

O processo como ponte entre o cidadão e o poder jurisdicional

Marco Antonio Marques da Silva¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1. Introdução

O direito é sempre impregnado de conteúdo ideológico e de significação política. Nesse contexto, o processo é a ponte por excelência entre o cidadão e o poder jurisdicional, ainda que seja mostrado como um instrumento técnico aparentemente neutro, se modifica, como todo o resto do direito, de acordo com as movimentações políticas e até mesmo econômicas que ocorrem na sociedade.

Assim, o processo nos seus primeiros tempos caracterizou-se como um simples instrumento de poder político, sem nenhum significado para o indivíduo, já que este estava totalmente despido de qualquer direito contra o poder político constituído. O processo nada mais era de que uma forma de disciplina, tanto racional quanto possível, de um agir arbitrário, no sentido de ser livre de qualquer controle, do poder político autocrático, ditatorial, totalitário.

Com o advento das revoluções burguesas e a consagração das chamadas liberdades públicas, com a conseqüente imposição de limites ao agir do Estado, o processo passa a ser um instrumento posto formalmente nas mãos do cidadão para assegurá-lo na defesa de seus direitos, quando estes fossem ameaçados ou efetivamente atingidos por atos, tanto do poder público quanto de particulares. Por conseguinte, deixa de ser de mera praxe para se tornar direito público subjetivo a recorrer ao poder jurisdicional, cuja função é exatamente assegurar a incolumidade da esfera de direitos garantidos para os cidadãos.

O processo, dentro do que se tem denominado democracia participativa, como uma superação da democracia liberal e da democracia social, é visto como instrumento de atuação política, como um modo de provocar a atuação do Estado ou de particulares para uma efetivação dos objetivos politicamente definidos pela comunidade.² A busca seria do acesso ao cidadão a uma ordem jurídica justa, e não apenas à possibilidade do acesso ao poder jurisdicional enquanto uma instituição do Estado.

Desse modo, a natureza democrática do poder político, se for uma realidade, deverá refletir-se nos instrumentos jurídicos que permitam ao cidadão a busca e a defesa de seus direitos. O que a realidade demonstra é que a efetividade do acesso à justiça está estreitamente ligada à pertinência, ou não, da tutela jurisdicional deferida. Essa adequação da tutela não é só dependente da definição formal do procedimento adequado,

¹ Coordenador da Área de Direito Processual Penal da EPM no biênio 2014/2015. Professor Titular de Direito Processual Penal da PUC/SP.

² PASSOS, J.J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Rangel; WATANABE, Kazuo. *Democracia, participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95-96.

porém, requer necessariamente uma organização da função jurisdicional politicamente adequada.³

A Constituição Federal brasileira dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

É ao poder jurisdicional que incumbe assegurar o cumprimento das normas constitucionais, mantendo sempre o curso do poder estatal em direção à proteção da dignidade da pessoa humana.

Não podemos mais aceitar o formalismo legalista da função judicial, característico do Estado liberal, uma vez que o Estado Democrático de Direito, pelo seu crítico, não se satisfaz com uma pura e simples interpretação a partir de uma norma, como uma verdade universal e perene, distante da realidade em que deve intervir.⁴

A existência de direitos fundamentais separada de sua garantia de nada vale, pois, como afirma Jorge Miranda, “Os direitos permitem a realização das pessoas e têm interferência imediata nas esferas jurídicas, enquanto as garantias estabelecem-se em função com o nexo que possuem com aqueles”.⁵

É inquestionável a existência de uma crise na área da justiça, que decorre da ineficiência dos institutos tradicionais para resolver os conflitos existentes na sociedade moderna; a sociedade sente-se fragilizada e atemorizada, aceitando muitas vezes o risco, o que determina novas posturas do cidadão diante das ameaças sociais, levando o Estado ao conflito entre a imposição de meios mais rigorosos para tentar diminuir estes riscos, e a possibilidade de atingir de forma mais violenta a liberdade humana, o que contraria o perfil democrático.

No entanto, devemos observar que a responsabilidade não pode ser imputada única e exclusivamente ao Poder Judiciário. Existem vários processos em andamento, mas a burocratização legislativa e a dificuldade de se conseguir provas, especialmente pelo temor de vítimas e testemunhas, engessam a justiça, contribuem para a demora no término dos processos e com a impunidade.

É necessário, pois, estabelecer um plano ético, multidisciplinar, para promoção do homem para a justiça e para a paz, sem o que a dignidade não se realiza, tornando inócuos os fins sociais.

Flavia Piovesan⁶ anota que:

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

³ PASSOS, J.J. Calmon de. Democracia, participação e processo. Op. cit., p. 83-97.

⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da. Trabalho escravo e dignidade humana. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. *Tráfico de pessoas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 206-207.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t. IV, p. 89.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/downloads/biblioteca>> Acesso em: 9 set. 2009.

Entretanto, para que a ética democrática esteja verdadeiramente a serviço da sociedade, é preciso também que se reconheça o ser humano como cidadão ativo, pleno de direitos e de garantias, que ultrapasse os textos legais para a realidade da vida diária.⁷

2. Dignidade da pessoa humana

O Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo.

Uma das características salientes do Estado de Direito de que aqui se trata é seu comprometimento prioritário não como o Estado e o poder instituído constitucionalmente, mas com os direitos fundamentais, inerentes à cidadania, razão de ser, justificativa primeira e última de um Estado que se pretenda verdadeiramente democrático.⁸

Os princípios que norteiam nosso direito são as linhas mestras que estabelecem os limites da atuação do Estado na sociedade contemporânea e, embora todos reflitam na interpretação e aplicação das leis, destacam-se a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como os principais para modificar a forma de análise dos fatos de interesse jurídico.

A dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão, e por esta razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos.

Ela decorre da própria natureza humana, o ser humano deve ser sempre tratado de modo diferenciado em face de sua natureza racional. O seu respeito não é uma concessão ao Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se à própria noção de Estado Democrático de Direito.

Não existe uma específica definição para a dignidade humana, porém, ela se manifesta em todas as pessoas, já que cada um, ao respeitar o outro, tem a visão do outro.

A dignidade humana impõe o respeito mútuo entre as pessoas, no ato da comunicação, e que se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado. Tais direitos são inerentes, porque conhecidos pelas pessoas, não podendo, portanto, o Estado desconhecê-los. A este cabe, ainda, criar condições favoráveis para sua integral realização.

Três premissas essenciais podem ser destacadas quanto à dignidade humana: a primeira refere-se ao homem, individualmente considerado, sua personalidade e os direitos a ela inerentes, chamados direitos da personