter tutelar do processo principal, por se apresentar como uma genuína *medida de segurança*, cujo escopo é assegurar a própria *ordem pública*.

Porém, sem maior esforço, pode-se defender que não se tem por desvirtuada a finalidade de tutelar o processo quando decretada a prisão preventiva com base na necessidade de manutenção da ordem pública ou econômica, pois a medida serve para coibir prováveis danos que a liberdade do indiciado ou acusado pode ocasionar, que é a razão de um processo criminal focado na ressocialização, que não se preocupa em punir o acusado ou o seu passado, mas, desde o início, em conferir o tratamento adequado ao caso concreto, a fim de que a sociedade não fique à mercê de novas agressões, apenas diante da circunstância de a questão não ter sido definitivamente julgada.

Seja como for, a Comissão da Reforma Tópica, procurando atender a crítica da doutrina, a par da redação conferida para o art. 282, inciso I, sugeriu, por coerência sistêmica, a alteração, igualmente, do art. 312, a fim de excluir, como fundamento para a decretação da prisão preventiva, a *manutenção da ordem pública ou econômica*. Em seu lugar, fez a previsão da possibilidade de decretação da prisão como medida para evitar a prática de novas infrações relativas ao *crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa*²³⁷³. Isto é, a prisão preventiva aplicada no desiderato de evitar a prática de novas infrações, consoante a proposta, só seria permitida em relação *aos casos expressamente previstos na lei*²³⁷⁴.

²³⁷³ A proposta para o art. 312 era a seguinte: “A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)”.

²³⁷⁴ Muito provavelmente, a Comissão de Reforma se inspirou no Código de Processo Penal italiano, que, no art. 274, coma 1, c, preceitua: “quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'imputato, vi è il concreto

Porém, conquanto o Parlamento tenha aceito, sem restrições, a proposta relativa ao art. 282, I, o mesmo não se verificou quanto à sugestão para o art. 312, que restou desaprovada, sendo, em consequência, mantida a mesma redação²³⁷⁵. No ponto, o deputado federal LUIZ FLEURY argumentou, como justificção para a rejeição da proposta, que “A parte final do art. 312, além de omitir o tráfico, não substitui convenientemente o que foi suprimido, bastando imaginar que o autor de um crime extremamente grave, desde que não demonstre intenção de reincidir, não mais poderá ser preso, sendo irrelevante a intranquilidade que sua conduta tenha gerado na comunidade”.

Apenas com essa explicação é que se compreende o que o legislador quis dizer, na parte final do inciso I do art. 282 do CPP, ao preceituar “... e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. Essa expressão *nos casos expressamente previstos* tinha relação direta com a redação proposta para o art. 312 do CPP, que cuidava de elencar na categoria de *casos* nos quais seria admissível a decretação da prisão preventiva para evitar a prática de crimes, as infrações relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Pois bem, rejeitada a redação proposta para o art. 312 do CPP, para manter a coerência sistêmica, no mínimo, deveriam ter sido providenciados os ajustes necessários pelo menos para fins de exclusão do texto do inciso I do art. 282, I, da expressão *nos casos expressamente previstos*. E melhor ainda teria sido se, no desiderato de uniformizar as nomenclaturas dos arts. 282, I, e 312, caput, ambos do CPP, no primeiro tivesse sido feita a substituição da expressão *evitar a prática de infrações* por *manutenção da ordem pública ou ordem econômica*.

Sem embargo dessas considerações, fica patente que a intenção do legislador, ao preferir, na redação do art. 282, I, utilizar a expressão *evitar a prática de infrações*, em substituição às palavras *ordem pública ou ordem econômica*, foi para deixar positivado na lei a orientação de parte significativa da doutrina, acompanhada de perto pela jurisprudência, de que a prisão preventiva decretada como *medida de segurança* só é cabível para evitar que o acusado, solto, permaneça na sua atividade delitiva.

Com isso se quer dizer que a coexistência harmônica dos arts. 282, I, e 312, ambos do CPP, aceita como única interpretação razoável a assertiva de que a autorização para o juiz decretar a prisão preventiva, sob o fundamento da necessidade de garantia da ordem pública ou econômica restringe-se à circunstância em que a medida se justifica para evitar a prática de novas infrações.

Quanto à prisão temporária, note-se que os fundamentos são específicos e estão nos incisos I e II do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989. Assim, cumpridos os requisitos, consubstanciados na prova da existência de um dos crimes indicados no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, somada às fundadas razões de autoria ou participação, é preciso que seja demonstrada a necessidade de sua decretação, pois, de conformidade com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é suficiente para a decretação da prisão temporária a circunstância de o crime em apuração ser um dos mencionados pela lei em referência. Desse modo, além da satisfação do inciso III do art. 1º da Lei em foco, o caso tem de se subsumir ou na hipótese do inciso I (ser imprescindível para as investigações do inquérito policial) ou do inciso II (o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade).

A bem da verdade, a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, exigência estampada no inciso I, é fundamento para a prisão temporária que abrange a hipótese do inciso II (não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade), ambos da Lei em exame. Isso porque a circunstância em si de o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade não é suficiente ou fundamento para a decretação de medida cautelar, de modo que, em se tratando de prisão temporária, sempre e sempre, haverá de ser adicionado o discurso de que a medida se mostra necessária, para viabilizar a investigação policial.

Ora, sendo a prisão temporária medida acautelatória a ser adotada ainda na fase pré-

pericolo che questi commetta gravi delitti com uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui se procede (“quando, por específica modalidade e circunstância do fato e da personalidade do imputado, exista o perigo concreto que este cometa grave delito com uso de arma ou outros meios violentos contra a pessoa, ou contra a ordem constitucional ou crimes de organização criminosa ou da mesma espécie daquele pelo qual está sendo processado.” (Tradução livre do autor).

²³⁷⁵ Exposição de Motivos 22 — Mj, Diário da Câmara dos Deputados, 30.03.2001, p. 9542.

processual, tem-se que, para ser decretada, há necessidade de que seja imprescindível para as investigações do inquérito policial. Se ela não for necessária, não há por que se limitar o direito de liberdade da pessoa. Ademais, o fato de uma pessoa não ter residência fixa ou de não apresentar os seus dados de identificação somente justifica o decreto prisional caso a medida se mostre indispensável para a instrução do inquérito policial. Nesse ponto, adverte EUGÊNIO PACELLI²³⁷⁶ que, em se tratando de prisão temporária, “... devem estar presentes necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação, quanto aquela do III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I”.

Até porque a *dúvida sobre a identidade civil* não é, propriamente, fundamento para a decretação de medida cautelar. Essa circunstância nunca foi tratada como fundamento para a decretação da prisão preventiva, razão pela qual o legislador da Reforma Tópica, com acurado acerto, elencou essa hipótese apenas como exceção à regra que exige, para a decretação da prisão preventiva, que a hipótese se trata de crime seja doloso e a pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

Por conseguinte, uma conclusão se impõe: os fundamentos do art. 282, I, do CPP, são comuns às prisões preventiva e temporária e às medidas cautelares diversas da prisão. Nem se pense que a redação art. 321 anima pensamento em contrário. Esse texto normativo, com a redação determinada pela Lei nº 12.403, de 2011, ao admitir que, “Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 219 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”, está se referindo a hipótese de prévia prisão (em flagrante ou por ordem judicial). Por *ausência de requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva*, referida pelo legislador, entenda-se a situação em que a pena do crime não seja superior a 4 (quatro) anos, ou, então, na qual uma medida cautelar diversa da prisão se mostra adequada e suficiente, nos termos dos arts. 282, § 6º, e 310, II, do Código de Processo Penal.

Quanto à prisão temporária, devido à regra plasmada no art. 1º, alínea *a*, da Lei nº 7.960, de 1989, o único fundamento que a autoriza é a imprescindibilidade da medida para as *investigações do inquérito policial*, pelo que só se aplica em parte o disposto no inciso I do art. 282 do CPP (“necessidade para a investigação criminal...”).

Os *fundamentos quanto à necessidade* da medida, na qualidade de justificativa para prender o investigado ou o acusado, representam o *periculum libertatis*. Assim, certamente a parte final incluída no caput do art. 312 do CPP pela Lei nº 13.964, de 2019, a saber, o *perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado*, foi providenciada para reforçar que o juiz deve evidenciar na decisão que não era suficiente e adequada a imposição, isolada ou cumulativa, de medidas cautelares diversas, diante do *risco concreto* decorrente do fato de o agente não ser encarcerado. O juiz, na decisão, haverá de demonstrar o nexo de causalidade entre a necessidade da medida e o perigo no estado de liberdade. Por exemplo, ao decretar a prisão para fins de viabilizar a produção da prova, deverá fundamentar no risco que representa o fato de o agente permanecer em liberdade, não sendo suficiente, apenas, impor como medida diversa da prisão a proibição de manter contato com determinadas pessoas, comparecer em determinados lugares ou ser afastado do cargo ou função exercida.

O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, portanto, não se trata de nova hipótese para a decretação da prisão preventiva ou mesmo de novo requisito. A necessidade da prisão preventiva, com suporte em qualquer um dos fundamentos expostos acima caracteriza, repita-se, aquilo que a doutrina já denominava *periculum libertatis*. Assim, no ponto, a única novidade se trata da circunstância de o entendimento doutrinário ter sido traduzido normativamente pelo legislador, embora sem a melhor técnica legislativa.

Aliás, legislador da Lei nº 13.964, de 2019, teve especial preocupação com a fundamentação da decretação da prisão preventiva, a ponto até mesmo de ser repetitivo. Com efeito, no art. 312, § 2º, do CPP, restou consignado que “A decisão que decretar a prisão a preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Não satisfeito, no art. 315, caput, reafirmou que “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”, esclarecendo que o juiz, quando se trata da decretação de qualquer medida cautelar,

²³⁷⁶ *Curso de processo penal*, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 539.

notadamente da prisão preventiva, “... deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (art. 315, § 1º, do CPP).

Indo além a fim de coibir decisões embasadas apenas em mera retórica, agregou que não se considera fundamentada qualquer que seja a decisão judicial, incluindo os acórdãos, quando:

- I – limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V – limita-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.
- VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Chama a atenção o fato de o juiz ter utilizado as expressões *motivada e fundamentada*, como se coisas diferentes fossem. Conquanto seja comum não se fazer a distinção entre motivação e fundamentação, tratando-as como expressões sinônimas, defende-se que a motivação diz respeito às *razões de direito*, enquanto fundamentação às *razões de fato*.

9.6.5.C.2.1 – Necessidade para a aplicação da lei penal.

Desde logo, cabe advertir novamente que a decretação de medida cautelar de ordem pessoal ao fundamento de que há *necessidade para a aplicação da lei penal* só é admitida em se tratando de prisão preventiva ou de uma das medidas cautelares diversas. A Lei nº 7.960, de 1989, não contempla a *necessidade para a aplicação da lei penal* como fundamento para a decretação da prisão temporária. Essa espécie de fundamento estava prevista para a prisão preventiva, e, agora, em razão do art. 282, I, do CPP, se presta, igualmente, para autorizar medida cautelar diversa da prisão.

Cabe lembrar que a imposição da prisão preventiva com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal é a mais aceitável dentre as hipóteses contempladas pela lei de regência, na medida em que se identifica com a situação em que há demonstração da existência do perigo de fuga da pessoa. Não se há de negar que a principal finalidade com a decretação da prisão preventiva é, naturalmente, evitar a fuga do agente, até mesmo para assegurar o resultado útil do processo.

O grande problema, de toda maneira, é a caracterização, no caso concreto, do *risco de fuga* que legitima a aplicação de medida cautelar, ainda mais agora em que o § 2º do art. 312, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, exige que a prisão seja *motivada e fundamentada* no receio do perigo e na existência *concreta* de fatos *novos ou contemporâneos* que a justificam. É lugar-comum, na doutrina, dizer-se que o *risco ou perigo de fuga* resta configurado quando há evidências de que a pessoa se prepara para deixar o seu domicílio, com a alienação dos seus bens ou a aquisição de passagens ou a mera revelação, a alguém, da intenção de desaparecer do distrito da culpa.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo em conta que a privação cautelar da liberdade reveste-se de caráter excepcional, só sendo admissível quando presente situação de *absoluta necessidade*, para a decretação de medida cautelar sob o fundamento de que necessária para fins de aplicação da lei penal é imprescindível “... que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu”.²³⁷⁷

Não se mostra bastante, portanto, apenas conjecturas ou juízo de probabilidade, de modo que o mero *temor de fuga*, sem ser apontada situação concreta que justifique a real possibilidade de sua ocorrência²³⁷⁸. Assim, não se mostra suficiente para a privação cautelar do direito de liberdade

²³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC — Processo: 80719/SP, Segunda Turma, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 4 jul. 2005.

²³⁷⁸ “A custódia cautelar não pode se basear em conjecturas, mas na real necessidade de constrição que justifique a excepcionalidade da medida.” (STF, RTJ 128/749, Relator, Ministro FRANCISCO REZEK)

escorar a decisão na suposição de que o agente possui condições materiais ou facilidade de trânsito pelo território nacional ou internacional²³⁷⁹. Porém, o Supremo Tribunal Federal²³⁸⁰, dadas as características em si da atividade criminosa, considerou a existência de “(...) Risco evidente de que se frustrasse a aplicação da lei penal, decorrente de condições objetivas do caso concreto, notadamente a infiltração da suposta quadrilha em outros países (Uruguai e Estados Unidos)”.

Assunto polêmico como justificativa para a decretação da prisão preventiva diz respeito à fuga do distrito da culpa. À primeira vista, a circunstância de o agente fugir para lugar não sabido e ignorado se manifesta como razão mais do que suficiente para autorizar, não apenas como conveniência para a instrução criminal, como também para garantir a eficácia de eventual aplicação da lei penal, a prolação de decisão determinando a imposição de medida acautelatória pessoal. Porém, não é bem assim, até porque a fuga, especialmente quando ela é empreendida como forma de esquivar-se da detenção/prisão em flagrante, deve ser encarada como lídima manifestação do direito de defesa. Daí por que, quando motivada pelo exclusivo desiderato de evitar a prisão em flagrante, tal ocorrência não deve ser levada em consideração para a decretação da medida acautelatória²³⁸¹.

Em julgados mais recentes, o Supremo Tribunal Federal²³⁸² tem reiterado que “É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, se baseia no *só fato de o réu ser revel*, tomando-o por fuga”. Assim, embora não seja a fuga em si suficiente para a decretação da medida cautelar pessoal, esse é um dado que deve, sempre, ser levado em consideração, quando ocorrer. O que se quer dizer é que a *fuga do distrito da culpa*, dependendo das circunstâncias, pode, ou não, caracterizar situação que demonstra a necessidade de imposição da medida cautelar, sob pena de ser frustrada a aplicação da lei.

Por isso mesmo, o Superior Tribunal de Justiça²³⁸³, alinhado com o pensamento do STF, por sua Sexta Turma, em reiteradas oportunidades, tem ressaltado que “(...) A fuga do agente do distrito da culpa nem sempre pode ser interpretada como indício de que pretenda ele frustrar a aplicação da lei penal”. Isto é, não se pode negar que, com a fuga, há um dado *indiciário e objetivo* de que o agente pretende se esquivar da aplicação da lei penal, porém, isso, por si só, não é suficiente para a decretação de medida cautelar. Portanto, verificada a fuga, esse dado objetivo não é bastante para a aplicação de medida cautelar, sendo necessário, para tanto, que seja apontado algum “... dado concreto que demonstre a necessidade da segregação provisória”²³⁸⁴.

De qualquer maneira, essa posição, conquanto se apresente como a mais acertada, parece que não é tão pacífica tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça. De fato, consta acórdão, por maioria, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, lavrado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI²³⁸⁵, consignando que “(...) Conforme remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, a fuga do réu do distrito da culpa justifica o decreto ou a manutenção da prisão preventiva”. No mesmo sentido, há decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça²³⁸⁶ asseverando que “(...) A simples evasão do distrito da culpa é motivo suficiente para justificar a decretação da prisão preventiva, de modo a assegurar a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal”.

O tempo que o agente está foragido tem sido considerado aspecto objetivo sobremaneira

²³⁷⁹ “Por outro lado, não é tão somente o poder de mobilidade ou de trânsito pelos territórios nacional ou internacional que justifica a medida constritiva, mas, sim, a demonstração de que o acusado intenta promover sua fuga do distrito da culpa.” (STF, HC 71.289-RS, Relator Ministro ILMAR GALVÃO)

²³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro CARLOS AIRES, Classe: HC — Processo: 91285/SP, Primeira Turma, Data da decisão: 13/11/2007, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

²³⁸¹ Cf. STF, RHC 59.386-PE, Relator Ministro SOAREZ MUÑOZ.

²³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator p/ o acórdão Ministro CESAR PELUSO, Classe: HC — Processo: 94759, Segunda Turma, mv., Data da decisão: 02/09/2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012

²³⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP, Classe: HC — Processo: 201001665901, un., Data da decisão: 17/12/2010, Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 4 jan. 2012

²³⁸⁴ *Ibid.*

²³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 107723/MS, Primeira Turma, Data da decisão: 28/06/2011, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012. No acórdão, são citados, ainda, STF, HC 95159, HC 98145, HC 101309, HC 1010310, HC 101356, HC 101934, HC 102021 e HC 106438; STJ, HC 92240.

²³⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro GILSON DIPP, Classe: HC — Processo: 201001302698, Quinta Turma, un., Data da decisão: 28/06/2010, Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 4 jan. 2012.

importante para fins de caracterização, ou não, da necessidade de medida cautelar para garantia da aplicação da lei penal. Atento a esse detalhe, embora no julgamento do Habeas Corpus 91741/PE, no qual foi relator para o acórdão o Ministro EROS GRAU, se tenha asseverado que “É da jurisprudência desta Corte que a fuga, por si só, não constitui motivação idônea para a decretação da prisão preventiva, sendo necessária a análise, caso a caso, para chegar-se à conclusão de que o paciente pretende subtrair-se ao cumprimento de eventual condenação ou foge para não se submeter a uma custódia que considera injusta”, em outro voto, aprovado à unanimidade pela mesma Segunda Turma, tendo em conta esse aspecto temporal, o Ministro em referência sustentou que há fundamento idôneo na “(...) Prisão preventiva decretada para garantia da aplicação da lei penal, sob o fundamento de que o paciente, acusado de homicídio, fugiu do distrito da culpa e permaneceu foragido por um ano, até ser capturado, o que evidencia nítida intenção de frustrar a aplicação da lei penal”²³⁸⁷, de modo “... que não se trata de hipótese em que o paciente foge para não se sujeitar a prisão cautelar que considera ilegal”.

Por outro lado, em voto elaborado pela Ministra CARMEM LÚCIA²³⁸⁸, referente a julgamento feito pela Primeira Turma, restou consignado o “(...) Entendimento deste Supremo Tribunal Federal (é) no sentido de que a fuga do Paciente logo após a prática do delito, tendo sido encontrado pela polícia em outro Município por força de uma denúncia anônima é razão suficiente para a manutenção da prisão preventiva nos termos em que propostos”.

Seja como for, a evasão do distrito da culpa, a fim de não caracterizar situação a ensejar a necessidade de garantia da aplicação da lei penal, precisa se escorar em justificativa que infirme o dado objetivo acarretado com a fuga em si. Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal²³⁸⁹, ao julgar o Habeas Corpus 94036, denegou o *writ*, com suporte no argumento de que a medida cautelar resta justificada, quando “(...) Inexiste qualquer elemento de convicção a indicar que a fuga ocorreu porque o réu acreditava ser a sua custódia ilegal, especialmente se considerado que ele evadiu-se antes mesmo da decretação da sua prisão preventiva...”

Diferente é a hipótese em que o agente, diante da circunstância de se encontrar em lugar incerto e não sabido, é citado por edital e, por não atender ao chamamento judicial nem contratar advogado para defendê-lo, acarreta, com esse comportamento, nos termos do art. 366, caput, do Código de Processo Penal, a suspensão do trâmite processual. Nesse caso, parece mais do que razoável a decretação da prisão por conveniência da instrução processual, pois, do contrário, o feito criminal permanecerá sobrestado até o dia em que o agente resolver, por sua livre e espontânea vontade, apresentar-se em Juízo. A própria dicção normativa do caput do art. 366 do CPP já sinaliza nesse sentido, ao dizer que o juiz, *se for o caso*, deve decretar a prisão preventiva. Claro que, para todos os efeitos, o juiz há de motivar a decretação da prisão preventiva de acordo com um dos fundamentos encartados no art. 312 do CPP, até porque, se assim não fosse, estar-se-ia, por linhas transversas, restaurando a indesejada *prisão preventiva obrigatória*, o que não se coaduna com a natureza acautelatória dessa medida, de forma implícita sufragada pela Constituição de 1988 e, reiteradamente, confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal verifica-se aresto que não apenas confere azo a esse pensamento, como vai além, na medida em que, no julgamento do Habeas Corpus 8598-SP, a Segunda Turma, à unanimidade, tendo como relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, considerou a *situação de foragido* como parâmetro suficiente para definir o requisito da garantia da aplicação da lei penal. A ementa daquele julgado, na parte que interessa, está assim redigida²³⁹⁰:

(...) A paciente, acusada de tentativa de homicídio, não foi encontrada para fins de intimação da audiência de interrogatório. Citada por edital, a ré deixou de comparecer em juízo, permanecendo foragida. A situação de foragido é o parâmetro por definição do requisito da garantia da aplicação

²³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 90352/GO. Data da decisão: 14/11/2006, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

²³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 89915. Data da decisão: 10/04/2007, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 8 jan. 2012.

²³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Data da decisão: 16/12/2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

²³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo 8598/SP. Data da decisão: 14/12/2006, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

da lei penal, inscrito no art. 312 do Código de Processo Penal. Assim, é legítimo o decreto prisional nela fundamentado. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Nessa toada, em posição ainda mais firme, o Supremo Tribunal Federal já considerou suficiente, para a decretação da medida cautelar detentiva com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal, a ausência a ato processual, aliada à mudança de endereço, sem a prévia comunicação ao juízo em que tramita o processo, tendo a ementa do julgado a seguinte redação²³⁹¹:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU QUE SE FURTA À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA CARCTERIZADA PELA REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I — O não comparecimento a sessões de julgamento e a mudança de endereço sem comunicação ao juízo são elementos aptos a configurar a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal por meio da prisão preventiva. II — A reiteração criminosa, ademais, por si só, caracteriza a ameaça à ordem pública, autorizadora da custódia cautelar. III — Ordem denegada.

Diante das modificações vindas com a Reforma Tópica, o entendimento doutrinário e jurisprudencial aqui em referência deve ser levado em consideração quando da apreciação se há fundamento, ou não, para a decretação de medida cautelar pessoal. Firmada essa conclusão, o exegeta há de ter em consideração que, em princípio, em virtude do caráter subsidiário da prisão processual, deverá optar pela imposição de medida de cautelar diversa. Especificamente quanto à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, cabe observar que há medida cautelar diversa da prisão própria, qual seja, a *proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução* (art. 319, IV), que pode importar, até mesmo, na *proibição de ausentar-se do País*, hipótese na qual, sem embargo de o juiz ter o dever de comunicar às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, há de intimar o *indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas* (art. 320 do CPP), O comparecimento periódico em juízo e, ainda, a monitoração eletrônica, com ou sem o acréscimo da fixação de fiança, também se apresentam como medidas cautelares pessoais que podem ser, conforme o caso concreto, *adequadas e suficientes* para assegurar a aplicação da lei penal, tornando desnecessária a decretação da prisão.

9.6.5.C.2.2 – Necessidade para investigação ou instrução criminal.

A necessidade para a investigação ou instrução criminal também já estava no CPP como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, estampada no caput do art. 312. A Lei 7.960, de 1989, também catalogou essa *necessidade* como fundamento para a decretação da prisão temporária, ao estabelecer que ela é admissível “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” (art. 1º, I). Com a Reforma Tópica, o art. 282, I, estendeu esse fundamento para a medida cautelar pessoal diversa da prisão. Insta salientar que este é o único fundamento comum à prisão preventiva e à temporária.

Conforme exposto linhas atrás, saliente-se que, conforme a dicção normativa do art. 282, I, segunda parte, do CPP, a medida cautelar pode ser imposta em razão da *necessidade para a investigação ou instrução criminal*. Portanto, é cabível tanto na fase o inquérito quanto do processo.

Diferentemente, em se tratando de prisão temporária, como já acentuado, essa medida só é admissível na fase do inquérito policial, tendo em conta o que prescreve o inciso I do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989. Note-se que o inciso II do referido dispositivo também só se refere ao inquérito policial, pois ali se fala, apenas, em *indiciado*, o que dá fôlego à doutrina majoritária no sentido de que a imposição dessa medida acautelatória não é admissível quando já ofertada a ação penal.

Nem se diga que a Lei nº 12.403, de 2011, ao dar nova redação para ao art. 283, caput, tenha alterado essa questão, diante da afirmação normativa de que “Ninguém poderá ser preso senão em

²³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: HC — Processo 92697/CE, Primeira Turma, mv. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data da decisão: 12/02/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, *no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva*” (Grifos acrescentados). Leitura apressada do dispositivo poderia sugerir que, daí em diante, assim como a prisão preventiva, a temporária é admissível *no curso da investigação ou do processo*. Mas essa, à evidência, não era a inteligência que sobressaía da norma em foco. A redação, é verdade, não era das melhores, uma vez que permitia interpretação dúbia a respeito do ponto em destaque. No entanto, restava patente que o escopo do art. 283, caput, do CPP, era salientar, apenas, as espécies de prisão admissíveis em nosso sistema, e não, evidentemente, promover qualquer tipo de alteração na disciplina específica da prisão temporária, tratada em lei especial. O que se ressaltou ali foi que a prisão temporária, ao lado da preventiva, é uma das espécies de prisão processual, com natureza, portanto, de medida cautelar.

No entanto, acertadamente, a Lei nº 13.964, de 2019, para além do fim de ressaltar o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade, tratou de dissipar qualquer tipo de dúvida sobre, promovendo a alteração do texto do caput do art. 283 do CPP, não permitindo mais dúvida a respeito²³⁹².

Superada essa questão, observe-se que a doutrina nacional mais antiga salientava que a conveniência para a instrução criminal, na qualidade de fundamento para a decretação de medida cautelar de ordem pessoal, tinha função dúplice, qual seja, (i) utilizar-se do agente como elemento probatório e (ii) evitar que o agente, solto, prejudicasse a descoberta da verdade. Essa primeira função apontada, evidentemente, restou eliminada de nosso sistema, a partir da Constituição de 1988, na medida em que, malgrado eventualmente o agente possa servir de elemento de prova, a sua posição na relação processual é de sujeito principal, que dela participa para exercer o seu direito à ampla defesa. Relembre-se que, quando se tratou, neste livro, da defesa efetiva, restou salientado que uma das preocupações da Comissão da Reforma Tópica foi desconstruir a lógica originária do Código de Processo Penal, que concebeu o chamamento do acusado para o processo com o fim *utilitarista* de que ele servisse de meio de prova, e não para se defender, como é de ser em um sistema acusatório, com perfil democrático. Nessa nova visão, o interrogatório não pode mais ser visto e tratado como espécie de prova, porém como instrumento de defesa, o direito de audiência do acusado com o juiz responsável pelo seu julgamento, por se constituir, para todos os efeitos, em uma autodefesa a ser exercida, ou não, a critério do agente.

Não há sentido, assim, determinar-se medida cautelar com o fundamento de que necessária para a investigação ou instrução criminal, diante da necessidade de ter o acusado por perto, ficando, assim, facilitada a tarefa de interrogá-lo, explorando-o como meio de prova.

Resta a possibilidade da decretação de medida cautelar pessoal à guisa da necessidade de assegurar a regular instrução da investigação ou do processo nos casos em que a medida se mostre de extrema necessidade para assegurar a produção das provas. Essa situação pode ocorrer quando há evidências de que, solto, o agente poderá destruir ou fazer desaparecer provas ou ameaçar testemunhas.

A esse respeito, a Excelsa Corte²³⁹³, da mesma forma como em relação à aplicação da lei penal, tem exigido a demonstração nos autos de “elementos concretos, e não meras conjecturas, que apontam o risco concreto de ser manipulada a instrução criminal pelo paciente”. Daí por que não se presta para a imposição da medida cautelar pessoal, a presunção judicial de que, estando em liberdade, o agente irá constranger as testemunhas²³⁹⁴, assim como o mero temor da vítima e das testemunhas de que sejam procuradas pelo agente. Essa jurisprudência restou cristalizada no § 2º do art. 312 e no § 1º do art. 315 do CPP, incluídos pela Lei nº 13.964, de 2019.

Agregue-se que, sendo a medida cautelar decretada com base, apenas, na sua necessidade para viabilizar a instrução da investigação ou do processo, tem-se que, concluída a fase instrutória, desaparece o motivo que a ensejou, de modo que deve ser, incontinenti, revogada a tutela de urgência,

²³⁹² A redação em vigor do caput do art. 283 é a seguinte: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

²³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 93895/MG, Primeira Turma, Data da decisão: 06/05/2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

²³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 91741/PE, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data da decisão: 03/06/2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

a não ser que, com base em outro fundamento, seja decretada nova medida. E mais. Se a medida cautelar pessoal é imposta na fase do inquérito policial a fim de garantir a sua eficiente instrução, em rigor, com a sua finalização, também não há mais motivo para que seja mantida. Inclusive, cabe agregar que, com as novas regras introduzidas pela Lei nº 12.403, de 2011, corroboradas pela Lei nº 13.964, de 2019, ficou expresso que a autoridade policial só tem legitimidade para representar pela decretação de medida cautelar pessoal preparatória, ou seja, na fase do inquérito. Por conseguinte, notadamente quando a decisão judicial é feita em atenção a representação oriunda da autoridade policial, a sua validade está restrita à instrução referente à fase pré-processual.

Dado o caráter subsidiário da prisão preventiva, em muitos casos, para preservar a regularidade da instrução da investigação ou do processo, será bastante a adoção de uma ou mais das medidas diversas da prisão. Se o problema é o temor quanto a pressões que podem vir a ser feitas pelo agente às testemunhas ou da vítima, o juiz pode determinar a sua proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, assim como de manter contato com essas pessoas, com o controle mediante monitoração eletrônica, sem prejuízo, se for o caso, da fixação de fiança.

Por outro lado, se o comprometimento da instrução residir na circunstância da função pública ou da atividade de natureza econômica ou financeira ocupada pelo agente, poderá se mostrar adequada e suficiente apenas a medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, VI, do Código de Processo Penal, ou seja, a suspensão do exercício da atividade profissional.

9.6.5.C.2.3 – Necessidade para evitar a prática de crimes (manutenção da ordem pública ou econômica)

Conforme salientado, essa é a hipótese de medida cautelar pessoal mais debatida, pois, à primeira vista, não se presta para tutelar, propriamente, o processo, apresentando-se mais como uma *medida de segurança* para a sociedade, cuja finalidade é manter a *ordem pública*. Acontece que não seria nada razoável que não fosse prevista como hipótese para medida de urgência no campo criminal a necessidade de sua imposição na qualidade de instrumento hábil para evitar que o acusado continue a praticar crimes. Ademais, a finalidade do processo principal, no ambiente criminal, não se contenta, apenas, em buscar a punição, mas a ressocialização e, enfim, que o acusado não pratique novos delitos ou continue desenvolvendo a sua atividade criminosa. Por conseguinte, desde que a necessidade da manutenção da ordem pública ou econômica se confunda com a necessidade da decretação de medida cautelar pessoal a fim de evitar a prática de novos crimes, não há de negar-se a sua natureza cautelar.

Sobre o assunto, cabe reafirmar que a leitura do art. 312, caput, em conjunto com a do art. 281, I, última parte, ambos do CPP, leva à conclusão de que o legislador da Reforma Tópica teve a intenção de traduzir normativamente o pensamento jurisprudencial de que a decretação de medida cautelar pessoal com fulcro na necessidade da manutenção da ordem pública ou econômica só se mostra idônea quando é para evitar a prática de novos crimes.

Tendo como premissa a assertiva acima, cumpre reafirmar que esse fundamento, previsto desde a redação originária do CPP para a prisão preventiva, conquanto sirva, por força do art. 282, I, terceira parte, para a decretação de medida cautelar diversa da prisão, não é cabível para dar suporte à prisão temporária, pois não se trata de hipótese contemplada na Lei nº 7.960, de 1989.

Feitas essas considerações, importa registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou passo na inteligência de que a natureza da infração, por si só, não se revela circunstância apta para motivar a privação cautelar do *status libertatis*. Nesse sentido, a Supremo Corte²³⁹⁵ firma passo no entendimento de que

A gravidade do crime imputado, um dos malsinados crimes hediondos (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII).

²³⁹⁵ RTJ 137/287, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

É irrelevante, portanto, a circunstância de o crime em apuração ser classificado, ou não, como hediondo ou ser a este equiparado pela lei, uma vez que “(...) A ameaça que o agente personalizaria à ordem pública só pode ser aferida no contexto dos fatos”²³⁹⁶, razão pela qual “Não preenche a teleologia do art. 312 do Código de Processo Penal a mera alusão à gravidade da pena do delito, imputado ao paciente, como fundamento para justificar a prisão preventiva enquanto forma de garantir a aplicação da lei penal.” Com as novas regras trazidas pela Lei nº 12.403, de 2011, a *gravidade do crime* deve ser levada em consideração para, quando presente um dos fundamentos para a cautelar pessoal, o juiz definir qual a espécie de medida é a mais adequada e suficiente (art. 282, II, primeira parte, do CPP).

Igualmente, não serve para a aplicação de medida cautelar pessoal com embasamento de que necessária para evitar a prática de crimes ou a manutenção da ordem pública ou econômica, a referência ao *clamor público* emergente das ruas ou mesmo à *repercussão social* do ilícito praticado. A lição lançada pelo Ministro Celso de Mello a respeito merece o devido destaque. Ei-la²³⁹⁷:

A prisão cautelar, em nosso sistema jurídico, não deve condicionar-se, no que concerne aos pressupostos de sua decretabilidade, ao clamor emergente das ruas, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. Esse entendimento constitui diretriz prevalecente no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que a repercussão social do delito e o clamor público por ele gerado não se qualificam como causas legais de justificação da prisão processual do suposto autor da infração penal, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne exclusivamente, ao tema da fiança criminal” (RT 598/417 — HC 71.289-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão — HC 78.425-PI, Rel. Min. Néri da Silveira — RHC 64.420-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho, v.g.).

Nem poderia ser diferente, até porque a opinião pública é extremamente manipulável, notadamente pelos meios de comunicação, além de ser marcada pela nota do passionalismo, o que se revela extremamente perigoso, por colocar em situação de vulnerabilidade preceito constitucional de tão vital importância, como é a garantia do direito de liberdade contra qualquer espécie de restrição, seja ela detentiva ou não.

Na mesma linha de entendimento, conforme o Supremo Tribunal Federal, não se apresenta como justificativa idônea para a decretação de medida cautelar com base na ordem pública ou econômica ou evitar a prática de crimes a assertiva de que ela é necessária para a *credibilidade do poder judiciário e a respeitabilidade das instituições públicas*²³⁹⁸. Todavia, há decisão do Superior Tribunal de Justiça, sufragado à unanimidade por sua Quinta Turma, no julgamento do Habeas Corpus 201001572590, que ocorreu em data de 16 de dezembro de 2010, tendo funcionado como relator o Ministro NAPOLEÃO MAIA FILHO²³⁹⁹, cujo entendimento foi diametralmente o oposto, pois na ementa do acórdão restou dito que “(...) A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência”. O curioso é que há registro, igualmente, de outra decisão, agora referente ao Habeas Corpus 90936, relatado pelo Ministro Gilson Dipp²⁴⁰⁰, exarada na mesma data, ou seja, na mesma seção e com os mesmos Ministros, na qual se adotou a posição do Supremo Tribunal Federal, a fim de deixar consignado que “(...) A credibilidade do Poder Judiciário não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculada de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese...”.

²³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — Processo: 90936/RS, Primeira Turma. Relator Ministro Carlos Britto. Data da decisão: 03/08/2007, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 4 jan. 2012.

²³⁹⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC — Processo: 80719/SP, Segunda Turma. Data da decisão: 26/06/2001, Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em: 4 jul. 2005.). Verificar, ainda, RTJ 112/1115, 1119, Rel. Min. RAFAEL MAYER; HC 80.379-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

²³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Classe: HC — AgR — Processo: 89025, Segunda Turma. Relator p/ o acórdão Ministro EROS GRAU. Data da decisão: 22/08/2006, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

²³⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

²⁴⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 4 jan. 2012.

Aqui não cabe discussão quanto aos aspectos referentes à primariedade ou aos antecedentes criminais, pois, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de este possuir bons antecedentes e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação da sua prisão cautelar” (RTJ 99/651 — RT 649/275 — RT 662/347). Do mesmo modo que a primariedade e os bons antecedentes não desautorizam a decretação da prisão preventiva, a circunstância de a pessoa não reunir esses elementos não autoriza a aplicação dessa medida extrema. A primariedade e os bons antecedentes podem, e devem, ser analisados como fundamento para a escolha da medida cautelar adequada, mas não para a decretação, em si, da medida cautelar.

De outra banda, a demonstração de que o acusado praticou reiteradas vezes os crimes pelos quais responde é bastante para configurar hipótese que justifica, com base na necessidade para a manutenção da ordem pública ou econômica ou evitar a prática de crimes, a imposição de medida cautelar pessoal. Quanto a esse tema, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 92697/CE, cujo relator foi o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI²⁴⁰¹, afirmou que “(...) A reiteração criminosa, ademais, por si só, caracteriza a ameaça à ordem pública, autorizadora da custódia cautelar.” Isso se verificava, notadamente, naqueles casos em que o crime, por não ser de maior gravidade, via de regra, ensejava a liberação do agente, porém, uma vez solto, logo ele voltava a delinquir, o que é muito comum em crimes de furto e estelionato, por exemplo.

Na chamada operação *Lava Jato*, o juiz federal Sergio Moro decretou diversas prisões preventivas sob o fundamento de que necessárias para a evitar que os agentes continuassem na atividade delitiva, na medida em que, tratando-se de crime de lavagem de dinheiro, os recursos oriundos de atos de corrupção não tinham sido recuperados. O Supremo Tribunal Federal²⁴⁰² chancelou esse entendimento, tendo mantido diversas prisões decretadas sob esse fundamento, como foi o caso do ex-Ministro Antonio Palocci. Especificamente em relação ao ex-Ministro Palocci, preponderou a informação contida em relatório elaborado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, segundo a qual ele, mesmo recolhido à prisão, ainda vinha realizando movimentações financeiras atípicas, indicativas de atos de lavagem de dinheiro e dissimulação de valores.

A despeito dessas considerações, agora, mesmo quando a medida cautelar seja necessária para o fim de evitar a prática de novos crimes, pode ser *adequada e suficiente* uma medida cautelar diversa. Há, inclusive, espécies de medidas cautelares diversas da prisão previstas exatamente para evitar a prática de outras infrações criminais, como são os casos da *suspensão do acesso ou frequência a determinados lugares* (art. 319, II) e do *exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira* (art. 319, VI). A imposição do recolhimento domiciliar no período noturno e, claro, a monitoração eletrônica, nesse caso, também são medidas que podem ser escolhidas, isoladas ou cumulativamente, em detrimento da prisão processual, que, como se sabe, com as novas regras, só deve ser imposta em caráter subsidiário.

9.6.5.C.3 – Critérios para a definição da medida cautelar adequada.

Presentes os fundamentos para a decretação da medida cautelar, que estão contemplados no inciso I do art. 282 (“necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”), diante das várias espécies de medidas agora previstas, o legislador cuidou de preceituar, no inciso II do mesmo dispositivo, regra específica para guiar os passos do intérprete quanto à seleção daquela que seja a mais adequada e eficiente para o caso.

Como se vê, são duas questões distintas: (a) a necessidade e (b) a adequação. Em relação à *necessidade*, discorreremos nos itens acima, na medida em que as cautelares pessoais, detentivas ou não, só podem ser decretadas nas hipóteses em que presente pelo menos um dos fundamentos estatuídos no art. 282, I, do CPP

²⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, mv. Data da decisão: 12/02/2008, Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

²⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 29 jul 2018. Cf. ainda www.jota.info/stf/do-supremo/stf-mantem-prisao-preventiva-deantonio-palocci.

Ao lado da necessidade, uma vez que agora há a possibilidade da aplicação de diversas espécies de medidas cautelares, mostrou-se pertinente estabelecer critérios normativos (art. 282, II, do CPP) a fim de orientar o juiz na definição de qual medida cautelar aplicar — se detentiva, ou não, e, se diversa da prisão, qual delas, isolada ou cumulativamente. O dispositivo está assim redigido:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – *omissis*

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Pela forma como redigido o caput do art. 282 (“As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:”), evidencia-se que o juiz há de sopesar os três critérios. E mais. Conquanto em princípio ele sirva para o juiz escolher se aplica uma medida detentiva ou diversa da prisão, presta-se, igualmente, para que o julgador utilize esses critérios para ponderar entre a imposição da prisão temporária ou preventiva.

Nada obstante o esclarecimento acima, esse preceito normativo tem suscitado acirrada crítica, notadamente quanto aos dois primeiros critérios mencionados. É que o legislador deixa transparecer ter eleito como critério para a definição do tipo de cautelar a ser decretada circunstâncias que, conquanto pertinentes quando se está para julgar e aplicar a pena cabível, não se apresentam adequadas para a seleção da medida mais adequada.

De fato, o tipo da infração em si, se de maior ou menor gravidade, não serve para justificar a decretação de medida cautelar. Isso aliás, restou esclarecido quando do estudo da hipótese de decretação de medida cautelar sob o fundamento de que necessária para *evitar a prática de infrações penais ou para a manutenção da ordem pública ou econômica*. Se a finalidade da cautelar é garantir a ordem processual, pouco importa a qualidade do crime que está em apuração, conforme reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Em outro giro, as *circunstâncias do fato* como critério eleito pelo legislador para solucionar o processo de escolha da medida cautelar, a exame perfunctório, também parece desfocado do escopo das medidas cautelares, pois não se pode, à evidência, determinar uma medida cautelar tendo em consideração *como, onde, quando e por que* o delito foi praticado. Para efeitos meramente endoprocessuais, não se vê como fundamentar uma medida de urgência com base na maior ou menor gravidade do delito ou nas circunstâncias do fato.

Mas, cabe lembrar que no inciso II do art. 282 do CPP não estão elencados os fundamentos que denotam a *necessidade* da decretação da medida cautelar, mas os *critérios* para a escolha da medida cautelar *adequada*. Portanto, esses critérios vão ser avaliados se e quando, com base no inciso I do mesmo artigo, a conclusão for no sentido de que há necessidade de aplicação de uma medida acautelatória de ordem pessoal.

Sendo esse o escopo do inciso II do art. 282 do Código de Processo Penal, parece bastante razoável levar-se em consideração, ao lado da gravidade do crime, as circunstâncias nas quais o agente praticou a conduta delituosa, sem falar nas condições pessoais do agente para fins de se definir qual é a medida cautelar cabível para o caso concreto. Um exemplo, certamente, serve para melhor compreensão. Vamos imaginar dois casos de tentativa de homicídio. No caso *A*, o agente, ao encontrar um inimigo, teria praticado o crime com o gargalo de uma garrafa que ele quebrou, para usar como arma. Já no caso *B*, o agente, querendo pegar o inimigo, teria comprado uma arma de fogo e preparado toda a ação criminosa. Se a cautelar, em ambos os casos, for aplicada com suporte no fundamento de sua necessidade para evitar a prática de crimes ou a manutenção da ordem pública, é mais do que pertinente que as circunstâncias de cada um dos fatos sejam observadas, a fim de que escolhida a medida mais adequada para o caso.

Pode ser que, em relação ao primeiro caso exemplificado, o *A*, diante das circunstâncias do fato, aliadas às condições pessoais do acusado, seja bastante e suficiente a imposição de uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão. De outra banda, com suporte nos mesmos elementos, pode-se ter a justificativa para a aplicação da medida cautelar mais drástica, exatamente a prisão, no que pertine ao caso *B*.

O que parece ser evidente é a necessidade, sempre e sempre, de levar-se em consideração as condições pessoais do acusado para fins de definição da medida cautelar a ser aplicada e que, ademais,

esse aspecto deve preponderar em relação à *gravidade do crime e às circunstâncias do fato*. Observe-se a definição do recolhimento domiciliar, como medida cautelar diversa da prisão. A circunstância de o imputado trabalhar ou estudar pode influir na escolha entre a determinação da prisão ou do recolhimento domiciliar, exatamente para possibilitar que o acusado permaneça trabalhando ou estudando.

Por conseguinte, em que pese a circunstância de o acusado ser primário ou reincidente, ter bons ou maus antecedentes não ser fundamento para a decretação de cautelar criminal, seja ela detentiva ou não, esses dados devem ser associados às condições pessoais do agente, a fim de serem levados em consideração para a conclusão quanto à medida que é *adequada e suficiente*. Note-se que a jurisprudência, conquanto tenha afastado a circunstância em si de o agente ser primário, possuir residência fixa, estudar, trabalhar ou não como fundamento para a prisão preventiva, não descartou a necessidade de cotejar esses elementos com os fundamentos para a decretação da medida cautelar.

Assim, nos termos do art. 282, inciso II, do CPP, devem ser levadas em consideração as circunstâncias pessoais do agente, a gravidade do crime e as circunstâncias do fato a fim de que seja definida a medida cautelar mais adequada e suficiente para o caso em estudo. Esses elementos, porém, não se prestam para substituir nenhum dos fundamentos insertos no inciso I do art. 282 do CPP.

9.6.5.1 – Prisão com ordem judicial.

Conforme visto, na tradição constitucional brasileira, a partir mesmo da Carta Imperial de 1824, sempre se ressaltou que, à exceção do flagrante delito, a prisão não pode ocorrer senão por ordem escrita de autoridade legítima. Assim, duas eram as hipóteses de prisão: sem ordem, no caso de flagrante delito, ou com ordem, quando a autoridade competente ou legítima a decretasse. Ficava a cargo da legislação infraconstitucional definir quem era a *autoridade competente ou legítima* para decretar a prisão, o que deu guarida a que fosse instituída, em nosso meio, a famigerada prisão administrativa (art. 319, I/III, do CPP).

Essa regra permaneceu incólume até o advento da Constituição de 1988, pois, com a nova ordem instaurada, como se não bastasse a circunstância de entender-se que os direitos fundamentais declarados nos incisos do art. 5º da Constituição somente podem ser flexibilizados, salvo caso de flagrante delito, mediante ordem judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, ressaltou-se que, em resguardo ao direito de liberdade, não sendo o caso de prisão em flagrante, o encarceramento somente pode ser efetuado por meio de ordem escrita e fundamentada de *autoridade judiciária competente*²⁴⁰³. Com isso, além de revogar a prisão administrativa, o constituinte estabeleceu, para a hipótese, *reserva de jurisdição*, de modo que nem mesmo a Comissão Parlamentar de Inquérito pode determinar o encarceramento de alguém²⁴⁰⁴.

Havia quem defendesse que a prisão administrativa não foi revogada com a Constituição de 1988, apenas determinou a alteração quanto à titularidade do poder de sua decretação. Assim, em rigor, a prisão administrativa persistiria em nosso sistema, havendo a exigência, porém, de que a sua determinação partisse de autoridade judiciária. Esse pensamento não encontra guarida em nosso sistema. Em verdade, o que o constituinte quis estabelecer é que, quando for caso de determinar-se a privação da liberdade de alguém, tal prescinde de ordem judicial, ou seja, tem de ser aplicada em processo judicial.

O juiz precisa estar, por conseguinte, no exercício da atividade jurisdicional, razão pela qual, independentemente da situação, a prisão tem de ser *judicial*, e não *administrativa*. Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal firmou posição de que a prisão administrativa não mais subsiste em nosso sistema jurídico, como se observa dos pronunciamentos verberados no RHC 66.9905, Primeira Turma, em 4.11.88 e no RHC 66.730, Segunda Turma, em 21.2.89²⁴⁰⁵.

Não merece acolhimento, portanto, a doutrina defendida por MIRABETE²⁴⁰⁶, segundo a qual a prisão administrativa subsiste, porém destituída desse caráter no que diz respeito *ao órgão*

²⁴⁰³ Cf. o item 7.2.3 e do item 7.2.3.1 ao 7.2.3.2.3, supra. Especificamente quanto à conclusão de que, salvo em hipótese de flagrante delito, a flexibilização de um direito fundamental somente é admissível por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial ou de comissão parlamentar de inquérito, cf. os itens 7.2.3.1.3.1 e 7.2.3.1.3.2, supra.

²⁴⁰⁴ Cf. item 7.2.3.1.2, supra.

²⁴⁰⁵ JESUS, Damásio E. *Código de processo penal anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 243.

²⁴⁰⁶ Op. cit., p. 398.

competente para decretá-la, mas permanece em seu sentido restrito, isto é, quanto ao seu conteúdo e fim almejado expostos nos incisos do art. 319 do Código de Processo Penal. No ponto, essa discussão não se sustém mais, uma vez que a Lei nº 12.403, de 2011, expressamente, revogou a prisão administrativa.

De toda sorte, não é propriamente correto afirmar-se que a prisão administrativa foi, efetivamente, revogada, pois, como está ressaltado na parte final do art. 5º, LXI, da Constituição, em se tratando de *transgressão militar ou crime propriamente militar*, o cerceamento do direito de liberdade pode ser determinado por autoridade que não seja judicial. Por conseguinte, o que se pode dizer, e está certo, é que a prisão administrativa subsiste, apenas, na seara do Direito Militar, conforme salienta, com procedência, EUGÊNIO PACELLI²⁴⁰⁷. De mais a mais, ainda resta observar que a detenção em flagrante, em sua origem, é medida tomada sem ordem judicial, conduzida por órgão pertencente ao Executivo, no exercício do poder de polícia, ou por alguém em seu nome, na qualidade de *fiscal do Estado*. A detenção em flagrante, portanto, trata-se, na sua origem, de *prisão administrativa*, conforme será melhor explicitado mais adiante²⁴⁰⁸.

Apenas o juiz, no exercício da atividade jurisdicional, é quem detém competência para determinar a prisão, o que levou o Supremo Tribunal Federal a entender pela revogação da prisão administrativa prevista no então Estatuto do Estrangeiro, que alvitrava, no processo de extradição, a possibilidade de a prisão ser decretada pelo Ministro da Justiça²⁴⁰⁹.

De outro lado, o magistrado, quando não se encontra no desempenho de sua função judicante, não pode decretar a prisão, como ocorre, por exemplo, na hipótese em que ele está atuando na qualidade de corregedor. Tome-se, como exemplo, o membro de tribunal na condução de inquérito em que se apura a eventual prática de ilícito por parte de magistrado de primeiro grau. Nesse caso, ele não está em função jurisdicional propriamente dita, mas administrativa, conduzindo instrução pré-processual, daí por que, se no curso da investigação, entender que deve ser decretada a prisão processual, não pode simplesmente decretá-la, mas sim representar ao tribunal postulando-a, da mesma forma como tem de proceder a autoridade policial, quando se trata de hipótese de inquérito policial²⁴¹⁰.

As espécies de prisão com ordem judicial (art. 5º, LXI, primeira parte, da Constituição) disciplinadas na legislação subconstitucional são as prisões (1) temporária (Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989); e (2) preventiva (art. 311/316 do CPP). A primeira somente é cabível na fase do inquérito policial, enquanto a segunda tanto na referida fase pré-processual quanto durante o trâmite judicial, em qualquer fase do processo, inclusive no momento da sentença condenatória (art. 387, parágrafo único do CPP) ou da decisão de pronúncia (art. 413, § 3º, do CPP). As duas espécies de prisão têm nítida característica acautelatória e requisitos e fundamentos que, em certa medida, se confundem, a tal ponto que a prisão preventiva, por ser mais abrangente, torna raras as hipóteses em que se recorre à prisão temporária.

Antes das Leis nºs 11.689 e 11.719, ambas de 2008, a decretação da prisão resultante de sentença condenatória (art. 594 do CPP) e da decisão de pronúncia (art. 408, § 1º, do CPP), tinha como fundamento a circunstância de o acusado não ser primário ou de não possuir bons antecedentes. Essas duas espécies de prisão tinham, por conseguinte, fundamentos específicos e substancialmente diferenciados dos que são pré-traçados para as prisões preventiva e temporária, o que gerava acesa discussão quanto à natureza acautelatória delas. Com as modificações das Leis nº 11.689 e 11.719, ambas de 2008, sanou-se a discussão, na medida em que, agora, mesmo no caso de sentença definitiva ou de decisão de pronúncia, a prisão somente é cabível com base em um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

²⁴⁰⁷ Op. cit., p. 539

²⁴⁰⁸ Cf. item 9.6.5.2, *infra*

²⁴⁰⁹ "Competência – Extradição – Prisão administrativa de estrangeiro decretada pelo Ministro da Justiça – Modalidade não mais admitida após o advento da Constituição de 1988... (STF – Extr. – Rel. Moreira Alves – RT 638/335)" (FRANCO; STOCO. Op. cit., v. 2, p. 2003).

²⁴¹⁰ Ademais, nesses casos, o corregedor, pelo fato de conduzir o inquérito contra o juiz, assim como faz o delegado em relação aos crimes em geral, não pode, à evidência, participar do processo criminal instaurado com base no trabalho preparatório por ele desenvolvido, em razão de estar comprometida a imparcialidade, ademais de não se conformar com o princípio acusatório que permeia o nosso sistema jurídico (Cf. item 9.3.2.3, *supra*). É verdade que o juiz das garantias não foi previsto para os processos da competência originária dos tribunais, porém, os tribunais podem, nos respectivos regimentos internos, estabelecer que o corregedor não tem direito a voto, restringindo-se a relatar o feito, nesses casos em que participa da investigação pré-processual.

A análise detalhada de cada uma dessas hipóteses de prisão processual é imprescindível, a fim de se deduzir como é arquitetada a sistemática prisional no Prescritor Normativo Processual Penal.

9.6.5.1.1 – Prisão preventiva.

A prisão preventiva sempre foi prevista em nosso sistema, ainda mesmo ao tempo do Brasil Colônia²⁴¹¹, conforme se viu com o exame do Decreto de 23 de maio de 1821²⁴¹². Ao lado dela, para fins de facilitar a instrução do inquérito, era prevista, no art. 12, caput, do Código de Processo Penal, a possibilidade de o juiz, a requerimento da autoridade policial ou do órgão do Ministério Público, decretar, pelo prazo máximo de três dias, a *incomunicabilidade do indiciado*²⁴¹³. A decretação da incomunicabilidade servia para que a autoridade policial, na condução do inquérito, pudesse ter facilitada a sua atividade investigatória, não apenas pelo fato de imobilizar o indiciado, como diante da circunstância de tê-lo, a todo e qualquer tempo, a sua disposição, para fins de realização de infundáveis e cansativos interrogatórios. Via de regra, a incomunicabilidade precedia a prisão preventiva e servia de instrumento para que, quando ainda não existente, tornasse possível a produção das provas necessárias ao pedido de decretação da prisão processual. Era uma espécie de *trampolim* para se alcançar os requisitos e fundamentos para a prisão preventiva, medida que, com a edição da Constituição de 1988, restou revogada.

Assim como mencionado, na redação originária do CPP havia dos tipos de prisão preventiva; ambas exigiam prévia ordem judicial, porém, distinguiram-se porque uma era obrigatória, enquanto a outra facultativa. A prisão preventiva obrigatória constava do então art. 312, o qual assim dispunha:

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

A prisão preventiva facultativa constava do art. 313 do CPP, com a seguinte redação:

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia de ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

I — Nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;

II — Nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio, ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III — Nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Como se vê, a prisão preventiva tinha dois tratamentos. Um, em relação à prisão preventiva facultativa, disciplinada no art. 313 do CPP, de natureza cautelar, pois, para a decretação se exigia que o juiz, na decisão, a ser motivada com suporte em um dos fundamentos do seu caput, demonstrasse a sua necessidade. A outra, quanto à prisão preventiva obrigatória, tratada no art. 312 do CPP, em que não se exigia a demonstração da necessidade da prisão, senão a evidência do dado objetivo de a pena abstrata prevista para o fato criminoso ser igual ou superior a dez anos.

A prisão preventiva obrigatória guardava coerência com o tratamento então dispensado à detenção/prisão em flagrante no caso de crime inafiançável²⁴¹⁴, que previa hipótese de prisão processual mesmo que não houvesse necessidade da medida. Conforme salientado linhas acima, essa

²⁴¹¹ Em comentário sobre o tema, TOURINHO FILHO lembra que, na época do Brasil Colônia, “... permitia-se ao Magistrado decretar a prisão preventiva do cidadão, nos casos mais graves e, assim mesmo, se houvesse necessidade para segurança da instrução ou eventual execução da pena”.

²⁴¹² Cf. item 9.6.2, supra.

²⁴¹³ Esse dispositivo encerrou muita discussão quanto ao seu alcance. Naturalmente que ela não se estendia ao juiz que, para todos os efeitos, é sob a autoridade de quem o preso se encontra submetido. Do mesmo modo, firmou-se posição de que a incomunicabilidade também não alcançava o advogado do indiciado, sob pena de ser arranhada a cláusula da ampla defesa. A prerrogativa de o advogado se entrevistar com o seu cliente, ainda que ele tivesse contra si decretada a incomunicabilidade, restou sufragada no antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963), no art. 89, III – hoje Lei nº 8.906 de 1994, art. 7º, III. Assentou-se também que o Ministério Público não era atingido pela incomunicabilidade, o que, de toda sorte, ficou esclarecido no art. 41, IX, da Lei nº 8.625, de 1993).

²⁴¹⁴ Cf. item 6.2.4, supra.

disciplina normativa foi definitivamente desconstruída com a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Ada Pellegrini Grinover²⁴¹⁵, em livro lançado no ano de 1979, já chamava a devida atenção para o fato de que “É com relação à prisão preventiva e em flagrante delito que a Lei nº 6.416/77 introduz relevantes alterações, atenta à orientação de que só deve haver prisão cautelar quando estritamente necessário. É o princípio da necessidade, ao qual alude Tornai (Compêndio de Processo Penal, Confinio, Rio, 1967, vol. III, p. 1.079), que deve marcar o ponto de equilíbrio entre o direito à liberdade do réu e o interesse social a que justiça seja feita”.

A esse respeito, merecem destaque duas passagens da Exposição de Motivos da lei em referência, de autoria do então Ministro da Justiça, Armando Falcão:

8. (...) Com a preocupação de resolver o problema da superlotação das prisões, sem contudo deixar dos delinquentes impunes, foi procurada uma solução condizente com a moderna tendência de... ser utilizada (a prisão preventiva) somente quando e na medida em que for necessária aos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública.
14. Quanto à prisão provisória (em flagrante, preventiva e por efeito de pronúncia), considerou-se que, com frequência, principalmente na prisão em flagrante, a medida é relaxada pelo juiz competente ou é anulada por via de habeas corpus, patenteando-se a sua desnecessidade em muitos casos. Foi ela reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública. (...)

A partir de então, a prisão preventiva, também denominada provisória, passou a ter como fim tutelar o processo iniciado ou a ser iniciado, no qual será travada discussão sobre a culpabilidade do acusado, com nítido caráter cautelar, e, ademais, deixou de ter como referência, para fins de decretação da prisão preventiva, a circunstância de o crime ser afiançável, ou não, e passou a adotar, como critério, a espécie de pena prevista para o crime, se de reclusão ou de detenção. Ademais, certamente para preencher o vazio que ficaria com a supressão da prisão preventiva obrigatória que era tratada no art. 312, com a reforma trazida pela Lei nº 6.416, de 1977, a prisão preventiva passou a ser disciplinada em dois dispositivos, exatamente os arts. 312 e 313 do CPP, cujas redações eram as seguintes:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a prisão preventiva nos crimes dolosos:

I — punidos com reclusão;

II — punidos com detenção, quando havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III — se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

Essa disciplina normativa consolidou a natureza jurídica de medida cautelar de ordem pessoal da prisão preventiva, de modo que, assim como toda e qualquer medida de urgência, para a sua decretação, mister a demonstração de sua necessidade ou imprescindibilidade, o que se faz mediante a presença de um dos seus fundamentos, que representa o *periculum in mora* ou *periculum libertatis* (garantia da ordem pública ou econômica — medida para garantir a segurança pública —, conveniência da instrução criminal — medida para garantir a eficácia da instrução do processo — ou para assegurar a aplicação da lei penal — medida para garantir a eficácia do resultado do processo), além dos seus pressupostos ou requisitos (materialidade e indício de autoria).

Por isso mesmo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é remansosa quanto a ressaltar a natureza cautelar da prisão processual, de modo a coibir a decretação da prisão antes da decisão definitiva, senão quando for *absolutamente necessária*. Com efeito, no julgamento do HC

²⁴¹⁵ A nova lei penal [por] PAULO JOSÉ DA COSTA JR. e A nova lei processual penal [por] ADA PELLEGRINI GRINOVER: comentários à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2. ed. 1979.

80.282-SC, relatado pelo Ministro Nelson Jobim²⁴¹⁶, a ementa do acórdão restou assim vazada:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. A prisão preventiva deve ser decretada, quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade. Não mais subsistentes os motivos que levaram a sua decretação, como no caso concreto, impõe-se que seja revogada. (...)

No mesmo passo, o Superior Tribunal de Justiça²⁴¹⁷ tem asseverado que “(...) 2. A prisão cautelar, de natureza processual, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção, de acordo com a atual orientação do Plenário da Suprema Corte. (...)”.

Quanto aos requisitos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, para não repetir o que já foi exposto, remetemos o leitor para o item 6.1.6 e seguintes, pois o que se falou ali é aplicável a toda e qualquer espécie de medida cautelar pessoal, detentiva ou não.

Destaque-se, outrossim, que na chamada *Operação Lava Jato*, em muitos casos, houve a decretação da prisão preventiva ao fundamento de que necessária para evitar a reiteração da prática da conduta ilícita, tendo em consideração que os bens e recursos utilizados na prática do crime de lavagem de dinheiro não tinham sido recuperados. Muito se conjecturou de que as prisões preventivas estavam sendo decretadas, em verdade, com finalidade diversa, qual seja, forçar o acusado a negociar acordo de colaboração premiada. No entanto, ainda que o fundamento utilizado para a decretação da prisão preventiva tenha tido o condão de fazer com que a prisão preventiva, em relação aos autores de crimes inseridos no contexto da *Operação Lava Jato*, tenha se apresentado mais como regra do que exceção, não se evidenciou relação direta, do ponto de vista jurídico, entre o acordo de colaboração premiada e a prisão preventiva, até porque, não há, nem muito menos poderia, qualquer previsão normativa essa respeito na Lei nº 12.850, de 2013.

Mas é fato que alguns acusados que estavam presos, ao negociarem a colaboração premiada, negociaram o acordo inserindo como condição a revogação da medida detentiva, o que é, no mínimo, preocupante. À primeira vista, parece razoável que, diante do compromisso assumido pelo acusado em cumprir as condições estabelecidas no acordo, isso tenha reflexo para a soltura, acarretando como consequência a transformação do encarceramento em prisão domiciliar e, até mesmo, na substituição da prisão por medidas diversas. Principalmente se, no acordo de colaboração, o acusado se comprometer a devolver os valores e bens obtidos com a prática dos crimes em apuração. O que preocupa é que a prisão seja utilizada como instrumento para *convencer* o acusado a colaborar, pois a colabora tem de ser espontânea, sob pena de inválida.

Certamente que o melhor seria a previsão de norma expressa vedando a colaboração premiada, enquanto o acusado estiver recolhido à prisão, pois, na condição de preso, é difícil ter-se maior certeza quanto à *voluntariedade* para a realização do acordo. Seja como for, a Lei nº 13.964, de 2019, quanto a essa questão, contentou-se em estabelecer que, quando da apreciação do acordo para fins de homologação ou não, o juiz deve examinar a “voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares” (art. 4º, § 7º, inciso IV, da Lei nº 12.850, de 2013, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Cabe acrescentar, porém, um aspecto que é pouco debatido na doutrina e não é, as mais das vezes, levado em consideração nas decisões judiciais. A prisão preventiva é cabível na fase investigatória e na fase processual, antes ou depois da sentença condenatória. Parece evidente que na decretação da prisão preventiva, ademais de ser ter em conta que se trata de uma medida excepcional com o condão de flexibilizar o direito fundamental à liberdade, no caso concreto, deve ser levada em consideração a fase da persecução criminal. Na decretação da prisão preventiva na fase da investigação deve se ter em conta ser plenamente fatível, no final, a pessoa não ser, sequer, denunciada.

A literatura forense possui vários e vários casos com essa peculiaridade. Cremos que o juiz, sempre e sempre, ao decretar a prisão preventiva, deve levar em consideração se a hipótese é da fase

²⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Data da decisão: 30/10/2000. Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 4 jan. 2012.

²⁴¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Data da decisão: 04/06/2009. Disponível em: www.cjf.jus.br/juris/unificada. Acesso em: 4 jan. 2012.

da investigação ou processual. Quando se trata da fase processual, os indícios de autoria ou participação estão mais robustecidos, em razão do oferecimento da ação penal e a consequente admissibilidade pelo juiz. Na fase do inquérito, portanto, mais ainda do que na judicial, o juiz deve ponderar com mais intensidade se não seria suficiente e adequada a imposição isolada ou cumulativa de medidas cautelares diversas da prisão.

O mesmo se diga quando há a prolação da sentença condenatória, pois, ainda que passível de recurso, concretamente, o juiz flexibiliza o princípio da presunção de não culpabilidade, na medida em que emite uma declaração de culpa. Pode ser que, após o esclarecimento, com a realização da instrução processual, das circunstâncias do crime e quanto ao comportamento do acusado, na sentença de condenação seja o caso de juiz substituir a medida cautelar diversa pela prisão preventiva, por exemplo.

Porém, a despeito do que foi dito, não é demais uma vez mais repetir que, em razão da característica de subsidiariedade da prisão preventiva em relação às medidas cautelares pessoais diversas, contemplada, por obra da Lei nº 12.403, de 2011, nos arts. 282, §6º e 310, II, parte final, ambos do CPP, qualquer que seja o estágio da persecução penal, a despeito de fundamentar a necessidade de imposição da medida cautelar detentiva com suporte em um dos fundamentos do art. 312 do CPP, o juiz tem, ainda, de explicitar, na decisão, que nenhuma das outras medidas se mostra *adequada e suficiente* para, no caso concreto, prestar a tutela ao processo²⁴¹⁸.

Mas, conquanto não houvesse na redação originária do Código de Processo Penal medidas cautelares diversas da prisão, ainda assim, conforme salientado acima, a prisão preventiva, como regra, só era prevista para delitos que, conforme a política legislativa referente ao sistema criminal de então, eram considerados mais graves. Primeiro, adotou-se como critério a circunstância de o crime ser afiançável, ou não, de modo que, como regra geral, a preventiva só era cabível quando o delito fosse inafiançável. Diante da reforma promovida pela Lei nº 6.416, de 1977, mudou-se o critério para a espécie de pena prevista para a definição do crime como de maior ou menor gravidade. Assim, os crimes punidos com reclusão eram considerados os mais graves, que eram, como regra, os passíveis de prisão preventiva, ao passo que os sancionados com a detenção eram os de menor gravidade, para os quais a cautelar detentiva só era admissível em situações excepcionais.

Na redação originária do art. 313, caput, do CPP, não constava, como condição para a admissão da preventiva, a exigência de o crime ser doloso. Bastava que fosse punido com reclusão. Mediante a reforma de 1977, no caput do art. 313, foi incluída a circunstância de o crime ser doloso como condição para a admissibilidade da prisão preventiva, de modo que, conforme a regra geral anterior à segunda etapa da Reforma Tópica, essa medida era cabível apenas quando o crime em apuração fosse *doloso* e punido com *reclusão* (art. 313, caput e I, do CPP). De fato, para não deixar dúvidas de que a prisão preventiva só era cabível em se tratando de crime praticado com dolo, o caput do art. 313 do CPP estava assim redigido: “Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos *crimes dolosos*” (Grifos acrescentados). Portanto, de modo expresso, não se admitia, em qualquer que fosse a hipótese, a imposição de medida preventiva, em crime culposo.

No inciso I do dispositivo em comento constava a regra geral de que, conquanto o crime fosse doloso, a preventiva só deveria ser decretada se a pena fosse de reclusão. Assim se o tipo de sanção estabelecido para o ilícito, em que pese privativa do direito de liberdade, fosse de detenção, em princípio, não cabia a decretação de prisão preventiva, salvo quando a situação se enquadrasse em uma das exceções tratadas nos incisos II, III e IV²⁴¹⁹ do art. 313 do CPP.

Só excepcionalmente, desde que atendida a exigência do caput do art. 313 de tratar-se de ação dolosa, admitia-se a prisão preventiva em crimes punidos com detenção, quando: (a) apurado que o agente era vadio, ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecesse ou não indicasse os elementos para esclarecê-la (art. 313, II, do CPP); (b) quando o agente tivesse sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, salvo quando já tivesse ocorrido a prescrição da reincidência (art. 64, I, do Código Penal), que se dá cinco anos depois do cumprimento ou da extinção da pena (art. 313, III, do CPP); e (c) o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha), para garantir a execução das

²⁴¹⁸ Cf. item 6.1.5, supra.

²⁴¹⁹ Esse inciso fora acrescentado ao art. 313 do CPP com a edição da Lei nº 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha).

medidas protetivas de urgência.

Portanto, devido à circunstância de a condição de crime doloso ter figurado como requisito estampado no caput do art. 313 do CPP, tanto no caso da regra geral (inciso I) quanto das exceções (incisos II, III e IV), sendo o crime culposos, não era cabível a prisão preventiva.

Todavia, nas sucessivas reformas tópicas levadas a efeito no sistema criminal brasileiro, o legislador foi, paulatinamente, abandonando a classificação do crime como de maior ou de menor gravidade tendo em conta o tipo de pena, se de reclusão ou detenção. Notadamente a partir de 1998, quando o legislador alterou o Código Penal para admitir a substituição da pena de prisão, cujo máximo não fosse superior a 4 (quatro) anos, pela restritiva de direitos, essa quantidade da pena passou a ser o parâmetro utilizado como política legislativa para fins de adoção de tratamento normativo mais ou menos rigoroso.

Observe-se que, antes da primeira etapa da Reforma Tópica, o critério considerado para a definição da espécie de procedimento, se ordinário ou sumário, era conforme o tipo da pena, respectivamente, se de reclusão ou detenção. O procedimento ordinário, o mais elástico, em que há maior amplitude de exercício da ampla defesa, era previsto para os crimes punidos com reclusão, enquanto o sumário, mais estreito, era estabelecido para os delitos nos quais era cabível a pena de detenção. Conforme vimos linhas atrás, com a primeira etapa da Reforma Tópica implementada em 2008, o legislador cuidou de alterar as regras pertinentes aos procedimentos ordinário e sumário e, ademais, substituiu o então critério de definição com base no *tipo* da pena (reclusão ou detenção) pelo da *quantidade* da pena abstrata máxima. Assim, para os crimes em que a pena abstrata máxima é igual ou superior a 4 (quatro) anos, procedimento ordinário, enquanto para aqueles em que a privativa de liberdade é superior a 2 (dois), mas inferior a 4 (quatro) anos, o procedimento sumário.

Mantendo essa nova política legislativa, o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica, com a Lei nº 12.403, de 2011, também deixou de ter como referencial, para fins de estabelecer a regra geral de admissibilidade da prisão preventiva, a *espécie* de pena (reclusão ou detenção) e adotou a *quantidade* da pena. Com isso, de acordo com a redação atual do art. 313, I, a prisão preventiva só é cabível, de regra, “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”.

Nos incisos II e III (acrescentou além dos casos de crimes contra a mulher, os que forem praticados contra *criança, adolescente, idoso, enfermo* ou *pessoa com deficiência*) do art. 313 do CPP, o legislador da segunda fase da Reforma Tópica manteve as exceções que constavam, respectivamente, dos incisos III e IV do citado artigo. A exceção que era estampada no inciso II da norma em destaque, findou sendo deslocada para um parágrafo único, com supressão da primeira parte que se referia à situação de vadio. Desse modo, o art. 313 do CPP hoje está escrito conforme abaixo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I — nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II — se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de dezembro de 1940 — Código Penal;

III — se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgências;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Uma questão desde logo merece destaque. O legislador da segunda fase da Reforma Tópica deslocou a exigência de que o crime seja doloso do caput do art. 313 do CPP, como era antes, para o inciso I do mesmo dispositivo. Uma leitura apressada pode dar a entender que, agora, salvo quando for a hipótese do inciso I, não haverá a exigência de que o crime seja doloso, a fim de que admissível a preventiva. Ainda que exegese história, técnica e literal anime essa conclusão, ela não se apresenta razoável, pois não se mostra afinada com a lógica sistêmica. O deslocamento da exigência de ser o crime doloso, para fins de admissibilidade da prisão preventiva, do caput para o inciso I do art. 313, tudo indica, foi com a intenção deliberada de retirar essa exigência quando a situação se encaixar na

hipótese estampada no parágrafo único da norma jurídica em destaque.

Em nosso sistema jurídico, uma característica ínsita à prisão preventiva sempre foi a ausência de prazo em relação à sua duração. Sem embargo da crítica de parte considerável da doutrina em razão de o ordenamento brasileiro não estabelecer prazo próprio e específico para a validade da prisão preventiva, a Lei nº 12.403, de 2019, não tratou do assunto. Sem a previsão de prazo fixo para a duração da prisão, em muitos casos, o agente fica encarcerado durante o trâmite do processo, lá permanecendo por vários anos, com a plena possibilidade de em alguns casos a própria pena fixada na decisão condenatória transitada em julgado ser inferior ao tempo em que o agente permaneceu no estabelecimento penal.

Não houve o cuidado, portanto, de estabelecer a *duração razoável da prisão preventiva*. Tratou apenas de estabelecer um momento específico do processo no qual o juiz, de ofício, necessariamente, terá de reexaminar a necessidade, ou não, da manutenção da prisão preventiva. Fê-lo mediante a inserção de um parágrafo único no art. 387 do CPP, a fim de dispor que, na sentença condenatória, “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção... de prisão preventiva... ou de outra medida cautelar”. Estabeleceu, portanto, um marco processual que torna obrigatória nova decisão sobre a preventiva. Não há de negar-se que essa norma representou um bom avanço, até porque, em muitos casos, proferida a sentença, não mais se justifica a prisão preventiva, sem falar que, em outros tantos, mostra-se adequada e suficiente a sua substituição por medida cautelar alternativa.

Ainda assim, essa previsão normativa não se prestou para tratar, adequadamente, do problema crucial a respeito do controle da duração da prisão preventiva, apontado acima. Por isso mesmo, quando da discussão do projeto de lei no Senado, surgiu a proposta de que fosse acrescentado um § 7º ao art. 282, a fim de estabelecer que o juiz ou tribunal, responsável pela decretação da prisão preventiva, teria que, obrigatoriamente, a cada 60 (sessenta) dias ou, em caso de situação excepcional, em prazo menor, reexaminar e decidir sobre a necessidade de sua manutenção.

Sem embargo dessa proposição, apareceu outra proposta, no sentido efetivamente de estabelecer prazo próprio e específico para a duração máxima da prisão preventiva, que seria de 180 (cento e oitenta) dias em cada grau de jurisdição²⁴²⁰.

Infelizmente, nenhuma das duas propostas foi acolhida pelo Parlamento, de modo que não há norma jurídica encartada no Código de Processo Penal disciplinando controle quanto ao tempo de duração da prisão preventiva.

De qualquer maneira, os mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça por intermédio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário — DEMF, a par de revelarem um crescimento significativo de presos provisório, entre os anos de 2005 e 2008, indicaram a necessidade de implantação de mecanismo eficiente de acompanhamento das medidas cautelares detentivas e da sua duração razoável, razão pela qual o referido órgão central do sistema judicial editou a Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009 — com seguidas alterações, no sentido de aprimorar a fiscalização quanto ao seu cumprimento.

Três dispositivos encartados na Resolução em destaque, por pertinentes ao tema tratado, merecem referência especial, todos impondo obrigações para o melhor controle das prisões cautelares²⁴²¹: (a) obrigação de os órgãos jurisdicionais com competência criminal enviarem, com a periodicidade mínima trimestral, relatório às Corregedorias dos respectivos tribunais, com a identificação do número, data e natureza das prisões cautelares, com o acréscimo da data e do conteúdo do último movimento de cada processo (art. 2º, caput); (b) dever funcional dos servidores de, verificada a paralisação de inquérito ou processo por mais de três meses, fazer, incontinenti, a conclusão ao juiz (art. 3º); (c) dever do juiz de, por meio de relatório, no caso de paralisação de inquérito ou processo por mais de três meses, informar à corregedoria as providências que foram adotadas, com as devidas justificativas para a demora na movimentação (art. 5º).

Finalmente, a Lei nº 13.964, de 2019, malgrado não tenha estipulado um prazo máximo de

²⁴²⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Breve depoimento sobre algumas reformas e propostas de reforma do código de processo penal. In: *Reforma infraconstitucional: processo penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 103. A proposta era de que fosse acrescentado o art. 315-A.

²⁴²¹ A Resolução nº 66, de 2009, também disciplinou a criação de um banco de dados para cooperar na fiscalização das medidas cautelares. O BNMP, porém, só foi criado em 2011, sem, porém, servir para controlar o tempo de duração da prisão preventiva.

duração da prisão preventiva, estabeleceu regra quanto a sua *prorrogação* e a sua *revisão*. A prorrogação está prevista no art. 3º-B, VII, enquanto a revisão no art. 316, parágrafo único, ambos do CPP. Essa distinção é importante, pois não se tem dado a devida atenção a esse aspecto. De fato, pela primeira vez, o legislador foi mais cioso quanto à precariedade da prisão ainda na fase da investigação, conferindo um tratamento diferenciado.

Nos termos do art. 3º-B, VII, cabe ao juiz das garantias, no controle da legalidade da investigação criminal, “*prorrogar a prisão provisória* ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, *no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral*, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente” (Grifos acrescentados). Esse dispositivo precisa ser lido associado ao § 2º do art. 3º-B, segundo o qual, “Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada”.

Por conseguinte, tratando-se da fase da investigação, o prazo da *prisão provisória* – compreende, como visto, tanto a preventiva quanto a temporária –, de regra, é o previsto para a conclusão do inquérito policial, na justiça estadual 10 (dez) dias (art. 10, primeira parte, do CPP) e na justiça federal 15 (quinze) dias (art. 66, primeira parte, da Lei nº 5.010, de 1969). Em ambos os casos, a prorrogação só é admissível uma única vez, e pelo prazo máximo de mais 15 (quinze) dias. Portanto, no âmbito da justiça estadual, o prazo máximo da prisão preventiva, computando a possibilidade de prorrogação, é de 25 (vinte e cinco) dias, enquanto na justiça federal é de 30 (trinta) dias.

É verdade que, em rigor, sempre se entendeu que, nos termos do art. 10, caput, do CPP, a prisão preventiva, na fase da investigação, acarretava como consequência a necessidade da conclusão do inquérito policial no prazo de 10 dias, contado a partir do dia em que se deu o recolhimento ao estabelecimento penal, sob pena de revogação da prisão. Mas se tratava, apenas, de entendimento doutrinário e jurisprudencial, a despeito de comportar tergiversação quanto a essa consequência, de modo que em alguns casos mais complexos se tolerava demora maior na conclusão do inquérito sem que isso trouxesse efeito para a prisão, não havia previsão legal expressa a respeito.

No entanto, a despeito de o prazo, agora, com a inclusão do § 2º do art. 3º-B do CPP ter sido ampliado em mais 15 (quinze) dias diante da possibilidade da prorrogação da conclusão da investigação por esse prazo, restou inserta *regra peremptória* estabelecendo que, extrapolado esse lapso temporal, a *prisão será imediatamente relaxada*. Observe-se que não se falou em *concessão do direito à liberdade provisória*, mas em *relaxamento* da medida prisional, o que, conforme explicitado no item 9.6.5, supra, pressupõe a ilegalidade da prisão. Por conseguinte, por expressa disposição legal, depois da prorrogação, a permanência no cárcere na fase da investigação em razão de prisão preventiva é considerada ilegal, pelo que deve ser providenciado o seu relaxamento²⁴²².

Mais do que nunca, portanto, há de se ponderar quanto à conveniência da decretação de prisão preventiva na fase da investigação, na medida em que, mesmo por linhas transversas, há prazo fatal para a sua vigência.

Quanto à prisão preventiva no curso do processo, malgrado não tenha sido estabelecido um prazo fatal, o legislador cuidou de determinar, assim como já tinha previsto o CNJ por meio de resolução – solenemente ignorada pela expressa maioria dos juízes – a necessidade de renovação periódica, a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada. Trata-se, como se vê, de um *prazo de revisão*, não de um *prazo de duração*. No ponto, Rogério Schietti²⁴²³ adverte que essa previsão normativa segue as diretrizes quanto ao tema apontadas por legislações mais modernas como as de Portugal, Alemanha e da Costa Rica, que contempla a existência de um *procedimento examinatório*, ao tempo em que reforça o *princípio da provisoriedade* das medidas cautelares

Com efeito, a dicção normativa está vazada nos seguintes termos: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. Aqui, caso não realizada, na época própria, a revisão, a prisão se torna ilegal, sendo caso, portanto, de

²⁴²² Sobre a questão do prazo da prisão quanto se trata da prisão temporária, o assunto será tratado no item seguinte.

²⁴²³ *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas* 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 347-348.

relaxamento.

Essa norma é sobremaneira importante, e, certamente, terá o condão de diminuir, sensivelmente, o número de prisões preventivas. Há de se ter em consideração que, a despeito de a partir dos anos 1980 o Brasil ter experimentado um aumento exponencial da população carcerária, a taxa de presos provisórios é bastante acentuada. A esse respeito, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional divulgados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2019, dos 758.676 presos no país, 253.963 eram provisórios, o que corresponde a 33,47% da população carcerária. Assim, ainda que não estabelecido um prazo máximo para a prisão preventiva, era mais do que necessário impor um maior controle para essa espécie de prisão. Ademais, diante da necessidade de revisão periódica, certamente isso terão o condão de diminuir a quantidade de prisões preventivas, diante das eventuais revogações e, de soslaio, será importante para acelerar a prolação da sentença.

Mas a redação emprestada não foi das melhores, suscitando dúvidas quanto ao seu alcance. O primeiro questionamento é quanto à expressão *órgão emissor da decisão*. O legislador poderia ter utilizado a expressão *juiz*, porém, preferiu *órgão emissor*. Talvez a intenção com a palavra tenha sido para abranger as situações em que a prisão preventiva é decretada em decisão monocrática ou colegiada de tribunal, mercê da competência recursal ou originária.

No entanto, não parece razoável que o juiz de primeiro grau, tendo decretado a prisão preventiva, persista com o poder decisório em relação à medida cautelar, com a atribuição para revisão a prisão, quando o processo se encontra na fase recursal, momento processual em que ele já tenha encerrado o ofício jurisdicional, devido à prolação da sentença. Naturalmente, se assim fosse, isso ocasionaria, tumulto processual indesejável. Nem se argumente que no cenário do processo eletrônico, na prática, a manutenção da competência com a primeira instância para revisar a prisão preventiva seria plenamente possível. Acontece que a prisão preventiva pode ser decretada nos autos do processo principal, o que é a regra quando a decisão ocorre na fase processual ou, então, a medida é deferida na própria sentença condenatória. Um processo, ainda que no formato eletrônico, não pode permitir que juízes de instâncias diferentes, simultaneamente, possam emitir pronunciamentos judiciais, por motivos mais do que óbvios.

Ademais, a regra é de que a competência do juízo para o processo compreende as medidas cautelares e a decisão quanto à manutenção ou revogação, ainda na hipótese em que tenham sido deferidas em outra instância. De outra banda, a despeito da forma como redigida a norma, a interpretação mais razoável para o dispositivo é de que a necessidade dessa revisão periódica há de ser feita enquanto não houver a sentença ou acórdão condenatória. É uma forma de controle maior quanto à supressão do direito de liberdade em estágio do processo no qual não há, ainda, um *juízo de culpabilidade* firmado pelo Judiciário.

A interpretação aqui emprestada tem o condão de reforçar o entendimento de que o *Pacote Anticrime* passou a fazer tratamento normativo diferenciado, conforme seja a fase processual em que decretada a prisão preventiva: (a) na fase da investigação, a preventiva, excepcionalmente, pode ser prorrogada, pelo prazo máximo de 15 (quinze) dias, caso a apuração pré-processual não seja encerrada no prazo de 10 (dias), no âmbito estadual, e de 15 (quinze) dias, na seara federal; (b) a fase processual, antes da condenação, a preventiva tem de ser revisada a cada 90 (noventa) dias.

No ponto, esse foi o entendimento firmado à unanimidade pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 589644, relatado pela Ministra Laurita Vaz, em sessão realizada em 8 de setembro de 2020. Com carradas de razão, salientou a relatora em epígrafe que “A inovação legislativa se apresenta como uma forma de evitar o prolongamento da medida cautelar extrema, por prazo indeterminado, sem formação de culpa. Daí o dever de ofício de o juiz ou o tribunal processantes declinarem fundamentos relevantes para manter a segregação provisória”²⁴²⁴. Agregou que, proferida a sentença ou o acórdão condenatório, situação em que já exercidos o contraditório e a ampla defesa e revisada a prisão com esteio no art. 387, § 1º do CPP, a impugnação (controle) sobre a preventiva há de ser feita pelos meios recursais ordinários e, até mesmo, pela via do habeas corpus.

Essa questão pontual, no entanto, ainda pende de pronunciamento do Supremo Tribunal

²⁴²⁴ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/Relatora-restringe-aplicacao-da-nova-lei-que-impoe-revisao-periodica-da-prisao-preventiva.aspx>. Acesso em: 3 mar. 2021.

Federal, pois deixou de enfrentá-la no julgamento do HC 191836/SP. Esse processo chamou a atenção de toda a sociedade, uma vez que o Ministro Marco Aurélio, ao argumento de que o Tribunal Regional Federal da Terceira Região, não havia cumprido, quando o processo se encontrava na fase recursal, a regra plasmada no parágrafo único do art. 316 do CPP, revogou a prisão preventiva e determinou a soltura de integrante de conhecida organização criminosa, mais conhecido pela alcunha de *ANDRÉ DO RAP*²⁴²⁵. A liminar foi suspensa pela presidência da Corte e, no julgamento do mérito, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio, deixou consignado, na ementa do acórdão da lavra do Ministro Alexandre de Moraes²⁴²⁶, o entendimento de que “... o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, conseqüentemente, a concessão de liberdade provisória”.

Ainda quanto ao parágrafo único do art. 316 do CPP, está dito, apenas, que o juiz deve fazer a revisão de ofício. Mas nada expõe sobre a observância do contraditório. Todavia, o juiz deve fazer o controle da prisão de modo que, antes de completar 90 (noventa) dias, deve abrir vista, sucessivamente, ao Ministério e à defesa para que se manifeste, no prazo assinado, sobre a manutenção, ou não, da prisão. Como não há previsão desse prévio contraditório e, obviamente, quanto ao prazo, o juiz deve assinar o prazo, que pode ser de 3 (três) dias, por exemplo, ou aplicar, subsidiariamente, o prazo de 5 (cinco) dias, estampado no § 3º do art. 282 do CPP.

Por fim, quanto à fundamentação da manutenção da prisão preventiva, merece especial atenção a exigência contida no art. 312, § 2º, no sentido de que a “*A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em recio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada*”(Grifos acrescentados). Ora, se o investigado ou acusado estiver preso, muito provavelmente ele deve ter cessado a sua atividade criminosa, de modo que, dificilmente, caso o recolhimento à prisão cumpra a sua finalidade, o juiz vai dispor de *fatos novos ou contemporâneos* para justificar a manutenção da medida. A justificativa para a manutenção na prisão pode ser no sentido de que não há nada de novo a revelar que, uma vez solto, o investigado ou acusado não venha a reiterar a prática delitiva, prejudicar a instrução do processo ou comprometer a aplicação da lei penal. Isso sem prejuízo de se atentar para a circunstância de o dispositivo, expressamente, se referir à *decisão que decretar a prisão preventiva*, não à *decisão de sua manutenção*.

Portanto, em relação à revisão da prisão preventiva, prevista no parágrafo único do art. 316, a decisão deve atender ao disposto no art. 315, caput e §§ 1º e 2º, não se aplicando o § 2º do art. 312, todos do CPP.

9.6.5.1.2 – Prisão temporária.

Com a vinda a lume da Constituição de 1988, conquanto exurgida acesa discussão, a doutrina e a jurisprudência dominantes adotaram a posição de que a incomunicabilidade estampada no Código de Processo Penal (art. 21) havia sido revogada por força da disposição contida no art. 136, § 3º, IV, da Lei Maior²⁴²⁷. Ademais, da análise da Constituição, restaram vedadas, a partir de sua edição, as chamadas prisões para averiguações, que eram efetuadas por mera ordem da autoridade policial. Para suprir o que seria a lacuna deixada pela revogação da incomunicabilidade normatizada no art. 21 do

²⁴²⁵ O caso recebeu destaque nos meios de comunicação porque, na decisão monocrática que revogou a prisão, o Ministro Marco Aurélio determinou que o paciente, ao ser liberado, permanecesse na “... residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade” (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021). O paciente, no entanto, como se sabe, tão logo saiu do cárcere, empreendeu fuga.

²⁴²⁶ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345763610&ext=.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

²⁴²⁷ Sobre o assunto surgiram duas correntes. Uma defendia que o art. 136, § 3º, IV, da Constituição, embora vede a incomunicabilidade do preso, trata de cerceamento de liberdade ocorrido durante período de exceção, uma vez que o caput do referido dispositivo cuida de fatos ocorridos durante o estado de defesa. Ademais, essa corrente de pensamento partia da premissa de que, caso fosse intenção do constituinte estender a incomunicabilidade para toda e qualquer situação, ele teria colocado a garantia dentre o rol dos direitos fundamentais declarados no art. 5º da Norma Maior. A outra posição, perfilhada pela doutrina majoritária, partia da consideração de que, se nem mesmo durante o período de exceção, no qual há restrição quanto ao exercício de alguns direitos fundamentais, não se admite a decretação da incomunicabilidade, por maiores razões isso não seria admissível no estado de normalidade.

Código de Processo Penal e das prisões para averiguações, o legislador ordinário cuidou de editar a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, para com ela criar a chamada prisão temporária²⁴²⁸.

A exposição de motivos da lei em referência diz, textualmente, que ela visa "... permitir que a autoridade policial, diante da prática de um crime, não possuindo ainda elemento de prova que permitiria a prisão, e na ausência do flagrante, permaneça com o investigado sob a sua disposição, com o fim de proceder à coleta de elementos demonstrativos de autoria e materialidade"²⁴²⁹, pelo prazo máximo de cinco dias, "... durante os quais o indiciado poderá ficar incomunicável, medida necessária para o êxito das investigações sem exclusão, portanto, da possibilidade de sua entrevista com o advogado"²⁴³⁰.

Analisando a exposição de motivos e o conteúdo da lei que instituiu a prisão temporária, VALDIR SZNICK²⁴³¹ diz que, a despeito das justificativas apresentadas para a sua edição, o verdadeiro e único objetivo foi o de dar à polícia, sob outra forma, após a Constituição, "... maior alcance no que se refere às prisões, as chamadas 'prisões para averiguações', que eram ilegais, mas que a autoridade policial teimava em fazê-las e o Poder Judiciário a fechar os olhos como se a mesma não existisse"²⁴³². Com efeito, conforme anotam LIBERATO PÓVOA e ANTHONY STEVESON, a despeito da vedação constitucional, antes do irromper da Lei nº 7.960, de 1989, "... já era comum ouvirem-se comentários sobre prisões para averiguação e até mesmo corretivas, em nome de um trabalho ágil e competente da polícia, mas violadoras dos mais notórios preceitos constitucionais, concebíveis como medidas típicas de regimes de exceção"²⁴³³.

Sem embargo da controvérsia surgida a respeito, com alguns doutrinadores sustentando que essa espécie de prisão padece de vício de inconstitucionalidade devido a não ter como fundamento o *periculum in mora* e requisito o *fumus boni iuris*, firmou-se o entendimento de que a prisão temporária é uma das espécies de prisão provisória, com natureza cautelar, a ser decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou representação de autoridade policial, admissível apenas nos crimes expressamente identificados na Lei nº 7.960, de 1989, ainda assim, desde que se trate da fase do inquérito policial. Nesse sentido, EUGÊNIO PACHELLI assinala "... que a prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí por que não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal"²⁴³⁴. A consequência que daí decorre é de que, tratando-se de medida acautelatória da instrução do inquérito policial, há de interessar à autoridade policial e ao Ministério Público, razão pela qual o juiz, em hipótese alguma, pode decretá-la de ofício²⁴³⁵. Por isso mesmo, a lei de regência não fez menção à possibilidade de o juiz decretá-la de ofício.

Dessa forma, a defesa da constitucionalidade da prisão temporária feita por parte da doutrina se basta na afirmativa de que, a despeito do que se contém na exposição de motivos da Lei nº 7.960/89, ela detém natureza acautelatória. De fato, a interpretação da lei em foco deve ser feita conforme a principiologia da Constituição, segundo a qual, em obséquio à cláusula da presunção de

²⁴²⁸ Não se trata de inovação brasileira, pois é prevista em outras legislações, como a portuguesa, espanhola, francesa, italiana e americana (Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 392; PÓVOA.; STEVESON. Op. cit., p. 31).

²⁴²⁹ SZNICK, Valdir. Liberdade, prisão cautelar e temporária. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994. p. 484.

²⁴³⁰ Ibid., p. 485.

²⁴³¹ Ibid., p. 485.

²⁴³² Como reporta VALDIR SZNICK, quando da edição da lei em referência, instituindo, em nosso meio, a prisão temporária, houve muita discussão a respeito de sua constitucionalidade, e mesmo de sua real necessidade. Contra, Cf. CENEVIVA, Walter. Folha de São Paulo, 9 de novembro de 1980, p. 58; BASTOS, Márcio Thomas. Jornal do Advogado, 1980, nº 67, p. 3; FLACH, Luiz Maria. *Prisão cautelar e plantão judicial*. Ajuris, nº 27. p. 107. A favor da prisão temporária, cf. OLIVEIRA. Op. cit., p. 530-535; MIRABETE. Op. cit., p. 392-396; CAPEZ. Op. cit., p. 215-218; TOURINHO FILHO. Op. cit. v. 3, p. 348; PÓVOA. Op. Cit.; STEVESON, Marco Anthony. *Prisão temporária*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 34-36. A favor, Cf. CARVALHO, Luiz Augusto Grandinetti. Op. cit., p. 116; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Constitucionalidade da prisão temporária*. Cadernos de doutrina e jurisprudência da associação paulista do ministério público, São Paulo, 1993, 27/49; OLIVEIRA. Op. cit., p. 530; MIRABETE. Op. cit., p. 392.

²⁴³³ Op. cit., p. 29.

²⁴³⁴ OLIVEIRA. Op. cit., p. 530. No mesmo sentido, cf. MIRABETE. Op. cit., p. 395. Note-se, uma vez mais, que os incisos I e II do art. 1º da lei em destaque somente se referem a inquérito policial, o que dá fôlego à doutrina majoritária no sentido de que a imposição dessa medida acautelatória não é admissível quando já ofertada a ação penal.

²⁴³⁵ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal, p. 537; MIRABETE. Julio Fabbrini. Processo penal, p. 395.)

inocência, somente se admite a prisão processual, seja qual for a sua nomenclatura e momento de imposição, quando revestida de cautelaridade.

Observe-se que, consoante o disposto no art. 1º, incisos I/III, da Lei nº 7.960, de 1989, as hipóteses de admissibilidade da prisão temporária ocorrem quando (i) imprescindível para as investigações do inquérito policial; (ii) o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; e (iii) houver fundadas razões, de acordo com elementos probatórios legítimos, de autoria ou participação do indiciado em um dos ilícitos penais descritos nas alíneas do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989²⁴³⁶.

Não procede a observação feita por MIRABETE de que, em razão do inciso I do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, a lei é draconiana, na medida em que, diferentemente do que está exposto no inciso II, possibilita a decretação da prisão temporária de qualquer pessoa, aí incluída, até mesmo, a testemunha²⁴³⁷. Ora, para a decretação da prisão temporária, mister se faz, ainda, a satisfação de seus requisitos, que repousam na *prova da materialidade do fato criminoso* e em *fundadas razões da autoria ou participação* no crime. Assim, resta claro que a prisão temporária, em nenhuma hipótese, pode recair sobre quem não se tenha elementos probatórios, mesmo indiciários, quanto à autoria ou participação no crime, ficando afastada, assim, a menor possibilidade de que esse tipo de medida cautelar tenha como destinatária qualquer pessoa, que não seja a investigada e contra a qual tenha sido reunidos os elementos referentes à chamada *culpa sumária*.

Entretanto, não se há de negar que a interpretação literal do comando normativo em exame leva à conclusão de que, para a decretação da prisão temporária, basta a satisfação de um dos incisos, o que implicaria admitir-se a adoção dessa medida cautelar apenas em razão da natureza do crime praticado, posição que não se mostra razoável nem conforme a Constituição²⁴³⁸. Aliás, a respeito dos fundamentos necessários para a decretação da prisão temporária, surgiram três correntes: a primeira, em interpretação literal do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, defendia que, como na enumeração não se utilizou a conjunção aditiva *e*, tem-se por cabível a prisão temporária em qualquer uma das situações previstas nos incisos do mencionado artigo, de modo que os três requisitos devem ser considerados como alternativos²⁴³⁹.

A segunda corrente, igualmente, parte de interpretação literal, para dizer que, como o legislador, ao contrário de como procedeu ao redigir o art. 312 do Código de Processo Penal, não fez uso da conjunção alternativa *ou*, tem-se que, para a infligir a prisão temporária, reclama-se a satisfação dos três fundamentos estampados nos incisos do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989²⁴⁴⁰.

Por fim, a terceira corrente, a mais aceita, entende que sempre tem de estar presente a motivação do inciso III da lei em referência, conjugada com uma das duas encartadas nos incisos I e II²⁴⁴¹. Dessa forma, passou-se a entender que a circunstância de o crime ser um daqueles definidos nas alíneas do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, é imprescindível para que seja possível a imposição da prisão temporária, seja qual for a hipótese, porém, não é o bastante. Assim, se o crime praticado não se enquadrar em nenhuma das *fattispecies* da norma supramencionada, não se permite que haja a decretação da prisão temporária²⁴⁴². Com efeito, a jurisprudência do STJ é no sentido de que a prisão temporária só cabe nos crimes definidos no art. 1º, III, da Lei 7960, de 1989. Nesse sentido, confira-se a decisão, à unanimidade de seus pares, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Ministro Relator FELIX FISCHER:

²⁴³⁶ Conforme o inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, a prisão temporária caberá nos seguintes crimes: (1) homicídio doloso; (2) sequestro ou cárcere privado; (3) roubo; (4) extorsão; (5) extorsão mediante sequestro; (6) estupro; (7) atentado violento ao pudor; (8) raptio violento; (9) epidemia com resultado de morte; (10) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; (11) quadrilha ou bando; (12) genocídio; (13) tráfico de drogas; (14) crimes contra o sistema financeiro.

²⁴³⁷ Op. cit., p. 393.

²⁴³⁸ Essa é a posição de MIRABETE (Cf. Op. cit., p. 393).

²⁴³⁹ MIRABETE, Op. cit., p. 393.

²⁴⁴⁰ CARVALHO. Op. cit., p. 115.

²⁴⁴¹ FERNANDES. Op. cit., p. 297.

²⁴⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Classe: RHC – Processo: 35557, UF: PR, Data da decisão: 20/09/2004. Disponível em: www.cjf.gov.br/Juris/Juris.asp. Acesso em: 11 jul. 2005.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155 DO CP. PRISÃO TEMPORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. – Não pode subsistir o decisum que decretou a prisão temporária do paciente, investigado em sede de inquérito policial pela suposta prática do delito inculcado no art. 155 do CP, o qual não está inserido no rol do art. 1º, III, da Lei nº 7.690/89. (Precedentes). Writ concedido, para revogar a decisão que determinou a prisão temporária do paciente, sem prejuízo de que nova custódia cautelar seja decretada, desde que em observância aos requisitos legais.

Porém, ainda assim, o só fato de o crime ser um daqueles indicados no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, não é suficiente para a decretação da prisão temporária. Desse modo, além da satisfação do inciso III do art. 1º da lei em foco, o caso tem de se subsumir ou na hipótese do inciso I (ser imprescindível para as investigações do inquérito policial) ou na do inciso II (o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade).

Em verdade, observa-se que a hipótese contemplada no inciso I (imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial) compreende a que é prevista no inciso II (não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade), ambos da lei em estudo. Ora, sendo a prisão temporária medida acautelatória a ser adotada ainda na fase pré-processual, tem-se que ela, para ser decretada, há de ser, necessariamente, imprescindível para as investigações do inquérito policial. Se ela não for necessária, não há por que limitar o direito de liberdade da pessoa. Ademais, o fato de uma pessoa não ter a residência fixa ou de não apresentar os seus dados de identificação somente justifica o decreto prisional caso a medida se mostre indispensável para a instrução do inquérito policial, conforme adverte EUGÊNIO PACELLI²⁴⁴³. Se esse não for o entendimento, todas as vezes que se tratar de investigado que ostenta a condição de morador de rua, desde que o crime fosse um dos previstos no rol da lei, a prisão temporária deveria ser determinada, mesmo quando não estivesse evidenciada a necessidade da imposição dessa medida.

Na esteira desse entendimento, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em decisão tomada à unanimidade por sua Quarta Turma, no Recurso Criminal de registro cronológico 200038000241551-MG, relatado pelo Desembargador Federal MÁRIO CÉSAR RIBEIRO²⁴⁴⁴, assim decidiu:

PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. FALSIDADE DOCUMENTAL. ENVOLVIMENTO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. INDICIADO EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO. INVESTIGAÇÃO. PRISÃO TEMPORÁRIA. DILIGÊNCIAS. IMPRESCINDIBILIDADE 1. A prisão temporária pode ser decretada quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em fato típico e antijurídico previsto na Lei nº 7.906/89 (...).

Cabe observar que, em consonância com a dicção normativa, assim como ocorre em relação à prisão preventiva, além dos fundamentos, há os *requisitos* que precisam estar deferidos para que haja autorização para a prolação de decisão judicial instituindo a prisão temporária. Enquanto em relação à primeira medida o legislador utilizou as expressões *prova do crime e indício de autoria*, em relação à *temporária* se contentou em falar em *fundadas razões de autoria ou participação do indiciado*. O primeiro aspecto a se observar é que o legislador utilizou a expressão *indiciado*, o que significa a pessoa a quem tenha sido, no inquérito policial, imputada a prática de ilícito. É certo que não se deve, aqui, fazer uma interpretação literal a ponto de defender que para decretação da prisão temporária haja necessidade de que, antes, tenha havido o prévio indiciamento da pessoa. Tal não seria razoável, até porque não há esse pressuposto, sequer, para a prisão preventiva. Mais uma coisa se pode concluir: tanto para a decretação da prisão temporária quanto para a preventiva não se pode determinar a medida acautelatória contra um mero suspeito. Ainda que não se exija o seu prévio indiciamento formal, para a adoção dessa medida extrema, se exige o *sumário de culpa*, que consiste

²⁴⁴³ Op. cit., p. 532. PACELLI argumenta, que para a prisão temporária "... devem estar presentes necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação, quanto aquela do III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I." (Ibid.)

²⁴⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 12/06/2002. Disponível em: www.cjf.gov.br/Juris/Juris.asp. Acesso em: 12 jul. 2005.

na reunião de elementos probatórios concernentes em fundadas razões de autoria ou participação no crime. Se assim é, em hipótese alguma, a prisão temporária poderá servir para que a autoridade policial a utilize como instrumento para obter as provas necessárias destinadas a dar lastro a pedido de decretação de prisão preventiva.

Por outro lado, se para pedir a prisão temporária é requisito indispensável a circunstância de existir contra o agente fundadas razões de autoria ou participação no crime, como para a motivação dessa medida o juiz há de escorar-se tanto no que dispõe o inciso III do art. 1º quanto no inciso I do mesmo dispositivo, da Lei nº 7.960, de 1989, observa-se que, nesses casos, já há a presença dos elementos necessários para se pedir a própria decretação da prisão preventiva sob o fundamento de que a tutela de urgência criminal se impõe por conveniência da instrução do inquérito policial (art. 312 do Código de Processo Penal).

Esse é um detalhe importante e revela a razão pela qual, em regra, a autoridade policial, ao invés de solicitar a temporária, pede logo a preventiva. Isso explica o pouco uso da prisão temporária. Ora, se a autoridade policial ou o Ministério Público já pode pedir a prisão preventiva, que não tem prazo fixo e pode se estender até o processo, não há razoabilidade em solicitar-se a temporária, cujo prazo máximo é de cinco dias, prorrogável por outro tanto. O mesmo se diga ainda que se trate da hipótese de crime considerado hediondo, em que o lapso temporal se estende por trinta dias, prorrogável por mais trinta, caso demonstrada a sua absoluta necessidade (art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90)²⁴⁴⁵.

Têm razão os doutrinadores que apontam a incompatibilidade da prisão temporária com os ditames da Constituição, caso se queira utilizar essa medida como instrumento a ser manejado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público no afã de angariar elementos probatórios necessários para futuro pleito de decretação da prisão preventiva. Estreme de dúvidas que um Estado Democrático-Constitucional elaborado sob a batuta dos direitos fundamentais não se coaduna com a intenção legislativa de legalizar *prisão para averiguações*, até porque, para todos os efeitos, a regra é prestigiar a cláusula universal do direito de liberdade, somente podendo ser coartado, como medida acautelatória, esse direito essencial da pessoa humana, caso, além da necessidade, haja suporte probatório mínimo referente à existência do crime e indício ou fundadas razões de sua autoria ou participação na empreitada criminoso²⁴⁴⁶.

Com efeito, a necessidade da prisão como forma de conferir maior poder investigatório, por si só, não basta para que se flexibilize cláusula da magnitude com que é alçado o direito de liberdade, até porque a lógica é que se deve *investigar primeiro para depois prender*, e não o contrário, *prender primeiro para investigar depois*. Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, o Ministro do Supremo Tribunal Federal JOSÉ CELSO DE MELO FILHO²⁴⁴⁷, em crítica a essa prática então adotada pelos órgãos policiais, advertiu que a *prisão para averiguações*, então prática muito comum entre os policiais, além de configurar o delito de abuso de autoridade, representa a mais típica manifestação de arbitrariedade contra o direito de liberdade. Não se pode inverter a equação. A investigação deve *preceder a prisão*. Investiga-se primeiro para depois prender-se. Prender-se primeiro para investigar depois é uma inversão inaceitável, ademais de não se confortar com a lógica das coisas.

Por conseguinte, em todo caso, além de exigir-se que o crime cometido se enquadre em uma das hipóteses do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, e que a medida se escore na imprescindibilidade para a investigações, o juiz, para estar autorizado a decretar a prisão, deve ter

²⁴⁴⁵ Com vários anos de magistratura federal, raros eram os casos de pedido de prisão temporária. Agora, vem sendo muito frequente, geralmente solicitada com a finalidade de que seja utilizada como trampolim para o pedido de prisão preventiva, o que não é admissível.

²⁴⁴⁶ Essa parece ser a posição do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode ver da leitura da ementa do acórdão exarado pela Sexta Turma, no julgamento do HC 3113/PB, relatado pelo Ministro PAULO MEDINA, cujos termos são os seguintes: PENAL E PROCESSUAL. ROUBO. QUADRILHA. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. Cabe decretar a prisão temporária em face da existência de crime grave, dentre os quais o roubo, em face de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida em lei, da autoria ou participação do indiciado na prática delitiva sob averiguação. O decreto observa o prazo determinado na lei de regência e fundamenta a decisão em fatos concretos, com amparo legal adequado, razão pela qual inexistente constrangimento ilegal a sanar. Ordem denegada. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, Data da decisão: 04/12/2003. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jan. 2007).

²⁴⁴⁷ SZNICK. Op. cit., p. 486.

elementos de prova, ainda que sumários, a respeito da ocorrência do ilícito e da correspondente autoria ou participação²⁴⁴⁸.

Conforme a Constituição, a interpretação da Lei nº 7.960, de 1989, de modo a conceber a prisão temporária com natureza acautelatória, finda por torná-la compreendida na maior abrangência da prisão preventiva, a ponto de aquela não se prestar para o fim que foi concebida, que era de dar à autoridade policial a possibilidade de, por seu intermédio, coletar elementos probatórios mais consistentes para, daí, com base neles, poder solicitar a decretação da prisão preventiva. Eis a razão pela qual esse instituto é tão pouco utilizado pela autoridade policial e pelo Ministério Público que, diante dos requisitos para a concessão da prisão temporária, preferem, racionalmente, pedir logo a prisão preventiva, situação que é refletida na escassa jurisprudência formada sobre o assunto.

De qualquer sorte, em alguns casos, o juiz, ao invés da prisão preventiva, pode decretar a prisão temporária, por ser mais favorável ao agente, diante da existência de prazo fixo para a sua subsistência. Notadamente quando a prisão for medida imprescindível apenas para viabilizar algum tipo de diligência, não sendo necessária a manutenção do agente no cárcere após a sua conclusão.

Assim, na lógica do sistema, a prisão provisória ou processual é gênero da qual são espécies a (i) temporária e a (ii) preventiva. Mas a temporária é um *minus* em relação à preventiva, pois, além de ter prazo fixo, só pode ser aplicada na fase da investigação e só pode ser decretada com base em um fundamento, qual seja, a necessidade para a instrução pré-processual.

Veja-se, no quadro abaixo, as singularidades que distinguem a prisão preventiva da temporária:

(I) Quanto à prisão preventiva:	(II) No que diz respeito à prisão temporária:
(1) pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo, enquanto não ocorrer o trânsito e em julgado;	(1) só pode ser decretada na fase do inquérito policial;
(2) de regra, só é admissível nos crimes dolosos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, salvo nas hipóteses dos incisos II e III e parágrafo único do art. 313 do CPP, em que é admissível independentemente da quantidade da pena e, no último caso, até mesmo em crime culposos;	(2) é admissível apenas nos crimes dolosos indicados nas Leis nºs 7.960, de 1989, e 8.072, de 1990;
(3) pode ser decretada com suporte em três fundamentos: manutenção da ordem pública ou econômica (evitar a prática de infrações penais), conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal; e	(3) sua admissibilidade tem como único fundamento a imprescindibilidade para a instrução criminal (do inquérito policial);
(4) não tem prazo fixo, porém, deve perdurar de acordo com a duração razoável prevista para o procedimento, podendo, em tese, ser revogada e redetada no curso do processo, tantas vezes quantas forem necessárias.	(4) tem prazo fixo estabelecendo a sua duração razoável, 5 (cinco) ou 30 (trinta) anos, admitindo-se uma prorrogação, no máximo, por igual prazo.

Todavia, em algumas situações, a regência normativa emprestada à prisão temporária, pelo mesmo em tese, faz com que essa espécie de medida cautelar de ordem pessoal seja mais rigorosa do

²⁴⁴⁸ Essa é a inteligência que sobressai da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa da leitura da ementa do acórdão a seguir exposto: “CRIMINAL. RHC. ROUBO. PERSEGUIÇÃO DE AUTORIDADES PÚBLICAS LOCAIS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES NOS DELITOS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPRO- PRIEDADE DA VIA ELEITA. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INDÍCIOS DE AUTORIA. PACIENTES EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA AS INVESTIGAÇÕES. OR- DEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (...) A determinação de prisão temporária deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade, atendendo-se os termos descritos na lei. Evidenciada a presença de indícios de autoria dos pacientes no delito de roubo, para o qual é permitida a decretação da custódia provisória (art. 1º, inciso III, alínea “c”, da Lei nº 7.960/89), bem como o fato de os pacientes encontrarem-se em lugar incerto e não sabido, necessária se torna a decretação da prisão temporária, tendo em vista a dificuldade de investigação e conclusão do inquérito quando ausentes os indiciados. Precedentes. (...). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro GILSON DIPP, Classe: RHC – Processo: 17075, UF: PR, QUINTA TURMA, Data da decisão: 03/03/2005. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 13 jul. 2005.

que a preventiva e, por isso mesmo, pode vir a ser da preferência da autoridade policial e ou do Ministério Público.

Note-se que, assim como salientado no item acima, com a inclusão do art. 3º-B, § 2º, do CPP, ficou mais do que claro que a prisão preventiva na fase da investigação passa a ter um prazo fatal, a depender se a investigação é estadual ou federal, respectivamente, de 25 (vinte e cinco) dias ou 30 (trinta) dias. Acontece que, quando se trata de crime previsto na Lei dos Crimes Hediondos, o prazo da prisão temporária é de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual prazo, ou seja, o total pode alcançar 60 (sessenta) dias (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072, de 1990);

A indagação a ser feita é se, em caso de prisão temporária decretada em relação a crime previsto na Lei nº 8.072, de 1990, o prazo para a decisão sobre a prorrogação é de 30 (trinta) dias, com a possibilidade de renovação por mais 60 (sessenta) dias, ou aplica-se o art. 3º-B, § 2º, do CPP? Certamente o entendimento vai ser de que, nesse caso, aplica-se a legislação especial, ou seja, 30 (trinta), podendo ser prorrogado por mais 30 (trinta). Nesse caso, de forma anômala, o prazo da prisão temporária será superior ao da prisão preventiva.

Ainda assim, a questão não está de todo equacionada. Resta saber se o art. 3ºB, inciso VI, incide no caso de prisão temporária, independentemente do prazo, no caso de prorrogação. Note-se que o dispositivo em causa exige que, nesse caso, a decisão sobre a prorrogação deve ocorrer com a observância do contraditório e em *audiência pública e oral*. Aliás, o dispositivo é suficiente claro, ao ser referir à *prisão temporária*. O legislador não ditou regra específica para a prisão preventiva, mas, sim, para a prisão temporária, sendo irrelevante a sua espécie. Por conseguinte, ainda que se entenda que, no caso de prisão temporária em relação crime que conta do rol da Lei dos Crimes Hediondos, o prazo aplicável é de 30 (trinta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta), a decisão sobre a prorrogação há de observar o que preceituado no art. 3º-B, § 2º, do CPP, de modo que há de ser realizada audiência oral e pública, sendo assegurado o contraditório.

Como se vê, vai continuar sendo comum a autoridade policial optar pela prisão temporária quando se tratar de investigação relativa a crime previsto na Lei 8.072, de 1990, pois, nesse caso, o prazo para a conclusão do inquérito e da prisão provisória, a partir da decisão judicial concedendo o pedido, ser de 30 dias, prorrogável, em caso de renovação do encarceramento pelo juiz, por igual prazo.

9.6.5.1.3 – Prisão (preventiva) ou medida diversa da prisão com a sentença.

Malgrado as prisões processuais, o direito de liberdade ainda podia ser restringido, antes do trânsito em julgado do processo em que se apura a culpabilidade do agente, por decisão nesse sentido contida na sentença condenatória passível de recurso²⁴⁴⁹. Como se viu, na redação originária do CPP, a sentença condenatória, salvo quando se tratava de crime afiançável, tinha o condão de determinar, compulsoriamente, o recolhimento do acusado à prisão. Porém, devido à alteração legislativa do art. 594 do Código de Processo Penal, determinada pela Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, dali em diante, para que o juiz, nos crimes em geral, impusesse a prisão com a sentença condenatória, havia a necessidade de que o acusado fosse considerado reincidente ou possuidor de maus antecedentes²⁴⁵⁰.

Logo após a promulgação da Constituição de 1988 houve acirrada discussão quanto à persistência da prisão que era inculpada no art. 594 do Código de Processo Penal, mesmo com a redação determinada pela Lei nº 5.941, de 1973. Contudo, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal dirimiram a dúvida suscitada a respeito desse tema, mediante diversos pronunciamentos, asseverando que aquela medida não conflitava com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a Súmula nº 9, para dizer, com todas as letras, que “A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. A crítica que merece ser feita a esse entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, que aqui já se cuidou de fazer, é pelo fato de ele consolidar

²⁴⁴⁹ Na abordagem feita no item 9.5.3.2, supra, demonstrou-se que a ofensa ao princípio da ampla defesa ocorre quando se erige o prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo para a admissibilidade do recurso.

²⁴⁵⁰ Essa é a denominada Lei Fleury, tão criticada quanto incompreendida. Sobre o assunto, cf. 9.6.3, supra. Como se verá mais adiante, o art. 594 do CPP foi revogado pela Lei nº 11.719, de 2008.

a posição de que a hipótese de prisão então prevista no art. 594, combinado com o art. 393, I, ambos do Código de Processo Penal, não havia sido revogada pela Constituição e também por validar a leitura do primeiro dispositivo naquilo em que erigia como condição para a admissibilidade do recurso o anterior recolhimento ao cárcere²⁴⁵¹.

É preciso perceber que esse tipo de prisão que podia ser decretada pelo juiz com a sentença deferida, substancialmente, das prisões preventiva e temporária. A temporária somente é possível na fase do inquérito policial; enquanto a preventiva, a qualquer momento, antes ou depois de iniciada a relação processual, podendo, até mesmo, ser encartada na própria sentença condenatória, desde que presente, pelo menos, um dos fundamentos gravados no art. 312 do Código de Processo Penal. Já a hipótese de prisão então registrada no art. 594 do mesmo diploma legal apenas podia ocorrer durante a relação processual instaurada mercê do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, ainda assim, no exaurimento do ofício jurisdicional de primeira instância, que se dá com a prolação da sentença. Ademais, essa espécie de prisão possuía requisitos específicos em nada parecidos com os reclamados seja para a prisão preventiva, seja para a temporária, uma vez que a decretação da prisão cautelar, nesse caso, tinha a sua necessidade fundamentada na circunstância de o acusado ser reincidente ou possuir maus antecedentes.

A circunstância de ser espécie de prisão decretada pelo juiz no momento em que proferia a sentença condenatória, com a qual definia, ainda que sem foros de definitividade, a culpabilidade do acusado, fez com que a questão fosse tratada, por boa parte dos doutrinadores, como efeito do decreto jurisdicional condenatório, de modo que esse recolhimento ao cárcere estaria mais para uma tutela antecipada ou execução provisória do julgado do que para uma medida genuinamente acautelatória.

De outra banda, outra parte da doutrina, por enxergar que essa prisão como forma de execução provisória da pena determinada na sentença, em verdade, condicionava o direito à interposição do recurso, sustentava que essa espécie prisional estava em descompasso com a cláusula constitucional da presunção de não culpabilidade.

O entendimento dessa segunda corrente sofria a influência da omissão do legislador em não ter providenciado a modificação, igualmente, da redação do art. 393, I, do Código de Processo Penal, que continuava a estabelecer como efeito da sentença criminal condenatória "... ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança". De fato, antes da Lei Fleury (Lei nº 5.941/73), a decretação da prisão, mesmo nos crimes afiançáveis, era um efeito cogente da sentença condenatória. Depois, com a nova redação dada ao art. 594 do Código de Processo Penal pela Lei Fleury, para a imposição da prisão com a sentença, deixou de ser suficiente a condenação, passando a ser necessário que o juiz fundamentasse tal necessidade baseado na circunstância de o acusado *não ser primário ou não possuir bons antecedentes*.

Antes, sem dúvida alguma, da forma como o assunto era tratado pela legislação processual, a prisão imposta com a sentença não tinha nenhuma função acautelatória e possuía clara natureza antecipatória, constituindo-se título executivo idôneo para que se desse início à execução provisória da condenação. EUGÊNIO PACHECO²⁴⁵², atento para esse importante detalhe, expõe que "Seja como for, na ordem jurídica precedente, sobretudo naquela que remonta ao início da vigência do CPP, as prisões decorrentes de sentença recorrível (art. 594) e de pronúncia (art. 408) não guardavam mesmo qualquer compromisso com a cautelaridade, impondo-se como verdadeiras execuções, no que tinha razão Afrânio Silva Jardim"²⁴⁵³.

Contudo, devido à mutação legislativa, que passou a exigir, para a decretação da prisão com a sentença, a sua fundamentação no fato de o acusado ser reincidente ou possuir maus antecedentes, essa medida, ao contrário do que sustenta AFRÂNIO SILVA JARDIM²⁴⁵⁴, passou a revestir espécie acautelatória que guarda identidade com o gênero prisão provisória ou prisão processual.

²⁴⁵¹ Cf. item 9.5.3.2, supra, quando é feita a ampla abordagem sobre esse entendimento sumular, o que compreende, até mesmo, a circunstância de ter-se utilizado a expressão presunção de inocência. Porém, com a revogação do art. 594 do CPP, o enunciado da súmula ficou superado.

²⁴⁵² Op. cit., p. 536.

²⁴⁵³ De fato, AFRÂNIO SILVA JARDIM sustenta que a prisão resultante da eficácia da sentença condenatória passível de recurso não é espécie do gênero prisão provisória, de modo que, desde a origem do Código de Processo Penal de 1941, ela conserva a sua natureza de execução provisória (Direito processual penal, p. 276).

²⁴⁵⁴ Ibid. p. 276.

Com efeito, antes da Lei Fleury, a decretação da prisão com a sentença condenatória era mero *efeito compulsório*. Era irrelevante a circunstância de o acusado ser primário ou reincidente, ter bons ou maus antecedentes. Proferida a sentença, o juiz, com ela, decretava a prisão, só não havendo o recolhimento do acusado para o cárcere nos casos em que, sendo afiançável o crime, ele efetuasse o pagamento para garantir a sua permanência em liberdade. Com a nova redação que foi dada ao art. 594 do Código de Processo Penal pela Lei Fleury, o juiz, para decretar a prisão com a sentença, salvo o caso da preventiva, tinha de fundamentar a medida baseado na circunstância de o acusado ser reincidente ou possuir maus antecedentes.

Essa prisão com base no então art. 594 do CPP, apesar da crítica de parte considerável da doutrina, também possuía natureza acautelatória. Com efeito, o exame do tratamento normativo dispensado ao tema após a edição da Lei Fleury, mostra-se coerente sustentar o entendimento de que, antes de o acusado ser condenado, ele tinha o direito de permanecer em liberdade durante o transcurso do processo, só sendo lícito coartá-la caso houvesse uma das hipóteses para a prisão preventiva²⁴⁵⁵. Durante esse tempo, a circunstância de o acusado ser primário, ou não, possuir bons antecedentes, ou não, por si só, era insuficiente para a justificação dessa medida acautelatória. Portanto, ainda que o acusado fosse reincidente e não possuísse bons antecedentes, para a decretação da prisão preventiva, o juiz tinha de sustentar a decisão em um dos fundamentos plasmados no art. 312 do Código de Processo Penal, até porque, nesse momento, ainda que certa a materialidade do crime, no que diz respeito à autoria, não havia mais do que meros indícios.

No entanto, quando o magistrado, mesmo tendo em consideração o princípio da presunção de não culpabilidade, firmava juízo de valor quanto à *culpabilidade do acusado*, de modo que concluía pela sua condenação, era admissível impor a prisão com a sentença, bastando fundamentar a tutela cautelar no fato de ser recomendável essa medida diante da falta de primariedade ou de bons antecedentes, como prescrevia o art. 594 do CPP. Não havia necessidade de invocar-se nenhuma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, pois, conforme foi dito, os fundamentos da prisão decretada na sentença condenatória passível de recurso eram outros, aqueles grafados no art. 594 do CPP, bem diferentes dos que conferem azo à prisão preventiva.

Note-se bem a diferença. A prisão preventiva tem como requisitos a prova da materialidade e indícios de autoria, de modo que ela reclama, para a sua decretação, apenas o *fumus boni iuris* quanto à pretensão acusatória, ou melhor, quanto à autoria e a culpabilidade. Na prisão processual prevista no então art. 594 do CPP tinha como pressuposto a declaração de culpa do acusado. A prisão com a sentença condenatória ainda sujeita a modificação por força do recurso interposto pelo sucumbente, nos termos do art. 594, se escorava em um juízo de certeza não apenas sobre a materialidade do ilícito, mas igualmente em relação à autoria e culpabilidade. Nesse caso, a prisão processual detinha como suporte a conclusão judicial quanto à responsabilidade penal do incriminado, mesmo que esta ainda pudesse vir a ser modificada em razão de eventual acolhimento do querer veiculado em recurso com o qual se pede a modificação do que ali ficou assentado.

Por isso mesmo, ou seja, devido à circunstância de, com a sentença, haver um juízo de culpabilidade formalizado contra o acusado, após lhe ser assegurado não só o pleno exercício do direito de defesa, como também o gozo do *favor rei* (*in dubio pro reo* ou *presunção de não culpabilidade*), que lhe dá o benefício da dúvida, para que ele permanecesse com o seu direito de liberdade incólume, não se exigia apenas que a situação não se enquadrasse em uma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, mas igualmente que da análise de sua condição de reincidente e de portador de maus antecedentes, não exurgisse fundamento para a decretação de sua prisão.

Em resumo, de conformidade com o entendimento aqui expendido, a fim de destacar as distinções entre a prisão preventiva e a processual que era embasada nos fundamentos do art. 594, impõe-se destacar o seguinte: Em relação à prisão preventiva: (1) pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo; (2) os seus fundamentos são os plasmados no art. 312 do Código de Processo Penal (para manutenção da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal); (3) tem como requisitos a materialidade do crime e indícios de autoria ou participação; (4) não contém juízo de valor sobre a culpabilidade, mas apenas de probabilidade de procedência do pedido condenatório; (5) não vigora o princípio do *in dubio pro*

²⁴⁵⁵ Pelos motivos já expostos no item 9.6.4.1.2, supra, não há necessidade, aqui, de falar-se na prisão temporária.

reo; e (6) de regra, tem o direito de defesa assegurado apenas depois de imposta a prisão, ainda assim, ela não é ampla, pois não se permite discussão aprofundada sobre os fatos e o mérito da questão.

Quanto à prisão processual decretada com base no que previa o art. 594 do Código de Processo Penal: (1) somente podia ser determinada na sentença; (2) os seus fundamentos eram os plasmados no art. 594 do Código de Processo Penal (reincidência ou maus antecedentes); (3) tinha como requisito não apenas a materialidade do crime, mas também a certeza da culpabilidade; (4) continha juízo de valor sobre a culpabilidade; (5) observava o princípio do *in dubio pro reo*; e (6) somente era imposta depois que assegurado ao acusado o exercício pleno do direito de defesa perante a primeira instância.

Em que pesem essas distinções, a prisão decretada com fundamento no art. 594 do Código de Processo Penal detinha natureza acautelatória, pois ela não era mero efeito da sentença condenatória, porquanto, para a sua imposição, exigia-se a demonstração da necessidade do encarceramento do acusado antes mesmo do exaurimento da ampla defesa, o que se fazia com o exame das consequências advindas da circunstância de ele não ser primário ou de não possuir bons antecedentes.

Mas a Lei nº 11.719, de 2008, ao acrescentar um parágrafo único ao art. 363 do Código de Processo Penal, esclareceu que, com a prolação da sentença, o juiz deverá, fundamentadamente, dizer se é o caso de imposição de prisão preventiva *ou de outra medida cautelar*. Para deixar bem clara a sua intenção, o legislador, com a mesma lei, expressamente, revogou o art. 594. Assim, caso o juiz queira, com a sentença condenatória, passível de recurso, decretar a prisão do acusado, ele terá de fundamentá-la em uma das hipóteses do art. 312 do CPP, o que, em nosso sentir, não parece ter sido a melhor escolha. O pior é que o legislador da Lei 11.719, de 2008, assim como ocorreu com o da Lei Fleury, se esqueceu de revogar o art. 393, inciso I, do Código de Processo Penal, o que só veio a ocorrer com a edição da Lei nº 12.402, de 2011.

Diante dessa nova disciplina, mais do que nunca, uma última palavra é pertinente sobre o assunto. Não há como deixar de dar razão a FERRI²⁴⁵⁶, quando ele afirma que não se pode, em razão do princípio da presunção de não culpabilidade – ele usa a expressão presunção de inocência –, conceber a impossibilidade de determinar-se, logo com a prolação da sentença sujeita a recurso de apelação, a prisão de quem seja condenado por uma *forma atávica de delinquência*. Nessa mesma linha de pensamento, GAROFALO²⁴⁵⁷ mostrava toda a sua irrisignação pela falta de *eficácia* das sentenças condenatórias, dado que a mera interposição do recurso já era suficiente para assegurar ao acusado o direito de permanecer em liberdade, nada obstante a certificação de sua culpa assentada em pronunciamento judicial. Esse tratamento legislativo, aponta GAROFALO²⁴⁵⁸, dá ensejo a que, como estratégia de defesa, sejam adotadas medidas para retardar o andamento do processo e que sempre seja interposto o recurso da sentença, o que compromete, em tudo, a celeridade processual.

Uma coisa é certa: se se quer, realmente, diminuir o sentimento de impunidade que reina em nosso cenário, é indispensável repensar o papel da sentença dada pelo juiz de primeira instância. Ela não pode, especialmente no processo criminal, ser um *nada jurídico*. Dada a sentença, a regra é que ela tem de ter algum efeito concreto, sob pena de a jurisdição de primeira instância ser uma mera etapa de passagem, com concentração do poder decisório nas instâncias superiores. Urge a modificação do Código de Processo Penal, a fim de que o efetivo poder decisório da magistratura de primeira instância seja resgatado. Especialmente nos crimes mais graves, quando o juiz fizer a condenação, é imprescindível que seja feita a avaliação na sentença quanto à potencialidade lesiva da permanência em liberdade do acusado²⁴⁵⁹. Todas as vezes que se fala na morosidade do Poder Judiciário, a identificação do problema, não raro, sinaliza para a exagerada quantidade de recursos. O problema maior, porém, não é bem o número de recursos, mas o incentivo para que a decisão seja impugnada. Na medida em que o recurso de apelação tem como regra o efeito de suspender o que é determinado na sentença, evidentemente que, quando a condenação é condenatória, o caminho natural

²⁴⁵⁶ *Princípios de direito criminal*, p. 194-195. Sobre essa posição de FERRI, cf. 1.3.4.2, supra.

²⁴⁵⁷ Op. cit., p. 419. Sobre essa posição de GAROFALO, Cf. 1.3.4.3, supra.

²⁴⁵⁸ Ibid.

²⁴⁵⁹ A Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe enviou para o Parlamento sugestão de mudança do Código de Processo Penal, sugerindo redação para o art. 393, § 2º, que possibilita ao juiz, nos casos de sentença condenatória a regime fechado, a decretação da prisão ou, quando suficiente, a determinação de outra medida cautelar menos gravosa, para afastar risco à segurança da sociedade ou para evitar a fuga do condenado (Cf. BRASIL. Associação dos Juizes Federais do Brasil. Disponível em: www.ajufe.org.br. Acesso em: 17 jan. 2007).

é interposição do recurso, a fim de evitar o trânsito em julgado e o consequente início da execução pena imposta.

9.6.5.1.3.1 – Necessidade de fundamentação da prisão imposta com a sentença recorrível.

Cabe verificar que, não sendo mais a decretação da prisão um mero efeito necessário da sentença condenatória, o juiz, caso queira dar essa determinação, a despeito de toda a fundamentação exposta quanto à responsabilidade do acusado pelo fato ilícito, terá de motivar a razão pela qual ele entende que este deve, desde logo, ser encaminhado para o cárcere²⁴⁶⁰. Ademais, a partir do momento em que a Lei nº 11.719, de 2008, revogou, de forma expressa, o art. 594 do CPP, para que seja possível a prisão com a sentença condenatória, o juiz terá de escorar a fundamentação em uma das hipóteses do art. 312 do mesmo Diploma Legal. É que, nada obstante a ressalva feita no tópico anterior, o legislador se filiou à corrente doutrinária de que a prisão decorrente da sentença condenatória se confunde com a preventiva prevista no art. 312 do CPP.

Dessa forma, evidentemente, a discussão anterior quanto à necessidade, ou não, da fundamentação da prisão decretada com a sentença condenatória passível de recurso perdeu razão de ser.

Não se pense que a circunstância de o legislador da Lei 11.719, de 2008, não ter revogado o inciso I do art. 393 do CPP ensejaria a interpretação de que a prisão, tal como ocorria antes da Lei Fleury, seria efeito inexorável da sentença condenatória. É verdade que o legislador incorreu em lapso quando não determinou a revogação da norma jurídica em destaque, porém, a Lei nº 12.403, de 2011, remediou esse senão, revogando, expressamente, todo o art. 393 do CPP.

Ademais, o § 1º do art. 387 do CPP, incluído pela Lei nº 12.736, de 2012²⁴⁶¹ deixa claro que, mesmo no caso de mera manutenção de prisão preventiva, ainda assim, o juiz terá de fazer a necessária fundamentação. Ou seja, se quando da prolação da sentença o acusado estiver preso, o juiz, em caso de condenação, terá de fundamentar a necessidade de sua manutenção.

A ausência de pronunciamento sobre a manutenção, ou não, da prisão, caracteriza omissão, a ser sanada por meio de embargos de declaração.

E mais. Mercê da inovação trazida com a Lei nº 12.736, de 2012, mantendo ou não a prisão preventiva, na sentença, o juiz deverá fazer a detração penal, *para fins de determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade* ou, nada obstante o silêncio da norma, se for o caso, concessão de livramento condicional ou, até mesmo, decisão sobre o cumprimento da pena.

Obviamente, se a sentença for absolutória, o juiz não poderá decretar ou manter a prisão preventiva, de modo que, estando o réu preso, mesmo na hipótese de nada restar consignado no pronunciamento judicial, a soltura imediata do acusado se impõe, não sendo, aqui, propriamente de omissão que desafia embargos de declaração.

9.6.5.1.3.2 – Prisão com a sentença condenatória nos casos de crime hediondo e a ele equiparado (Lei nº 8.072, de 1990) e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613, de 1998).

Ao lado da regra geral que estava esculpida no art. 594, combinado com o 393, I, ambos do Código de Processo Penal, leis especiais conferem ao tema outro tratamento. A primeira delas, pela ordem cronológica, a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, no art. 35, caput, dizia que o acusado condenado pela prática das infrações catalogadas nos arts. 12 e 13 daquele diploma normativo não

²⁴⁶⁰ No julgamento do Habeas Corpus nº 80174-SP – SÃO PAULO, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, na redação do acórdão, disse que “A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível – salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, artigo 393, I)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS-CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO, PRATICADO POR PACIENTE QUE CUMPRIA PENA PELO MESMO DELITO EM REGIME SEMI-ABERTO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO À PRISÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPUGNAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO EXPEDIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 06/06/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 15 jul. 2005.

²⁴⁶¹ A bem da verdade, o conteúdo da norma veio a lume com a Lei nº 11.719, de 2008, constando do parágrafo único que foi incluído no art. 387 do CPP. Posteriormente, a Lei nº 12.736, de 2012, transformou o parágrafo único do art. 387 em § 1º.

tinha o direito de apelar em liberdade. Posteriormente, a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, asseverou, no art. 2º, § 2º, que, nos crimes hediondos e os a eles equiparados, dentre os quais o delito de tráfico de entorpecentes, o juiz, em caso de sentença condenatória, terá de decidir fundamentadamente se o acusado poderá apelar em liberdade. Com isso, instaurou-se controvérsia para se saber se o dispositivo da Lei Antitóxico tinha sido, ou não, revogado pela Lei dos Crimes Hediondos.

Sobre o assunto, conforme assinala DAMÁSIO DE JESUS²⁴⁶², surgiram três correntes: (1) o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, não havia sido revogado pelo art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, de modo que, em nenhuma hipótese, em se tratando de crime capitulado no art. 12 da Lei Antitóxicos, o acusado tinha o direito de apelar em liberdade. A prisão, nesse caso, seria mero efeito da sentença condenatória, sem nenhuma natureza acautelatória, à semelhança do art. 594 do Código de Processo Penal, em sua redação originária; (2) o art. 35 da Lei nº 6.368/76 não havia sido revogado pela disposição contida na Lei dos Crimes Hediondos, mas apenas derogado, de modo que ele expressava a regra geral, enquanto o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, a exceção. Dessa forma, de regra, a prisão no caso de crime de tráfico seria mero efeito da sentença condenatória, porém, excepcionalmente, por meio da devida fundamentação, o juiz poderia justificar porque seria permitido que ele tivesse o direito de apelar em liberdade²⁴⁶³; e (3) o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, havia sido revogado pelo art. 2º, § 2º, da Lei 8.072, de 1990²⁴⁶⁴, daí por que o acusado condenado por tráfico de drogas poderia apelar em liberdade, desde que assim fosse determinado, fundamentadamente, pelo juiz, na sentença.

A segunda e a terceira correntes, ambas adotadas, em alguns julgados, pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido prático, eram equivalentes. Para ambas, como regra geral, o acusado, com a sua condenação por crime de tráfico de entorpecentes, somente poderia apelar em liberdade nos casos em que o juiz assim determinasse, fundamentadamente, na sentença.

De todo modo, resta considerar que a intenção do legislador da Lei nº 8.072, de 1990, não foi de revogar o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976. Isso tanto é verdade que, no art. 10, o legislador da Lei dos Crimes Hediondos referiu-se, expressamente, ao art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, para dizer que ele passaria a vigorar acrescido de parágrafo único²⁴⁶⁵.

É óbvio que, caso fosse a intenção do legislador revogar o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, ele não teria dito que passaria a vigorar acrescido de um parágrafo único. Foi o próprio legislador, portanto, quem se encarregou de dizer, na Lei 8.072, de 1990, que a norma jurídica em destaque permaneceria em vigor²⁴⁶⁶. Como se isso não bastasse, ainda que ele não tivesse dito, de forma categórica, que o referido dispositivo continuaria vigente, o legislador não iria inserir um parágrafo único em um artigo que ele estava, naquele momento, revogando. Isso seria, não se pode negar, um despautério. Porém, como aqui já foi assinalado, a verdadeira função interpretativa não se confunde com a pesquisa da intenção do legislador, razão pela qual a solução da controvérsia não se daria apenas com base nesse aspecto.

De qualquer forma, o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, para todos os efeitos, havia sido revogado com a promulgação da Constituição de 1988, na medida em que se tenha a compreensão de que a nova ordem jurídica por ela instaurada, consagrando, de modo cogente, o princípio da presunção

²⁴⁶² Op. cit., p. 599.

²⁴⁶³ Seguindo essa orientação, DAMÁSIO DE JESUS cita como precedentes do Superior Tribunal de Justiça o RHC 1.141, 5ª Turma, em 22.5.91; RHC 1.477, RJ, 5ª Turma, DJU 16.12.91, p. 18550 (Ibid.). O Ministro ASSIS TOLEDO, época em que ainda integrava o Superior Tribunal de Justiça, compoado a sua Quinta Turma, ao escrever a ementa do acórdão prolatado no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus, processo nº 4838-SP, assim sumariou esse entendimento jurisprudencial: “(...) DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. TRÁFICO DE DROGAS. O art. 35 da lei de tóxicos não foi ab-rogado, mas apenas derogado pelo parágrafo 2º do art. 2º da lei 8.072/90, situando-se o primeiro frente ao segundo numa relação regra-exceção, isto é, o art. 35 estatui a regra, o parágrafo 2º do art. 2º uma exceção. Decisão, porém, que tanto concessiva quanto denegatória, deve ser fundamentada, em obediência ao preceito constitucional previsto no art. 93, IX. Precedentes da corte” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 18/09/1995. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005).

²⁴⁶⁴ STJ, RHC 1.077, 5ª Turma, DJU 8.5.91, Rel. Ministro ÉDSON VIDIGAL, DJU 227.5.91, p. 6972, JSTJ 28/222; REsp 9.839, Rel. Ministro VICENTE CERNICCHIARO, DJU 24.6.91, p. 8678-9; RHC 1.462, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, DJU 28.10.91, p. 15263-4 (Cf. JESUS. Op. cit., p. 599).

²⁴⁶⁵ O art. 10 da Lei nº 8.072/90, está assim redigido: “O art. 35 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único com a seguinte redação: Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14”.

²⁴⁶⁶ JESUS. Op. cit., p. 599-600.

de não culpabilidade, vedou a imposição de qualquer prisão processual que não tenha natureza acautelatória. Assim, conforme foi sustentado linhas acima, em nosso sistema jurídico não pode haver previsão normativa que imponha a prisão como mero efeito da sentença condenatória, pois, conquanto não haja vedação de que ela seja imposta mesmo que não tenha ocorrido ainda o trânsito em julgado do decisum, para tanto, o juiz há de escorar o seu decreto prisional com a motivação de que essa medida se faz necessária²⁴⁶⁷.

Como se isso não fosse suficiente, a Lei nº 6.368, de 1976, foi revogada pela Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que foi revogada pela Lei nº 11.343, de 2006, sendo que esta, no art. 59, impede o recurso em liberdade, salvo para quem seja *primário e tenha bons antecedentes*. Ou seja, como regra, não se admite o recurso em liberdade para o condenado por crime de tráfico de entorpecentes, sendo exceção a hipótese em que o condenado seja considerado primário e possua bons antecedentes.

Parte da ideia de que o acusado, tendo respondido o processo em liberdade, com a sentença condenatória, deverá ser recolhido à prisão, caso não seja primário ou não tenha bons antecedentes. Assim, nada obstante revogado o art. 594 do Código de Processo Penal, agora se tem regra similar para os crimes de tráfico de entorpecentes, porquanto o art. 59 da Lei nº 11.343/2006 está em vigor e, conforme aqui ressaltamos, não é incompatível com a Constituição.

A incoerência do sistema, porém, é mais acentuada. Enquanto a regra geral prevista na Lei nº 11.343, de 2006, é no sentido de que o juiz, para impor a prisão com a sentença condenatória, tem de fundamentar com base na circunstância de o acusado não ser primário ou não possuir bons antecedentes, a Lei nº 8.072, de 1990, no art. 2º, § 2º, diz que nos crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, “Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

A interpretação literal desse comando normativo leva à conclusão de que, no silêncio do juiz, a sentença condenatória tem como efeito necessário a decretação da prisão. Apenas quando o juiz quiser que esse não seja o efeito da sua decisão é que terá de *fundamentar*, isto é, dar os motivos pelos quais ele acha que o acusado deve ficar em liberdade. Com essa visão da lei em foco, para a decretação da prisão não haveria necessidade de a sentença conter *justificativa ou motivação*. O que o juiz teria de justificar ou motivar seria a razão pela qual, nada obstante a sentença condenatória, achou por bem deixar o condenado em liberdade.

Como se vê, esse entendimento se apresenta frontalmente contrário a tudo o que já se disse aqui, com base na Constituição de 1988, a respeito da cautelaridade da prisão processual. De mais a mais, parece de todo contraditório que o magistrado tenha de motivar a razão pela qual *não determina a prisão* com a sentença condenatória, quando o que deve ocorrer é justamente o contrário, ou seja, *fundamentar* quando quer, desde logo com a sentença, decretar a prisão. Até porque o que é tratado como excepcionalidade é a prisão, não a liberdade.

Mas esse conflito é mais aparente do que real. A explicação é muito simples. Contaminado com o passionalismo que envolveu a sociedade brasileira devido à emergente criminalidade, notadamente os vários casos de extorsão mediante sequestro, o legislador nacional tratou de editar a Lei nº 8.072, de 1990, com a qual definiu o que seriam crimes hediondos, equiparando-lhes, para fins de idêntico tratamento, os ilícitos de tortura, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins e terrorismo. A intenção da referida lei foi dar a esses casos um tratamento por demais rígido, a ponto de não se admitir, nessas situações, não só a fiança, como igualmente a liberdade provisória (art. 2º, caput, II). A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, revogou a vedação da concessão da liberdade provisória.

Certamente, o legislador acreditou que, não sendo permitida a fiança ou a liberdade provisória, o acusado, em se tratando de crime desenhado na moldura da Lei dos Crimes Hediondos, responderia o processo sempre preso²⁴⁶⁸. Forte nessa falsa premissa, estando o acusado, durante todo o processo, recolhido à prisão, com mais razão no cárcere deveria permanecer se, no final, o juiz viesse a prolatar sentença condenatória. Por conseguinte, o legislador, ao redigir o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, partiu da ideia de que a então vedação da liberdade provisória tinha o condão de fazer com que, nos casos de crimes hediondos e a estes equiparados, o acusado sempre respondesse o processo recolhido à

²⁴⁶⁷ Esse assunto foi explorado no item 9.6.5.1.3.1.

²⁴⁶⁸ Essa questão será vista com mais detalhe adiante, no momento em que for examinado o direito à liberdade provisória com ou sem fiança. Cf. item 9.6.5.2.2.3.

prisão. Porém, embora a Lei nº 11.464, de 2007, tenha revogado a vedação da concessão da liberdade provisória, manteve o conteúdo da regra do art. 2º, § 2º, tendo apenas, inadvertidamente, cuidado de transferi-lo para o § 3º do mesmo dispositivo.

Diante do exposto, a regra agora pinçada no art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072, de 1990, que impõe ao juiz, na sentença condenatória, fundamentadamente, dizer se o acusado detém o direito de recorrer em liberdade, quando muito, só teria aplicação nas hipóteses em que o agente já se encontra preso. Nos casos em que o acusado, seja em razão de prisão em flagrante, seja de prisão preventiva, passa todo o processo recolhido à prisão, o juiz, ao proferir sentença condenatória, não precisaria dizer nada quanto à necessidade de permanecer encarcerado. Até porque o decreto prisional não estaria contido na sentença condenatória, mas sim em decisão anterior. Essa era a inteligência do Superior Tribunal de Justiça²⁴⁶⁹. Nesse caso, estando o acusado preso, na hipótese de o juiz, a despeito de condená-lo, entender que deveria ser liberado, aí sim, teria de apresentar a devida fundamentação, como quer o art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072, de 1990.

Diferente, portanto, se mostrava quando o acusado, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado, respondesse todo o processo em liberdade. De fato, nas hipóteses em que o agente do ilícito estivesse solto, caso o juiz, na sentença, não dissesse nada a respeito da decretação da prisão, deveria permanecer em liberdade, pois o recolhimento à prisão, consoante se colhe da jurisprudência emanada tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal e aqui examinada, pressupõe decisão *fundamentada*²⁴⁷⁰.

Acontece que, conforme vimos, a Lei nº 11.719, de 2008, estipulou como um dos elementos da sentença condenatória, na hipótese em que o acusado estiver preso, decidir, *fundamentadamente, sobre a manutenção* da prisão (art. 387, §1º, do CPP). Nem se diga que a regra do §1º do art. 387 do CPP é geral, não sendo aplicável, portanto, às matérias que estão sob regência de lei especial. Não parece que assim seja, pois, para todos os efeitos, a norma contida no art. 387, §1º, do CPP, apenas reflete a Constituição quanto à excepcionalidade e temporariedade da prisão processual.

Cabe lembrar aqui que a Lei nº 12.403, de 2011, malgrado não tenha estabelecido propriamente um prazo máximo de duração da prisão preventiva, previu um momento processual no qual o juiz, necessariamente, terá de reexaminar a necessidade, ou não, de sua manutenção, ou seja, quando da prolação da sentença. Assim, seja para decretar a prisão ou para manter alguém encarcerado, o juiz terá, na sentença, de fazer a devida fundamentação.

Não é só. Como a regra geral do Código de Processo Penal, implementada pela Lei nº 12.403, de 2011, e corroborada pela Lei nº 13.964, de 2021, é a *subsidiariedade da prisão processual*, o juiz, na sentença, deverá examinar se não é suficiente, para o caso, a imposição de medida cautelar diversa da prisão (arts. 282, §6º, e 310, II, última parte, ambos do CPP). Se assim for, deverá preferi-la à prisão preventiva ou, então, se o agente estiver preso, verificar se não é caso de substituir o encarceramento por uma ou mais medidas diversas da prisão.

²⁴⁶⁹ “(...) Não há que se falar em constrangimento ilegal, por ausência de fundamentação para a manutenção da custódia após exarada a sentença condenatória, tendo em vista que a decisão atacada por meio desta impetração foi proferida com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o direito de apelar em liberdade por crime hediondo (tráfico ilícito de entorpecente) não se aplica ao réu preso em flagrante delito e que assim permaneceu durante toda a instrução criminal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE (PASTA-BASE DE COCAÍNA). PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE NÃO RECONHECIDO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. QUINTA TURMA, un., Relator Ministro ARNALDO ESTEVES, Classe: HC – Processo: 37976, UF: MT, Data da decisão: 18/11/2005. Dispo- nível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005).

²⁴⁷⁰ Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “CRIMINAL. RHC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉUS SOLTOS DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE SUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO PARA A CUSTÓDIA DETERMINADA. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. RECURSO PROVIDO. Tratando-se de pacientes que permaneceram soltos durante a instrução do processo, sem criarem quaisquer obstáculos ao seu regular andamento, e inexistindo suficiente fundamentação quanto à necessidade das custódias, deve ser permitido que apelem em liberdade. Exige-se concreta e adequada motivação para a negativa ao apelo em liberdade, mesmo em sede de delitos hediondos, tendo em vista a excepcionalidade da custódia cautelar e diante das próprias peculiaridades da hipótese – réus reconhecidamente primários e com bons antecedentes (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEXTA TURMA, un., Relator Ministro GILSON DIPP, Classe: RHC – Processo: 12312, UF: RO, Data da decisão: 6/2/2003. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005).

De outro lado, verifique-se que, em verdade, não há diferença substancial entre a prisão com a sentença nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e aquela imposta com a decisão exarada em um dos crimes anunciados na Lei dos Crimes Hediondos, pois, em qualquer uma dessas situações, caso o juiz queira com a sentença condenatória decretar ou manter a prisão preventiva do acusado, terá de dar a devida fundamentação. Do mesmo modo, em virtude do § 1º do art. 387 do CPP, estando o acusado preso, seja em caso de tráfico ilícito de entorpecentes ou de crime hediondo, o juiz, na sentença, em caso de manutenção do decreto prisional, terá de fazer a necessária fundamentação.

A Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que estabelecia normas procedimentais aplicáveis aos crimes praticados por organizações criminosas, a chamada Lei Contra o Crime Organizado, no art. 9º, dizia que “O réu não poderá apelar em liberdade...”, norma que não se confortava com a Constituição e com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, a prisão, mesmo com a sentença, tem natureza acautelatória, de modo que há de ser justificada com a demonstração de sua necessidade. Note-se que a norma em destaque, por linhas transversas, seguia a mesma orientação do art. 594, revogado pela Lei nº 11.719, de 2008.

Por isso mesmo, ao revogar a Lei nº 9.034, de 1995, o legislador da Lei nº 12.850, de 2013, não reeditou a norma do art. 9º, de modo que não há mais óbice, em se tratando de crime organizado, à interposição do recurso em liberdade.

9.6.5.1.4 – Prisão com a decisão de pronúncia.

Registre-se que, assim como ocorria em relação à sentença definitiva, antes da edição da Lei nº 5.941, de 1973 (a chamada Lei Fleury), a prisão era efeito inexorável da decisão de pronúncia, salvo quando o crime era afiançável, hipótese em que, mediante o pagamento da fiança arbitrada, o acusado podia permanecer em liberdade. Com a modificação introduzida pela lei em referência, a contrário senso da leitura do art. 408, § 2º, do Ordenamento Processual Penal, para a decretação da prisão de pronúncia, o juiz havia de fundamentar a necessidade da medida com base na circunstância de o denunciado não ser primário ou não possuir bons antecedentes. Acontece que, conquanto seja razoável que assim seja quando se trata da sentença condenatória, o mesmo não pode ser dito em relação à decisão de pronúncia.

Com efeito, diferentemente da sentença condenatória, que possui, como o próprio nome já está a dizer, natureza condenatória, o que pressupõe, por conseguinte, conclusão quanto à responsabilidade penal do agente, na decisão de pronúncia tal não ocorre, posto que se trata apenas de uma decisão interlocutória, sem nenhum juízo a respeito da culpabilidade. A esse respeito, tenha-se presente que, consoante *communis opinio doctorum*, a decisão de pronúncia contém mero juízo de admissibilidade, sem qualquer imiscuição quanto ao mérito, no qual o magistrado proclama admissível a acusação formulada pelo Ministério Público, a fim de que o acusado seja conduzido ao plenário do júri popular, e lá venha a ser julgado. Reclama-se para a pronúncia apenas a convicção sobre a existência do crime e indícios da autoria, não sendo de mister a colheita de prova robusta, porquanto, como se disse, não se trata de pronunciamento judicial com conteúdo condenatório.

Tendo em conta essa peculiaridade, leciona *ex cathedra* TOURINHO FILHO²⁴⁷¹ que a decisão de pronúncia não se “... trata de sentença de mérito, pois mesmo reconhecendo seja o réu o autor do crime, não aplica nenhuma *sanctio juris*. A sentença aí tem, evidentemente, caráter nitidamente processual”. Cuida-se, apenas, de instrumento com o qual o juiz julga admissível o *jus accusationis*, em ato-condição de encaminhamento do caso para o tribunal do júri – que, em obséquio ao plasmado no art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição, em se tratando de crime doloso contra a vida, constitui-se o juiz natural para o caso –, a fim de que, naquele juízo, seja realizado o julgamento. Justamente por não se tratar de decisão de mérito, portanto, sem nenhum conteúdo condenatório, tem-se o entendimento de que ela deve ser proferida apenas com base na certeza da materialidade e de indícios suficientes de que o denunciado seja o autor do ilícito, deixando para o plenário do júri a tarefa que lhe é conferida pela Constituição, consistente na apreciação do mérito do caso e aí, ao sopesar as provas dos autos, absolver ou condenar o acusado. Assim, para que seja proferida a decisão de pronúncia não se há de exigir prova plena, inconcussa, sem a ínfima mácula de duvidança quanto à

²⁴⁷¹ Op. cit., v. 4, p. 64.

culpabilidade, mas apenas a verossimilhança da pretensão acusatória, de modo que, em caso de dúvida, deve pronunciar, pois o princípio aqui aplicável é o da presunção de inocência, não o da não culpabilidade²⁴⁷².

Em compasso com essa linha de entendimento, TOURINHO FILHO²⁴⁷³, ao analisar os aspectos referentes à absolvição sumária, ensina que o juiz, para deixar de pronunciar e, assim, absolver desde logo o acusado, deve estar acompanhado de provas que *sejam estremes* de dúvidas no sentido de que o ato por ele praticado foi ausente de culpabilidade ou não foi antijurídico. Com sobradas razões, acrescenta o processualista penal paulista que a absolvição sumária com base na ocorrência da legítima defesa pressupõe "... que não haja nenhuma dúvida sobre a existência da excludente de antijuridicidade"²⁴⁷⁴. No mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA escreve que, para a absolvição liminar, o juiz "... há de apoiar-se em prova líquida, considerando que está subtraindo o réu do seu juiz natural que é o júri"²⁴⁷⁵. Essa doutrina não se aplica apenas à absolvição sumária, mas igualmente à impronúncia e, até mesmo, à desclassificação para delito da competência de juízo singular, nos termos do art. 410, caput, do Código de Processo Penal. A base desse entendimento é de que, em obséquio à soberania do júri popular, sempre que o juiz, após as razões finais, receber os autos a fim de deliberar se o caso é para remeter, ou não, para o tribunal do júri, deverá, na dúvida, entender pelo envio do processo, com consequente prolação da decisão de pronúncia, possibilitando, assim, à sociedade, representada por um conselho, composto por sete cidadãos recrutados na localidade onde ocorreu o ilícito, exercer o dever-poder conferido pela Constituição de julgar o acusado.

Por conseguinte, calcada a decisão de pronúncia, ao contrário do que se dá com a sentença condenatória, apenas em juízo de verossimilhança quanto à responsabilidade criminal, tem-se que ela, em certa medida, assemelha-se, e muito, à hipótese em que o juiz está habilitado a decretar a prisão preventiva. É verdade que a decisão de pronúncia é prolatada no final da primeira fase dos processos da competência do tribunal do júri, o que pressupõe não apenas a oitiva do acusado e das testemunhas em juízo, como o pleno exercício do direito de defesa do incriminado, razão pela qual, de regra, nesse momento processual, ele faz seu juízo a respeito da prisão com base em uma cognição que não se pode chamar de sumária, como ocorre, com frequência, quando é chamado a decidir sobre a prisão preventiva. Mas ainda assim, não se pode esquecer que nessa decisão não há juízo de culpabilidade e que, nesse momento, na dúvida, o juiz deve inclinar-se pela pronúncia.

Com a vinda a lume da Lei nº 11.689, de 2008, diante da redação emprestada para o § 3º do art. 413 do CPP, houve a intenção de estabelecer regra similar à do art. 387, § 1º, que trata da manutenção ou imposição da prisão com a sentença. Acontece que o legislador, infelizmente, não utilizou a mesma dicção normativa. Com efeito, no art. 387, § 1º, do CPP, está dito que, com a sentença condenatória, "O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar..."

Já no art. 413, § 3º, do CPP, consta que, ao proferir a decisão de pronúncia, "O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decreta e, tratando-se de acusado solto, a necessidade da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas..." Merece destaque a diferença como os dois dispositivos foram redigidos. Da forma como consta da parte final do § 3º do art. 413 do CPP, sempre que o acusado estiver *solto*, ou seja, respondendo ao processo em liberdade, o juiz, ao prolatar a decisão de pronúncia deverá, *fundamentadamente*, se o caso é de decretação, ou não, de prisão preventiva ou mesmo de medida cautelar diversa.

Essa interpretação literal, porém, não se sustenta. Se quando se trata de sentença, em que há um juízo de culpabilidade, o juiz não precisa fundamentar a razão pela qual não decretou a prisão, por questão de coerência lógica, mesmo se exigirá essa providência quando se tratar da pronúncia, que constitui mera decisão interlocutória de admissibilidade do julgamento pelo tribunal do júri.

De mais a mais, em um sistema jurídico democrático constitucional arquitetado tendo como norte o princípio do direito de liberdade, não se pode exigir que o juiz fundamente a *desnecessidade* de decretar a prisão de alguém. Isso não é razoável e não se sustém. Se a pessoa está em liberdade, o

²⁴⁷² Cf. 9.2.2, supra.

²⁴⁷³ Op. cit., v. 4, p. 60.

²⁴⁷⁴ Ibid.

²⁴⁷⁵ *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 237.

juiz não precisa fundamentar as razões pelas quais mantém a pessoa nessa condição. O contrário é que se impõe. Ou seja, se a pessoa está presa, o juiz, ao condenar ou pronunciar, tem de justificar a existência dos fundamentos para mantê-la no cárcere.

9.6.5.1.5 – Alternativas à prisão processual no Direito Comparado.

O defeito maior da legislação brasileira era que, conquanto tenha havido significativo avanço no sentido de estabelecer opções ao juiz para substituir a aplicação da pena privativa de liberdade por penas alternativas, não havia, em nosso sistema cautelar essa permissibilidade. Como medida cautelar de ordem pessoal só existia a prisão preventiva, com as suas espécies, prisões preventiva e temporária. Não existiam, no Código de Processo Penal, a previsão de medidas cautelares diversas da prisão.

Nesse aspecto, o tratamento legislativo pátrio estava um passo atrás do ordenamento jurídico estrangeiro. Conforme pesquisa do Direito Comparado sobre a matéria, TOURINHO FILHO²⁴⁷⁶ trazia a lume várias legislações que admitiam a substituição substituir, conforme seja o caso, da prisão processual por outras medidas. De acordo com o citado doutrinador²⁴⁷⁷, (a) na Índia, Chile, Filipinas, México, Argentina e Tchecoslováquia, a prisão provisória, dependendo do crime e desde que preenchidas as condições estabelecidas em lei, pode ser substituída pelo compromisso de comparecer aos atos da investigação prévia ou da instrução; (b) no Japão e na China, a prisão processual tem como alternativa o confinamento, com o qual o agente fica obrigado a manter-se em determinado lugar, o que guarda similitude com a nossa prisão domiciliar; (c) na Alemanha, a substituição pode ser pela retenção do passaporte e/ou tomada do documento de identidade²⁴⁷⁸; (d) no Egito, Noruega e Alemanha, a alternativa é a obrigação de o réu se apresentar, periodicamente, à autoridade; (e) no Chile, em alguns casos, o cidadão pode ficar sob custódia de terceiro, sendo que, no Japão, a custódia cabe a um parente, enquanto, na Coreia, a uma instituição beneficente e, na Rússia, a um sindicato; (f) assim como no Brasil, na Itália, Dinamarca e Albânia, o réu pode ficar em prisão domiciliar.

Tendo em conta os males da prisão, primordialmente quando se trata de natureza processual, no Direito Comparado, se tenta encontrar alternativas a essa medida. A França – berço do Liberalismo, precursora do Iluminismo e do movimento de declaração dos direitos fundamentais com dimensão internacional –, como destaca VALDIR SZNICK²⁴⁷⁹, contém como característica peculiar o controle judicial como sucedâneo da prisão cautelar, novidade que foi introduzida no sistema daquele país por meio da Lei nº 570.643, de 17 de julho de 1970. Tendo como objetivo reforçar a garantia dos direitos individuais do cidadão, o art. 137 do Código de Processo Penal francês permite que o juiz, ao invés de determinar a prisão processual, imponha ao agente uma ou mais medidas que, a despeito de restringir o direito de liberdade, não implicam o encarceramento. Elas podem ser da seguinte ordem²⁴⁸⁰:

1. Não sair dos limites territoriais determinados pelo juiz.
2. Não se ausentar do seu domicílio ou da residência fixada pelo juiz de instrução.
3. Não se dirigir a determinados lugares ou se dirigir só aos lugares determinados pelo juiz de instrução.
4. Informar ao juiz de instrução de todo o deslocamento fora dos limites determinados.
5. Apresentar-se, periodicamente, aos serviços ou autoridades.
6. Responder às convocações de toda autoridade ou pessoa qualificada, designada pelo juiz de instrução, que deve ser discreto sobre os fatos.
7. Remeter ao Cartório (ou à Polícia) todos os documentos justificadores de identidade (documento de identidade, especialmente o passaporte), recebendo um documento, identificador de identidade (o nosso documento de liberdade condicional).
8. Abster-se de conduzir veículos ou outros meios (aviões, navios) conforme o caso, entregar no cartório a carteira de motorista (ou de piloto).

²⁴⁷⁶ Op. cit., v. 3, p. 496-497.

²⁴⁷⁷ Ibid. p. 496.

²⁴⁷⁸ Alguns juízes, no Brasil, ao conceder a liberdade provisória, a fim de diminuir a capacidade de livre trânsito do agente, determinam o recolhimento do passaporte.

²⁴⁷⁹ *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994. p. 327.

²⁴⁸⁰ Ibid., p. 328.

9. Abster-se de receber ou se encontrar com certas pessoas, especialmente designadas pelo juiz de instrução.
10. Submeter-se a medidas de exame, tratamento ou cuidados, mesmo sob regime de hospitalização, mesmo em caso de desintoxicação.
11. Fornecer caução (nossa fiança), cujo montante, em uma ou mais vezes, será fixada pelo juiz.
12. Não se dedicar a certas atividades profissionais, quando a infração for cometida em seu exercício, ou nova infração pode ser cometida.

A legislação alemã, no mesmo tom da francesa, diz que a prisão, como tutela cautelar, somente deve ter lugar quando medidas menos radicais forem suficientes para o fim pretendido com a restrição de liberdade²⁴⁸¹, além de prever a sua substituição sob a condição de o agente apresentar-se, periodicamente, ao magistrado. A Carta alemã ainda registra a possibilidade de o juiz estipular determinações, como impor ao acusado o dever de não sair de sua casa, domicílio ou residência ou de uma determinada área sem a devida autorização judicial, ou permitir que ele saia da residência somente sob a vigilância de uma determinada pessoa, e mesmo estabelecer uma caução adequada, prestada pelo próprio autor ou por um terceiro²⁴⁸². Outra medida interessante, prevista no Ordenamento Processual Penal da Alemanha, diz respeito ao *embargo do patrimônio*, medida coercitiva aplicada em substituição à prisão processual, que consiste em bloquear os ativos financeiros do agente, de modo a acarretar a perda do direito de disposição de sua fortuna, para os casos em que, presentes os pressupostos para a detenção, ele se encontre em lugar incerto e não sabido²⁴⁸³.

A mesma postura é verificada no Código de Processo Penal português, ao se deixar consignado que a prisão preventiva somente deve tomar lugar quando consideradas inadequadas ou insuficientes as medidas alternativas (art. 202º, 1). Conforme salienta JOSÉ PIMENTA²⁴⁸⁴, a prisão preventiva, tal como disciplinada no sistema português, “... só é legalmente cabida quando, percorrido o catálogo das medidas de coação anteriormente enumeradas, estas sejam julgadas, em face das concretas circunstâncias do caso, inadequadas – isto é, inidôneas para satisfazer as exigências cautelares que o processo pontualmente reclama – ou *insuficientes*”. Várias são as medidas de coação substitutivas da prisão preventiva alvitadas pela legislação portuguesa²⁴⁸⁵. Por exemplo, o juiz pode impor ao agente a obrigação de apresentação periódica a uma entidade judiciária ou a um órgão policial, no horário e nos dias que ficarem determinados²⁴⁸⁶.

Pode ser aplicada, ainda, a suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos, sendo possível importar, até mesmo, na suspensão do poder paternal, da tutela, da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito. Instituto interessante, dentre essas medidas cautelares alternativas, é o que admite a imposição de proibição de permanência (permanecer, ou não

²⁴⁸¹ ERNST BELING, depois de ressaltar que, no Direito Alemão, a prisão como medida provisional somente é admissível quando houver suspeita de fuga ou existir evidências de que o agente, solto, poderá destruir os rastros do crime ou que poderá induzir as testemunhas a falsear a verdade ou de subtrair-se de seu dever de prestar depoimento, agrega que, mesmo diante desses fundamentos, não se deve adotar essa providência quando “... *se puede contrarestar el peligro para el proceso con medios más suaves y admisibles (por ej. mediante vigilancia policial)*.” (*Derecho procesal penal*. Traducción Miguel Fenech. Buenos Aires: DIN Editora, 2000. p. 379).

²⁴⁸² MAIER. Op. cit., v. 2, p. 86.

²⁴⁸³ BELING. Op. cit., p. 384.

²⁴⁸⁴ PIMENTA. Op. cit., p. 501.

²⁴⁸⁵ Como regra geral, o Código de Processo Penal de Portugal fixa a ideia de que nenhuma medida cautelar será aplicada se não restar, no caso concreto, evidenciada “a) Fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa” (art. 204º). Do mesmo modo como se posiciona a jurisprudência brasileira, JOSÉ PIMENTA explica que “... por mais sólidas que sejam as provas já recolhidas contra o arguido, por mais certa que se mostre a condenação e a pena, só a verificação de, pelo menos, um destes requisitos pode legitimar a aplicação e a manutenção de uma verdadeira medida de coação” (Op. cit., p. 506. Grifo no original). Com inteiro acerto acrescenta o processualista português: “Pouco importa, de resto, o ‘escândalo’ da opinião pública perante uma eventual restituição à liberdade de um arguido não julgado, e em relação ao qual, existindo já provas de culpabilidade, se não fazem sentir exigências cautelares concretas que justifiquem a prisão preventiva. É que o poder judicial está sujeito à lei e, sobretudo, ao direito, e não à opinião da maioria” (Ibid.).

²⁴⁸⁶ Ibid., p. 493. Essa permissibilidade se dá quando a pena prevista para o crime não é superior, no máximo, a seis meses (art. 198º do Código de Processo Penal de Portugal). Nesse caso, para a determinação do horário e dos dias em que deverá ocorrer a apresentação do agente, deve-se levar em conta as exigências profissionais e o local de moradia deste.

permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação, freguesia ou conselho, onde o crime tenha sido cometido ou onde residam os ofendidos, seus familiares ou outras pessoas sobre as quais possam ser cometidos novos crimes), de ausência (não se ausentar para o estrangeiro, ou de não se ausentar sem autorização, não se ausentar da povoação, freguesia ou conselho do seu domicílio, ou não se ausentar sem autorização, salvo para lugares predeterminados, nomeadamente, para o lugar do trabalho) e *de contatos* (não entrar em contato com determinadas pessoas ou não frequentar certos lugares), hipóteses preceituadas para os casos em que a sanção do crime não é superior a três anos.

No Décimo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, realizado de 18 a 25 de abril de 2005, tendo a participação de todos os países que são membros dessa maior organização mundial, aí incluído o Brasil, que, assim como nos anos anteriores, participou, oficialmente, do evento, dentre as proposições aprovadas consta a recomendação de que, na reforma da Justiça criminal, em nome da política de *justiça* restaurativa, sejam pensados e colocados em prática instrumentos alternativos à utilização da privação de liberdade, adotando-se a estratégia de incentivar-se a aplicação de medidas alternativas de base comunitária, despontando, nesse aspecto, a prisão domiciliar, para cujo cumprimento os países mais desenvolvidos têm recorrido, cada vez mais, à vigilância eletrônica como forma de assegurar que o agente permaneça em sua residência²⁴⁸⁷. Essa técnica é adotada nos Estados Unidos, havendo notícia de que assim se procedeu no rumoroso caso envolvendo MARTHA STEWART, condenada pela prática do crime de perjúrio a prisão domiciliar, com direito a sair apenas 48 horas semanais, cumprimento fiscalizado mediante o monitoramento por tornozeleira eletrônica²⁴⁸⁸.

9.6.5.1.6 – Adoção de medidas alternativas à prisão processual no sistema brasileiro.

Consoante ressaltado, a legislação processual brasileira não havia adotado, a título de regra, as medidas alternativas como sucedâneo à prisão processual, muito embora isso já fosse bem definido quanto à prisão-pena e essa fosse a função do processo arquitetado sob a batuta do Estado Democrático-Constitucional²⁴⁸⁹. De qualquer forma, pelo menos no Juizado Especial, sob a influência do sistema americano, o legislador nacional havia concebido medida acautelatória como sucedânea da prisão preventiva, ao enxertar, ao parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 1995, por meio da edição da Lei nº 10.455, de 15 de maio de 2002, previsão de que “... Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima”.

Diante dessa previsão normativa, o juiz, ao contrário de impor a prisão do autor do fato, podia determinar o seu afastamento do lar, domicílio e demais locais frequentados, ordinariamente, pela vítima, como local de trabalho, clube recreativo etc. e, até mesmo, estabelecer a distância mínima que aquele deverá conservar em relação a esta e impedir que com ela mantenha, entre ou procure entrar em contato.

Seguindo a orientação do Direito Comparado, o projeto de reforma do Código de Processo Penal propôs a modificação do art. 319, de modo a estabelecer, além da prisão preventiva, medidas cautelares que não importam em privação do direito de liberdade, mas apenas restrição de determinados direitos, quais sejam: (1) comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; (2) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (3) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (4) proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; (5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; (6) suspensão do exercício

²⁴⁸⁷ Essa recomendação constou do seminário, inserido na programação do evento, intitulado *Protención de la reforma de la justicia penal, incluida la justicia restaurativa*.

²⁴⁸⁸ As ricas também choram. Revista Veja, São Paulo, ed. 1.914, n. 29, p. 85, jul. 2005. MARTHA STEWART ganhou fama nos Estados Unidos porque construiu um verdadeiro império ensinando mulheres a cozinhar, decorar a casa e cuidar do jardim.

²⁴⁸⁹ Cf. o item 9.1.1.3, supra.

de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; e (7) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Na 1ª. edição deste livro salientamos que a proposta de reforma merecia aplauso, sendo pertinente, porém, acrescentar, duas outras medidas. Uma era o monitoramento eletrônico. Medida dessa espécie entendíamos necessária para que as condições estabelecidas pelo juiz como alternativa para que não fosse decretada a prisão, fossem efetivamente monitoradas/fiscalizadas. Por fim, sustentamos que deveria ser prevista como medida acautelatória substitutiva, a decretação da indisponibilidade do patrimônio do agente, especialmente nos casos de crimes contra o sistema financeiro, de lavagem de dinheiro, tráfico de entorpecentes e corrupção, medida que já era adotada, porém, sem que houvesse explicitação no ordenamento jurídico de sua adequação como sucedâneo da prisão preventiva²⁴⁹⁰.

Coube à Lei nº 12.403, de 2011, ao lado da prisão preventiva e da temporária, incluir no Código de Processo Penal, nove medidas cautelares diversas (art. 319, incisos I a IX), a saber:

- (1) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- (2) 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;
- (3) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante;
- (4) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- (5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- (6) 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;
- (7) 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;
- (8) 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;
- (9) monitoração eletrônica.

Como se vê, o legislador findou incluindo a monitoração eletrônica dentre as medidas cautelares diversas da prisão. Aliás, essa foi, propriamente, a grande novidade, pois dessas medidas diversas da prisão era a única que não estava prevista, em lei especial, muito embora, registre-se, esse mecanismo de controle já tivesse sido introduzido pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, em relação aos beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (arts. 122 a 125, c/c o art. 146-B, II, da Lei de Execução Penal) e aos presos em prisão domiciliar (art. 117, c/c art. 146, IV, da Lei de Execução Penal). Todas as demais medidas diversas, já eram conhecidas e aplicadas em nosso sistema.

Aqui impõe repetir que essas medidas cautelares diversas da prisão, de qualquer maneira, importam em restrições ao direito de liberdade, razão pela qual também só devem ser aplicadas em caráter excepcional. Inclusive, algumas dessas espécies de medidas cautelares diversas da prisão possuem alto grau de restrição do direito de liberdade, como são os casos de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, de manter contato com determinada pessoa, de ausentar-se da comarca, a determinação de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a

²⁴⁹⁰ No episódio envolvendo o empresário MARCUS VALÉRIO, que seria a pessoa responsável pela movimentação dos recursos financeiros para fomentar o *mensalão* (mesada paga, indevidamente, a parlamentares a fim de comprar o voto no processo legislativo), assim como em tantos outros, antes mesmo de decretar-se a prisão preventiva, como medida acautelatória, determinou-se a indisponibilidade de todos os bens, aí incluído o dinheiro depositado em instituições financeiras.

suspensão de função pública ou privada e a internação provisória, além, claro, da monitoração eletrônica (art. 319, II, IV, V, VI, VII, e IX, do CPP).

Por isso mesmo, para a imposição de qualquer que seja a espécie de medida cautelar diversa da prisão, de mister que, de primeiro, estejam presentes os requisitos ou pressupostos, quais sejam, a materialidade e indício suficiente de autoria, ademais da satisfação de um dos fundamentos do art. 282, I, ou seja, *haja a necessidade de sua determinação, para fins de aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal e/ou evitar a prática de infrações penais*.

9.6.5.2 – Detenção/Prisão sem ordem judicial.

A par da prisão mediante ordem judicial, que é a regra, assim como vem procedendo o constituinte desde a Constituição Imperial, a Constituição de 1988 admite a possibilidade de que o encarceramento se dê sem a intervenção do Judiciário, desde que isso ocorra quando o agente é pego em flagrante delito²⁴⁹¹. Tal é concebido, igualmente, em todos os ordenamentos jurídicos, pelo menos é o que se depreende do exame das Constituições alemã, francesa, italiana, espanhola e portuguesa e dos tratados e convenções internacionais²⁴⁹². Com efeito, na apreciação do Direito Comparado, observou-se que nele se faz a distinção entre a *detenção* e a *prisão*, esta somente sendo admissível por ordem judicial, aquela quando é efetuada durante o exercício do *dever-poder de polícia*²⁴⁹³. Assim, em verdade, a autoridade policial ou quem as suas vezes fizer não efetua ou decreta a prisão de quem quer que seja, mas apenas efetua ou faz a *detenção* do agente, quando flagra alguém no momento da prática do ilícito. Ocorrida esta, é feita a comunicação do fato ao juiz e este, após ouvir o preso e as manifestações do Ministério Público e da defesa, na audiência de apresentação/custódia, decide se decreta, ou não, a prisão. Note-se que o magistrado não é chamado para dizer se mantém a prisão. Ele intervém para transformar, ou não, a detenção em prisão. Ou melhor, o juiz intervém para decidir se decreta, ou não, a prisão processual, desde que provocado nesse sentido. Se entender que não deve decretá-la, o julgador deverá determina a soltura do preso, independentemente da legalidade da detenção²⁴⁹⁴.

As Constituições brasileiras, porém, nunca fizeram distinção entre *detenção* e *prisão propriamente dita* tendo sempre cuidado de dizer que a *prisão*, de ordinário, somente se procede mediante ordem, ou seja, determinação por escrito para, no mesmo dispositivo, excepcionar a hipótese da *prisão sem ordem*, que é a situação em que ocorre o flagrante²⁴⁹⁵. Coube à Constituição de 1988 trazer como inovação nesse ponto a circunstância de que a ordem há de emanar de *autoridade judiciária competente*. Até então, *autoridade competente* poderia ser outra que não a judicial, desde que assim fosse estabelecido na legislação ordinária, como fazia o Código de Processo Penal, em relação à denominada prisão administrativa (art. 319 do CPP).

Mas, de toda sorte, a Constituição de 1988 não promoveu a distinção entre a mera *detenção* e a *prisão*. Talvez por isso a doutrina e a jurisprudência nacionais tampouco trataram de ressaltar a diferença. Muito pelo contrário. No entendimento da doutrina, há dois tipos de prisão: a em flagrante e a que decorre de ordem judicial. Nessa linha, flagrante delito é uma exceção ao princípio de que a prisão do agente só pode ocorrer mediante ordem judicial escrita, podendo ser efetuada, até mesmo, por qualquer do povo, que recebe, por delegação normativa, a função de atuar como fiscal do Estado, para agir em seu nome (art. 301 do Código de Processo Penal). Note-se que, de acordo com o art. 301 do Código de Processo Penal, a detenção em flagrante, para as autoridades policiais e seus agentes, constitui-se um *dever*, ao passo que, para o povo em geral, trata-se de uma *faculdade*. Qualquer do povo *poderá*, enquanto a autoridade ou agente policial *deverá* deter quem for encontrado em flagrante delito. Essa norma está em consonância com o que dispõe o caput do art. 144 da Constituição, que diz ser a segurança pública um *dever* do Estado, de modo que se constitui um direito do cidadão, mas nem por isso deixa de ser, igualmente, uma

²⁴⁹¹ Cf. item 9.6.2, supra, parte em que se faz o esboço histórico do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro.

²⁴⁹² Cf. item 9.6.1, supra, sobre prisão processual no Direito Comparado.

²⁴⁹³ ANDREY BORGES afirma que “A prisão em flagrante, independentemente de ordem judicial, existe em praticamente todo o mundo (*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011, p. 134).

²⁴⁹⁴ Para não repetir o que já foi dito, Cf. item 9.6.1.

²⁴⁹⁵ Cf. item 9.6.2, supra. Cf., ainda, o item 9.6.5, supra, no qual se fala sobre o tratamento dispensado pela Constituição de 1988 à prisão processual e se discorre sobre a revogação da prisão administrativa.

responsabilidade de todos, pelo que, para esses, quanto ao flagrante, é uma faculdade-responsabilidade deter o agente.

Consequentemente, para a doutrina tradicional, a prisão em flagrante é uma das *espécies de prisão*, que muito difere da temporária ou preventiva, justamente porque, a fim de que ela ocorra, não há necessidade de satisfação dos requisitos do art. 1º, incisos I a III, da Lei nº 7.960, de 1989 ou do art. 312 do Código de Processo Penal, respectivamente, mas sim de uma das situações descritas nos incisos do art. 302 do mesmo ordenamento jurídico.

No ponto, há de se registrar que o flagrante delito foi disciplinado na Lei das Doze Tábuas, que autorizava matar o *ladrao* em caso de roubo. JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR diz que a palavra *flagrante* é extraída da raiz grega *flegein*, que significa queimar²⁴⁹⁶. No início, a prisão em flagrante era a consagração do direito de pronta reação individual do ofendido. Em outras legislações, constituía-se circunstância agravante, diante da consideração de que a prática de crime, sob os olhos de outrem, representava ousadia maior e tenacidade para a ação delituosa. Depois, o flagrante delito passou a ser instrumento que serve para dar lastro probatório seguro não apenas a respeito da materialidade, mas também quanto à autoria, dois elementos preponderantes em todo e qualquer processo, sobre os quais basicamente gira toda a investigação criminal. Em outros tempos, aí se diga entre nós até o advento da Lei nº 6.416, de 1977, o flagrante se prestava para justificar, por si só, que a pessoa respondesse o processo recolhido à prisão, além de servir a outros fins, como os assinalados por HÉLIO TORNAGHI, consistentes em *servir de advertência aos maus* (exemplaridade), *restituir a tranquilidade aos bons* (satisfação) e *restaurar a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade* (prestígio)²⁴⁹⁷.

Esse histórico forjou o pensamento dogmático sobre o instituto, o que foi alimentado pelo fato de o Código de Processo Penal, em sua redação originária, ter tratado o flagrante como justificativa para a pessoa ficar presa, bastando, para tanto, que o crime não fosse afiançável ou dele não fosse o caso de livrar-se solto²⁴⁹⁸. Porém, consoante aqui já sublinhado, esse sistema sofreu substancial alteração com o irromper da Lei nº 6.414, de 1977, que inseriu um parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, fazendo com que, daí por diante, o flagrante delito deixasse de ter um fim em si mesmo na qualidade de medida processual detentiva²⁴⁹⁹. Deixou de ser, portanto, uma das espécies de prisão processual.

Por conseguinte, em razão do parágrafo único do art. 310 do CPP, incluído pela Lei nº 6.414, de 1977, a partir da vigência dessa da norma, para que alguém ficasse preso, havia a necessidade de que se encontrasse satisfeito um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva²⁵⁰⁰, não bastando, para justificar a manutenção dessa situação, a circunstância de a pessoa ter sido detida em flagrante no momento em que praticava o delito.

Conquanto essa mutação do sistema normativo fosse salientada por parte da doutrina, muitos magistrados, em caso de flagrante delito, persistiam na *práxis* de observar a legalidade do ato para, então, entendendo que não era o caso de relaxamento da prisão, de forma simplista, apenas proceder à homologação, sem analisar, portanto, se havia motivo, ou não, para que o detido ficasse preso. Inclusive, na intenção de evitar essa prática, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 87, de 15 de setembro de 2009, alterou a redação do art. 1º da Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009, para esclarecer que, não sendo caso de concessão da liberdade provisória ou de relaxamento de prisão, o juiz deveria determinar “a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente” (inciso II).

A Resolução do CNJ, nessa parte, era mais uma recomendação/orientação aos juízes, do que uma norma imperativa, que foi editada em razão de ter sido identificado, nos muitos mutirões carcerários realizados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário –

²⁴⁹⁶ *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 296.

²⁴⁹⁷ *Curso de Processo Penal*. v. 2, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50. Sobre o assunto, cf. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 121-129.

²⁴⁹⁸ AFRÂNIO SILVA JARDIM ressalta que, antes da introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, era difícil “... enquadrar tal espécie de prisão provisória dentre as chamadas medidas cautelares penais” (Op. cit., p. 259).

²⁴⁹⁹ Para não ser repetitivo, cf. o item 9.6.4, supra.

²⁵⁰⁰ Não se pode perder de vista o que ficou aqui assentado a respeito da prisão temporária, o que justifica a referência, apenas, à prisão preventiva. Cf. item 9.6.5.1.2, supra.

DMF, que os casos mais emblemáticos de recolhimento ao cárcere indevidamente tinham como origem o flagrante delito, ficando a pessoa presa por vários anos, sem que houvesse, sequer, uma decisão judicial dando os motivos pelos quais deveria a pessoa ficar na prisão.

Por isso mesmo, necessário alterar a legislação de regência, pois, para todos os efeitos, a redação anterior do art. 310 do Código de Processo Penal não era clara em relação à recomendação ofertada pelo CNJ. Assim, na segunda etapa da Reforma Tópica, mediante as alterações promovidas pela Lei nº 12.403, de 2012, restou esclarecido que, não sendo o caso de relaxamento da prisão ilegal (inciso I do art. 310 do CPP) ou de *conceder liberdade provisória, com ou sem fiança* (inciso III do art. 310 do CPP), o juiz deverá “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão” (inciso II do art. 310 do CPP).

Se assim passou a ser norantizado, sem embargo de essa nova conformação jurídica realçar a natureza acautelatória do flagrante delito, persistia a seguinte dúvida: Diante do que está dito no inciso II do art. 310, do CPP, no caso de flagrante delito, a fim de que a pessoa detida seja conservada na prisão, há de transformar-se em prisão preventiva ou temporária ou é caso de manutenção da prisão em flagrante? A resposta, a par de passar pela discussão a natureza jurídica do flagrante delito, restou esclarecida no inciso III do art. 310, ao estabelecer que, na análise do flagrante, o juiz, deve “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

Por lapso o legislador fez referência, apenas, à possibilidade da conversão do flagrante delito em prisão preventiva, mas, para todos os efeitos, o juiz pode, claro, se entender suficiente, convertê-lo em prisão temporária. De outra banda, no projeto de lei que foi transformado na Lei nº 12.403, de 2011, constava a proposta de realização da audiência de apresentação, todavia, o Parlamento rejeitou o dispositivo sugerido. Ainda assim, tendo em conta o art. 7º, 5 do Pacto de São José da Costa Rica, que impõe que “Toda pessoa presa ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autoriza por lei a exercer funções judiciais”, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, inseriu em nosso sistema jurídico a obrigação da realização da audiência de apresentação/custódia para fins de análise do auto de flagrante.

No ponto, a Lei nº 13.964, de 2019, alterou o caput do art. 310 do CPP, apenas para inserir em lei ordinária a obrigatoriedade da realização da audiência de apresentação (custódia) para fins de apreciação do auto de flagrante delito.

9.6.5.2.1 – Natureza jurídica do flagrante delito.

Apresenta-se de suma importância definir a natureza jurídica do flagrante delito e, com isso, estabelecer se, com a comunicação feita ao juiz, esse ato deve ser tratado, tecnicamente, como hipótese de prisão diferente da prisão preventiva. Em outras palavras, cabe responder à pergunta: o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, na audiência de apresentação (custódia), se for o caso, deve manter a prisão, apenas homologando-a, ou decretá-la, transformando-a em preventiva ou temporária? Na doutrina, com suporte na legislação anterior à Lei 12.403, de 2011, formaram-se duas correntes: a primeira no sentido de que a prisão em flagrante, malgrado o disposto no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, tem requisitos próprios e função acautelatória. A segunda corrente sustenta que flagrante não é propriamente prisão, de modo que, ao passar pelo crivo do juiz, este deve, se for o caso, transformá-lo em prisão temporária ou preventiva.

Para bem ordenar o debate, mostra-se imprescindível definir a natureza jurídica do flagrante delito, não propriamente para dizer se ela possui, ou não, função acautelatória²⁵⁰¹, mas para esclarecer se é um ato administrativo ou judicial. Veja-se que o flagrante delito, ainda quando efetuado por um do povo, corresponde à ação que é realizada em consonância com o dever-poder de polícia do Estado, função que é cometida aos órgãos administrativos integrantes do Executivo e por eles

²⁵⁰¹ Atento para os efeitos da mudança então ocorrida com o acréscimo do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, TOURINHO FILHO afirmava que, daí em diante, não havia mais dúvidas quanto à natureza cautelar da prisão em flagrante, pois, mesmo “... efetivada a prisão em flagrante, só se justifica a permanência do indiciado no cárcere para assegurar o resultado final do processo, para garantir o desenrolar normal do processo, ou, então, para tutelar a ordem pública, evitando prováveis danos que o indiciado, solto, possa causar à ordem pública” (Op. cit., v. 3, p. 425).

desempenhada²⁵⁰². Trata-se de uma espécie de *autodefesa* da sociedade, com clara natureza de ato administrativo. Se o flagrante delito é um ato administrativo, tem-se que, nesse caso, a prisão/detenção efetuada é administrativa²⁵⁰³. Por conseguinte, além dos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, ressalvados na parte final do inciso LXI do art. 5º da Constituição, haveria outra possibilidade de prisão/detenção administrativa, que seria, exatamente, a prisão/detenção em flagrante.

Para contornar essa questão e, de outro lado, sustentar a sua natureza processual, TOURINHO FILHO²⁵⁰⁴ assegura que, conquanto a *prisão-captura* seja um ato dimanado do poder de polícia do Estado, “... depois de efetivada a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e se convolar numa verdadeira medida cautelar”. Sem se preocupar com esse detalhe, MIRABETE²⁵⁰⁵ escreve que “A prisão em flagrante é um ato administrativo, como deixa entrever o artigo 301, uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, XLI).” Contudo, se a prisão em flagrante é um ato administrativo, não pode ser considerada, igualmente, uma medida cautelar de natureza processual.

Assim, não parece correto o posicionamento de MIRABETE, pois não se mostra coerente dizer que a prisão/detenção em flagrante é, a um só tempo, ato administrativo e medida processual acautelatória. Ou é uma coisa ou outra, ou então, como faz TOURINHO FILHO, deve-se distinguir duas fases bem distintas: a primeira, que diz respeito à prisão-captura, de ordem administrativa, e a segunda, que se estabelece no momento em que se faz a comunicação ao juiz, de natureza processual, quando a homologação, ou manutenção, ou transformação, ou decretação da prisão somente deve ocorrer se presente um dos fundamentos para a imposição da prisão preventiva. Por conseguinte, com essa tese, na origem, a prisão em flagrante seria um genuíno ato administrativo; contudo, depois, passaria a ser jurisdicionado, a partir do momento em que o juiz é chamado para dizer, com base nos mesmos fundamentos elencados para a decretação da prisão preventiva, se há necessidade de manutenção, ou não, do preso no cárcere²⁵⁰⁶. ANDREY BORGES²⁵⁰⁷, com abordagem dogmática singular, identifica na prisão em flagrante natureza de medida cautelar, contendo *fumus commissi delicti* e *periculum in libertatis* específicos, escorado, o primeiro, na colheita imediata das provas e, o segundo, na reação social necessária para sustar a prática. RENATO BRASILEIRO²⁵⁰⁸, por sua vez, conquanto ressalte que o flagrante tem como função evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita de elementos informativos e impedir a consumação ou exaurimento do delito, não se tratando, portanto, de uma medida cautelar pessoal, assevera que se cuida de uma espécie de prisão *precautelar*, pois tem o condão de colocar o agente à disposição do juiz.

Em posição intermediária, ROGÉRIO SCHIETTI, no seu livro *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*, ao tratar das prisões em nosso sistema processual, adverte que não se debruçará sobre a prisão em flagrante “... porque passa ela a, nitidamente, ter caráter de pré-cautela, necessária, apenas para fazer cessa a atividade criminosa, impedir a fuga do seu autor e preservar a prova para futura avaliação das partes e do juiz natural da causa penal”²⁵⁰⁹. Já AURY LOPES²⁵¹⁰, de forma incisiva, partindo exatamente do pressuposto de que o flagrante tem um caráter meramente

²⁵⁰² Cf. item 7.2.3.1.3, supra. Acertadamente, diz TOURINHO FILHO que, mesmo quando o juiz efetua a prisão em flagrante, ainda assim, essa medida não perde a sua natureza de ato administrativo, até porque, nesse caso, ele está exercendo uma função administrativa, e não jurisdicional (Ibid., p. 424). Isto é, assim como ocorre em relação à prisão preventiva, o flagrante delito só tem o condão de fazer com que a pessoa permaneça presa quando o juiz, ao examinar o assunto, concluir que há a *necessidade* de mantê-la no cárcere, tendo como fundamento para tanto aqueles “elementos” que são reclamados para a decretação da prisão preventiva.

²⁵⁰³ Cf. item 7.2.3.1.3, supra.

²⁵⁰⁴ Ibid., p. 424.

²⁵⁰⁵ Op. cit., p. 370.

²⁵⁰⁶ AFRÂNIO SILVA JARDIM não faz a distinção, cuidando de registrar apenas que após a edição da Lei nº 6.414, de 1977, que acrescentou o parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva passou a ostentar indistigável natureza cautelar (Op. cit., p. 259). De toda forma, JOSÉ FREDERICO MARQUES, em estudo elaborado antes da modificação legislativa apontada por AFRÂNIO SILVA JARDIM, já defendia que a prisão em flagrante possui *destacado aspecto de medida cautelar*, pois “Com a captura e a detenção do réu, não só se tutela e se garante o cumprimento ulterior da lei penal, mas também garantida fica a colheita imediata de provas e elementos de convicção sobre a prática do crime” (Op. cit., v. 4. p. 74).

²⁵⁰⁷ *A prisão e outras medidas cautelares pessoais*, p. 134

²⁵⁰⁸ *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2001, p. 182.

²⁵⁰⁹ P. 237.

²⁵¹⁰ *Direito processual penal*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 616-617.

pré-cautelar, não sendo, portanto, medida cautelar de ordem pessoal, adverte que a doutrina brasileira tradicional precisa corrigir o equívoco de classificar o flagrante como uma das medidas cautelares, correção que há de ser feita, notadamente, a partir das alterações da Lei nº 12.403, de 2001.

A *vexata quaestio*, porém, tem-se por resolvida caso se faça uma distinção bastante importante. Para todos os efeitos, somente quem pode decretar ou impor a prisão é o juiz, mediante decisão *escrita e fundamentada*. O que a autoridade ou agente policial ou qualquer do povo tem autorização constitucional para fazer é efetuar a *detenção* do agente, quando este for flagrado no momento em que está praticando a ação delituosa, ainda que se defenda que isso se trata de uma mera medida pré-cautelar. Por conseguinte, quando o juiz se debruça sobre o auto de prisão em flagrante, ele não tem como missão, apenas, observar a legalidade da prisão para daí *homologá-la* ou *mantê-la*. O magistrado não deve homologar ou manter a *prisão* em flagrante, simplesmente porque, em verdade, até então, o que há é *mera detenção*. O que ocorre com a o flagrante é, tão-somente, a detenção do agente, a fim de que o juiz, posteriormente, decida se a pessoa deve ser *levada*, ou não, à prisão. Com isso se quer dizer – repita-se – que não há, propriamente, uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal. O flagrante delito se constitui e justifica apenas a *detenção*, cabendo ao juiz, após a análise por meio da leitura do auto de prisão em flagrante, na audiência de apresentação (custódia) definir se a *prisão preventiva* deve, ou não, ser decretada. Portanto, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, tendo verificado que não há ilegalidade na detenção, deve observar se é o caso, ou não, de prolatar decisão judicial decretando a prisão preventiva ou mesmo a temporária.

Fica evidente, assim, que o juiz não homologa ou mantém a prisão em flagrante. Isso porque, tecnicamente, a autoridade ou agente policial ou o do povo não prende a pessoa que é surpreendida em flagrante delito, pois apenas faz a sua detenção. Esse entendimento também deixa patente que o juiz não pode, ao receber o auto de flagrante, dizer, laconicamente, que mantém a prisão. Terá de proferir, se for o caso, decisão fundamentada de decretação da prisão processual²⁵¹¹, transformando, dessa forma, aquela medida administrativa de detenção em prisão processual.

A tese aqui sustentada, por outro lado, serve para resolver problema que emerge da leitura do inciso LXVI do art. 5º da Constituição. Com efeito, ao assegurar dentre os direitos fundamentais que o cidadão tem o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, mais adiante, o constituinte comete uma aparente impropriedade, ao dizer que, sempre que tiver o direito de responder o processo em liberdade, o cidadão *não deverá ser levado à prisão*. Ora, se a pessoa, por expressa disposição constitucional, não deve ser levada à prisão quando tem o direito à liberdade provisória, como então pôde ser presa em flagrante delito pela polícia, sendo, por conseguinte, levada à prisão, nas hipóteses em que o magistrado, comunicado – como deve ser – sobre o caso, ao fazer o seu estudo, entender que aquela deva ser posta em liberdade? Nesse caso, teria a autoridade policial descumprido a cláusula constitucional, pois teria levado à prisão quem não deveria, uma vez que reconhecido o seu direito à liberdade provisória.

Ademais, outra indagação se impõe: Se o exame quanto ao direito à liberdade provisória, como aqui já foi dito, nesses casos de flagrante delito, pressupõe uma prisão válida, processada sem vícios formais, como cumprir a garantia constitucional que diz assegurar o direito de a pessoa, nessa hipótese, não ser levada à prisão?²⁵¹² O impasse dogmático é evidente: o direito à liberdade provisória pressupõe que a pessoa tenha sido presa legalmente, enquanto a Constituição diz que a pessoa que detém esse direito à liberdade provisória não pode ser levada à prisão.

O problema dogmático é resolvido na medida em que se entenda, como aqui está sendo defendido, que o flagrante delito não acarreta a prisão do agente, mas apenas a sua detenção. Dessa forma, o flagrante não tem a propriedade de levar o agente à prisão, mas apenas de detê-lo para que

²⁵¹¹ Embora AFRÂNIO SILVA JARDIM parta de pressuposto distinto, pois, para ele, a prisão em flagrante, ao lado da preventiva, é uma das espécies de medidas de natureza acautelatória no âmbito do Processo Penal, o referido membro do *parquet* fluminense sustentava que a então regra jurídica instaurada com o enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal “... criou mais que uma simples faculdade para o órgão jurisdicional, vez que passou a ter o acusado o direito subjetivo processual de ver a sua prisão mantida ou não através de decisão fundamentada, malgrado não ser esta a orientação predominante nos tribunais” (Op. cit., p. 263).

²⁵¹² Certa feita, em curso de Pós-graduação, um delegado de polícia fez essa indagação, à procura de uma resposta de conteúdo dogmático satisfatória. A resposta, naturalmente, foi no sentido de que, com a prisão em flagrante, apesar dessa nomenclatura utilizada, a pessoa não é tecnicamente presa, mas apenas detida, cabendo ao juiz resolver se determina que ela seja *levada*, ou não, à prisão.

o juiz, este sim, decida a sua sorte, devendo, porém, deixar de prendê-lo, ou seja, não o levar à prisão, quando aquele tiver o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança.

Para além da questão meramente dogmática, a distinção é importante, especialmente com a adoção da audiência de apresentação (custódia). O flagrante delicto autoriza, apenas, que a pessoa fique detida em delegacia de polícia, central de detenção em flagrante ou estabelecimento definido para esse fim, não sendo permitido que se conduza o detido para estabelecimento penal, notadamente a penitenciária ou a colônia agrícola, industrial ou similar, a não ser se e quando o juiz, na audiência de apresentação (custódia), decretar a prisão temporária ou preventiva²⁵¹³.

E assim é porque, conforme expendido, resta patente que a natureza jurídica do flagrante delicto é de ato administrativo tão-somente, não possuindo, por conseguinte, natureza jurisdicional, o que, por via de consequência, infirma qualquer pretensão de querer situá-la como medida processual acautelatória com a qual se determina a prisão de alguém, pois serve, apenas, para a detenção, devendo o juiz decidir se a hipótese é de relaxamento da detenção/prisão, decretação da prisão temporária ou preventiva ou de concessão da liberdade provisória²⁵¹⁴.

Como asseverado na 1ª. edição deste livro, essa foi a posição adotada no projeto de reforma do Código de Processo Penal encaminhado ao Congresso Nacional pelo Executivo, na proposta de modificação do art. 310 do mencionado Instrumento Normativo, pois ali estava dito, no caput, que, se não for o caso de relaxamento, “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente”, “Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312” (inciso II)²⁵¹⁵.

Com pequena modificação, esse texto foi transformado na Lei nº 12.403, de 2011, o que colocou a última pá de cal nesse debate. De fato, em compasso com a nova redação emprestada ao art. 310, caput e inciso I, II e III, do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, em decisão fundamentada: (i) relaxar a prisão ilegal; (ii) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (iii) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. A obra foi finalizada com a edição da Lei nº 13.964, de 2019, que, finalmente, inseriu no CPP a obrigatoriedade da realização da audiência de apresentação (custódia).

Não há mais a mínima réstia de dúvida de que, que, agora, por expressa previsão normativa, quando receber o auto de prisão em flagrante, seja qual for o seu entendimento, o juiz, na audiência de apresentação (custódia), após ouvir o detido e as partes, terá de prolatar decisão devidamente fundamentada, de modo que, no ponto, caso entenda que a pessoa deve ser levada à prisão, não pode mais se contentar em homologar a detenção ou o ato administrativo levado a seu conhecimento por meio do respectivo auto, pois, como se ressaltou, terá de proferir *decisão fundamentada*, justificando a conversão do flagrante em medida cautelar, que poderá, *subsidiariamente*, ser a prisão. Em outras palavras, terá, se for o caso, de decretar, com a exposição relativa aos fundamentos, a prisão, assim como vários juízes já faziam, mesmo antes da alteração aqui em foco.

Ademais, além de ter de fundamentar a transformação em (decretação da) prisão preventiva ao argumento de que presente um dos fundamentos do art. 282, I, do CPP, c/c com o art. 312, caput, do CPP, deverá, ainda, com fulcro no inciso II do mesmo dispositivo, diante da *gravidade da infração, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do agente*, ressaltar que não é recomendável, para o caso, aplicar uma ou mais medidas alternativas (art. 310, III, parte final, do CPP). Aqui o legislador foi coerente com o princípio da subsidiariedade da prisão preventiva ou

²⁵¹³ Sobre os estabelecimentos penais, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução no sistema penitenciário federal*, p. 82-98.

²⁵¹⁴ O nosso sistema, como anomalia, previa que, em se tratando de crime para o qual prevista a pena de detenção, a própria autoridade policial poderia conceder, mediante fiança, a liberdade provisória. Agora, com a reforma implementada pela Lei nº 12.403, de 2011, em razão da mudança do paradigma do tipo da pena para a quantidade de pena, essa legitimidade da autoridade policial se dá nos casos em que o crime é punido com pena máxima que não seja superior a 4 (quatro) anos (art. 322, caput, do CPP).

²⁵¹⁵ O melhor, naturalmente, seria, ao invés de falar em *prisão em flagrante*, dizer *detenção em flagrante*. Acontece que a nomenclatura já está consagrada em nosso sistema, daí por que até é aceitável que se continue com a atecnia. De toda forma, a circunstância de a Constituição e de a lei infraconstitucional assim disporem não têm o condão de dar fôlego à tese contrária à que aqui é sustentada. Especialmente em relação à Constituição que, como se sabe, é uma Carta Política que, nas mais das vezes, não emprega as palavras no seu sentido técnico-jurídico.

mesmo temporária como medida cautelar²⁵¹⁶, estampado no art. 282, § 6º, do CPP, de modo que deverá o magistrado, na decisão na qual proceder à conversão do flagrante em prisão preventiva ou temporária, expor fundamentação quanto à *inadequação ou insuficiência*, para o caso concreto, da aplicação de uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão.

9.6.5.2.2 – Requisitos constitucionais-formais necessários à legalidade da detenção em flagrante.

Denotando toda a preocupação com os contornos da prisão efetuada sem a prévia ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial, o constituinte inseriu, dentre os direitos fundamentais, várias regras que estabelecem os parâmetros formais dentre os quais o flagrante delito deve ser processado, sob pena de sua invalidade, com conseqüente reconhecimento de o agente ter o direito de ver relaxada a sua prisão/detenção. Como se nota, o constituinte não se contentou em declarar como direito fundamental a observância das regras formais registradas na Norma Maior, pois foi mais além, ao catalogar também como cláusula essencial da pessoa humana o direito de ter a prisão ilegal imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Os direitos fundamentais específicos relacionados aos aspectos formais do flagrante delito são: (1) comunicação imediata, não só ao juiz competente, como também à família ou pessoa indicada, da ocorrência da detenção, com informação do local no qual está recolhida a pessoa (art. 5º, LXII); (2) informação ao detido dos seus direitos, especialmente o de permanecer calado (art. 5º, LXIII, primeira parte); (3) assistência jurídica e familiar (art. 5º, LXIII, segunda parte); (4) identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial (art. 5º, LXIV); (5) relaxamento imediato da prisão ilegal (art. 5º, LXV); (6) não ser levado à prisão, quando tiver o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI); (7) ser encaminhado para estabelecimento adequado (art. 5º, XLVIII e L); e (8) respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX)²⁵¹⁷. À exceção das garantias de permanecer calado, de não ser levado à prisão e de ter a sua integridade física e mental respeitadas, que já foram tratadas em outra parte deste estudo, cada um dos direitos fundamentais específicos a respeito da regularidade da detenção em flagrante deve ser analisado com mais vagar, sendo que duas delas em tópicos específicos, exatamente as de número 1 e 5.

Quanto às formalidades que devem ser adotadas na detenção/prisão sem ordem judicial, a Constituição garante ao preso a informação dos seus direitos (art. 5º, LXIII). É o famoso *aviso de Miranda* do sistema norte-americano, em que o policial, no momento da detenção ou prisão, tem de ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que ele vier a dizer²⁵¹⁸. No nosso sistema, o direito à informação dos direitos importa, inclusive, na necessidade de que, no auto de prisão em flagrante, que vai assinado pelo preso, conste a advertência de todos os direitos constitucionais que lhe são assegurados, dentre eles o de permanecer calado.

Sem embargo do que já foi aqui dito a respeito da assistência jurídica ao preso, encartada na Constituição como direito fundamental, note-se que o Supremo Tribunal Federal²⁵¹⁹ possui pronunciamento no sentido de que a autoridade policial não tem “... o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação”, pois o que efetivamente a Lei Fundamental da República assegurou foi a possibilidade de a pessoa “... fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico”²⁵²⁰, daí a concluir que “A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao

²⁵¹⁶ Cf. item 9.6.5.B, supra.

²⁵¹⁷ Cf. itens: 9.5.2 (que trata do direito ao silêncio); 9.6.5.2.1 (cuida da natureza jurídica da detenção preventiva); e 8.2.3.1 (analisa a dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado e ao condenado, o que se aplica, naturalmente, a quem é colocado no cárcere a título acautelatório).

²⁵¹⁸ Nos filmes americanos, é comum assistir-se à leitura desses direitos feita pelo agente policial no momento da prisão.

²⁵¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: RE – Processo: 136.239, DJ 14/08/92. Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005.

²⁵²⁰ Ibid.

indiciado preso.”²⁵²¹ Essa, porém, não parece ser a posição mais acertada. Qual o sentido de o constituinte, no inciso LXIII do art. 5º, assegurar ao preso o direito à assistência de advogado se, pouco mais adiante, no inciso LXXIV, está dito que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. À evidência, tudo leva a crer que se quis dar maiores garantias à pessoa quando ela é recolhida a estabelecimento carcerário em razão de detenção ou prisão sem ordem judicial, como medida importante para dar controle mais efetivo a essa atuação da autoridade policial.

De toda sorte, além da necessidade de que a prisão seja comunicada imediatamente à família do preso ou a pessoa por ele indicada, a Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007²⁵²², ao conferir nova redação para o art. 306, §1º, do CPP, em boa hora, deu a determinação para que, dentro de 24 horas depois da prisão, o auto do flagrante seja encaminhado não apenas para o juiz, mas igualmente, em cópia integral, para a Defensoria Pública, quando o preso não informa o nome de seu advogado. Dessa maneira, o legislador infraconstitucional, regulamentando o preceito constitucional, garantiu que o preso terá, quer ele queira, quer não, a assistência jurídica quando a sua detenção ou prisão. E mais, tendo em consideração o que consta no inciso XXI do Estatuto da Advocacia, incluído pela Lei nº 13.245, de 2016, a nulidade absoluta do interrogatório colhido no auto de flagrante, caso o agente, no momento da detenção, tenha indicado o seu advogado, mas a autoridade policial não tenha providenciado a intimação do causídico para estar presente no momento do depoimento.

Insera-se, igualmente, entre os direitos fundamentais específicos e relativos às formalidades que devem ser observadas na detenção em flagrante delito, a garantia de o detido ter a *identificação* do responsável pela prisão ou pelo *interrogatório* policial (art. 5º, LXIV). Não é uma coisa ou outra, mas, sim, as duas, até porque, de regra, quem prende é um policial militar, membro da polícia ostensiva, enquanto o encarregado de lavrar o auto de detenção em flagrante, do qual consta o interrogatório, é o delegado, agente que pertence à polícia civil²⁵²³.

Essa determinação constitucional já estava contemplada na legislação subconstitucional, porquanto o Código de Processo Penal determina que, ao ser apresentado o detido à autoridade policial, esta passe a lavrar o auto de prisão em flagrante, tendo o cuidado, entre outras providências importantes, de ouvir o condutor e realizar o interrogatório, reduzindo tudo a termo e colhendo, ao seu final, a assinatura de todos, o que inclui a sua própria assinatura (art. 304, caput, do CPP)²⁵²⁴. Deve-se entender, ainda, que a previsão constitucional em comento impõe aos integrantes da polícia militar – que é a polícia ostensiva, aquela que tem como missão manter a ordem e, por isso mesmo, é quem detém o dever, em nome do Estado, de fazer as detenções de pessoas que são flagradas no cometimento de crimes –, trabalhar com a devida identificação na sua vestimenta, medida importante para inibir a prática de arbitrariedades e permitir a qualquer do povo saber quem é o agente policial responsável pela detenção e demais ações policiais em geral. Isso, contudo, não impede que, em determinadas diligências policiais, especialmente no enfrentamento da criminalidade organizada, os agentes não exibam a identificação e, até mesmo, atuem com vestimenta adequada para encobrir o rosto²⁵²⁵.

No desiderato de evitar que o recolhimento à prisão se preste a laboratório para o desenvolvimento de outras habilidades criminosas e, também, para não dar oportunidade para que os presos de maior força física e nível de delinquência mais elevado se sobreponham perante os mais fracos e que são detentores de grau de criminalidade menos intensa, a Constituição, no inciso XLVIII do art. 5º, determina que, quando do recolhimento ao cárcere, isso se faça em estabelecimentos distintos, tendo em consideração a natureza do delito, a idade e o sexo da pessoa. Esse mandamento constitucional, embora, da forma como redigido, pareça direcionado aos que já forem condenados,

²⁵²¹ Ibid.

²⁵²² Sobre o dever de comunicação imediata, cf. item 9.6.5.2.2.1, infra. A lei nº 11.449, de 2007, consta de proposição feita pela Ajufe e entregue, em reunião conjunta, aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em 10 de outubro de 2006. (Cf. Brasil. Associação dos Juizes Federais do Brasil. Disponível em: www.ajufe.org.br Acesso em: 17 jan. 2007.) Não havia previsão na proposta apenas da entrega de cópia integral para a Defensoria Pública, medida que se mostra importante.

²⁵²³ Cf. item 7.2.3.1.3, supra, que faz a distinção entre as missões confiadas às polícias militar e civil.

²⁵²⁴ O art. 3043, caput, teve a sua redação atual determinada pela Lei nº 11.113, de 13 de maio de 2005. De qualquer sorte, desde a sua redação originária já constava que o condutor deveria ser ouvido.

²⁵²⁵ Há situações em que o policial tem de fazer a diligência em bairro ou favela na qual ele reside. Nesse caso, é aceitável que um ou outro integrante do grupo não contenha a identificação.

aplica-se, evidentemente e até com mais razão, a quem é preso provisoriamente, a título precaríssimo, como é o caso da detenção em flagrante delito. Deve-se ter em consideração, ainda, que a detenção em flagrante delito exige, como formalidade para a sua plena legalidade, que a autoridade policial cuide, também, de encaminhar o detido para o estabelecimento adequado (art. 5º, XLVIII e L). Se o agente, flagrado quando da prática do ilícito, é apenas detido provisoriamente, em situação precária, enquanto o juiz, na audiência de apresentação (custódia) decide sobre o direito de liberdade, assim como foi salientado acima, não pode o detido ser encaminhado para estabelecimento penal, senão após a ordem judicial. Mesmo antes da Constituição de 1988, a Lei de Execução Penal tratou de anunciar, peremptoriamente, que “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado” (art. 84, caput). Para tanto, mais adiante, após reservar os estabelecimentos denominados penitenciária e colônia agrícola, industrial ou similar para o cumprimento da pena dos condenados (art. 87 e 91)²⁵²⁶, o legislador infraconstitucional esclareceu que “A Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios” (art. 102)²⁵²⁷. Ademais disso, a despeito da ausência expressa de dispositivo constitucional, a partir da interpretação do preceito constitucional segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI, da Constituição), o detido, antes da decisão do juiz na audiência de apresentação (custódia) determinando a prisão, tem de ficar recolhido em espécie de central de custódia ou de flagrante.

Por conseguinte, para a regularidade formal da detenção em flagrante delito, é preciso que o detido seja mantido na central de custódia ou local similar, só podendo ser encaminhado pelo delegado de polícia para a *cadeia pública*, após a decisão do juiz decretando a prisão temporária ou preventiva. Muitas cidades, porém, não possuem, sequer, as cadeias públicas, omissão que é remediada com a utilização das delegacias de polícia para esse fim, o que é melhor do que enviar os presos provisórios para penitenciárias ou colônias agrícolas, industriais ou similares.

No ponto, cabe agregar que, na reforma levada a efeito por meio da Lei nº 12.403, de 2011, foi alterado o art. 300 do CPP, especialmente para retirar a *expressão sempre que possível* e, em seu lugar, de forma imperativa, deixar consignado que “As pessoas presas provisoriamente *ficarão* separadas das que já estiverem definitivamente condenadas...” (Grifamos). Ou seja, a norma, com a alteração promovida, passou a ser imperativa quanto à separação entre os presos provisórios e definitivos.

Por outro lado, sendo a pessoa detida mulher, mãe de filho ainda no período de amamentação, o inciso L do art. 5º da Constituição assegura o direito de que, no local onde se encontra recolhida, sejam asseguradas as condições indispensáveis para que dê continuidade ao aleitamento materno, garantia que já estava consolidada na legislação ordinária, a qual determina que todo estabelecimento penal – dentre eles, obviamente, a cadeia pública – seja dotado de berçário, onde se possa fazer a amamentação dos filhos (art. 83, § 3º, da Lei de Execução Penal).

Na segunda etapa da Reforma Tópica o legislador foi mais sensível, de maneira a prever, dentre as hipóteses para substituir a prisão processual no cárcere pela prisão domiciliar, quando o agente for *imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência ou gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco* (art. 318, III e IV, do CPP, acrescentados pela Lei 12.403, de 2011)²⁵²⁸. No mesmo passo, a Lei nº 13.257, de 2016, acrescentou que, quando da lavratura do auto de flagrante delito “deverá constar a informação

²⁵²⁶ No art. 93 da Lei nº 7.210, de 1984, ainda há a previsão da casa do albergado, destinada para o cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. Aqui já se colocou em pauta a discussão quanto à possibilidade de a prisão preventiva se processar em casa do albergado. De qualquer forma, naturalmente que não é razoável a autoridade policial dar essa determinação, no momento em que lavra o auto de prisão em flagrante. Isso é questão para ser pleiteada ao juiz. O que o delegado deve fazer, em obediência aos mandamentos constitucional e infraconstitucional, é encaminhar o detido para o estabelecimento destinado para os presos provisórios.

²⁵²⁷ Uma das finalidades a ser atingida com a conservação do preso provisório em cadeia pública, além de mantê-lo distante de quem já foi condenado, é deixá-lo “... em local próximo ao seu meio social e familiar” (art. 103, segunda parte, da Lei de Execução Penal). Observe-se que, por imposição legal, cada comarca deve possuir, pelo menos, uma cadeia pública (art. 103, primeira parte, da Lei de Execução Penal). Infelizmente, a norma não é cumprida pelo poder público. Não raro, diante da insuficiência ou falta de cadeias públicas, presos provisórios são colocados em penitenciárias ou, até mesmo, em delegacias de polícia.

²⁵²⁸ A respeito da prisão domiciliar como medida cautelar nessas duas hipóteses, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 574-578.

sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa” (art. § 4º do art. 304 do CPP).

9.6.5.2.2.1 – Comunicação imediata da detenção ao juiz, à família ou à pessoa de confiança e ao Ministério Público.

O primeiro aspecto a ser destacado é que a detenção em flagrante delito, conquanto efetuada sem ordem judicial, sofre o patrulhamento de sua legalidade mercê do encaminhamento dos autos respectivos ao Judiciário, para fins de apreciação pelo juiz competente. Assim ocorre no Direito Comparado e no Brasil. Na Constituição alemã, a despeito de o art. 104, 2, segunda parte, dizer que a informação sobre a privação da liberdade feita sem ordem judicial tem de ser levada, sem demora, ao juiz, a fim de que este intervenha no caso, na terceira parte acrescenta que, em qualquer hipótese, a pessoa detida deve ser ouvida pelo juiz, no mais tardar, no dia imediato à detenção. Aqui já foi dito que a Constituição tedesca tem a peculiaridade não apenas de impor a comunicação imediata, porquanto ela assegura ao detido o direito de ser apresentado, até o dia seguinte, ao juiz, a fim de ser ouvido²⁵²⁹. Lá se outorga o direito de a pessoa ter a sua detenção comunicada ao juiz e de ser a ele apresentada.

A Constituição da Espanha, implicitamente, confere o direito ao detido de ser ouvido imediatamente pelo juiz, ao estabelecer, no art. 171, 4, que o habeas corpus deve prestar-se a colocar aquele à disposição do juiz²⁵³⁰. O mesmo não sucedia no Brasil, uma vez que a Constituição apenas dá o direito de a detenção ser comunicada imediatamente ao juiz e a alguém da família ou a pessoa indicada pelo detido.

É verdade que o instituto do habeas corpus poderia ser manejado como instrumento com o qual se possibilita ao detido o direito de ser ouvido pelo juiz, antes de este decidir sobre se, a teor do que consta do auto de flagrante delito, deve ser decretada, ou não, a prisão preventiva. Acontece que o art. 656 do Código de Processo Penal, de forma peremptória, afirma que, para a decisão em habeas corpus, o juiz só deve mandar a apresentação imediata do detido ou preso se assim entender ser necessário. Tratada como mera faculdade, a apresentação do preso, em caso de habeas corpus, é medida raramente adotada pelos juízes, a ponto de DAMÁSIO DE JESUS²⁵³¹ anotar que tal apresentação se constitui letra morta na prática.

Meditando sobre a questão, em outro trabalho, asseveramos:

... cabe reiterar a crítica feita pelo fato de o legislador não ter previsto, em prestígio ao princípio da oralidade, o direito de audiência do preso/detido com o juiz responsável pela decisão sobre a sua prisão, ou não. Outros sistemas jurídicos, que adotam o juízo oral como base do processo, estabelecem a apresentação do preso/detido ao juiz, no prazo de 24 horas, quando, então, após a sua palavra e ouvidos o Ministério Público e a defesa, o juiz profere a decisão. Esse é o procedimento adotado em boa parte dos países da América Latina em suas reformas do processo penal, merecendo destaque, nesse ponto, o modelo chileno, em que essa audiência é presidida pelo *juiz de garantias*²⁵³².

De toda forma, não basta informar que a detenção ocorreu, mas dizer, igualmente, em que local se encontra recolhido o infrator. Essa providência tem relevância não só para observar a legalidade da detenção sob esse aspecto, mais, ainda, para que se determine a sua apresentação em juízo e saiba para onde encaminhar eventual alvará de soltura. Ela também é essencial para que os familiares ou o advogado, realmente, possam dar assistência ao detido, sabendo onde procurá-lo.

²⁵²⁹ Esse assunto foi explorado no item 9.6.1, supra, quando se tratou da prisão processual no Direito Comparado. Naquela parte foi mostrado que o Código de Processo Penal Alemão regulamenta esse direito fundamental declarado na Constituição germânica. Lá também estão as anotações quanto à forma como o assunto foi cuidado nos sistemas espanhol, italiano e português.

²⁵³⁰ LORCA NAVARRETE esclarece que o habeas corpus, tal como ele está previsto no sistema espanhol, tem a finalidade de garantir ao detido o *direito de ser ouvido pelo juiz* (Op. cit., p. 77). Cf. item 9.6.1, supra.

²⁵³¹ Op. cit., p. 504.

²⁵³² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 519.

Resta definir, porém, o que o constituinte quis dizer ao estabelecer que a detenção em flagrante deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente e à família do detido ou à pessoa por ele indicada. O núcleo da questão está em definir o que é *comunicar imediatamente*. No escorço histórico das constituições brasileiras²⁵³³, percebe-se que a Carta Imperial dizia que, quando a prisão em flagrante fosse feita próxima à casa do juiz, caberia a este, ele próprio, expedir nota de culpa à pessoa, dentro do prazo de 24 horas²⁵³⁴. Naquela época, não havia ainda a necessária separação das funções policiais e judiciárias, o que explica dar-se ao juiz a atribuição de expedir a nota de culpa, tarefa que é típica da autoridade policial.

Ademais, justamente devido a essa ausência de separação entre as atividades policiais e judiciárias, naquela Carta Política, não se assegurou à pessoa o direito de ter a sua detenção comunicada ao juiz, mas sim de o detido ser comunicado por meio do magistrado a razão pela qual se deu a detenção. Silente a Constituição de 1891, coube à Carta de 1934 iniciar a nossa tradição de catalogar, dentre os direitos fundamentais, a garantia de que a detenção em flagrante delito seja comunicada imediatamente ao juiz. Essa garantia desapareceu do rol dos direitos fundamentais com a Constituição de 1937, mas recuperou prestígio com a de 1946. Acontece que a Constituição de 1946, no art. 141, § 22, dizia que a comunicação da detenção deveria ser endereçada à autoridade competente, dando margem para o legislador subconstitucional disciplinar de modo a estabelecer que essa informação fosse passada a outra autoridade que não a judicante. A Constituição de 1967, porém, manteve a cláusula da comunicação imediata, mas teve o cuidado de especificar, a fim de afastar qualquer incompreensão, que ela deveria ser feita na pessoa do juiz (art. 153, § 12).

A Constituição de 1988 não apenas ratificou a necessidade de que a comunicação seja *imediatamente* prestada ao juiz, como acrescentou que deve ser encaminhada, ainda, a uma pessoa da família ou da confiança do detido. Na praxe, tem-se entendido que comunicar imediatamente ao juiz se confunde com a necessidade de a autoridade policial encaminhar, no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante para o Judiciário. Em verdade, sequer o Código de Processo Penal estabelecia, efetivamente, o prazo para a remessa ao juiz do auto de flagrante delito. Tal prazo era assinalado, isto sim, para que a autoridade policial entregasse ao detido a nota de culpa (art. 306, caput, do CPP, antes da redação determinada pela Lei nº 11.449, de 2007). Porém, como a nota de culpa era, como ainda é, documento que deveria constar do auto de flagrante delito, passou-se a entender que essa formalização da detenção efetuada pela autoridade policial deveria estar concluída e entregue, no mesmo prazo, ao juiz, a fim de que este observasse a sua regularidade formal, para decidir se seria o caso de relaxamento da detenção ou, não sendo esta a hipótese, decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória²⁵³⁵.

Porém, não é esse o comando constitucional. Quando o constituinte fala em *comunicação imediata*, ele não está querendo referir-se ao ato com o qual a autoridade policial envia o auto de prisão em flagrante. Uma coisa é a informação da ocorrência da detenção, outra, substancialmente diferente, é aquela com a qual a autoridade policial dá conta ao Judiciário de que concluiu a documentação desse ato administrativo e passa, ao mesmo tempo, toda a documentação que lhe é referente, a fim de que seja proferida a decisão a respeito. A comunicação imediata da detenção não quer dizer informação quanto à conclusão do auto de flagrante delito, mas notícia de que há uma pessoa que está detida, sem que exista, ainda, uma ordem judicial.

Com isso, se quer dizer que a garantia constitucional no sentido de que o juiz seja comunicado *imediatamente* da detenção serve para que a autoridade judiciária, desde então, passe a controlar os passos da autoridade policial, até mesmo no que concerne à conclusão, no prazo legal de 24 (vinte e quatro) horas, do auto de flagrante delito. Com efeito, sendo a comunicação imediata, o juiz pode fazer o controle desde o início da detenção, assim como acompanhar, com mais rigor, o cumprimento do prazo e, sendo o caso, até mesmo antes da conclusão do auto de flagrante, já decidir que, após o interrogatório, a pessoa seja colocada em liberdade provisória²⁵³⁶. Sem embargo disso, a comunicação imediata, tal como aqui se defende, quando

²⁵³³ Cf. item 9.6.2, supra.

²⁵³⁴ Conforme o art. 179, § 10, da Constituição Imperial, para os casos em que a prisão fosse efetuada em local distante da residência do juiz, a entrega da nota de culpa seria em prazo razoável.

²⁵³⁵ Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 378.

²⁵³⁶ Antes do envio do auto de prisão em flagrante, certamente será difícil o juiz fazer alguma conclusão a respeito da legalidade, ou não, da detenção. Mas poderá, em muitos casos, diante das circunstâncias a respeito do fato relatadas na comunicação imediata do flagrante, decidir que o agente deve, tão logo tenha prestado o seu interrogatório, ser colocada em liberdade provisória. Isso na prática ocorre algumas vezes.

não serve para que o juiz decida, antes mesmo da conclusão do auto em flagrante, sobre a concessão da liberdade provisória, presta-se para fazer com que o juiz seja, desde logo, avisado da existência de uma detenção cuja formalização está a ser enviada para o Judiciário²⁵³⁷.

Isso é importante porque não são raros os casos em que, enquanto está sendo concluído o auto do flagrante, o juiz toma conhecimento do fato em razão de pedido de concessão de liberdade provisória ou de habeas corpus ofertado em nome do detido e, mesmo assim, sem prejuízo do trabalho de finalização do procedimento policial, desde logo, determina a sua soltura, tão logo seja colhido o interrogatório. Não fosse a relevância prática do que se deve entender por comunicação imediata suficiente para justificar a tese aqui defendida, ainda tem de ser levado em consideração o fato de que, se assim for, dificilmente haverá casos em que a pessoa passará a noite recolhida à prisão, sem que isso seja, sequer, do conhecimento de um juiz. Mantido o entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência brasileiras, tal dará ensejo a que, na prática, se dê continuidade à praxe de fazer com que o juiz somente venha a tomar conhecimento da detenção depois de o detido ter passado uma noite no cárcere, rotina que deve ser escoimada de um sistema democrático-constitucional, compreendido sob a ótica dos direitos fundamentais.

Além da comunicação imediata ao juiz, a mesma providência deve ser feita em relação à família ou, sendo o caso, à pessoa indicada pelo detido. A autoridade policial deve ofertar ao detido os meios necessários para que essa garantia constitucional seja cumprida, disponibilizando o contato por meio telefônico ou outra via eficiente, podendo, até mesmo, fazer-se por meio de comunicação escrita entregue por agente policial. Essa garantia é importante porque possibilita o preso a contar com a assistência da família ou de uma pessoa de sua confiança em momento tão delicado, especialmente quanto à tomada de providências para que lhe seja prestada a devida assistência jurídica. Em muitos casos, ao invés de avisar a um membro da família, a pessoa prefere que a comunicação seja levada a conhecimento de uma pessoa de sua confiança pessoal, geralmente alguém que exerce a advocacia. De todo modo, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “Não ocorre descumprimento do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal, quando o preso, voluntariamente, não indica pessoa a ser comunicada da sua prisão”²⁵³⁸.

Para dar a devida interpretação ao que se deve entender por comunicação imediata da detenção em flagrante, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, criada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, propôs a modificação do art. 306 do Código de Processo Penal²⁵³⁹. Com isso, para o caput do artigo em referência, sugeriu-se a repetição do texto constitucional (“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”, art. 5º, LXII), com a transformação do atual parágrafo único em dois §§, o primeiro para dizer que “Dentro de 24 horas depois da prisão, deverá ser encaminhado ao juiz o auto de prisão em flagrante” e o segundo que, no mesmo prazo, deve ser “... dada ao preso, mediante recibo, nota de culpa, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”. Essa sugestão foi acolhida integralmente pelo legislador, sendo editada, em consequência, a Lei nº 11.449, de 2007²⁵⁴⁰. A redação desse art. 306, caput e §§ 1º e 2º, está conforme determinado pela Lei nº 12.403, de 2011, com uma pequena e importante alteração, comentada a seguir.

A Constituição, no entanto, infelizmente, deixou de determinar que a comunicação da prisão fosse estendida ao Ministério Público para que, na qualidade de fiscal da lei, observasse a legalidade ou conveniência da prisão, ademais de controlar o atuar da autoridade policial quanto ao cumprimento

²⁵³⁷ Em muitos casos, a prisão é efetuada nas primeiras horas de um dia, porém o envio do auto de prisão em flagrante somente se dá no dia seguinte. O pior é quando a prisão ocorre na noite do dia anterior, pois, nesse caso, a comunicação da detenção, feita por meio do envio do auto de prisão em flagrante, geralmente chega depois do encerramento do expediente forense do dia seguinte. Quando isso ocorre, há o risco, se não tiver havido a prévia comunicação imediata, de o juiz somente tomar conhecimento da prisão depois de mais de 24 horas.

²⁵³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro PAULO BROSSARD, Classe: HC – Processo: 69.630, DJ 04/12/1992. Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005.

²⁵³⁹ As propostas de reforma do Código de Processo Penal foram apresentadas ao Parlamento em 2005. No ano de 2006, essas sugestões foram entregues novamente, juntamente com mais duas outras propostas – reforma da Lei de Execução Penal e criação de Plano Estratégico de Proteção e Assistência a juizes colocados em situação de risco. Cf. BRASIL, Associação dos Juizes Federais do Brasil. Disponível em: www.ajufe.org.br. Acesso em: 19 jan. 2007.

²⁵⁴⁰ A única modificação em relação à sugestão encaminhada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe foi quanto ao acréscimo feito ao § 1º do art. 306, para fins de esclarecer que o auto de prisão em flagrante há de ser encaminhado, além de acompanhado de todas as oitivas colhidas (o que era desnecessário), em *cópia integral para a Defensoria Pública*, quando o *autuado* não informar o nome de seu advogado.

do prazo de 24 horas para o envio do auto de flagrante. A necessidade de o *parquet* ser igualmente comunicado, de forma imediata, da detenção em flagrante delito, decorre, implicitamente, do que consta do caput do art. 127 da Constituição. Ademais, sem embargo desse dispositivo, a necessidade de comunicação ao Ministério Público, a fim de que ele exerça o controle de legalidade da prisão efetuada pela autoridade policial, decorre, inegavelmente, do art. 129, VII, da Constituição, que lhe outorga a importante missão de exercer o controle externo da atividade policial. Isso tanto é verdade que a Lei Complementar nº 75, de 1993 (dispõe sobre o Ministério Público da União), no capítulo sob a epígrafe “DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL”, afirma que a ocorrência da prisão em flagrante deve “... ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.” (art. 10).

Cabe ao órgão ministerial ser comunicado, a fim de efetivamente exercer o controle da atividade policial e, sendo o caso, pedir mesmo o relaxamento de prisão ou a concessão de liberdade provisória, e não, como tem sido na prática, ficar aguardando que o juiz lhe dê vista do auto de flagrante delito²⁵⁴¹. Essa comunicação imediata da detenção em flagrante ao Ministério Público serve não só para que este seja mais um a exercer o controle da atividade policial em momento tão delicado quanto o da privação do direito de liberdade sem ordem judicial, mas também para agilizar a apreciação do caso, facilitando, até mesmo, a realização da audiência de apresentação (custódia).

Assim, para que seja materializada a garantia preceituada no art. 5º, LXII, da Constituição, no auto do flagrante delito deve constar documento dando conta de que a detenção foi comunicada imediatamente não só ao juiz, como igualmente a alguém da família ou da confiança pessoal do detido e ao Ministério Público²⁵⁴².

Esse entendimento aqui sufragado findou sendo adotado pelo legislador da Lei nº 12.402, de 2011, que modificou o caput do art. 306, para incluir o Ministério Público, dentre os destinatários da informação a ser prestada pela autoridade policial.

Portanto, efetuada a detenção em flagrante, deve a autoridade policial comunicar imediatamente ao Ministério Público, assim como já era de seu dever fazê-la para o juiz competente e a alguém da família ou a pessoa indicada pelo detido. Recebida a comunicação, o Ministério Público deve iniciar o controle de legalidade da detenção, fiscalizando mais de perto a atividade policial, com intervenção independentemente de qualquer outra provocação, diretamente perante a autoridade policial ou por meio de promoção encaminhada ao juiz.

Aqui cabe acrescentar que, com as novas redações determinadas para os arts. 306, § 1º, e 310, caput e parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, sendo comunicado imediatamente da ocorrência da prisão, cabe ao Ministério Público estabelecer ou exigir que a autoridade policial, daí em diante, passe a mantê-lo a par do desenvolvimento de seu trabalho, o que importa, até mesmo, o envio do correspondente auto de prisão em flagrante, assim que ocorra a sua conclusão²⁵⁴³.

Essa providência do envio do auto de flagrante pela autoridade policial ao Ministério Público é importante porque possibilita ao órgão ministerial tomar conhecimento do assunto que, dentro de 24 horas, será objeto da audiência de apresentação (custódia). Adotado o sistema eletrônico, a exemplo do PJe, por meio do ambiente de audiência de apresentação (custódia) a tarefa da autoridade

²⁵⁴¹ Em razão do entendimento aqui defendido, segundo o qual o Ministério Público há de ser comunicado também da prisão em flagrante, no nosso entendimento, encontrava-se revogada a então determinação contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, ao estabelecer que o juiz, para decidir sobre o relaxamento da prisão ou a concessão de liberdade provisória no momento em que aprecia o auto de flagrante, deve ouvir, previamente, o *parquet*. Sustentávamos que o silêncio do órgão ministerial deveria ser interpretado como concordância quanto à legalidade da prisão e, ainda, em relação à decretação da prisão preventiva pelo juiz. Como veremos mais à frente, com a modificação do art. 310 pela Lei nº 12.403, de 2011, o juiz não precisa mais abrir vista para o Ministério Público, devendo a autoridade policial, além da comunicação imediata ao Ministério Público, enviar a este a cópia integral do auto de prisão em flagrante.

²⁵⁴² Se a necessidade da comunicação imediata da detenção em flagrante ao Ministério Público é uma consequência natural do controle externo da atividade policial exercida pelo órgão ministerial, tem-se que não há necessidade de tal previsão constar, igualmente, da Lei nº 8.625, de 1993, que trata do Ministério Público dos Estados. De qualquer forma, malgrado a lei em foco tenha sido omissa a esse respeito, o art. 10 da Lei Complementar nº 75/93 aplica-se, subsidiariamente, ao Ministério Público estadual, tendo em vista o que dispõe o art. 80 da Lei nº 8.625/93.

²⁵⁴³ Essa posição está conforme o Projeto de Lei nº 4.209, de 2001, que cuida da reforma na parte relativa à fase pré-processual, mais precisamente quanto ao art. 9º, § 4º, o qual, em compasso com o sistema acusatório, determina a tramitação direta dos atos investigatórios entre a autoridade policial e o Ministério Público.

policial resta facilitada, pois basta cadastrar os autos no espaço virtual para que, a um só tempo, o Judiciário e o Ministério Público tomem conhecimento da providência.

9.6.5.2.2.2 – Relaxamento da prisão como consequência da ilegalidade da prisão sem ordem judicial ou em razão da ausência de realização da audiência de apresentação (custódia).

O desrespeito às formalidades declaradas na Constituição na qualidade de direitos fundamentais, conquanto, em alguns casos, represente mera irregularidade, no mais das vezes, configura ilegalidade, cuja consequência é fazer surgir outra garantia fundamental do detido, que é o de ter o direito ao relaxamento da prisão. Note-se que, conforme entendimento da Excelsa Corte, o descumprimento da formalidade reclamada no inciso LXII do art. 5º da Constituição, não sendo circunstância comprometedora da materialidade do delito e de sua respectiva autoria, pode ensejar a responsabilidade das autoridades envolvidas, não, porém, dar ensejo ao relaxamento da prisão sob o fundamento de sua ilegalidade²⁵⁴⁴.

De regra, porém, pode-se dizer que a inobservância das garantias constitucionais, complementadas e ampliadas pelo legislador ordinário, enseja o relaxamento da prisão. Decerto que a regularidade formal da detenção em flagrante delito era mais importante quando, uma vez realizada a detenção, isso, por si só, já era justificativa para que a pessoa permanecesse presa, a não ser que o crime fosse afiançável²⁵⁴⁵.

Assim, como a pessoa presa em flagrante só tinha o direito de responder ao inquérito ou ao processo judicial em liberdade caso o crime fosse afiançável e a fiança fosse recolhida aos cofres públicos, no caso de crime inafiançável, a única alternativa que restava para conseguir a liberdade era com o relaxamento da prisão, o que pressupunha, obviamente, a existência de alguma ilegalidade no ato de detenção praticado pela autoridade policial. Como já foi dito à exaustão, agora não é mais assim. Mesmo sendo a detenção em flagrante legal e mesmo que não seja afiançável o crime, ainda assim, para que o detido permaneça preso, é preciso que o juiz, ao receber e examinar o auto de flagrante delito, perceba a existência de um dos fundamentos que autoriza a decretação da prisão preventiva, ademais de não ser recomendável a aplicação de uma ou mais medidas alternativas.

O que se quer chamar a atenção é que a importância da regularidade da detenção em flagrante delito, desde a vigência do parágrafo único do art. 310 do Ordenamento Processual Penal, não é mais na mesma magnitude. Ainda que legal o procedimento adotado no flagrante delito, o juiz não está autorizado a transformar a detenção em prisão, pois, para tanto, precisa verificar a existência de um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. A *contrario sensu*, nada obstante ilegal a detenção em flagrante delito, o juiz pode, e deve, reconhecer o direito ao relaxamento à prisão, mas, no mesmo pronunciamento, apresenta-se por demais razoável que, quando enxergue a presença de um dos fundamentos encartados no art. 312 do Código de Processo Penal, e entenda que não são suficientes e adequadas as medidas diversas da prisão, decrete a prisão preventiva (art. 310, III, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Se assim não se entender, seria o mesmo que dizer que o juiz, observada a ilegalidade da detenção com o exame do auto de flagrante delito, teria de determinar o relaxamento da prisão, com a consequente expedição do alvará de soltura, mas, logo depois, deveria, caso entendesse a necessidade da decretação da prisão preventiva, determinar nova prisão da pessoa.

Concordando com essa visão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 77.042/RJ, realizado por sua Primeira Turma, à unanimidade, tendo como relator funcionado o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE²⁵⁴⁶, decidiu que as irregularidades praticadas pela autoridade policial,

²⁵⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CÉLIO BORJA, Classe: HC – Processo: 68.503, DJ 29/05/1992. Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005. No RE 197571 / SP, relatado pelo Ministro OCTAVIO GALLOTTI, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, afastou a tese de nulidade da prisão, ao argumento de que não foi demonstrado o prejuízo "... decorrente de ausência de comunicação do flagrante à família..." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 28/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

²⁵⁴⁵ Lembre-se que, na redação originária do Código de Processo Penal, a prisão ou detenção em flagrante tinha natureza acautelatória. Para não ser repetitivo, cf. o item 9.6.5.2.1, supra.

²⁵⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. NULIDADE: AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, NOTA DE CULPA E AUTO DE APREENSÃO DE ENTORPECENTE NÃO ASSINADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL:

consistentes na falta de sua assinatura e a omissão quanto à expedição de nota de culpa, restam superadas, se “... o Juiz relaxou o flagrante e decretou a prisão preventiva”. Sendo mais clara, em outra oportunidade, ao apreciar o RHC 62.855/SP, a Suprema Corte, sob a pena do Ministro RAFAEL MAYER²⁵⁴⁷, também em votação unânime, a Primeira Turma disse que “Se não se evidencia, do auto de prisão em flagrante, a inexistência dos motivos autorizadores de decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 310 do CPP, injustificável é o relaxamento da prisão em flagrante.”

A inteligência do pensamento defendido pelo ex-Ministro RAFAEL MAYER fala por si, sem necessidade de maiores explicações. De fato, em verdade, depois que entrou em vigor o parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, e, agora, com mais razão, diante do que prescreve o inciso III do art. 310 do CPP, quando o juiz se debruça sobre pedido de relaxamento de prisão, ele analisa se, a despeito da ilegalidade apontada no ato praticado pela autoridade policial, o caso comporta a decretação da prisão preventiva. Até porque seria anacrônico o juiz mandar soltar uma pessoa que, se por um motivo (a forma como foi efetuada a detenção pela autoridade policial) não deve ficar presa ou detida, por outro (subsistência dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva ou mesmo temporária), deve ter a sua prisão determinada pelo juiz. Por isso mesmo, ao fazer o pedido de relaxamento de prisão, seja por meio de petição ajuizada sob essa nomenclatura, seja por interposição de habeas corpus, o mais adequado é que se demonstre, efetivamente, que não há nenhuma das justificativas para que seja determinada a prisão preventiva ou a temporária.

Malgrado o que ficou dito, note-se que a prisão ou detenção sem ordem judicial somente pode ocorrer naqueles casos considerados como de flagrante delito, conforme admite, excepcionalmente, o inciso LXI do art. 5º da Constituição. Obviamente, não é tarefa do constituinte esmiuçar quais são os casos em que uma pessoa é considerada como surpreendida no momento em que está praticando o crime. Cabe ao legislador subconstitucional gizar as situações em que a pessoa é considerada em flagrante delito, o que é feito, em nosso sistema, por meio da norma encartada nos incisos I a IV do art. 302 do Código de Processo Penal.

De acordo com a legislação processual penal, a doutrina identifica três tipos de flagrante delito, tal como está posto nos incisos do art. 302 do Código de Processo: flagrante próprio (também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro), que está caracterizado nos incisos I e II do art. 302 do CPP; *flagrante impróprio* (também chamado de irreal ou quase-flagrante), tipificado no inciso III do art. 302 do CPP, e *flagrante presumido* (ficto ou assimilado), previsto no inciso IV do art. 302 do CPP. Todavia, parece mais acertada a classificação que aponta quatro categorias diferentes, a saber: (1) *flagrante próprio*, quando o agente *está cometendo* o crime (art. 302, I, do CPP); (2) *quase-flagrante*, quando o agente *acaba* de cometer o crime (art. 302, II); (3) *flagrante impróprio*, quando o agente é perseguido *logo após* a prática do delito (art. 302, III); e (4) *flagrante presumido ou ficto*, quando o agente é encontrado *logo depois*, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele o autor do delito (art. 302, IV). Isso porque, em verdade, flagrante propriamente dito somente pode ser aquele em que o agente é surpreendido quando *está cometendo a infração*, como assinalado no inciso I do art. 302 do CPP, e não, como na hipótese do inciso II do mesmo dispositivo, quando ele *acaba de cometê-la*. Se o agente, ao ser surpreendido, já tinha terminado de praticar o crime, para todos os efeitos, tal é um *quase-flagrante*, nunca, porém, um flagrante propriamente dito. Essas espécies previstas na legislação são assim classificadas em razão do momento em que é realizado o flagrante. Além dessa classificação, pode ser identificado o tipo de flagrante também pela forma empregada, a saber: *flagrante preparado ou provocado*; *flagrante esperado*; *flagrante controlado ou diferido* e *flagrante forjado*. O flagrante preparado ou provocado é aquele em que se incentiva, mediante a criação de condições favoráveis, a ação criminosa. Há muita crítica a esse incentivo ao crime, geralmente feito pela autoridade policial, sob o argumento de que a missão daquela deve ser de evitar os crimes, e não incentivar a sua prática. Doutro lado, às vezes a intervenção preparatória é de tal maneira que impede ou torna impossível a prática mesmo do crime, o que motivou o Supremo Tribunal Federal editar a sumula nº 145, para dizer que “Não há crime quando a

SUPERAÇÃO OU IRRELEVÂNCIA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. Data da decisão: 26/05/1998. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 24 jul. 2005.

²⁵⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PRISÃO EM FLAGRANTE. INTERROGATÓRIO DO CONDUZIDO, NO HOSPITAL. SUBSISTÊNCIA DA PRISÃO. Data da decisão: 19/04/1985. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 24 jul. 2005.

preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação”. Outro tipo é o flagrante esperado em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar ou contribuir, de qualquer modo, para a prática da infração. Outra espécie é o flagrante controlado, em que a autoridade policial, sabendo da prática do crime, prefere não intervir desde logo, a fim de esperar um momento mais adequado para proceder ao flagrante delito, conforme admitem a Lei 11.343, de 2006 (art. 53, II), Lei nº 12.850, de 2013, de 1995 (art. 8º), e a Lei nº 10.409, de 2002 (art. 33, II). Por fim, fala-se no flagrante forjado, aquele em que a autoridade policial altera a situação, para tentar, com isso, caracterizar uma das hipóteses dos incisos do art. 302 do CPP, o que, sequer é preciso salientar, é ilegal.

Por conseguinte, o primeiro aspecto a chamar a atenção do juiz, ao receber o auto de flagrante delito, é sondar se o crime, efetivamente, foi praticado em uma das situações que caracteriza o flagrante, sendo o caso de reconhecer o direito ao relaxamento da detenção, caso entenda que a autoridade ou agente policial ou quem a efetuou exorbitou da permissão legislativa. Aliás, na maioria das vezes, a ilegalidade da detenção reside, justamente, na circunstância de a prisão/detenção não ter sido efetuada em real situação de flagrante delito.

É verdade que, no caso concreto, em algumas situações, há dificuldades para se definir se se trata de flagrante delito, ou não. De qualquer forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é suficientemente vasta e densa no sentido de expor o que se deve entender por flagrante delito. O que caberá ao juiz, assim, sem embargo das muitas controvérsias a respeito do alcance das disposições contidas nos incisos do art. 302 do Código de Processo Penal, especialmente quanto ao que dizem os itens III e IV, é examinar, ao receber o auto de prisão em flagrante, se a detenção feita pela autoridade policial sem a determinação judicial se deu em razão de uma das situações excepcionais preceituadas na legislação de regência. Se a hipótese não se encaixa em nenhuma das figuras desenhadas nos incisos do art. 302, deve o juiz relaxar a prisão, pois, para todos os efeitos, ela foi ilegal. Porém, como aqui já foi dito, caso o juiz observe que, sem embargo da ilegalidade da prisão, o detido deve permanecer preso pelo fato de a situação se enquadrar em uma das hipóteses em que se autoriza a decretação da prisão preventiva, ele não deve soltá-lo, mas sim decretar a privação do direito de liberdade como medida acautelatória, ou, se for adequada e suficiente, decretar medida cautelar diversa da prisão.

Para além da legalidade formal do ato de detenção, havia crítica pelo fato de no nosso sistema criminal não ser previsto, em prestígio aos princípios da oralidade e do contraditório, o direito de audiência do detido com o juiz responsável pela decisão sobre a detenção em flagrante. Argumentava-se que outros sistemas jurídicos, que adotam o *juízo oral* como base do processo, estabelecem a apresentação do detido ao juiz, no prazo de 24 horas, quando, então, após a sua palavra e ouvidos o Ministério Público e a defesa, o juiz profere a decisão. Esse é o procedimento adotado em boa parte dos países da América Latina em suas reformas do processo penal, merecendo destaque, nesse ponto, o modelo chileno, em que essa audiência é presidida pelo *juiz de garantías*.

Mas, de todo modo, advertíamos que o juiz, sempre que entendesse pertinente, poderia, ao receber o auto de detenção/prisão em flagrante, marcar audiência para o dia seguinte, a fim de dar oportunidade ao detido/preso de ser ouvido e se explicar e ao Ministério Público e à defesa para se manifestarem, e, em seguida, no mesmo ato, prolatar a sua decisão. Assim agindo, estaria atuando em consonância com os fins da Reforma Tópica, que é de, com a mudança do modelo inquisitivo/misto para o acusatório, dentre outros aspectos, substituir, a fim de dinamizar a relação processual, dentro do possível, as manifestações escritas pelas orais.

Salientávamos que, inclusive, proposta nesse sentido havia sido enviada ao Parlamento com a reforma tópica, no entanto, foi rejeitada no processo legislativo. Entretanto, nada obstante não ter sido aprovada pelo Parlamento a proposta apresentada pela Comissão de Reforma quanto à realização de audiência de apresentação em caso de flagrante delito, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 213, de 2015, com suporte na Convenção Americana dos Direitos Humanos, determinou que os tribunais disciplinassem a audiência a ser realizada pelos juízes, logo após a detenção ou prisão, a fim de avaliar a situação.

Em um primeiro momento, houve questionamento quanto ao disciplinamento da matéria pelo CNJ, sendo apontado vício de inconstitucionalidade, o que restou rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5240/SP. Com efeito, conforme salientado no item 9.5.2.2, supra, a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana teve o condão de inserir em nosso ordenamento jurídico, na qualidade de norma suprallegal, o art. 7º, 5 (“Toda pessoa presa ou retida deve ser

conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”). Observe-se que o Brasil depositou a carta de adesão à referida convenção em setembro de 1992, com consequente ratificação por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

No mesmo passo, quanto ao flagrante delito, a audiência de apresentação foi inserida no caput do art. 310 do CPP pelo chamado *Pacote Anticrime*. No dispositivo em foco, ficou consignado que o juiz, no prazo de 24 horas do recebimento do auto de flagrante delito, tem de realizar a audiência de apresentação (custódia), sendo asseguradas as presenças do detido, de seu advogado e do membro do Ministério Público. A fim de assegurar a imperatividade da exigência legal para a validade do flagrante, ademais de o § 3º do art. 310 do CPP acenar para a responsabilização nas esferas administrativa, civil e penal da autoridade que, sem motivação idônea, der causa a não realização da audiência de apresentação (custódia) no prazo legal, no § 4º consta que, “Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva”.

Essa previsão normativa, prevista com a inclusão do § 4º no art. 310 do CPP, esclarece que a audiência de apresentação (custódia) tem de ser realizada no máximo dentro de 24 horas após o envio do auto de flagrante delito. Assim, como o auto de flagrante delito tem de ser enviado para o Judiciário no prazo de 24 (vinte e quatro) horas contado da detenção, para todos os efeitos, a audiência de apresentação (custódia) há de ser realizada no prazo de 48 (horas) da detenção.

Tendo em consideração essa previsão normativa, tal como se dava conforme o regramento da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 213, de 2015, ao ocorrer a detenção em flagrante, a autoridade policial deve encaminhar, no prazo de 24 horas, ao juiz, ao Ministério Público e à defesa, o auto de prisão em flagrante. Recebido o auto de detenção em flagrante, o juiz deve realizar a audiência de apresentação (custódia) no prazo máximo de 24 horas. Independentemente do dia em que ocorreu a detenção.

Para a realização da audiência, o juiz deve comunicar às partes (Ministério Público e defesa) do horário da realização da audiência de apresentação, assim como à autoridade policial, a fim de que esta providencie a apresentação da pessoa detida ou presa. Sendo o processo eletrônico, a comunicação é facilitada. Na prática, não tem havido dificuldade para a intimação do advogado constituído, pois, nesses casos, o advogado acompanha de perto no sentido de agilizar a realização da audiência de apresentação. Por outro lado, em alguns Estados, a carceragem das pessoas detidas ou presas que vão ser submetidas audiência de apresentação fica próxima do fórum, facilitando a comunicação e a condução pela polícia.

Na audiência de apresentação, presente o Ministério Público e a defesa, antes do início, o juiz deve certificar se o preso teve a oportunidade de conversar com o seu advogado ou defensor público. Isso feito, o preso deve ser informado do direito ao silêncio (art. 186, 2ª, parte, do CPP). Nesse momento, deve ser observada a integridade física do detido ou preso, que é uma das finalidades da audiência de apresentação. Se entender necessário, deve encaminhar o detido ou preso para atendimento assistencial ou médico. Ademais, se for o caso, deve determinar a realização do exame de corpo de delito.

Cabe ainda ao juiz esclarecer que a audiência não é de instrução, pelo que não tem por objeto a apuração do crime, muito menos de permitir a formulação de juízo quanto à culpabilidade ou não do agente. A finalidade da audiência de apresentação, quando se trata de flagrante delito, se basta quanto ao propósito de subsidiar a decisão do juiz nos termos do art. 310, caput, do CPP. Mais especificamente, o escopo da audiência de apresentação é para que o juiz, fundamentadamente, decida se o caso é de relaxamento da prisão, transformação do flagrante em prisão ou medida diversa da prisão ou, então, se é hipótese de liberdade provisória, com ou sem fiança²⁵⁴⁸.

Por conseguinte, em rigor, na audiência, o juiz, além das perguntas inerentes à identificação do detido, deve indagar sobre as circunstâncias objetivas do flagrante ou da prisão. Lembrar que esse

²⁵⁴⁸ Na hipótese de prisão temporária ou preventiva, a audiência de apresentação serve para o juiz observar, além da integridade física, se é caso de substituição, ou não, da medida detentiva por alguma medida diversa e, até mesmo, para ver se é caso de manutenção da prisão. Aqui, no caso de apresentação do preso devido ao cumprimento de mandado expedido pelo judiciário, parece óbvio que não se faz necessária nova fundamentação da decisão, a não ser em relação aos argumentos apresentados pela defesa.

ato processual é um corolário lógico do que identificamos como *direito de audiência*, tratado no Código de Processo Penal como *interrogatório*. A audiência de apresentação se presta para que a pessoa tenha a oportunidade de se explicar perante o juiz e, ela própria, se defender em prol do seu direito de liberdade. Nos termos do art. 188 do CPP, deve ser passada a palavra às partes, a fim de que tanto o Ministério Público quanto a defesa, nessa ordem, também façam perguntas ao detido ou preso.

Em suma, a audiência de apresentação tem a seguinte configuração:

- a) Informar ao preso do direito ao silêncio (art. 186, 2ª parte, do CPP).
- b) Observar a integridade física do agente (“Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” - art. 5º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos)
- c) Entrevistar o preso sobre sua qualificação, residência, condições pessoais, estado civil, grau de instrução, meios de vida ou profissão, local de trabalho e as circunstâncias objetivas da sua prisão (art. 187, § 1º, do CPP), com a finalidade de, se for o caso, aplicar medida diversa da prisão (art. 319, I/IX, do CPP)
- d) Permitir perguntas pelo MP e pela defesa (art. 188 do CPP)
- e) Fixar que as perguntas a serem formuladas devem dizer respeito apenas às necessárias aos fins do art. 310, I, II e III, do CPP (ADI 1570/DF)
- f) Determinar, se for o caso, a realização do exame de corpo de delito
- g) Encaminhar, se entender necessário, o agente para atendimento assistencial ou médico

A audiência de apresentação deve ser documentada por sistema audiovisual (art. 405, § 1º, do CPP, devendo ser lavrado termo, assinado pelo juiz, pelo detido, pelo representante do Ministério Público e pelo defensor, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos (art. 405, caput, do CPP). Deve constar ainda do termo de audiência, o inteiro teor da decisão do juiz. Essa audiência deve ser presencial. Salvo situação excepcional, pode-se remediar a dificuldade de encaminhamento do detido ou preso à audiência de apresentação com a realização do ato por videoconferência. A esse respeito, em razão da pandemia mundial provocada pela Covid-19, com consequente necessidade de isolamento social, mesmo assim CNJ proibiu a realização da audiência, o que era um contrassenso, pois, dessa forma, a audiência de apresentação (custódia) não era realizada nem na forma presencial nem na remota. Remediando essa situação, a Resolução do CNJ nº 357, de 26 de novembro de 2020, altera o art. 19 da Resolução do CNJ nº 329, de 2020, a fim de autorizar a realização por videoconferência das audiências de custódia, quando não for possível que o ato seja realizado na forma presencial dentro das 24 horas previstas no art. 310, caput, do CPP. Essa alteração foi fomentada pelo Enunciado nº 30 da 1ª Jornada de Direito e Processo Penal, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF)²⁵⁴⁹ e pela liminar deferida pelo Ministro EDSON FACHIN nos autos da Reclamação nº 29303 AgR/RJ. Mas, nesse caso, o juiz deve redobrar a atenção quanto à integridade física do detido e, sendo o caso, deve determinar que o detido lhe seja apresentado em data mais próxima possível.

Quando realizada a audiência de apresentação (custódia) por videoconferência, nos termos da nova redação emprestada ao art. 19 da Resolução nº 329, de 2020, ademais de garantir a entrevista prévia e reservada entre o detido e o defensor por qualquer meio de comunicação, no desiderato de prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal, o juiz deverá tomar as cautelas de (i) assegurar a privacidade do detido na sala virtual, o qual deverá permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, com a possibilidade, inclusive, da presença física de seu defensor; (ii) certificar a privacidade do detido na sala virtual com a utilização concomitante de mais de uma câmera ou de câmeras 360 graus; (III) utilizar câmera externa para monitorar a entrada do detido na sala e a porta; (iv) exigir, antes da realização da audiência, prévia juntada ao auto de flagrante ou exibição do exame de corpo de delito.

Nada obstante, infelizmente, o Parlamento derrubou o veto presidencial ao § 1º do art. 3º-B, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, de modo que está vedada por lei a realização da

²⁵⁴⁹ O Enunciado nº 30 em destaque está assim redigido: “Excepcionalmente e de forma fundamentada, nos casos em que se faça inviável a realização presencial do ato, é possível a realização de audiência de custódia por sistema de videoconferência”.

audiência de apresentação (custódia) por meio de videoconferência. De qualquer sorte, em situação extraordinária em que impossível a realização da audiência presencial, a exemplo da situação de pandemia a exigir, como medida sanitária, o isolamento social, o mais razoável é admitir-se o emprego da videoconferência para esse fim. Aliás, alguns juízes, atendendo a peculiaridades locais, no período do isolamento social devido à pandemia decorrente da Covid-19, persistiram realizando as audiências de apresentação (custódia) por videoconferência.

9.6.5.2.3 – Direito à liberdade provisória.

Mantendo a nossa tradição constitucional, a Carta de 1988 assegura, no inciso LXVI, o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança. A primeira coisa que chama a atenção é quanto à nomenclatura liberdade provisória. Objetiva-se que essa identificação não é adequada, pois a prisão, mesmo aquela decorrente da sentença condenatória transitada em julgado, devido a expressa previsão constitucional, não pode ter caráter perpétuo, sendo necessária a limitação de sua duração²⁵⁵⁰. Por conseguinte, toda e qualquer prisão, a qualquer título que seja, não pode, sequer, possuir caráter perpétuo, daí por que, sob esse ângulo de visão, a privação do direito de liberdade é sempre provisória. A liberdade é que seria permanente, admitindo-se, todavia, a sua supressão por determinado lapso temporal que não tenha caráter perpétuo. Nessa perspectiva, provisória seria a prisão, nunca a liberdade.

Acontece que o termo liberdade provisória possui conteúdo técnico-processual e foi escolhida tendo em conta o verniz punitivista da versão originária do CPP, em que a prisão era a regra, de modo que, quanto aos crimes mais graves ou em que ocorresse a detenção em flagrante, não havia o direito de liberdade. Mesmo com as diversas alterações levadas a efeito no CPP, para o ambiente processual penal, liberdade provisória não se confunde com direito de liberdade. Conforme já evidenciado antes²⁵⁵¹, o direito de liberdade é reconhecido a toda e a qualquer pessoa, tenha ela praticado, ou não, um crime, esteja, ou não, respondendo a inquérito ou processo judicial; pouco importa, porquanto o direito de liberdade, de ordinário, permanece incólume, até que advenha sentença condenatória transitada em julgado impondo a pena de prisão.

Já a liberdade provisória quer dizer o direito que alguém que está preso possui de obter a sua soltura. Se a pessoa está solta, em rigor, o que ela tem é o direito de ser livre ou de ficar em liberdade. Porém, uma vez detida ou presa como medida processual, caso não haja necessidade de que fique ou permaneça no cárcere, a pessoa detém o direito à liberdade provisória. Por isso mesmo, quando se fala em liberdade provisória, parte-se da premissa, verdadeira, de que a pessoa está ou estava detida ou presa, detenção ou prisão essa considerada válida.

A liberdade provisória, por conseguinte, pressupõe uma detenção ou prisão anterior, sendo esta considerada válida formalmente, mas que, à míngua da presença de um dos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP), não deve subsistir. Ela é, para todos os efeitos, uma contracautela. A despeito do crime e da detenção ou prisão, pelo fato de não haver justificativa para que a pessoa tenha o seu direito de liberdade restringido, o juiz deve mandar soltá-la, mediante a concessão da liberdade provisória, podendo, porém, diante das circunstâncias do caso, impor condições a serem cumpridas pela pessoa, como não andar armada, proibição da frequência a determinados locais etc ou, até mesmo, substituir por medida cautelar diversa da prisão. É por isso que se chama liberdade provisória: o juiz manda soltar, mas, em razão da existência do processo, a todo e qualquer momento, desde que se sinta a necessidade de sua determinação, pode (re) decretar a prisão preventiva ou então o recolhimento à prisão devido ao trânsito em julgado de sentença condenatória.

A provisoriedade do direito de liberdade quer dizer mais com a precariedade com que é concedida a soltura do agente, em razão da possibilidade de que, logo depois, venha a ser determinada, em face da mesma infração criminal, outra ordem de prisão, desde que calcada em fundamentos idôneos.

Resta saber em que casos cabe a liberdade provisória. Em verdade, a Constituição deixa para o legislador ordinário a incumbência de gizar os contornos da liberdade provisória, pois, de acordo com a dicção constitucional, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade

²⁵⁵⁰ Dentre os direitos fundamentais, a Constituição torna defesa não apenas a prisão perpétua, mas também aquela que, embora seja demarcada no tempo, possua *caráter perpétuo* (art. 5º, XLVII, da Constituição).

²⁵⁵¹ Cf. item 9.6.5, supra, em que se faz sucinta análise da diferença entre os institutos do direito de liberdade, da liberdade provisória e do relaxamento da prisão.

provisória, com ou sem fiança” (Grifamos). Por conseguinte, insere-se na alçada do legislador subconstitucional dizer em quais casos é admissível a liberdade provisória e quando ela deve ser, ou não, condicionada ao pagamento de fiança. Perceba-se que, se a liberdade provisória pressupõe uma prisão ou detenção anterior e formalmente válida, mas que, devido à ausência dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, não deve manter-se, tem-se, por corolário lógico, que ela deve ocorrer em todos os casos nos quais não for cabível a aplicação de medida cautelar restritiva do direito de liberdade. Assim, definidas as hipóteses em que cabe a prisão cautelar, desde que a situação não se enquadre em nenhuma dessas condições, a pessoa detém o direito à liberdade provisória. Dessa maneira, ao traçar os contornos da prisão cautelar, por linhas transversas, o legislador infraconstitucional está, igualmente, definindo os casos de liberdade provisória. Por isso mesmo, ao definir as nuances da liberdade provisória, o legislador tem de render homenagens ao entendimento de que a prisão processual, seja ela qual for, possui natureza acautelatória, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, conforme aqui já foi exposto à exaustão²⁵⁵².

No modelo atual, adotado a partir do acréscimo do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, e reiterado, com cores mais vivas, com a redação emprestada pela Lei 12.403, de 2011, aos incisos do dispositivo em destaque, consoante já se teve oportunidade de afirmar ao longo deste livro, qualquer que seja a espécie de infração penal, desde que não haja motivo para a decretação da prisão preventiva ou temporária, sendo o crime afiançável ou não, hediondo ou não, o juiz deve conceder a liberdade provisória²⁵⁵³. Aliás, em várias oportunidades o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que a prisão cautelar, sendo medida excepcional, somente há de ter lugar quando for absolutamente necessária²⁵⁵⁴.

9.6.5.2.2.3.1 – Vedação à liberdade provisória.

Sem embargo da posição da doutrina e da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da necessária cautelaridade da prisão processual, a Lei 8.072, de 1990, com a redação da Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994, dizia que os crimes hediondos, conjuntamente com os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, insuscetíveis de liberdade provisória. As Leis nºs 9.034, de 1995, e 9.613, de 1998 e 10.868, de 2003, também vedaram a liberdade provisória nos crimes organizados, de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e nos previstos no Estatuto do Desarmamento.

Contesta-se a constitucionalidade dessas leis, pois a norma ordinária não pode vedar a liberdade provisória, uma vez que a prisão processual se trata de medida cautelar e extrema que priva direito fundamental do homem, só podendo ser decretada se fundamentada nos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo de dano. Se nesses crimes o agente não tem o direito à liberdade provisória, a consequência que se pode tirar daí é uma dentre quatro possíveis: (1) como não é admitida a liberdade provisória, praticado o crime, mesmo que não haja ordem judicial, a autoridade policial deve efetuar a prisão; (2) havendo necessidade ou não, a prisão preventiva há de ser decretada pelo juiz, por força da vontade da lei, sendo dispensada a fundamentação; (3) ocorrida a prisão em flagrante, o juiz não pode conceder a liberdade provisória, somente podendo o agente recuperar a liberdade, caso a prisão seja ilegal, hipótese em que ele terá direito ao relaxamento da prisão; e (4) a despeito de a norma jurídica vedar a liberdade provisória, ainda assim, somente deve ser decretada ou mantida a prisão caso seja necessária.

A primeira hipótese, evidentemente, ainda que a análise perfunctória, não se sustém. Caso essa tese fosse aceita, seria o mesmo que admitir uma terceira hipótese de prisão, além das duas previstas na Constituição no inciso LXI do art. 5º da Constituição. Ao lado da detenção por ordem policial (detenção em flagrante) e por ordem judicial (prisão processual), haveria outra, determinada pela vontade do legislador infraconstitucional, que poderia ser chamada de ordem legal ou vontade do legislador. É patente que isso não é admissível. Como aqui já foi várias vezes demonstrado, há

²⁵⁵² Cf. item 9.6.5.1.1, supra, no qual se realça a necessária natureza acautelatória de toda e qualquer prisão processual, sob pena de afronta à cláusula constitucional da presunção de não culpabilidade.

²⁵⁵³ Cf. item 9.6.4, supra, no qual o tema foi visto com mais profundidade.

²⁵⁵⁴ Cf. itens 9.6.5 e 9.6.5.1.1, supra. Nos itens em referência é expendido o entendimento doutrinário e a jurisprudência consolidada do STF a respeito do tema.

apenas duas formas de privação do direito de liberdade: em flagrante delito e mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Não pode a detenção ser efetuada pela autoridade policial sem que a pessoa esteja na situação de flagrante delito. Por conseguinte, fora dessa situação, mesmo sendo encontrada pela autoridade policial, a pessoa que praticou um crime para o qual a lei diz que não se admite liberdade provisória, aquela, sem uma ordem judicial escrita e fundamentada, não poderá, validamente, efetuar a detenção ou prisão²⁵⁵⁵.

A segunda alternativa tampouco se sustenta. Se assim se entender, seria o mesmo que dizer ter sido restaurada, em nosso meio, a indesejável prisão preventiva obrigatória, revogada do Código de Processo Penal com a edição da Lei nº 5.349, de 1967²⁵⁵⁶. Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, em várias passagens, deixou assentado que o fato de o crime ser hediondo não impede concessão da liberdade provisória, pois a prisão processual, detendo natureza acautelatória, somente há de ser imposta excepcionalmente e, ainda assim, quando for demonstrada a sua extrema necessidade. Essa linha de pensamento que já vinha, faz tempo, sendo adotada pelo STF, ganhou repercussão nacional quando assim foi decidido no Habeas Corpus 8071/SP, no emblemático caso envolvendo o jornalista PIMENTA NEVES, acusado de matar a sua ex-namorada, também jornalista, em crime de homicídio classificado como hediondo. Naquele processo, na parte que interessa, a ementa de autoria do Ministro CELSO DE MELLO²⁵⁵⁷, referente ao acórdão unânime da Segunda Turma da Colenda Corte, ficou redigida com a seguinte dicção:

HABEAS CORPUS – CRIME HEDIONDO – ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO – TEMOR DE FUGA DO RÉU – DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES – INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE – PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. – A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. (...) O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. – O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. – A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. (...)

Esse mesmo argumento utilizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal para reconhecer o direito à liberdade provisória, mesmo quando há norma legal específica dizendo que ela não é cabível, serve para afastar a terceira alternativa. Com efeito, ainda que se trate de crime para o qual se veda a concessão de liberdade provisória, sendo o agente detido em flagrante delito, o juiz, caso não esteja presente nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, deve providenciar a sua soltura. Entendimento contrário serviria para infirmar a natureza acautelatória da prisão processual,

²⁵⁵⁵ No Rio Grande do Norte, houve caso que despertou acirrado debate perante os meios de comunicação, envolvendo situação que se enquadra na questão posta em debate. Isso se deu em rumoroso caso de homicídio, tipificado como hediondo, em que os agentes praticaram o crime e fugiram. Algum tempo após, eles retornaram à cidade do interior, sendo a autoridade policial comunicada do fato. Esta se negou a efetuar a prisão, dizendo que não era hipótese de flagrante delito e, ademais, não havia prisão decretada pelo juiz. Estava certa a autoridade policial, o que não a poupou de severa crítica perante os órgãos de comunicação.

²⁵⁵⁶ A respeito da prisão preventiva obrigatória, cf. itens 9.6.3, que trata do sistema prisional originário previsto no Código de Processo Penal de 1941, e 9.6.4, que aborda as mudanças operadas posteriormente.

²⁵⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/juris.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

pois implicaria manter no cárcere a pessoa sem que houvesse nenhuma necessidade para tanto. Ademais, lembre-se que, conforme aqui está sendo sustentado, a detenção em flagrante se presta, apenas, para a captura do agente, de modo que, para o seu recolhimento à prisão, é preciso verificar se ele não faz jus à liberdade provisória, que é o mesmo que dizer que se deve analisar se há, ou não, os elementos reclamados para a decretação da prisão preventiva.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal vinha sinalizando em outra direção. Com efeito, em julgamento unânime da Primeira Turma, a Excelsa Corte, em votação relatada pelo Ministro SIDNEY SANCHES²⁵⁵⁸, fez constar da ementa que, ocorrida a prisão em flagrante, tratando-se de crime hediondo, em princípio, não se deveria se aplicar a então regra do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, e, sim, a especial, prevista na Lei nº 8.072, de 1990, que veda a liberdade provisória. Como se não bastasse, algum tempo antes, no Habeas Corpus 79386/AP, em votação na qual restou vencido o Ministro MARCO AURÉLIO, sendo designado para relatar o acórdão o Ministro MAURÍCIO CORRÊA²⁵⁵⁹, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já tinha deixado consignado que existe a “Impossibilidade de concessão de liberdade provisória em face de expressa vedação contida no artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi reconhecida por esta Corte”.

Com o devido respeito, essa tese tinha o condão de ressuscitar, sim, ainda que por via oblíqua, a indesejável prisão preventiva obrigatória, acontecimento que o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, na redação da ementa do voto acima citado, disse que nem mesmo o *terrorismo penal em moda ainda não ousou chegar*. Se quando há vedação expressa quanto à concessão de liberdade provisória, em caso de flagrante delito, mesmo que não haja os fundamentos para a decretação de prisão processual, ainda assim a pessoa deve permanecer presa, tem-se, aí, hipótese em que a prisão processual é imposta sem que haja a sua necessidade. Ela é imposta apenas em razão da *vontade da lei*, ou seja, ela é tida como *obrigatória*, pois o juiz, nesse caso, não pode deixar o agente responder o processo em liberdade, ainda que não tenha nenhum motivo para determinar que ele fique preso.

Mantendo coerência quanto a seu pensamento garantista, LUIZ FLÁVIO GOMES²⁵⁶⁰ conclui pela inconstitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais que tornam defesa, assim como a fiança, a liberdade provisória, pois tal previsão, em verdade, acaba por “... reintroduzir no nosso sistema a prisão compulsória, obrigatória, que desapareceu na década de sessenta com o regime militar.” Nesse caso em que a lei proíbe a liberdade provisória, a decisão que impõe a prisão – diz LUIZ FLÁVIO GOMES²⁵⁶¹ –, não seria judicial, porém legislativa. Ademais, de acordo com o entendimento do STF aqui criticado, a sorte de quem responde por esses crimes para os quais há vedação expressa da concessão de liberdade provisória estaria resolvida diante da circunstância de ter ocorrido, ou não, o flagrante delito. Se feita a detenção em flagrante, ele terá de ficar preso durante todo o processo. Em sentido contrário, se ele não for detido em flagrante, mesmo em se tratando de crime hediondo, de tortura, de tráfico ilícito, de terrorismo, organizado ou de lavagem de capitais, a prisão somente pode ser ordenada caso esteja presente um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

Com a tese então sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, o flagrante delito, em se tratando desses crimes para os quais a lei especial torna defesa a liberdade provisória, ganhava substancial importância e passava a ter, assim como ocorria na ideia original do Código de Processo Penal, função não apenas de captura, mas também de, por si só, justificar a manutenção da pessoa na prisão, mesmo que não houvesse nenhum motivo para que assim fosse. Esse pensamento, além de afrontar a natureza acautelatória de toda e qualquer prisão de ordem processual, tinha o condão de resgatar a anterior função desempenhada pela prisão em flagrante no sistema prisional, que havia, desde a introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, sido afastada de nosso meio, o que, para todos os efeitos, era um tremendo retrocesso.

²⁵⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: HC – Processo: 82316, UF: PR, Data da decisão: 11/02/2003. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005. De qualquer forma, naquele julgamento, a liberdade provisória não foi concedida porque o juiz havia justificado a prisão, ainda, na presença de fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

²⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 05/10/1999. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

²⁵⁶⁰ *Lei de lavagem de capitais: delação premiada e aspectos processuais penais*, p. 359.

²⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 359.

No Superior Tribunal de Justiça, felizmente, o assunto sempre mereceu outra consideração. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas firmaram passo na linha de entendimento de ser irrelevante o fato de a lei dizer da inadmissibilidade da liberdade provisória em determinados crimes e que tenha havido, ou não, o flagrante delito, pois, em qualquer que seja a situação, como decorrência lógica do princípio da presunção de não culpabilidade – no nosso entendimento seria princípio da presunção de inocência, conforme defendido no item 9.2.2, supra –, para que uma pessoa fique presa, exige-se a plena justificativa no decreto judicial. À guisa de comprovação, veja-se a decisão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tomada no Habeas Corpus 36452, cujo relator foi o Ministro PAULO MEDINA²⁵⁶², tendo a ementa sido vazada nos seguintes termos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. REQUISITOS. AUSÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PERICULUM LIBERTATIS. INEXISTÊNCIA. PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO CULPABILIDADE. PREVALÊNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE.

No ordenamento constitucional vigente, a liberdade é regra, excetuada apenas quando concretamente se comprovar a existência de periculum libertatis.

Não foi dada ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.072/90.

Os princípios constitucionais do Estado de Inocência e da Liberdade Provisória não podem ser elididos por normas infraconstitucionais que estejam em desarmonia com os princípios e garantias individuais fundamentais.

A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos mantenedores da medida.

(...)

Adotando essa mesma doutrina, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, também à unanimidade, em voto redigido pela Ministra LAURITA VAZ²⁵⁶³, no aresto firmado no Habeas Corpus 38466/SC, assim decidiu:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. PRECEDENTES DO STJ.

1. Ainda que o crime seja classificado como hediondo pela Lei nº 8.072/1990, a simples alegação da natureza hedionda do delito cometido, em tese, pelo paciente não é, de per si, justificadora do indeferimento do pedido de liberdade provisória, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

Como se vê, para o Superior Tribunal de Justiça não se deve fazer a distinção que era feita pelo Supremo Tribunal Federal nos casos analisados, quanto a entender pela possibilidade de haver o direito de liberdade provisória, naqueles crimes para os quais existe vedação legal ao gozo desse direito, apenas nas hipóteses em que não ocorresse a detenção em flagrante. Essa é a posição mais adequada e a que se compatibiliza com a natureza acautelatória de toda e qualquer prisão processual. De outra parte, a distinção que era feita pelo Supremo Tribunal Federal, com as vênias devidas, não se mostrava razoável²⁵⁶⁴. Tome-se como exemplo o caso PIMENTA NEVES, objeto do voto do

²⁵⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 19/04/2005. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

²⁵⁶³ Data da decisão: 16/11/2004.

²⁵⁶⁴ O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, por algum tempo, continuou mantendo, sobranceira, essa posição. Com efeito, no julgamento do HC 89491/SP, relatado pela Ministra CÁRMEM LÚCIA, assim decidiu, à unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME ORGANIZADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. MANUTENÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. Necessidade da manutenção da custódia cautelar exsurge da própria gravidade dos fatos evidenciados nos autos, razão bastante a

Ministro CELSO DE MELLO, que aqui foi transcrito acima. Nos termos da tese até então adotada pela Corte Máxima, se o referido jornalista tivesse sido detido em flagrante, teria ficado encarcerado, mesmo que, como foi ponderado com rara galhardia pelo Ministro CELSO DE MELLO, não houvesse nenhuma razão para que ficasse na prisão.

Com essas considerações, parece, sem sombra de dúvidas, que a posição correta é aquela alvitada na quarta proposição aqui formulada, no início da discussão do assunto, segundo a qual, conquanto a norma jurídica vede a liberdade provisória, ainda assim, somente deve ser mantida ou decretada a prisão caso seja necessária a custódia cautelar, daí por que, a circunstância em si de ter havido, ou não, a detenção em flagrante é de somenos importância, assim como ocorre em relação aos demais crimes, devido à regra insculpida no inciso II do art. 310 do Código de Processo Penal.

De mais a mais, a Constituição, ao utilizar a expressão quando a lei admitir a liberdade provisória²⁵⁶⁵, não disse que o legislador poderia, tendo em consideração apenas a natureza do crime, vedá-la para determinados casos. Em interpretação sistêmica da Constituição, partindo-se da premissa de que a prisão processual detém natureza acautelatória, como admite o próprio Supremo Tribunal Federal, não se pode estabelecer, a priori, que, em certos delitos, a pessoa não tem o direito de responder o processo em liberdade²⁵⁶⁶. Isso porque, como aqui já se disse – e deve ser repetido –, tal equivale a estabelecer que, nesses casos, a prisão processual é obrigatória, o que é incompatível com qualquer espécie de medida cautelar, posto que essa, como se sabe, somente se torna possível quando haja necessidade de sua determinação, especialmente em tema de supressão do direito de liberdade.

Como se isso não bastasse, note-se que, na intenção de conferir tratamento mais rigoroso para os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos como hediondos, o constituinte disse, expressamente, que eles eram inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLII), e não que, nesses casos, não seria admitida a liberdade provisória. Nem mesmo ao tratar da ação de grupos armados, civis ou militares, que atentem contra a ordem constitucional e o Estado democrático, o constituinte chegou a preceituar a vedação da liberdade provisória (art. 5º, XLIV); quando muito, disse que eles, além de inafiançáveis, seriam imprescritíveis.

O constituinte, na medida em que previu a prisão processual como medida acautelatória e excepcional, por coerência sistêmica, em nenhum momento disse que algum tipo de crime, por mais grave que ele fosse, seria insuscetível de liberdade provisória.

Felizmente, o Supremo Tribunal, ao julgar a ADI 3137/DF proposta contra a vedação da liberdade provisória embutida no art. 21 na Lei 10.868, de 2003, o chamado Estatuto do Desarmamento, que teve como Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, após ressaltar que essa disposição contém vício de inconstitucionalidade por afrontar as cláusulas da presunção de inocência e do devido processo legal, ressaltou “que, não obstante a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a Constituição não permite a prisão ex lege, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV)”²⁵⁶⁷.

Observa-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, com essa nova visão sobre o assunto, respalda a tese aqui sustentada, de que a lei infraconstitucional não pode simplesmente vedar a liberdade provisória tendo em conta a natureza do crime, o que é mais consentâneo com a sua jurisprudência a respeito da natureza acautelatória e excepcional da prisão processual.

Tendo em conta essa linha de pensamento, o legislador infraconstitucional, com a edição da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, acertadamente, deu nova redação para o art. 2º, II, da Lei nº 8.072, de 1990, exatamente para, tendo em conta o entendimento aqui defendido e respaldado pelo Supremo Tribunal Federal, suprimir a vedação da liberdade provisória.

No mesmo passo, o art. 310 do CPP, com a redação conferida pela Lei nº 12.403, de 2011, acertadamente, não faz qualquer distinção quanto ao direito à liberdade provisória qualquer que seja

desautorizar a liberdade provisória em obséquio da garantia da ordem pública. Precedentes deste Supremo Tribunal, o qual considera necessária a manutenção da prisão em flagrante como garantia da ordem pública quando a gravidade dos fatos narrados nos autos a justifica. Habeas corpus a que se denega a ordem. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 26/09/2006. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 17 jan. 2007)

²⁵⁶⁵ Art. 5º, LXVI, última parte.

²⁵⁶⁶ Na tese do Supremo Tribunal Federal, é verdade, não basta que haja a vedação na lei da concessão da liberdade provisória, mas, ainda, que tenha ocorrido a prisão em flagrante.

²⁵⁶⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da Decisão 2/5/2007. Acesso em 4 jun. 2007.

o crime, desde que não existentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, ao passo que a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, revogou o art. 3º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que vedava, em se tratando de crime de lavagem de dinheiro, quer a liberdade provisória, quer a fiança.

A despeito de todas essas considerações, a Lei nº 13.964, de 2019, inseriu o § 2º no art. 310 do CPP, a fim de ressaltar que, quando do exame do auto de prisão em flagrante, “Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares”. A expressão *deverá denegar a liberdade provisória* é um eufemismo. Em verdade, a intenção do legislador foi estabelecer, com todas as letras que, nesse caso, é *vedada a liberdade provisória*, o que é, conforme visto, inconstitucional.

Por tudo o que foi exposto, tendo em consideração a natureza acautelatória da prisão processual, essa medida não pode ser determinada sem demonstrada a sua extrema necessidade, cujos fundamentos estão elencados no art. 312, caput, no caso da prisão preventiva, e no art. 1º, incisos I a III, da Lei nº 7.960, de 1989, na hipótese da prisão temporária. Nem se queira argumenta que o § 2º do art. 310 do CPP contempla novo fundamento para a decretação da prisão preventiva. A circunstância em si de uma pessoa ser reincidente ou de integrar organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, por si só, não justifica a prisão preventiva, devendo o juiz de qualquer sorte, motivar e fundamentar a imposição da medida diante do receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a sua aplicação, nos termos do art. 312, § 2º, do CPP.

Em nosso entendimento, temos duas situações: (a) não existindo fundamento para a decretação da prisão preventiva ou temporária, o juiz deve *conceder a liberdade provisória, sem fiança*, não sendo admissível condicionar o exercício desse direito a nenhuma tipo de obrigação prévia, pouco importando se o crime é afiançável, ou não, ou se lei específica veda, ou não, a concessão de liberdade provisória; (b) sendo convertido o flagrante em prisão preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP, o juiz poderá, caso se trate de crime afiançável, em substituição, conceder a liberdade provisória, com fiança, ademais de impor outras medidas cautelares diversas²⁵⁶⁸.

9.6.5.2.3.2 – Fiança como cautela para assegurar o direito de liberdade.

A Constituição diz que a liberdade provisória pode ser admitida com ou sem fiança. A primeira coisa a se verificar é se, sendo o caso de liberdade provisória, mas deixando o agente de pagar a fiança, isso, por si só, justifica que alguém permaneça preso ou tenha a sua prisão determinada. Antes, é preciso ter em consideração, como já foi dito, que a vinda a lume do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, dentre outras consequências, teve a propriedade de fazer com que a fiança, em razão da forma como ela está prevista na legislação processual, praticamente não tivesse mais sentido²⁵⁶⁹. Com efeito, com a nova disciplina emprestada ao tema da prisão em flagrante, ao receber o auto dando conta de como se deu a detenção, o juiz, qualquer que seja o crime – pouco importa se afiançável ou não – deve conceder a liberdade provisória, bastando, para tanto, que não haja razão para determinar a prisão preventiva.

Anteriormente, a circunstância de o crime ser afiançável era a condição necessária para que pudesse ser reconhecido o direito à liberdade provisória, nas hipóteses de flagrante delito. Assim, verificada a detenção em flagrante delito, se afiançável o crime e não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, o juiz, mediante o arbitramento da quantia a ser recolhida pelo detido, condicionava a soltura ao prévio pagamento do valor fixado. Por outro lado, se o delito fosse inafiançável, a pessoa, tendo sido pega em flagrante, somente conseguia a liberdade provisória se o ato de detenção em si contivesse alguma ilegalidade, quando, então, o juiz deveria determinar o relaxamento da privação do direito de liberdade. Dessa forma, em caso de flagrante delito, para se falar em direito à liberdade provisória, era preciso, antes de tudo, que o crime fosse afiançável.

Essa situação, porém, modificou-se, substancialmente, com o acréscimo do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal. A partir daí a liberdade provisória, nos casos de prisão em flagrante, também passou a ser admissível em relação aos crimes inafiançáveis, que eram assim

²⁵⁶⁸ Essa posição será explicada no item seguinte.

²⁵⁶⁹ Cf. item 9.6.4.

definidos em virtude de serem mais graves do que os afiançáveis. Esse acontecimento, apesar de merecer aplausos, pois, como já se disse, teve o mérito de ressaltar a natureza acautelatória da prisão processual, descompassou o sistema. Isso porque não só os crimes afiançáveis como os inafiançáveis passaram a admitir, no caso de flagrante delito, a liberdade provisória, exigindo-se, de todo modo, tanto para os primeiros quanto para os segundos, apenas que não houvesse nenhum dos motivos que autorizavam a decretação da prisão preventiva. Alguns, porém, acrescentavam que, sendo o crime afiançável, mesmo não havendo motivo para a decretação da prisão, no caso de flagrante, a concessão da liberdade provisória era condicionada ao pagamento do valor referente à fiança. Aí residia a inaceitável incongruência.

Não se pode exigir, para a concessão da liberdade provisória nos crimes afiançáveis, que a pessoa detida, além de não satisfazer nenhum dos fundamentos para a determinação da prisão processual, ainda tenha de pagar uma quantia em dinheiro, enquanto àquele que pratica crime inafiançável, que é mais grave, para ter o direito de recuperar a liberdade, seja suficiente a satisfação da primeira condição exigida. Se assim for, estará havendo nítido tratamento mais severo para quem, por ter praticado crime menos grave, deve ser dispensado, senão tratamento mais benéfico, no mínimo, igualitário em relação àquele que cometeu infração de maior porte.

Por conseguinte, se quem comete crime inafiançável, em caso de flagrante delito, tem o direito de obter a liberdade provisória, bastando para tanto que não esteja presente nenhuma das causas previstas para o estabelecimento da prisão preventiva, é mais do que evidente que o sistema não pode, para quem comete infração menos grave, além de fazer a mesma exigência, ainda acrescentar outra, qual seja, o pagamento de quantia em dinheiro, a título de fiança. Em razão disso, alguns juizes, corretamente, entendem que, para esse fim, ou seja, como contracautela para a concessão de liberdade provisória em caso de flagrante delito, a fiança encontra-se revogada, não devendo, por conseguinte, ser exigida.

Regra curiosa é a que consta no art. 325, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 8.035, de 27 de abril de 1990, que torna defesa a aplicação, quando a hipótese for de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, do disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP. Aqui se repete o mau vezo de impor tratamento mais grave tendo em conta apenas a natureza do crime praticado, política que tem se mostrado, no mais das vezes, desastrosa, pois finda impondo tratamento afastado da isonomia sem a necessária justificativa. Certamente, o legislador deve ter levado em consideração a circunstância de os crimes em referência serem de natureza financeira, o que, em princípio, revela a boa condição econômica do agente. No entanto, nem sempre é assim, havendo casos em que o ilícito é praticado devido mesmo à precária situação econômico-financeira do agente, sem que resulte da ação ilícita nenhum ganho de dinheiro ou aumento de patrimônio, mas apenas omissão quanto ao pagamento do que era devido.

Observe-se que em um sistema democrático, calcado na cláusula da presunção de não culpabilidade, preceito que traz como consequência a natureza excepcional e acautelatória das medidas processuais restritivas do direito de liberdade, a fiança pode, e deve, ser prevista como contracautela, quer para assegurar à vítima direta, que pode ser inclusive o Estado, o ressarcimento pelo menos de parte do prejuízo ocasionado pela ação ilícita, quer para fazer com que o agente, liberado sob pagamento de fiança, cumpra as exigências estabelecidas pelo juiz, sob pena de perda do valor caucionado.

De outra banda, embora não pareça razoável, a fiança em si, em determinados casos, pode ser erigida como condição para a concessão da liberdade provisória. Em rigor, a liberdade provisória, com o pagamento, ou não, da fiança, deve ser concedida, desde que não haja motivo para a decretação da prisão processual. Isso porque, à primeira vista, não se mostra adequado que uma pessoa fique recolhida à prisão apenas porque, a despeito de fazer jus à liberdade provisória, oponente-se a pagar o valor arbitrado pelo juiz, pois, assim sendo, a situação se assemelharia, em certa medida, àquela em que se dá a prisão civil por falta de pagamento de dívida.

Não se nega que exigir o pagamento da fiança é uma coisa, outra, bem diferente, é que ela seja elevada a *conditio sine qua non* para a concessão da liberdade provisória. De todo modo, a fiança, nesses casos, serve mais como uma garantia de que o acusado irá cumprir todas as condições impostas pelo juiz para a concessão da liberdade provisória enquanto não ocorrer o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória e de que não irá, durante esse espaço de tempo, praticar outros crimes.

Ademais, deve-se mudar o foco do instituto da fiança. A fiança não deve ser prevista para os crimes menos graves, uma vez que estes, devido a essa circunstância, devem receber tratamento mais benigno do que os crimes de maior potencial ofensivo. Observe-se que, na principiologia originária do Código de Processo Penal, a classificação de um crime como afiançável funcionava para que se desse, nesse caso, melhor tratamento para esse tipo de ação ilícita, pois era a condição para que fosse possível, no caso de flagrante delito, haver a soltura do agente com base no direito à liberdade provisória. No instante em que se passou a admitir, também para os crimes inafiançáveis, a liberdade provisória nos casos de flagrante delito, tem-se que a fiança agora deve ser prevista apenas para aqueles crimes mais graves.

O que se quer dizer é que como independentemente do ilícito, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado, para que o agente tenha o direito de liberdade, é indiferente a circunstância de ele ser afiançável ou inafiançável, manifesta-se completamente sem sentido pensar-se que se está conferindo tratamento rigoroso a um determinado tipo de crime ao se proibir, em relação a ele, a possibilidade de exigir-se o pagamento de fiança. Até porque, de acordo com o nosso sistema, não se admite a concessão desta quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 324, IV, do CPP). Assim, o fato de o crime ser afiançável em tempo algum impede a decretação da prisão preventiva, aspecto que denota o quão acertado seria se ela fosse preceituada exatamente para os crimes mais graves.

Estreme de dúvidas que o constituinte, ao escrever a norma que torna inafiançáveis os crimes de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da Constituição), não se apercebeu de que, desde o enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, a função do instituto da fiança foi substancialmente alterada. Infelizmente, tal ausência de percepção ainda persiste, daí por que foram editadas as leis ordinárias regulando essa previsão constitucional e, como se isso não fosse o bastante, o legislador infraconstitucional houve por bem inovar para incluir, nesse rol, outros crimes, como se deu com as Leis nº 9.034, de 1995, e 9.613, de 1998, respectivamente, em relação ao crime organizado e ao de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Em relação a esse detalhe, parece claro que o constituinte somente quis vedar a possibilidade de concessão da fiança aos crimes que ele mesmo especifica, pelo que seria, como bem adverte LUIZ FLÁVIO GOMES²⁵⁷⁰, no mínimo de duvidosa constitucionalidade a inclusão de outros delitos pelo legislador ordinário.

Com sua peculiar perspicácia, LUIZ FLÁVIO GOMES²⁵⁷¹, em análise crítica à Lei nº 9.613, de 1988, com razão, sustenta que “... é precisamente em crimes que envolvem grandes patrimônios que deveríamos exigir fiança de alto valor”, razão pela qual não tem sentido vedá-la justamente em crime tipificado como de lavagem de capitais, até porque, nessa forma anacrônica de tentar emprestar ao tema tratamento normativo mais duro, o legislador, ao contrário do que pretendia, só fez foi permitir “... que o juiz, quando for o caso, conceda liberdade ao acusado sem fiança”²⁵⁷².

Verifique-se que, no sistema americano, a fiança é concebida até para crimes que, no nosso sistema, seriam considerados hediondos. No caso envolvendo O. J. SIMPSON, renomado jogador de futebol americano e ator, acusado de assassinar a ex-mulher e o companheiro dela, para responder em liberdade processo criminal, ele teve de pagar uma milionária fiança, quantia que, para ser honrada, exigiu a hipoteca de sua mansão, localizada em Los Angeles. Em outro caso, agora envolvendo o cantor americano por todos conhecido e reconhecido como MICHAEL JACKSON, a quem se imputava a prática de vários crimes de abuso sexual de crianças, igualmente se exigiu vultosa quantia em dinheiro, a título de fiança, para que ele pudesse responder ao processo em liberdade.

A tese aqui defendida é de que a fiança seja estabelecida para os crimes mais graves, especialmente os financeiros como são os crimes de lavagem de capitais, de sonegação fiscal, corrupção, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, e que, uma vez fixada, a garantia por ela representada seja materializada, ainda que contra a vontade do agente, por meio do

²⁵⁷⁰ *Delação premiada e aspectos processuais penais*, p. 358.

²⁵⁷¹ *Ibid.* p. 358.

²⁵⁷² Dentre as sugestões para a modificação do Código de Processo Penal, encaminhada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, consta a redefinição do perfil da fiança tal como está aqui proposto.

bloqueio, sequestro de bens ou mesmo de mera penhora²⁵⁷³. Essa medida é importante para que sirva de garantia para eventual ressarcimento de prejuízos ocasionados à vítima, mediante a previsão de que, no caso de condenação, o juiz, na sentença, após estimar os danos materiais e morais da vítima, fixe, desde logo, o valor do ressarcimento a ser feito pelo acusado, com a consequente reserva, no todo ou em parte, da fiança prestada, a fim de que, com o trânsito em julgado, a quantia seja devidamente liberada²⁵⁷⁴.

O legislador vem caminhando no sentido de corrigir essas anomalias. Com a Lei nº 11.719, de 2008, foi inserido, como elemento integrante da sentença condenatória, a fixação de “... valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofensor” (art. 387, §1º, com a redação da Lei nº 12.736, de 2011)²⁵⁷⁵, revitalizando o papel da fiança, como garantia de pagamento da quantia estipulada no *decisum*²⁵⁷⁶. Mediante a Lei nº 12.683, de 2012, foi revogado o art. 3º da Lei nº 9.613, de 1988, que vedava, além da liberdade provisória, a concessão de fiança nos crimes de lavagem de dinheiro.

Do mesmo modo, a Lei nº 12.850, de 2013, revogou a Lei nº 9.034, de 1995, não havendo, assim, mas vedação à concessão de fiança, em se tratando de crime organizado.

De toda maneira, foi com a Lei 12.403, de 2011, que o legislador procurou conferir um novo perfil ao instituto da fiança²⁵⁷⁷. A intenção do legislador foi ampliar, na medida do possível, as hipóteses de admissibilidade de fiança, de modo que cuidou de repetir, apenas, os crimes inafiançáveis definidos pelo próprio constituinte²⁵⁷⁸. Por isso mesmo, de acordo com o art. 323, do CPP, a fiança só não é admissível nos crimes (i) *de racismo*. (ii) *de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como hediondos*, (iii) *cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*.

Porém, da forma como redigido o inciso III do art. 310 do CPP, à primeira vista, persistiu a incongruência de conferir-se tratamento mais severo para os crimes menos graves. Com efeito, a

²⁵⁷³ Dentre as sugestões para a modificação do Código de Processo Penal, encaminhada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, consta a redefinição do perfil da fiança tal como está aqui proposto.

²⁵⁷⁴ Na 1ª. edição, defendemos que, havendo dificuldades para estimar o valor indenizatório cabível à vítima pelos danos materiais e morais sofridos com a ação ilícita, a sentença pode ser condenatória quanto a esse aspecto civil, porém ilíquida, com determinação de que o valor da fiança fique bloqueado para dar garantia ao crédito a ser especificado na seara cível. Dessa forma, o processo criminal serviria, a um só tempo, para resolver a questão criminal e a cível, na esteira da principiologia da justiça criminal restaurativa – recomendada no 11º Congresso da ONU sobre prevenção do delito e justiça penal, realizado em Bangkok, na Tailândia –, que tem como um dos dogmas atender aos interesses da vítima, a fim de satisfazê-la juridicamente também no aspecto patrimonial, para fins de legitimação da resposta dada pelo Judiciário à lide criminal. Cf. item 9.3.3.5, *supra*.

²⁵⁷⁵ No desiderato de manter a coerência sistêmica do CPP, o legislador, com a mesma lei, incluiu um parágrafo único no art. 63, para deixar claro que, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a execução pode ser levada a efeito tendo em conta o valor mínimo fixado pelo juízo criminal, sem prejuízo, porém, de que se proceda à liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. Espera-se que a mesma preocupação oriente o Parlamento, quando da discussão das modificações pertinentes ao instituto da fiança. Na sugestão apresentada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, como medida cautelar, além da previsão da indisponibilidade dos bens, inclusive o bloqueio de recursos depositados em instituições financeiras, a fiança é prevista, de regra, para todo e qualquer crime, especialmente para os mais graves, como contracautela à sociedade de que, durante o transcurso do processo, não só não atrapalhará o seu andamento, como igualmente não praticará nenhum crime e que aquele valor representado em dinheiro ou bens, garante, ainda que em parte, o pagamento da indenização mínima ao ofendido a ser fixada pelo juiz na sentença, em caso de condenação.

²⁵⁷⁶ Em rigor, o Código de Processo Penal já prevê que, em caso de condenação, a fiança deve servir para o ressarcimento do dano ocasionado pela ação delitosa, assim como para o pagamento de eventual pena de multa, conforme consta do art. 336, caput, do Código de Processo Penal (“O dinheiro ou objetos dados como fiança ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado”). Ademais, deve-se estabelecer, igualmente, a hipótese de perda do valor da fiança prestada, quando o agente, ainda que, no final, venha a ser absolvido, no curso do processo, descumpra alguma medida determinada pelo juiz como condição para que permanecesse no gozo da liberdade provisória. Quanto à quebra da fiança, que ocorre quando o acusado descumpre uma das condições estabelecidas pelo juiz para a concessão da liberdade provisória mediante pagamento de quantia em dinheiro, o art. 343 do Código de Processo Penal prevê, nesse caso, a perda apenas de metade do valor. O art. 344 do mesmo diploma legal acrescenta que, tendo sido condenado, o acusado não se recolher voluntariamente à prisão, a perda passa a corresponder à integralidade do montante dado em garantia.

²⁵⁷⁷ Ainda assim, “Infelizmente, conquanto o legislador da Reforma Tópica tratada na Lei 12.403, de 2011, tenha procurado revitalizar e conferir nova função ao instituto da fiança, caso não seja feita a devida interpretação sistêmica, o paradoxo não terá sido resolvido e, pior, a nova disciplina terá incluído restrições quanto à sua aplicação, na medida em que essa medida só seria admissível, em qualquer situação ‘... para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial’” (art. 319, VIII, do CPP). (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 664).

²⁵⁷⁸ Abandonou o critério de eleger como afiançáveis os punidos com reclusão e inafiançáveis os com reclusão.

interpretação literal revela duas situações: (a) *detenção em caso de crime afiançável*: o juiz, ao analisar o auto de flagrante, não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, reconhece o direito à liberdade provisória, porém, condiciona a soltura ao pagamento de quantia a título de fiança; (b) *detenção em caso de crime inafiançável*: o juiz, ao analisar o auto, não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, reconhece, necessariamente, o direito à liberdade provisória, sendo que, na hipótese, não pode condicioná-lo ao pagamento da fiança, pois não é admissível.

Exame mais denso do art. 310 do CPP permite a construção de entendimento que se apresenta afinado com a melhor lógica. Com efeito, seguinte as diretrizes da norma, no primeiro momento em que põe os olhos no auto de flagrante, o juiz deve examinar a legalidade da prisão (art. 310, I, do CPP). Em seguida, verifica se é caso de medida cautelar e, se for, observa se é adequada e suficiente uma das medidas cautelares diversas, dentre elas, a fiança (art. 310, II, c/ arts. 282, I, II e § 6º, e 319, I a VIII, todos do CPP). Portanto, a fiança, quando da apreciação do auto de flagrante pelo magistrado, só pode ser arbitrada como condição quando, entendendo ser o caso de prisão preventiva, houver a conclusão de que essa espécie de medida cautelar, cumulada ou não com outra ou outras, apresenta-se *adequada e suficiente* para tutelar o processo principal ou sustar o risco de que seja comprometida a ordem pública ou econômica.

Não temos dúvida em reafirmar a nossa tese de que a interpretação da norma em destaque conforme os preceitos da Constituição conduz à conclusão de que o reconhecimento do direito à liberdade provisória com fiança, ou seja, condicionada a fiança, tem como pressuposto lógico o reconhecimento pelo juiz de que, por estar presente hipótese da conversão do flagrante em prisão processual, o agente não possui o direito à liberdade provisória, sem que seja exigida a fiança como contracautela, cumulada, ou não, com outras medidas diversas pertinentes.

Repetindo o que já dissemos sobre o tema²⁵⁷⁹, não se há de negar que esse entendimento, em princípio, conflita com o disposto no art. 324, IV, do CPP, que veda a concessão de fiança, nas hipóteses em que é caso de decretação da prisão preventiva. Mas a regra ali explicitada é pertinente para a fiança denominada autônoma, não a substitutiva da prisão²⁵⁸⁰, assim como os limites traçados pelo legislador quanto aos fins da fiança, preceituados no art. 319, VIII, do CPP²⁵⁸¹.

Dessa forma, sendo o crime afiançável ou não, se não for o caso de conversão do flagrante delito em prisão processual, o juiz deve reconhecer o direito à liberdade provisória. Na hipótese, não pode o juiz, pelo fato de o crime ser afiançável, condicionar o direito à liberdade ao pagamento de fiança. Se assim fosse, voltaríamos à incoerência de tratar os crimes afiançáveis de forma mais severa do que os inafiançáveis.

De outra banda, ante a verificação pelo juiz, nos termos do art. 282, I, do CPP, de que é caso de conversão do flagrante em medida cautelar, deverá examinar se a imposição de medida diversa da prisão é adequada e suficiente (art. 282, II, § 6º, c/c o 310, II, última parte). Se entender que a medida adequada e suficiente é a prisão preventiva, diante da circunstância de o crime ser afiançável, o juiz deve examinar se, com a imposição da fiança, sozinha ou cumulada com outra medida diversa, é recomendável a substituição, a fim de que o agente responda o processo em liberdade.

Com esse entendimento, confere-se prestígio maior à política criminal de conferir mais alternativas para que, quem praticou crime considerado pelo sistema jurídico como menos grave, que são os afiançáveis, responda o processo em liberdade. O fato de o crime ser afiançável, menos grave, portanto, justifica que sejam assumidos maiores riscos em se colocar a pessoa em liberdade provisória, mesmo diante da conclusão de que, em princípio, o mais recomendável seria a prisão processual. Nesse caso, parece mais do que razoável o juiz cumular a fiança com função substitutiva da prisão processual com a monitoração eletrônica e, ainda, o recolhimento domiciliar. A circunstância de o agente não possuir residência e trabalho fixos, que são requisitos necessários para a medida cautelar de recolhimento domiciliar²⁵⁸², são ótimos indicadores para justificar, ou não, no caso concreto, a substituição da prisão processual pela fiança.

²⁵⁷⁹ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 531- 536.

²⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 627-630 e 665-668.

²⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 668.

²⁵⁸² Sobre o recolhimento domiciliar como medida cautelar diversa da prisão, Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 644-646.

Por outro lado, essa tese também se conforta com a ideia de reservar a prisão apenas para casos extremos, notadamente quando se trata de crimes mais graves, categoria na qual estão todos os inafiançáveis.

Diante do exposto, cabe dizer que o juiz não pode arbitrar a fiança como condição para o direito à liberdade, quando não fundamentar, antes, que a hipótese é de conversão do flagrante em prisão preventiva. A fiança, nesse caso, substitui efetivamente a prisão preventiva. Só pode ser fixada, como condição para o direito à liberdade provisória, em substituição à prisão preventiva. Aqui é hipótese na qual a fiança é utilizada em substituição à prisão preventiva, pelo que não tem aplicação o disposto no art. 319, VIII, do CPP, i. e., que reserva a fiança apenas para os casos em que essa medida possui a serventia para garantir que o agente compareça aos atos do processo, não obstrua o seu andamento ou quando houver resistência injustificada à ordem judicial.

9.6.5.3 – Responsabilidade civil do Estado decorrente da prestação jurisdicional criminal.

A Constituição de 1988 trouxe, dentre os direitos fundamentais, garantia que, até então, não constava da nossa história constitucional. Foi inserida com a dicção normativa do inciso LXXV do art. 5º da Constituição, segundo a qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Essa norma – reconheça-se – não é propriamente nenhuma novidade em nosso ordenamento jurídico, pois o art. 630 do Código de Processo Penal já assegurava à pessoa o direito de pedir, com a ação de revisão criminal, justa indenização pelos prejuízos sofridos²⁵⁸³. Segundo anotação de CÂMARA LEAL²⁵⁸⁴, esse direito à justa indenização, em nosso meio, tem como fonte primária o art. 86, § 2º, da Consolidação das Leis Penais, que atribuiu à “Nação” ou ao “Estado” a responsabilidade quanto ao ressarcimento por todos os prejuízos sofridos com a condenação, nos casos em que a sentença do juiz reconhecer a reabilitação do condenado.

Com algumas alterações, essa garantia a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos pelo erro judiciário foi concebida no Código de Processo Penal, agora como consequência do acolhimento de ação revisional. Para o citado doutrinador, a indenização, à qual se refere o legislador no art. 630 do Código de Processo Penal, “... não é do dano moral produzido pela condenação, mas do dano material, isto é, dos prejuízos emergentes e dos lucros cessantes que devem ser atribuídos à condenação.”²⁵⁸⁵ Em compasso com aquela orientação, esclarece EDUARDO ESPÍNOLA²⁵⁸⁶ que o dispositivo em foco – uma justa indenização pelos prejuízos sofridos – refere-se, tão-somente, aos danos pecuniários, resultantes da condenação. Em sentido contrário, MIRABETE²⁵⁸⁷ defende que, hodiernamente, “... não se deve negar a possibilidade de ser pedida pela vítima do erro judiciário a indenização por dano moral”. No mesmo sentido, BADARÓ²⁵⁸⁸ assevera que “A indenização deve ser a mais ampla possível, abrangendo tanto os prejuízos patrimoniais, seja ele dano emergente, seja lucro cessante, como também os danos morais”.

O assunto comporta alguns esclarecimentos, a partir mesmo da observação de que, atualmente, o tema recebeu novo tratamento, conforme os termos como o direito ao ressarcimento por erro judiciário foi inserido na qualidade de uma das espécies de direito fundamental. Primeiro, registre-se que a fonte inspiradora do constituinte nacional foi o Direito Comparado. Com efeito, a Constituição de Portugal, no inciso 2 do art. 27º, cataloga como direito essencial da pessoa o dever do Estado de indenizar, quando ocorre a “... privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei...” A matéria, no Direito lusitano, está regulamentada no Código de Processo Penal, sendo a indenização devida, assim como ocorre no Brasil, quando, em processo de revisão da sentença condenatória, a pessoa é absolvida (art. 462º, 1).

²⁵⁸³ Cf. PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil do estado. In: *Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte*. Natal: CEJERN, 1995, v. 2, p. 15.

²⁵⁸⁴ Op. cit., v. 4, p. 148. Conforme lição haurida de TOURINHO FILHO, a preocupação quanto à reparação dos prejuízos advindos do erro judiciário na seara criminal vem desde a época romana. No Direito romano, quando a acusação era considerada temerária, o acusador era obrigado a indenizar o acusado por perdas e danos. (Op. cit., v. 4, p. 583).

²⁵⁸⁵ Ibid., p. 149.

²⁵⁸⁶ Op. cit., v. 3, p. 447.

²⁵⁸⁷ Op. cit., p. 686.

²⁵⁸⁸ *Processo penal*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 984

A esse respeito, complementa COSTA PIMENTA²⁵⁸⁹ que, no processo de revisão da decisão condenatória, sempre que ocorrer a modificação do julgado com conseqüente absolvição, o condenado terá o direito de *indenização pelos danos sofridos*, pois, em qualquer hipótese, mesmo que não haja dano patrimonial, estará presente o moral. A Constituição da Espanha, de forma mais ampla, também contempla o dever de indenização por parte do Estado, quanto “Aos prejuízos causados pelo Poder Judiciário, e os que forem conseqüência do funcionamento anormal da administração da Justiça...” (art. 121). Em que pese não esteja alçada à categoria de garantia fundamental, a legislação infraconstitucional alemã, consoante ensina ERNST SELING²⁵⁹⁰, dá guarida ao direito à indenização ao condenado que, depois de cumprir a pena, vier a ser absolvido em processo de revisão, concentrando-se a reparação pecuniária aos danos de ordem material.

Centrando a atenção quanto ao modo como o assunto foi tratado pelo constituinte de 1988, observe-se que a regra contida no art. 5º, LXXV, da Constituição é uma regra especial em relação à geral, contemplada no art. 37, § 6º, do mesmo documento político²⁵⁹¹. Historicamente, as constituições brasileiras sempre deram guarida ao instituto da responsabilidade civil do Estado. Em verdade, as Constituições de 1824 e 1891 deixaram expressa, unicamente, a responsabilidade do funcionário público pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções. Mas a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, conferiu ao Judiciário competência para apreciar as questões em que os particulares reivindicassem indenizações de prejuízos provocados pela União. Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO registra que “No Brasil jamais foi aceita a tese da irresponsabilidade do Estado”²⁵⁹², acrescentando, ainda, que “O certo é que jamais se pôs dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica”²⁵⁹³.

De qualquer sorte, na doutrina brasileira, salvo algumas vozes autorizadas em contrário, sempre vigorou o entendimento de que os atos políticos, assim classificados os praticados pelos chefes do Executivo das três entidades federativas, parlamentares, juízes e, ainda, membros do Ministério Público, não geram o direito de indenizar, mesmo ante a identificação de eventuais erros capazes de acarretar prejuízos a terceiros. Especificamente em relação ao Judiciário, o que se tem é que o erro proveniente da atividade judicial, em princípio, não é indenizável, sendo admissível o pedido de ressarcimento pelos danos daí decorrentes apenas quando o juiz houver operado com dolo ou fraude (art. 143, I, do NCPC), hipótese em que, com a nova disciplina emprestada à matéria, o juiz responde *regressivamente* (art. 143, caput, do NCPC). Ou seja, como regra geral, não consta a responsabilidade do Estado pelo erro ou dano cometido quando da prestação do serviço Judiciário.

²⁵⁸⁹ Op. cit., p. 844.

²⁵⁹⁰ Op. cit., p. 303-304.

²⁵⁹¹ No Direito Comparado, examinando-se a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, tem-se que, na concepção político-religiosa do Poder Público, em que se entendia que a soberania tinha raízes divinas, o Estado era irresponsável, não sendo crível que o poder pudesse causar dano indenizável. O monarca em si era insuscetível de ataque judicial por erros, mas o prejudicado, de qualquer modo, podia voltar-se contra o servidor que houvesse praticado o ato. Posteriormente, quando se encarou a soberania com origem na vontade política do povo, ainda assim se pensava, inicialmente, na irresponsabilidade do Estado, pois a legitimidade do Poder Público afastava a necessidade de garantir-se o administrador contra os seus atos, porquanto os interesses do Estado não seriam distintos daqueles queridos pelos particulares. Os possíveis erros cometidos pelo Poder Público seriam da responsabilidade do próprio povo, que escolheu quem não tinha a qualificação desejada para representá-los. Em estágio seguinte, sob influência do instituto da responsabilidade plasmada no Direito Civil, passou-se a admitir o dever de indenizar do Estado, sempre que se demonstrasse ter havido culpa no agir do servidor estatal. Por fim, avançando-se na concepção da responsabilidade, construiu-se o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, no sentido de que não se faz necessário indagar, na conduta do Poder Público, a existência de dolo ou culpa, mas apenas o exame do nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente estatal.

²⁵⁹² *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 358.

²⁵⁹³ Op. cit., p. 359. Informa o administrativista que o festejado AMARO CAVALCANTI, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no ano de 1904, deixou consignado que “... no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes. Se não havia, nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado, nem por isso é menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e a julgar pelo teor das suas decisões e dos numerosos julgados dos tribunais de justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir que a teoria, aceita no país tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para frequentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum” (Ibid., p. 359).

Em relação aos prejuízos acarretados ao cidadão com o serviço judicante, como regra geral, impera a *irresponsabilidade* civil do Estado.

Contudo, assim nunca foi em relação ao serviço jurisdicional na área criminal. Como se viu, desde a Consolidação das Leis Penais, já constava a responsabilidade civil objetiva do Estado, com dever de indenizar, quando a pessoa, após ser condenada em processo criminal, tivesse a sua inculpabilidade reconhecida.

Atualmente, o que constava de mera previsão infraconstitucional passou a fazer parte dos direitos fundamentais. De fato, consoante a redação emprestada ao inciso LXXV do art. 5º da Constituição, o direito à indenização por erro judiciário permaneceu restrito ao campo criminal, assim como fez o constituinte português²⁵⁹⁴. A norma em destaque faz menção, como hipóteses para gerar o direito de indenizar do Estado, quando se verificar a condenação por erro judiciário e quando a pessoa *ficar presa além do tempo fixado na sentença*. Vê-se, assim, que o direito à indenização foi sensivelmente alargado, a fim de ser acrescida outra hipótese de admissibilidade do ressarcimento em decorrência do mau funcionamento do judiciário criminal, qual seja, nos casos em que a pessoa ficar presa além do tempo fixado na sentença, dando ensejo, inclusive, como salienta BADARÓ²⁵⁹⁵, ao direito à indenização quando, mesmo mantida a condenação, em razão da redução da pena, o agente fica preso por mais tempo do que o devido.

9.6.5.3.1 – Ressarcimento por condenação oriunda de erro judiciário.

Ao primeiro exame, a garantia constitucional do ressarcimento devido à condenação embasada em erro judiciário é uma mera repetição do que já constava do art. 630, caput, do Código de Processo Penal. Mas isso é apenas na aparência, não quanto a sua substância. Não se pense que a diferença está pelo fato de essa disposição constitucional não restringir o pedido de indenização à sorte de eventual ação revisional, podendo ser ajuizado, ainda, na esfera cível, naturalmente após ter havido a modificação da sentença condenatória transitada em julgado, o que pode ocorrer, até mesmo, por meio da interposição de habeas corpus.

Não se trata disso, até porque, muito tempo antes da Constituição de 1988, a doutrina, conforme advertia EDUARDO ESPÍNOLA²⁵⁹⁶ com apoio em explicação de BENTO DE FARIA, concebia que o condenado escolhesse entre formular o pedido de indenização já na petição inicial da revisão ou deixar para “... pleiteá-la, no juízo cível, propondo, depois, a ação própria...”

Todavia, há de notar-se que a redação desse direito fundamental, tal como está na Constituição, não confere argumento para que se diga que a responsabilidade, nessa área restrita, diz respeito apenas ao dano material. O constituinte falou em indenização como gênero, o que compreende, logicamente, tanto o dano material quanto o moral. Lá está dito, de forma cogente, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário”. Observe-se que o direito à indenização aqui é bem mais abrangente do que da forma como consta da redação do caput do art. 630 do CPP, pois ali está plasmado que o ressarcimento deve ser *pelos prejuízos sofridos*, o que animou parte da doutrina a defender que este dispositivo se refere apenas aos danos patrimoniais. O constituinte foi mais longe: o erro judiciário dá origem ao dever de indenizar o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial.

Ademais, entendimento em sentido contrário entraria em inconciliável colisão com outro direito fundamental, este plasmado no inciso X também do art. 5º da Constituição, pois ali se assegura, com o mesmo *status*, o direito à reparação pelo dano material e moral, sempre que ocorrer a violação indevida da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas²⁵⁹⁷. No ponto, MÁRIO MOACYR PORTO diz que, com a Constituição de 1988, a responsabilidade civil do Estado, em razão do que dispõe o inciso X do art. 5º, restou ampliada, tendo o cuidado de acrescentar, ainda, que a enumeração do dispositivo em destaque é meramente exemplificativa. Ora, se a mera existência de um processo criminal contra alguém, por si só, já é o bastante para arrancar, de forma severa, a honra e a imagem de uma pessoa, o que não se dizer de uma condenação

²⁵⁹⁴ Diferente se deu na Constituição espanhola, pois ali o direito de indenização é assegurado para os prejuízos em geral oriundos do serviço jurisdicional.

²⁵⁹⁵ *Processo penal*, p. 983.

²⁵⁹⁶ *Op. cit.*, p. 446.

²⁵⁹⁷ *Op. cit.*, p. 15.

indevida. Por conseguinte, parece fora de dúvida que, verificada a condenação indevida, o erro judiciário patrocinado pelo Estado lhe impõe o dever de indenizar não apenas o dano material quanto o moral.

Por outro lado, se antes havia dúvida quando à razoabilidade das restrições impostas ao direito de indenizar, estampadas nas alíneas do § 2º do art. 630 do Ordenamento Processual Penal, agora o assunto merece outro colorido. Quanto a esse aspecto, AURY LOPES²⁵⁹⁸ sustenta que o § 2º do art. 630 não foi recepcionado pela Constituição, pelo que não se justifica mais a exclusão da responsabilidade nos casos ali apontados, embora ele própria admita ser controversa a situação em que o erro seja oriundo da confissão do acusado, em razão de nesse caso ser possível a tese de culpa exclusiva do autor do pedido de indenização, como forma de exculpar o Estado.

Com efeito, é certo que a Constituição, ao erigir o direito à indenização em caso de condenação calcada em erro judiciário à categoria de direito fundamental, não fez qualquer consideração a respeito. Porém, o que importa é saber se o dano ocorreu, somente havendo de ser elidida a responsabilidade do Estado no caso de culpa concorrente ou exclusiva do interessado.

Ainda assim, restrição contida na alínea “a” do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal, uma das hipóteses de eliminação do dever de indenizar quando o dano é decorrente de erro judiciário, merece ser recebida com *granu salis*. Lá se diz que “se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder”, a indenização não é cabível. Como lembra TOURINHO FILHO²⁵⁹⁹, no conhecido caso dos *Irmãos Naves*, os dois confessaram não apenas na esfera policial como perante o juiz, porém, devido ao fato de ter-se descoberto que eles foram torturados e prestaram seus interrogatórios sob coação, reconheceu-se o direito à indenização.

O que se há de examinar, nessa hipótese, é se o condenado contribuiu espontaneamente para que o Judiciário fosse induzido a erro, pois não seria razoável que se apresentasse o condenado com uma indenização, quando o erro judiciário tivesse sido motivado pela contribuição que ele deu para que isso ocorresse. Diferente é a situação em que a sua contribuição para o erro judiciário, como no caso de confissão extraída mediante tortura, não se deu por sua livre e espontânea vontade.

A outra regra, registrada na alínea “b” do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal, veda o dever de indenizar do Estado, na hipótese em que o erro judiciário se verifica em ação penal de iniciativa privada. Tal exculpação do Estado não se sustenta. Não tinha sentido sequer antes da Constituição de 1988, pois pouco importa saber quem detinha a legitimidade para oferecer a ação penal, na medida em que, para todos efeitos, se erro judiciário houve, ele foi praticado pelo juiz, que é quem decide a questão. Atento para esse detalhe, MOACYR PORTO²⁶⁰⁰, após dizer que a alínea “b” do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal contém equívoco, arremata que “... quem julga é o juiz, é o Estado, pouco importando que a ação tenha sido instaurada pelo MP ou por queixa privada”, daí por que, independentemente da circunstância de a titularidade da ação ter sido ocupada pelo membro do Ministério Público ou pela vítima, a indenização é devida, desde que verificado o erro judiciário. Como a própria nomenclatura está a indicar, o que cria o dever de indenizar é o erro judiciário, que se dá com o julgamento equivocado.

9.6.5.3.2 – Ressarcimento por dano decorrente de prisão indevida.

A grande inovação introduzida em nosso sistema por meio do inciso LXXV do art. 5º da Constituição refere-se à explicitação de que o direito à indenização por ato decorrente da atuação do Judiciário deriva, igualmente, da circunstância de a pessoa ficar presa além do tempo fixado na sentença. Interpretada a norma jurídica em sua expressão literal, tem-se que a indenização somente é cabível quando, devido a erro na condução da execução da sentença, o condenado findar passando no cárcere tempo superior àquele que fora estabelecido na sentença condenatória. Assim sendo, não seria devida a indenização, por exemplo, nos casos em que, determinado o recolhimento do indiciado

²⁵⁹⁸ *Direito processual penal*, p. 1.119-1.120.

²⁵⁹⁹ *Op. cit.*, p. 584.

²⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 584.

ou acusado à prisão como medida acautelatória, depois, no final do processo, ele vier a ser absolvido²⁶⁰¹.

No presente estudo, mais de uma vez, chamou-se a atenção para a impropriedade da interpretação meramente literal, especialmente em se tratando de norma constitucional, máxime ainda quando ela contém enunciado principiológico, como são os casos dos direitos declarados como fundamentais. Como não poderia deixar de ser, o alcance da segunda parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição não pode ser buscado com suporte apenas na interpretação literal. É preciso ir mais além. Para se chegar à conclusão sobre o assunto, impõe-se, necessariamente, ter em mente que o uma pessoa pode ficar presa indevida seja em razão de cumprimento de prisão oriunda de sentença condenatória, seja em virtude do recolhimento indevido à prisão por força da decretação da prisão processual.

A restrição do direito de liberdade, como medida cautelar, pode estar apoiada em testemunhos inverídicos ou em documentos inautênticos, da mesma maneira como pode se dar com a sentença de mérito. Em ambas, pode ocorrer o dano, sendo inconcebível, assim, que não se reconheça o direito à indenização na primeira hipótese. Certo que não é o caso de interpretar-se o dispositivo constitucional no sentido de enxergar, na norma em exame, a inteligência de que a indenização é devida em todos os casos nos quais, tendo havido a decretação da prisão processual, o acusado vier, ao final do processo, a ser considerado inocente na sentença²⁶⁰².

Essa ideia, aliás, já era defendida até mesmo por GAROFALO, conforme foi visto no item 1.2.4.3, supra. Observe-se que, nada obstante as ideias retrógradas da Escola Positiva, que, sob a orientação de GAROFALO²⁶⁰³, sustentavam até mesmo a prisão preventiva obrigatória e a medida de segurança antes da prática do crime, se defendia o direito à indenização, quando, tendo o acusado, devido à decretação da prisão preventiva, respondido o processo encarcerado, viesse, no final, a ser absolvido.

O que se defende aqui é que se deve compreender que a expressão *ficar preso além do tempo fixado na sentença* contempla também os casos em que o acusado é levado à prisão indevidamente, em erro verificado pelo fato de a decretação da prisão cautelar ter sido exarada eivada de uma das irregularidades encartadas nos incisos I e II do art. 621 do Código de Processo Penal, as mesmas que dão guarida à revisão da sentença condenatória, desprezada a situação do inciso III do mesmo dispositivo, que não tem pertinência para a hipótese. Dessa forma, quando a decretação da prisão preventiva for contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos ou quando ela se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, o dever de indenizar se faz presente, pelo fato de a pessoa ficar presa indevidamente. Essa compreensão do assunto é importante para resguardar, ainda mais, o direito de liberdade, coibindo, com o rigor necessário, os abusos que, infelizmente, são praticados nessa área. Basta examinar o noticiário nacional para detectar vários e vários casos em que pessoas, especialmente das camadas mais carentes, são levadas à prisão sem o menor resquício de legalidade. E há registro de grandes operações realizadas, com grande espetacularização perante os meios de comunicação, com a prisão preventiva de pessoas que, no final da investigação, não são, sequer, denunciadas pelo Ministério Público.

A despeito do que aqui se sustenta, o Tribunal Regional Federal da Quinta Região, no julgamento da Apelação Cível nº 245.429/RN, em decisão unânime da lavra de sua Primeira Turma, tendo como relator funcionado o Desembargador Federal FRANCISCO WILDO²⁶⁰⁴, rechaçou essa tese, como se depreende da leitura da ementa assim vazada, na parte que interessa:

²⁶⁰¹ Merece registro que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado jurisprudência no sentido de admitir o efeito da detração em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente à prisão cautelar decretada no processo no qual ele foi absolvido. Contudo, por outro lado, nega-se mesmo efeito quando o crime é praticado posteriormente à prisão provisória (Cf. HC 178.129/RS; HC 155.049/RS; RHC 61.195/SP; Resp 711.054/RS; e Resp 687.428/RS).

²⁶⁰² Se assim fosse, a garantia constitucional poderia vir a prestar um desserviço ao cidadão, pois certamente faria com que o juiz se sentisse pressionado psicologicamente a condenar o acusado, todas as vezes que, antes, ele tivesse decretado a prisão preventiva.

²⁶⁰³ Op. cit., p. 431.

²⁶⁰⁴ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUINTA REGIÃO. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. n. 59. Jan/Mar 2005. p. 171.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. PRISÃO EM FLAGRANTE. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO JUDICIÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. HIPÓTESE DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA.

– A prisão cautelar, mesmo com posterior absolvição, não pode se encaixar na hipótese do art. 5º, LXXV, da CF, que fala expressamente em indenização do “condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

(...)

Essa posição vazada no acórdão em referência teve como suporte entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o 429518/SC, no qual a Primeira Turma, em decisão unânime, tendo funcionado como relator o Ministro CARLOS VELLOSO²⁶⁰⁵, consignou na ementa o seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. – A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juizes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. – Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário C.F., art. 5º, LXXV mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. – Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.

Todavia, conforme asseveramos na 1ª. Edição deste livro, o debate sobre o assunto ainda não estava encerrado e, muito provavelmente, a orientação jurisprudencial seguiria outro caminho. De fato, não é consentâneo com o Estado Democrático-Constitucional, centrado e construído sob os alicerces dos direitos fundamentais, que se sustente a irresponsabilidade estatal quanto a eventuais abusos praticados contra o direito de liberdade, apenas pelo fato de a ilegalidade ter sido praticada pelo juiz, esteja ele de boa ou má-fé. O Estado há de ser responsável pelos seus atos, especialmente em tema tão sensível quanto é o direito de liberdade, ponto nevrálgico de todo sistema democrático, notadamente nos dias atuais, diante da espetacularização da persecução penal perante os meios de comunicação e das redes sociais.

Efetivamente, a mudança de orientação está em evolução. HERVAL SAMPAIO E PEDRO RODRIGUES CALDAS²⁶⁰⁶ fazem menção a decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 5005.393, relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em 26/06/2007, que proclamou a responsabilidade civil objetiva do Estado em decorrência de prisão preventiva, forte no argumento de que, a despeito do “... entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição...”, a Constituição estabelece, com o art. 5º, LXXV, que, no ambiente criminal, “... a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado”, ou seja, “... é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço pública da justiça.”

Nessa linha de entendimento, no RE 385.943-0/SP, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, reconheceu o direito à indenização em razão de prisão cautelar indevida, cuja ementa contém o seguinte teor:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º). CONFIGURAÇÃO. “BAR BODEGA”. DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR, QUE SE RECONHECEU INDEVIDA, CONTRA PESSOA QUE FOI SUBMETIDA A INVESTIGAÇÃO PENAL PELO PODER PÚBLICO. ADOÇÃO DESSA MEDIDA DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE CONTRA QUEM NÃO TEVE QUALQUER PARTICIPAÇÃO OU ENVOLVIMENTO COM O FATO CRIMINOSO. INADMISSIBILIDADE DESSE COMPORTAMENTO IMPUTÁVEL AO APARELHO DE ESTADO. PERDA DO EMPREGO COMO DIRETA CONSEQUÊNCIA DA INDEVIDA PRISÃO PREVENTIVA. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE SE ACHAM PRESENTES TODOS OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO. NÃO-COMPROVAÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DA

²⁶⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 05/10/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 18 jan. 2007.

²⁶⁰⁶ *Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional*, p. 511.

ALEGADA INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL. CARÁTER SOBERANO DA DECISÃO LOCAL, QUE, PROFERIDA EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA, RECONHECEU, COM APOIO NO EXAME DOS FATOS E PROVAS, A INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA (SÚMULA 279/STF). DOCTRINA E PRECEDENTES EM TEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE CONHECIDO E IMPROVIDO.

Em comentário acerca dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, LUIZ FLÁVIO GOMES²⁶⁰⁷ faz referência à evolução da jurisprudência brasileira, mencionando diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido.

(...) A decisão proferida pelo Min. Celso de Mello (retificando o posicionamento do Tribunal a quo) mostra a evolução da jurisprudência brasileira, que sempre se mostrou muito conservadora nessa área. Por muito tempo não se cogitava a possibilidade de indenização em razão de uma prisão indevida. Esse quadro vem se alterando desde o ano 2000. Vejamos: REsp 220982/RS. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido. (REsp 220982/RS. STJ. Primeira Turma. Relator Min. José Delgado. DJ 22/02/2000).

No REsp 802.435-PE (que confirmou indenização em favor de um preso ilegal), rel. Min. Luiz Fux, sublinhou, com todo acerto, que o Estado constitucional e democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como ideal buscar a construção de uma sociedade justa e solidária. O cidadão que fica encarcerado quase treze anos, sem condenação final transitada em julgado, faz jus a uma indenização a ser paga pelo Estado, em razão da grave ofensa a vários direitos fundamentais (sobretudo quando, dentro da prisão, vem a contrair doença pulmonar grave e fica cego dos dois olhos, em razão de uma rebelião).

Num outro caso (REsp 872.630-RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques), também foi enfatizada a responsabilidade estatal por manter o autor em prisão preventiva por 741 dias, não tendo sido, posteriormente, pronunciado pelo Juiz, no conhecido caso da “chacina de Vigário Geral”. (Os grifos constam do original).

Como se percebe, embora a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha sido monocrática, o Superior Tribunal de Justiça vem, sistematicamente, defendendo o entendimento do dever de indenizar do Estado, quando a prisão cautelar se revela indevida em razão de sua absolvição, situação que caracteriza, no mínimo, dano moral. A esse respeito, cabe agregar que a forma como estampada na Constituição a garantia (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário”) não permite interpretação no sentido de que o direito ao ressarcimento é, apenas, quanto ao dano material. Em reforço a essa conclusão, tenha-se presente que o art. 5º, X, da Constituição, assegura, com o mesmo *status* de direito fundamental, o direito à reparação pelo dano material e moral, sempre que ocorrer a violação indevida da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas²⁶⁰⁸.

Quanto à prisão preventiva, o problema reside na circunstância de o legislador não ter estabelecido prazo específico sobre a sua duração, a fim de que seja caracterizada a prisão por mais tempo do que a prevista em lei. No entanto, ao examinar o princípio da duração razoável do processo, que serviu para o legislador da primeira etapa da Reforma Tópica levada a efeito em 2008 estabelecer

²⁶⁰⁷ Disponível em: <http://www.blogdoflg.com.br>. Acesso em: 12 mai. 2015.

²⁶⁰⁸ Mário Moacyr Porto diz que, com a Constituição de 1988, a responsabilidade civil do Estado, em razão do que dispõe o inciso X do art. 5º, restou ampliada, tendo o cuidado de acrescentar, ainda, que a enumeração do dispositivo em destaque é meramente exemplificativa. (*Responsabilidade civil do Estado*, p. 15).

prazos específicos para o trâmite processual conforme seja o procedimento (ordinário, sumário ou relativo ao tribunal do júri), fizemos a seguinte advertência²⁶⁰⁹:

Infelizmente, na parte fundamental sobre a duração razoável que é quanto à prisão processual, o legislador não cuidou, na segunda etapa da Reforma Tópica, em estabelecer o prazo de validade da prisão preventiva. De forma expressa, temos, apenas, o prazo de duração da prisão temporária que é, conforme o crime, de 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias, prorrogável, respectivamente, por iguais prazos. De qualquer forma, com a contagem dos prazos processuais, é possível afirmar qual é a duração razoável do processo, quando houver prisão preventiva. Estando o acusado preso, a estimativa do lapso temporal que caracteriza a duração razoável do processo se presta para definir se, em um determinado caso concreto, o acusado está recolhido à prisão por mais tempo do que o permitido em lei, ou não. Inclusive, com base na estimativa de prazo para a conclusão do processo, feita a seguir, no item 6.2.5.3, infra, é estabelecida a duração razoável da prisão preventiva, lapso temporal que, quando extrapolado, em tese, caracteriza constrangimento ilegal, em razão de o acusado ficar preso por mais tempo do que o determinado em lei, sanável por via do habeas corpus.

(...)

Na sistemática anterior, a jurisprudência firmou o entendimento de que a duração razoável do processo era de 81 (oitenta e um) dias. Naturalmente, a modificação dos procedimentos exige a revisão desse prazo, que há de ser definido conforme as novas regras. Na primeira edição deste livro, fizemos o exame desse assunto e chegamos a estabelecer prazos específicos conforme os procedimentos ordinário, sumário e relativo ao tribunal do júri. Nesta segunda edição, estamos fazendo algumas complementações, diante de algumas variáveis, incluindo as situações em que a defesa é por defensor constituído ou pela defensoria pública ou dativa.

Portanto, ainda que não haja prazo expresso para a duração da prisão preventiva, a tese aqui sustentada também se aplica a esse tipo de prisão, porque, com suporte na Reforma Tópica de 2008, restou estabelecida a duração razoável do processo, conforme seja o procedimento (ordinário, sumário ou relativo ao tribunal do júri), de modo que, se o processo não for concluído nos prazos previstos, que representam, para todos os efeitos, a sua duração razoável, tem-se que a prisão é ilegal, gerando, por consequência, o dever de indenizar.

Assim, conforme ressaltamos no item 9.1.4, supra, a prisão preventiva, salvo se a defesa tenha contribuído para a demora ou haja justificativa para o atraso em razão da necessidade de realização de alguma diligência imprescindível²⁶¹⁰: (i) procedimento ordinário, máximo de 168 (cento e sessenta e oito) dias, na justiça estadual, e de 173 (cento e setenta e três), na justiça federal; (ii) procedimento sumário, máximo de 107 (cento e sete) dias, na justiça estadual, e de 112 (cento e doze), na justiça federal; e (iii) procedimento relativo ao tribunal do júri, na primeira fase, máximo de 187 (cento e oitenta e sete) dias, na justiça estadual, e de 192 (cento e noventa e dois), na justiça federal, enquanto, na segunda fase, máximo de 186 (cento e oitenta e seis) dias, tanto na justiça estadual quanto na federal.

No entanto, em relação ao tempo da prisão preventiva o chamado *Pacote Anticrime* trouxe mais novidades. Conforme salientamos, conquanto não tenha sido estabelecido propriamente um prazo fixo para a prisão preventiva, estabeleceu regras para a *prorrogação*, quando decretada na fase da investigação, e para a *revisão*, quando a medida é aplicada durante o processo²⁶¹¹. Pode-se asseverar que, na fase da investigação, há um prazo de duração da prisão preventiva, pois, conforme exposto no item 9.6.5.1.1, supra, no âmbito da justiça estadual, computando a possibilidade de prorrogação, o tempo máximo é de 25 (vinte e cinco) dias, enquanto na justiça federal é de 30 (trinta) dias. Extrapolado esse prazo, o juiz, necessariamente, deve relaxar a prisão, sob pena de o investigado ficar preso por mais tempo do que o determinado em lei. Assim, em caso de desídia do juiz, com o investigado permanecendo preso sem o relaxamento da prisão, tem-se por pertinente a indenização.

²⁶⁰⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 51-52.

²⁶¹⁰ Não é demais ressaltar, que "... a validade temporal da prisão preventiva não comporta apenas um exame aritmético da contagem dos prazos. Várias e várias circunstâncias podem implicar em prolongamento do trâmite processual. De fato, um processo, por exemplo, com 10 (dez), 20 (vinte), 30 (trinta) ou mais acusados, com excessivo número de testemunhas ou mesmo com testemunhas residentes em outros estados ou no exterior, necessariamente, com a expedição de carta precatória ou rogatória, terá tramitação mais alongada, sendo impossível o cumprimento, em si dos prazos" (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 586).

²⁶¹¹ Cf. item 9.6.5.1.1, supra.

Questão mais complexa é quando se trata da prisão preventiva durante o transcurso do processo. É que, nesse caso, não se trata de hipótese prorrogação, mas de revisão, conforme pontuado no item 9.6.5.1.1, supra. De mais a mais, o Supremo Tribunal Federal já pontuou que o simples fato de o prazo ter vencido sem que tenha ocorrido a devida revisão não é acontecimento, por si só, que traz como consequência a revogação da prisão.

Mas, seja como for, ainda há de se levar em consideração que a Lei nº 13.850, de 2013, estabeleceu um prazo máximo de duração para a prisão preventiva em caso de crime organizado. Com efeito, tal como já mencionado, a lei em referência define que, quando se trata de crime organizado, a prisão só poderá ser de até 120 (cento e vinte) dias, prorrogável apenas mais uma única vez, por igual prazo. Assim, para todos os efeitos, o prazo máximo de duração da prisão preventiva no caso de crime organizado é de 240 (duzentos e quarenta) dias. Ora, se para um delito da gravidade do crime organizado o prazo máximo é de 240 (duzentos e quarenta) dias, a conclusão lógica é de que para crimes menos grave, em hipótese alguma, o tempo de duração da prisão preventiva pode ser superior.

Quanto ao flagrante delito, em relação ao fato de o detido ficar encarcerado por mais tempo do que o devido pela circunstância de o auto não ter sido remetido à análise do juiz ou não ter sido realizada a audiência de apresentação (custódia) no prazo, o fundamento é outro. Isso porque, conforme aqui exposto²⁶¹², ao contrário da prisão preventiva, que é decretada pelo juiz, a que ocorre em flagrante delito se trata de ato praticado por agente que pertence ao Executivo. Dessa forma, as detenções e o tempo de permanência indevidos no cárcere são da responsabilidade da autoridade policial, por se tratarem de atos administrativos, o que tem o condão de gerar a responsabilidade civil do Estado com base na regra geral do art. 37, § 6º, da Constituição.

Por fim, a prisão temporária tem prazo especificado em lei, cuja regra é de cinco dias, prorrogável por mais cinco²⁶¹³. Parece evidente que, ficando a pessoa presa além do prazo estampado na lei, ela passa a fazer jus, por força do princípio constitucional em estudo, ao ressarcimento de danos. Nesse caso, estreme de dúvidas, o erro do Judiciário é patente, por ter deixado o preso por mais tempo do que o permitido em lei.

²⁶¹² Sobre a natureza jurídica do flagrante delito, Cf. item 9.6.5.2.1, supra.

²⁶¹³ Sobre a prisão temporária, cf. item 9.6.5.1.2, supra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A hora mais escura*. Direção: Kathryn Bigelow. Produção: Annapurna Pictures. 2012.
- ABI-ACKEL, Ibrahim. Legislação. *Câmara dos Deputados*. Edição: BRASIL. 1 de julho de 1983. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html> (acesso em 2019).
- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AGUIAR, Roberto. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega Editora, 1990.
- AJUFE. *Reforma do código penal e do processo penal: propostas da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Brasília: AJUFE, 2001.
- ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- ALESSANDRI, Renzo; MAZZANTI, Manlio. *Le innovazioni al código penale e al código di procedura penale dal 1960 ad oggi*. Firenze: Edizioni Laurus Robuffo, 1980.
- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. (Kindle). Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 4. ed. Tradução Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.
- ALMEIDA, H. Mendes de. *Ordenações filipinas: ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandato d'el rei d. Filipe, o primeiro*. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1.
- ALMEIDA, J. C. Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA, Marco Aurélio Bernardo de. *Súmulas dos STF e do STJ formatadas: penal, processo penal, civil, processo civil e outras*. (Kindle). IJURIS, 2012.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *Direito judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- ALONSO, Pedro Aragoneses. *Curso de derecho procesal*. Madrid: ER, 1986.
- ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 5. ed. São Paulo: Ícone. 1989.
- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária: personagens do processo penal*. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1957. v. 2 e 3.
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. *Comentários ao código civil brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
- AMADEUS, Djefferson. *Ensaíos sobre processo penal, hermenêutica e a crise de paradigmas no direito brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2016.
- AMBOS, Kai; CHOUKR, Frauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América latina*. São Paulo: Editora Método, 2001.
- AMORIM, Carlos. *CV-PCC: a irmandade do crime*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- ANCEL, Marc. *A nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Tradução Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu processo Criminal: As instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2ª. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ARAÚJO, Kleber Martins. *A responsabilização criminal no estado democrático de direito: o equilíbrio entre a efetividade e os limites da pretensão punitiva da sociedade*. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012.
- ARAÚJO, Rochester Oliveira. *O direito fundamental contra a autoincriminação: a análise a partir de uma teoria do processo penal constitucional*. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, 1995.
- ARISTÓTELES. *Tópicos: dos argumentos sofisticos*. 2. ed. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril cultural, 1983.
- AROCA, Juan Montero; REDONDO, Juan Luis Gómez Colomer Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional II: proceso penal*. (Kindle). 21. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- AS ricas também choram. Revista Veja, São Paulo, ed. 1.914, n. 29, p. 85, jul. 2005.
- ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIÓSÍ DEL PROCESSO PENALE. *Il giusto processo*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- ASÚA, Jiménez de. *La ley y el delito: principios de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1959.
- ASÚA, Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956.
- ATAÍDE, Fábio, *Colisão entre poder punitivo do estado e a garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010.
- Atlas da violência 2019. IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo, 2019.
- AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AZEVEDO, Alba Paulo de. *Processo penal eletrônico e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BADÍA, Juan Ferrando. *Teoría de la constitución*. València: Tirant lo blanc, 1992.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

- Banco Nacional de Monitoramento de Presos. “CNJ, Conselho Nacional de Justiça”. 2019. <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-2-0/> (acesso em 13 de junho de 2019).
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDF, 2015.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. Considerações sobre a natureza jurídica da assistência de acusação no processo penal brasileiro. In: *Justitia*, São Paulo, 1971. n. 72.
- BARBOSA, Manoel Messias. *Inquérito policial*. 2. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1991.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARCELLOS, Caco. *Abusado: o dono do Morro Dona Marta*. 12ª. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. (Kindle). Leme: JH Mizuno, 2019.
- BARROS, Romeu Pires Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- BARROS, Romeu Pires Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada: notas de doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Salvador: IBDP. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 9, março/abril/maio 2007. Disponível em: www.grupos.com.br. Acesso em 5 dez. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.
- BATISTA, Sêmely Clície Rodrigues. *A razoável duração do processo no âmbito da justiça criminal*, Natal: OWL, 2021.
- BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. Tradução Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ltda., 1998.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BELING, Ernst. *Derecho procesal penal*. Traducción Miguel Fenech. Buenos Aires: DIN Editora, 2000.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril, 1974. (Coleção Os pensadores). v. 34.
- BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. Revisão Roselene Cristiani dos Santos Oliveira. Leme: EDIJUR, 2000.
- BERMAN, Sara J. *The basics of plea bargain*. 2020. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/the-basics-plea-bargain.html>. Acesso em: 18 mai 2020.
- BERNAT, Frances P.; GODLOVE, Nicholas. *Criminal procedure law: police issues and the Supreme Court*. []: Jones & Bartlett Learning, 2013
- BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. 2. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1973.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. 2. ed. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Tradução Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1976.
- BETTO, Frei. *Batismo de sangue: os dominicanos e a morte de Carlos Mariguella*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.
- BEZERRA, Hallison Rêgo; SANTOS, Márcio Bittencourt Dutra; DANTAS FILHO, Lucien Borges. Acordo de não persecução penal, procedimento no âmbito do judiciário e seu impacto na distribuição das varas federais. IN: *A jurisdição criminal: sugestões e análise dos dados do GMF/5R*. Natal: OWL, 2021.
- BIBAS, Stephanos. *Incompetent plea bargaining and extrajudicial reforms*. Cambridge, 20 de novembro de 2012.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal* 2. ed. Buenos Aires: AD-HOC S. R. L., 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BITENCOURT, César Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BITENCOURT, César Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.741/98*. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Luís Guerreiro Pinto Cacaís, João Ferreira, Gaetano Lo Mônaco, Renzo Dini e Carmen C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. 2. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BONFIM, Edilson Mougén. *Curso de processo penal*. 6. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- BOTTOMS, Anthony. *The relationship between theory and empirical observations in criminology*. In: KING, Roy D.; WINCUP, Emma (Orgs.) *Doing research on crime and justice*. Cambridge: Oxford University Press., 2. ed., 2008.
- BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares. In: *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

- BOUZON, Emanuel. *Código de Hamurabi*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- BRASIL nunca mais: um relato para a história. Prefácio de D. Paulo Evaristo Arns. 5. ed. Rio de Janeiro: s. e., 1985.
- BRITO, Carla Maria Fernandes. *Arcabouço teórico do princípio da não culpabilidade no sistema jurídico penal brasileiro*. 2003. 61f. Especialização (Especialização em Direito) – Especialização em Direito, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Natal, 2003.
- BRITO, Matheus Hudson. *(In)Segurança Pública no Rio Grande do Norte: uma análise da escalada da violência a partir dos anos 2000*. 2020. Monografia (Graduação em Direito). Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.
- BRUNO, Aníbal. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história*. 2. ed. ver. São Paulo: Ática, 2003.
- BUONO, Carlos Eduardo Athayde. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BUNKER, Edward. *Educação de um bandido*. Tradução: Francisco S. Inocêncio. São Paulo: Editora Barracuda, 2005.
- CABEZON, Andrea P. *Reformas de La justicia em América latina experiencias de innovación*. Santiago: Centro de estudios de justicia de las Américas – CEJA.
- CABEZON, Andrea P.; ARANEDA, Sandra J. *Reformas procesales penales em América latina resultados Del proyecto de seguimiento*. Santiago: Centro de estudios de justicia de las Américas – CEJA.
- CACHO, Ángel Juárez. *El amparo y las audiências em el proceso penal acusatório y juicio oral*. (Kindle) 10. ed. México: Raúl Juárez Carro Editorial, SA de CV, 2014.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. ver. e ampl. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. Tomo 1.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 2 v.
- CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMPOS, Francisco. *Código de processo penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CAPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madri: Editorial Trota, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução José Antônio Cardinalli. São Paulo: Connan Editora, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no processo penal*. Tradução Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Chile/Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América/Bosch y Cía. Editores, 1950. v. 2.
- CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.
- CARROCCA, Alex. *Garantia constitucional de la defensa procesal*. 1998. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1998.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. 2 v.
- CARRIO, Alejandro D. *Garantías Constitucionales em el proceso penal*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1999.
- CARRIÓN, Luis Cueva. *El debido proceso legal*. (Kindle) 2. ed. Ediciones Cueva Carrión, 2014.

- CARVALHO, José Murilo. *D. Pedro II*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CARVALHO, Mário A. Santiago. *Enciclopédia luso-brasileira de filosofia: Renascimento*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo. v. 4.
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da justiça federal*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- CARVALHO FILHO, Aloysio. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 4.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASARA, Rubens R. R. *O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.
- CASELLI, Gian Carlo et al. *Processo penale e criminalità organizzata*. Roma: Editori Laterza, 1993.
- CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 8ª. São Paulo: Ediouro, 2008.
- CASOY, Ilana. *Serial killers: made in Brasil*. São Paulo: Arx, 2004.
- CASTILHO, Ela Wiecko v. de. *Controle da legalidade na execução penal: reflexões em torno da jurisdicionalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres. *La prueba ilícita penal: estúdio jurisprudencial*. 2. ed. Navarra: Arazadi Editorial, 2000.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CERVINI, Rául; OLIVEIRA, Wiliam Teresa; GOMES, Luiz Flávio. Delação premiada e aspectos processuais, In: *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CHAVES, Antônio. *Direito de arena*. São Paulo: Julex Livros, 1988.
- CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material: teoria da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Orgs.). *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2000.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Orgs.) *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Edicamp, 2002.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Orgs.) *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- CHRISTIE, Nils. Civilidade e estado, In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução Beatriz Scigliano Careiro. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- CHRISTINO, Márcio Sérgio. *Por dentro do crime: corrupção, tráfico, PCC*. São Paulo: Escrituras Editora, 2003.
- CHRISTINO, Márcio Sérgio, e Claudio TOGNOLLI. *Laços de sangue: a história secreta do PCC*. (Kindle). São Paulo, São Paulo: Matrix, 2017.
- CÍCERO. *Da república*. Tradução Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: EDIOURO, s. d.
- COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de segurança na justiça criminal e ministério público: legislação, modelos de mandados de segurança, ministério público nas constituições de 25 países*. São Paulo: Saraiva, 1990.

- COLANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- COLOMER, Juan-Luiz Gómez. *Constitución y proceso penal: análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo código penal de 1995*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA, Ivone Freire, e Ricardo Brisolla (Orgs.) BALESTRERI. *Segurança Pública no Brasil: um campo de desafios*. (Kindle). Salvador: EDUFBA, 2010.
- COSTA, Thamy Medeiros da. *Colaboração premiada: a validade do acordo firmado com o agente preso preventivamente*. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1992.
- COSTA, Milton Lopes da. *Novo manual de polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei processual penal: comentários à Lei nº. 6.416, de 24 de maio de 1977*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- COSTELLOE, Anne, e Kevin WARNER. *Prison education across europe: policy, practice, politics*. *London Review of Education*, 2 de julho de 2014.
- COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução: Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 2.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: polícia administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- Criminal law: historic US Supreme Court Decisions*. (Kindle) LandMark Publications, 2011.
- CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Tipografia José Bastos, 1908.
- CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 5. ed. Salvador: Juspodivm. 2020.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- DARROW, Clarence. *Crime: its cause and treatment*. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts, [].
- DAVIS, Angela Y. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.
- DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*. 3. ed. New York: Lexis Nexis, 2002.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Tradução Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado editor, 1979.
- DEL ROIO, José Luiz. *Itália: operação mãos limpas. E no Brasil? Quando?*

São Paulo: Ícone, 1993.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. 2. ed. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

DELMANTO, Celso et al. (Orgs.) *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*.

Tradução Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26/09/95*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

DENTI, Vittorio. *La difesa come diritto e come garanzia*. In: Il Foro Italino, 1977.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. *Ministério da Justiça e Segurança Pública*. 29 de 12 de 2019. <http://www.depen.gov.br/DEPEN/depen/quem-somos-1> (acesso em 29 de 12 de 2019).

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da prisão*. (Kindle). São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Floriano Aguiar. *Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1975.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍEZ, Benjamin Iragorri. *Instituciones de derecho procesal penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1974.

DIMOULIS, Dimitri, e Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal. *Resolução nº 9, de 18 de novembro de 2011*. CNPCP, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 2011.

DIREITOS humanos: declarações de direitos e garantias. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1996.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmem. *Direito internacional privado: vade-mécum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOUGHERTY, Jude P. *Necessity of punishment*. (Kindle). The World & I Online, s.d.

DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*. 3. ed. New York: Lexis Nexis, 2002.

DUARTE, Marina Estelito. *Reparação civil por danos decorrentes da prisão indevida na seara criminal*. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. 2. ed. Tradução Luiz Cary, Margarida Garrido e J. Vasconcelos Esteves. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores).

DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. *Positivismo*. In: Dicionário de filosofia. 2. ed. Tradução Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papirus, 1996. v. 17.

DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DUVERNAY, Ava (Dir.). *A 13ª Emenda*. Produção: Kandoo Films. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELLIOTT, Mark. *The constitutional foundations of judicial review*. Portland: Hart Publishing, 2011.

ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo/Rio de Janeiro: Encyclopédia Britânica do Brasil Publicações Ltda, 1980. v. 11.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal anotado*. 6. ed.

Rio de Janeiro: Editora Rio, s. d. v. 5.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAORO, Raimundo. *Assembleia constituinte e legitimidade democrática*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de criminologia*. Curitiba: Juruá, 1993.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madri: Editorial Labor, 1952. v. 2.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades do processo penal*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERNANDES, Fabiano Samartin. *A prisão provisória indevida e a responsabilidade civil do estado*. [], 2013.
- FERNANDES, Og (Org.). *Medidas Cautelares no Processo penal: Prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et alii. Madri: EditoriaTrotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, Lenio Luiz STRECK, e André Karam TRINDADE. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Ruiz Juan. *Um debate sobre principios Constitucionales*. (Kindle) Lima: Palestra Editores S.A.C., 2014.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- FERREIRA, Pinto. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução: Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori Alexandre Salim. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.t. 1 e 2.
- FERRI, Enrico. *El homicida: em la psicología e y en la psicopatología criminal*. Tradução J Masaveu y R. Rivero de Aguilar. Madrid: Editorial Reus S.A, 1930.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Tradução Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.
- FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Tradução Antonio Soto Y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [189?]. t. 2.
- FERRI, Enrico. *The positive school of criminology*. Tradução: Ernest Untermann. Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1908.
- FESTINGER, Leon. *Theory of cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1985.
- FIGUEIREDO, Lucas. *Morcegos negros*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as cortes europeia e interamericana de direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- FLACH, Luiz Maria. Prisão cautelar e plantão judicial. In: *Ajuris*, Porto Alegre, n. 27.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Bosch, 1934.
- FONSECA, Pedro Henrique Carneiro. A delação premiada. *De jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 10, na/jun 2008.
- FORTUNA, E.; DRAGONE, S.; FASSONE, E; GIUSTOZZI, R.; PIGNATELLI, A. *Manuale pratico del nuovo processo penale*. 2. ed. Padova: Cedam, 1991.

- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 17. ed. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Lúcia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.) *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 2 v.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a Lei nº 8072/90*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio (Orgs.). *Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 840.078*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. *Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FRISCHEISEN, Cristina Luiza; SILVA, Rodrigo Antônio Tenório Correa da; AMORIM JÚNIOR, Silvio; ARAS, Vladimir Barros (Orgs.). (Kindle). *Desafios contemporâneos do sistema acusatório*. Brasília: Editora ANPR, 2018.
- FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Tradução Hilário Veiga Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1935.
- GAARDER, Jostein. *O mundo de sofia: romance da história da filosofia*. Tradução João Azenha Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli Editore, 1988.
- GARCIA, Ailton Stropa. *Princípio constitucional da ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 701, ano 1983.
- GARCIA, Basileu. *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 3.
- GARCIA, Emerson. *Ministério público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- GARFIELD, David K. *The death penalty: capital punishment in the USA*. (Kindle). 2015.
- GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. (Coords.). *Imunidade do estado: quem disse que o rei não erra?* In: *A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002.
- GAROFALO, Rafael. *Criminologia*. 3. ed. Tradução Júlio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.
- GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.
- GASPARI, Élio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GASPARI, Élio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- GIOCOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GIOCOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Org.). *Processo Penal Contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.
- GIOCOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel (Org.). *Processo Penal Contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2016.

- GLENNY, Misha. *Mcmáfia: crime sem fronteiras*. Tradução: Lúcia Boldrini. São Paulo: Companhia das letras, 2008.
- GLENNY, Misha. *O dono do morro: um homem e a batalha pelo Rio*. Tradução: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim. *Criminologia e(m) crítica*. (Kindle). Porto Alegre: EIPUCRS, 2013.
- GOLDSHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Tradução Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional*. 29. ed. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.
- GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. *A nova dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório*. In: *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: delação premiada e aspectos processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/08)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES, Soares. Iluminismo. In: *Logos enciclopédia luso-brasileira de filosofia*. Lisboa/São Paulo: Verbo. v. 2.
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2. ed. ver e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- GORENDER, Jacob. *Combate nas trevas – a esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada*. 4. ed. São Paulo: Ática, 1990.
- GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- GRECCO, Aimée e Outros. *Justiça restaurativa em ação: práticas e reflexões*. (Kindle). São Paulo: Silvia Cesar Ribeiro editora e importadora ME, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo*. In *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense: Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei processual penal: comentários à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Constitucionalidade da prisão temporária*. Cadernos de doutrina e jurisprudência da associação paulista do ministério público, São Paulo, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos em espécie, ações de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GROLLMANN, Ronaldt. *Novas considerações sobre o júri: questionários à Lei nº. 7209/84*. Curitiba: Juruá, 1992.
- GROSS, Hans Gustav Adolf. *Criminal psychology: a manual for judges, practitioners, and students*. Tradução Horace M. Kallen. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts, 1998.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GUASTINI, Ricardo. *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.
- GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Villela editor, 2002.
- HARENDT, Anna. *A condição humana*. 7. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- HAMILTON, Olavo. *Drogas: criminalização simbólica*. Natal: OWL, 2019.
- HAMILTON, Olavo. *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. 4ª edição. Natal: OWL, 2019.
- HART, Michael. Nicolau Copérnico. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- HART, Michael. Johannes Kepler. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- HART, Michael. Galileu Galilei. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- HART, Michael. Isaac Newton. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- HART, Michael. John Locke. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.
- HERZ, Daniel. *A história secreta da Rede Globo*. 14. ed. Porto Alegre: Editor Ortiz S/A, 1991.
- HIMÉNEZ, Londoño. *Tratado de derecho procesal penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1989. t. 1.
- HOBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução: José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *[Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa]*. Rio de Janeiro. s.d.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1. tomo 2.
- HURLEY, Martha L. Henderson. *Supermax prison. Encyclopedia Britannica*, 2019.
- HUSLMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBC-Crim, 1997.
- IBANEZ, Andrés et. al. *La reforma del proceso penal*. Madri: Tecnos, 1990.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Tradución de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- JASPER, Margaret C. Jasper. *You're under arrest: undesrtending the criminal justice system*. (Kindle). New York: Legal Easy Books, 2018.
- JORNAL Nacional, Rio de Janeiro: Rede Globo de Televisão, 07 mar. de 2005.
- JESUS. Damásio E. *Código de processo penal anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- JESUS. Damásio E. *Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296, de 24.07.1996*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 735, ano 86, p. 458-473, jan. 1997.
- JIMÉNEZ, Hernando Londoño. *Tratado de derecho procesal penal*. Bogotá: Temis, 1989.
- Justiça em números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Jusitça*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone. 1993. (Coleção Fundamentos do Direito).
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Sucessor, 1976.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990.
- KING, Roy D.; WINCUP, Emma. *Doing research on crime and justice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- KRAMER, Heinrich, e James SPRENGER. *O martelo das feiticeiras*. Tradução: Paulo Fróes. Rio de Janeiro: BestBolso, 2015.
- LACERDA, Fernando Hideo I. (Kindle) *Comentários sobre o projeto de lei anticrime*. [], 2019.
- LAUDEMIR, Julio. *O bandido da chacrete*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v.1 e 2.
- LEAL, César Barros. O tratamento dos presos no Brasil e as regras mínimas da ONU. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1994. v. 1. n. 1.
- LEITE, José Roberto Teixeira. *Enciclopédia Barsa: Renascimento*. Rio de Janeiro: Encyclopedia Britanica do Brasil Publicações Ltda. 1989. v. 13.
- Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017. *DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.
- LEVITT, Steven D., e Stephen J. DUBNER. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto*. Tradução: Regina Lyra. Rio de Janeiro: Esevier, 2005.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. V. II, Niterói: Impetus, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011.
- LIMA, Wiliam da Silva. *Quatrocentos contra um: uma história do comando vermelho*. 2. ed. São Paulo: Labortexto Editorial, 2001.
- LIRA, Sêmely Clície Rodrigues Batista. (Kindle). *A razoável duração do processo no âmbito da justiça criminal*. Natal: OWL, 2021.

- LENNON, Maria Ines Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigacion*, Tomo I, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2002.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.
- LOBO NETTO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade, In: *Revista Trimestral de Direito civil*. Rio de Janeiro, v. 6, abr/jun. 2001.
- LOBO NETTO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. N. 42, abr./jun. 2002.
- LOBO NETTO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 141, jan/mar 1999.
- LOCKE, John. *Vida e obra*. 3. ed. Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores.)
- LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. 3. ed. Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores).
- LOMBROSO, Cesare. *Crime, its causes and remedies*. (Kindle). [].
- LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- LOPES, Paulo Guilherme M.; TOSTO, Ricardo. *O processo de tiradentes*. São Paulo: Conjur Editorial, [?]
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LUDEMIR, Julio. *O bandido da chacrete: ascensão e queda de um fundador do comando vermelho*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- LUPO, Salvatore. *História da máfia: da origem aos nossos dias*. Tradução: Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- LYRA FILHO, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.
- LYRA FILHO, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- LYRA FILHO, Roberto. *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 6.
- LYRA FILHO, Roberto. *Esquemas de direito processual penal*. Rio. 1961.
- MACHADO, Agapito. *Prisões: legalidade, ilegalidade e instrumentos jurídicos*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2000.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHÍN, Andrea Cristina Ramallo. *Aproximaciones a la prueba de adn*. (kindle). [], 2018.
- MACIEL, Maria Beatriz. *Crime, prisão e feminismo: um estudo sobre o processo emancipatório da mulher presa*. Natal, Rio Grande do Norte: Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2017.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *O estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei federal nº 9.034/95*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime: anotações às disposições criminais da Lei nº. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MAIER, Julio B. J. *La ordenanza procesal penal alemana: su comentario y comparación com los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*. Buenos Aires: Depalma, 1978. v. 1 e 2.
- MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Presunção de não culpabilidade, In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. n. 126.

- MAILARD, Jean. *Crimes e leis*. Tradutor Olímpio Ferreira. Lisboa: Gráfica Manuel Barbosa & Filhos Ltda., 1994.
- MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: CONAN editora Ltda., 1995. v. 2.
- MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MANSO, Bruno Paes; DIAS Camila Nunes. *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. (Kindle). São Paulo, São Paulo: Todavia, 2018.
- MANZINI, Ranieri. *Tratado de derecho penal*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1941. v. 1. t. 1.
- MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de execução penal*. 10ª. São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de processo penal*. 2. ed. ver., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Bookseller, 1997. v. 1, 2 e 4.
- MARQUES, Luiz Guilherme. *A justiça da fiança: um modelo em questão*. São Paulo: LED Editora de Direito, 2001.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 7ª edição [Kindle]. São Paulo: Atlas, 2018.
- MARSHALL Y BOTTOMORE, T. H. e Tom. *Cidadania y clase social*. Tradução Pepal Linares. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- MAYCON, Paulo Costa da Silva. *Defensoria pública: da justiça aos direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2015.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades do processo penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- MEHMERI, Adilson. *Inquérito policial*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional público*. 8ª. Vol. 2º. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- MELLO, Celso de. *Constituição federal anotada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- MELO, Caio Vanuti Marinho de Melo. A nova dinâmica procedimental da colaboração premiada. IN: *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2020.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional 2002-2010*. 1. ed. 1. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Luiz Alberto. *Memórias de um sobrevivente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- MENDES, Soraia da Rosa; MARTINEZ, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à lei*. (Kindle). São Paulo: Atlas, 2020.
- MEIRA, Silvio A. B. *A lei das XII tábuas*. 5. ed. Belém: CEJUP, 1989.

- MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do código de processo penal*. São Paulo: Método, 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.
- METZKER, David. *Lei anticrime (lei 13.964/2019): comentários às modificações no CP, CPP, LEP, lei de drogas e estatuto do desarmamento*. (Kindle). Timburi: Editora Cia do eBook, 2020.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madri: Editorial Revista de derecho privado, s. d. t. 1. [...].
- MINAGÉ, Thiago M. *Prisões e medidas cautelares à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte geral*. Tradução: Luiz Regis Prado. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-84*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 4 e 5.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas-corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1986. 2 v.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MORAES, Voltaire de Lima (Org.). *Ministério público, direito e sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed., 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 103.
- MOREIRA, Viviane de Castilho. *Leibniz & linguagem*. (Kindle). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2005.
- MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 26, jul/set/2014
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de. *O ministério público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- NASSIF, Aramis; NASSIF, Samir Hofmeister. *Considerações sobre nulidades no processo penal*. (Kindle). 2. edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livra do Advogado, 2012.
- NAVARRETE, Antônio Maria Lorca. *Derecho procesal orgânico*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1985.
- NAVARRETE, José F. Lorca. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1999.
- NEPOMUCENO, Márcio Santos, e Renato HOMEM. *Marcinho vp: verdades e posições: o direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.
- NEVES, Marcelo *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- NITSCHÉ, Paul, e Karl WILMANN. *The history of the prison psychoses*. Tradução: Francis M. Barnes e Bernard Glueck. New York: The Journal of Nervous and Mental Disease Publishing Company, 1912.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NORES, José I. Cafferata. *La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. 2000.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Wálter. *A elite na cadeia: o dia a dia dos presos da lava jato*. (Kindle). Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Tradução Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. 1.
- NWANKWO, Peter O. *Criminology and criminal justice systems of the world: a comparative perspective*. (Kindle) v. 1, 2011.
- ODUOR, Jacinta Anyango, et al. *Lef out of the bargain: settlements in foreign bribery cases and implications for asset recovery*. Washington, 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=k6NNAgAAQBAJ&pg=>. Acesso em: 25 mai 2020.
- OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto Oliveira; SILVA, Roberto Luiz (Orgs.). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- OLMEDO, Clariá. *Derecho procesal: conceptos fundamentales*. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. 1.
- PACHECO, Cláudio. *Novo tratado das constituições brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PAES, José Eduardo Sabo. *O ministério público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- PAIVA, Daniel Diniz Barreto. *Limites negociais do sistema criminal brasileiro: um estudo a partir da colaboração premiada*. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- PALACIO, Enrique Lino. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [].
- PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei 9.099/95*. São Paulo: Atlas, 1996.
- PCC: primeiro cartel da capital*. Direção: João WAINER. Produção: MOV.coc. 2019.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PENTEADO, Jacques Camargo (Org.). *Constituição da República, código de processo penal e sua reforma*. In: *Justiça penal: crítica e sugestões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PENTEADO, Jacques Camargo (Org.). *Justiça Penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, s. d.
- PEOPLES, Edward E. *Criminal procedures: a critique of the cort's development, and the aplication of the bill of rihts*. Forestville: Meadow Crest Publishing, 2015.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento. Aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo: processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumento do devido processo*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- PÉREZ, Alex Carocca. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998.

- PLAYFAIR, Giles; SINGTON, Derrick. *Prisão não cura, corrompe*. Tradução Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1969.
- PIMENTA, José da Costa. *Código de processo penal anotado*. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, [19--?].
- PINTO, Fernando Wallace Ferreira. A prisão preventiva e sua natureza cautelar: modificações normativas e aspectos relevantes acerca do instituto processual penal. IN: *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2020.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIZARRO, Jesenia M., Vanja M. K. STENIUS, e Travis C. PRAT. *Supermax prisons: myths, realitis, and the politics of punishment in american society*. Criminal Justice Policy Review, 2006.
- PLAYFAIR, Giles, e Derrick SINGTON. *Prisão não cura, corrompe*. Tradução: Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA - Instituição Brasileira de Difusão Cultural S. A., 1965.
- PNPCP, Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023). *CNPCP; Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos do julgamento*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil do estado. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte*. Natal: CEJERN, 1995. v. 2.
- POSNER, Richard. *Cómo decieden los jueces*. Traducción de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- PÓVOA, José Liberato da Costa; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas. *Prisão temporária*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acustório e a conformidade constitucional*. 3. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005
- PRADO, Geraldo; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Comentários à lei contra o crime organizado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- PRINS, Adolph. *Ciência penal e direito positivo*. Tradução Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1915.
- PRIORE, Mary Del. *O príncipe maldito: traição e loucura na família imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- PRUDENTE, Neemias Moretti. *Justiça restaurativa: marco teórico, experiências brasileiras, propostas e direitos humanos*. (Kindle) Maringá, 2012.
- PUTTKAMMER, Ernst W. *Administration of criminal law*. Chicago: University of Chicago, 1953.
- PUZO, Mario. *O poderoso chefe*. 24ª. Tradução: Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- QUEIROZ, Narcélio de. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. t. 2.
- QUEIROZ, Narcélio de. *Teoria da actio libera in causa e outras teses*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- QUINN, Daniel. *Ismael: um romance da condição humana*. São Paulo: Petrópolis, 1998.
- QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos: un estudio sobre las united states sentencing guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humano*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em júízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho. O caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 25, jan.- mar./99.
- RAMOS, André de Carvalho. *O estatuto do tribunal penal internacional e a Constituição brasileira*. In: Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 2 v.
- RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. Kindle. New York: Routledge, 2012.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- REALE, Miguel. [Depoimento prestado na televisão, sobre sua vida política, na década de trinta]. Entrevista concedida a TV Assembleia, Natal, 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 28
- RÉGIS, André; MAIA, Luciano Mariz. *Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais*. Recife: Editora Base, 2004.
- REINALDO, Guilherme de Negreiros Diógenes. Obstáculos à identificação criminal através de coleta compulsória de material genético. IN: *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2020.
- REIS, Conrado José Neto de Queiroz. *Interrogatório e presunção de inocência no processo penal: atualizado em conformidade com a Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. Porto: Editorial Juruá, 2021.
- Revista de informação legislativa. Brasília: Senado Federal. n. 141. jan/mar. 1999.
- Revista do Conselho nacional de política criminal e penitenciária. v. 1. n. 4. Brasília: Ministério da Justiça, jul/dez. 1994.
- RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. *Acórdão em impugnação de mandato eletivo de Areia Branca. Recurso eleitoral nº 3517-RN*. José Bruno Filho e Manoel Cunha Neto e Coligação Areia Branca com Deus e o Povo e outros. Relator: Walter Nunes da Silva Júnior. DJE, 9 nov. 2004. p. 38.
- RITT, Eduardo. *O ministério público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.
- ROCHA, Jorge Bheron. *A defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada*. São Paulo: Conjur, 2017.
- ROCHA, Lincoln Magalhães. *A Constituição americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1987.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Breve depoimento sobre algumas reformas e propostas de reforma do código de processo penal. In *Reforma infraconstitucional: processo penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ROMANDO, Silvina M. (Org) *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo em América Latina*. Buenos Aires: Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica, 2019.
- ROMANGNOSI, Giandomenico. *Génesi del derecho penal*. Tradução Carmelo González Cortina e Jorge Guerrero: Libreria editorial Temis Ltda. Buenos Aires.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- ROSS, Jeffrey Ian. Guantánamo: america's foreign supermax in the fight against terrorism. In: *The globalization of supermax prison*, edição: Jeffrey Ian Ross. New Brunswick, New Jersey, and London: Rutgers University Press, 2013.
- ROSS, Jeffrey Ian. *The globalization of supermax prisons*. (Kindle). New Brunswick: Rutgers University Press, 2013.

- ROSS, Jeffrey Ian. The invention of the american supermax prison. In: *The globalization of supermax prison*, edição: Jeffrey Ian Ross. New Brunswick, New Jersey, and London: Rutgers University Press, 2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Bushatsky, 1978.
- ROSEMBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. 4. ed. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed., Tomo I. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução Carmem Gomes Rivero e María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.
- RUBIANES, Carlos. *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1985. v. 1.
- SALGADO, Daniel de Resende; DALAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Kindle). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2009.
- SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. *Comentários à nova Constituição brasileira*. São Paulo: Atlas, 1992. v. 1.
- SANDERS, Andrew; YOUNG, Richard. *Criminal Justice*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- SANCHÍS, Luiz Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2003.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. BRASIL. www.cirino.com.br/artigos/jcs, p. 5. Acesso em: 5 fev. 2012
- SARLETE, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme MARINONI, e Daniel & MITIDEIRO. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SATA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7. ed. Tradução Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973.
- SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério público brasileiro e o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SAVIANO, Roberto. *Gomorra: a história real de um jornalista infiltrado na violenta máfia napolitana*. Tradução: Elaine Niccolai. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- SAVIANO, Roberto. *Zero zero zero*. (Kindle). Tradução: Joana Angélica d'Avila Melo e Marcello Lino Frederico Carotti. Companhia das Letras, s.d.
- SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais: uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2001.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

- SCHWARTZ, Bernard. *Los poderes del gobierno: comentario sobre la constitución de los Estados Unidos*. Tradução José Juan Olloqui Labastida. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.
- SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade: the bill of rights*. Tradução A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, [?].
- Seminário de cooperação judiciária internacional. [Palestras do Seminário de cooperação judiciária internacional]. São Paulo, 2003. 111 p.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena restritiva de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SICHES, Recásens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editora Porrúa, 1973.
- SILVA, César Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Evandro Lins. De Beccaria a Filippo Gramática. In: *Sistema penal para o 3º milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1996. v. 1.
- SILVA, Jorge da. *Controle da criminalidade e segurança pública na ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.
- SILVA, Marco Antônio Marques. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Crime organizado: a nova lei*. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Natal: CEJ/RN, 1995.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Direito de acesso à informação. In: *RDE Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar. V. 9, p. 149-172, 2008.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*. Natal: OWL, 2020.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*, 3. ed. Revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2019.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Informatização do processo. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.) *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Justiça restaurativa na jurisdição criminal federal no Estado do Rio Grande do Norte*. In: *Jurisdição criminal: sugestões e análise dos dados do GMF5R*. Natal: OWL, 2021.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Manual prático de rotinas das varas criminais e de execução penal*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura*. 1999.301 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Curso de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Política de contratação de presos pelo estado*. Natal: OWL, 2020.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da (org.). *Jurisdição criminal: sugestões e análise dos dados do GMF5R*. Natal: OWL, 2021.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da (org.). *Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (orgs.). *Crime, violência e segurança pública: apontamento para uma política de estado*. Natal: OWL, 2020.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (orgs.). *Direito e linguagem nas decisões criminais*. (Kindle). Natal: OWL, 2019.

- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (orgs.). *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2020.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria pra o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.
- SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Repressão ao crime organizado: inovações da Lei nº. 9.034/95*. Curitiba: Juruá, 1995.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Processo penal: comentários à Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973*. Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1980.
- SLAHI, Mohamedou Ould. *O diário de guantánamo*. (Kindle). Tradução: Donaldson M. Garschagen e Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias no front da segurança pública no Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOARES, Luiz Eduardo, Cláudio FERRAZ, André BATISTA, e Rodrigo PIMENTEL. *Elite da tropa 2*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
- SOCRATES, José. *Perguntam-me o que foi a operação marquês*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia/2021/04/pergunta-me-o-que-foi-a-operacao-marques.shtml>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- SOUTHWELL, David. *A história do crime organizado*. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala, 2013.
- SOUZA, Gabriel Lucas Moura. *As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional: (re)análise dos princípios informadores*. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- SOUZA, Gabriel Lucas Moura; FREIRE, Natália Galvão da Cunha Lima. A cadeia de custódia da prova e sua (in)eficiência diante da desvalorização da forma processual. IN: *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2020.
- SOUZA, Percival de. *Autópsia do medo: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury*. São Paulo: Globo, 2000.
- SOUZA, Percival de. *Sindicato do crime*. São Paulo: Ediouro, 2006.
- SOUZA, Rodrigo Telles. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e Daniel SARMENTO. *Direitos constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- SCHINDLER, Enrique Ortíz; RAMÍREZ, Marco Antonio Medina; GALDAMES, Cristian Soto. *Manual del Nuevo proceso penal*. (Kindle) 2011.
- SPRACK, John. *A practical approach to criminal procedure*. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- STEVESON, Marco Anthony. *Prisão temporária*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma abordagem hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz; CITTADINO, Gisele. Pluralismo: direito e justiça distributiva. In: *Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRENGER, Irineu. *Direito processual internacional*. São Paulo: LTr, 2003. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994.
- TAYLOR John B. *Right to counsel and privilege against self-incrimination: Rights and liberties under the law*. USA: ABC-CLIO, 2004,
- TAVARES, Flávio. *Memórias do esquecimento*. 3. ed. São Paulo: Globo, 1999.
- TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira, In: *Boletim da Faculdade de Direito Studia Jurídica*. n. 48. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000.
- The exclusionary rule: good faith exceptions: Federal Courts of appeals Decisions (1995-2011)*. (Kindle). LandMark Publications, 2011.
- TERCEIRO NETO, Caio; MIRANDA, Parente. *A prisão preventiva sob a ótica do Supremo Tribunal Federal (SSTF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)*. (Kindle). [].
- THIAGPEN, Morris I., Susan M. HUNTER, e Richard H. FRANKLIN. *Supermax Prison: overview and general considerations*. (Kindle). Washington: U.S Department of Justice, 1999.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *American institutions and their influence*. 11ª. New York: Project Gutenberg Ebook, 2005.
- TONINI, Paulo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TORTURA e maus-tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Paraná: Delegacia de roubos e furtos, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, 2 e 4.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- v. 1.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais penais internacionais contemporâneos*. Brasília: Funag, 2013.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- v. 1.
- TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TUROW, Scott. *Erros irreversíveis*. (Kindle). Tradução de Alves Calado. Rio de Janeiro: Best-Bolso, 2012.
- UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime. *Intentional Homicide Victims*. 2019.
- VACCARO, M. Angelo. *Origem e funções das escolas penais*. Tradução: Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.
- VALLEJO, Virgínia. *Amando Pablo, odiando Escobar*. São Paulo: Globo, 2017.
- VARELA, Drauzio. *As prisioneiras*. (Kindle). São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- VARELA, Drauzio. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

- VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal*: VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- VÉRDU, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madri: Dykinson, 1997.
- VIEIRA, Jair Lot (Supervisão). *Código de Hamurabi*: Código de Manu: Lei das XII Tábuas. Bauru: EDIPRO. 1994.
- VILE, John R. *A companion to the United States constitution and its amendments*. 3. ed. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001.
- VOLTAIRE, François Marie Aouet de. *Dicionário filosófico*. 3. ed. Tradução Bruno da Ponte e João Lopes Alves. São Paulo: Abril Cultural. 1984. (Coleção Os Pensadores).
- VOLTAIRE, François Marie Aouet de. *Obra e vida*. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores).
- VOLTAIRE, François Marie Aouet de. *Tratado de metafísica*. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores).
- WACQUANT, Loïc. *Foreword: probing the meta-prison*. In: *The Globalization of supermax prison*, edição: Jeffrey Ian Ross. New Brunswick, New Jersey, and London: Rutgers University Press, 2013.
- WACQUANT, Loïc. *Punishing the poor: the neoliberal government of social insecurity*. (Kindle). Durkan e London: Duke University Press, 2009.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- WALSH, Dylan. *Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining*. *The Atlantic*. 2 de 5 de 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 18 mai 2020
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. *O corpo fala: a linguagem silenciosa de comunicação não-verbal*. 39. ed. Petrópolis: Editora Vozes, [...].
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte geral*. 11. ed. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 1976.
- WILDE, Oscar. *Balada do Enforcado*. Tradução: Elysio de Carvalho. Rio de Janeiro: Edição do Brasil Moderno, 1899.
- WINTER, Alex (dir.) *Deep web*. 2015. Disponível em: <https://youtu.be/nxt5291DuLk>. Acesso em: 10 fev. 2021.
- WOLFFER, Ricardo Guzmán. *Las garantías constitucionales e su repercusión en el proceso penal federal*. México: Editorial Porrúa, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945*. Tradução Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blach, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA, e Alejandro SLOKAR. *Derecho penal: parte general*. 2ª. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZEHR, Howard. *The little book of restorative justice*. New York: Good Books, 2014.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008
- ZIYADE, Fátima. *O assistente da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.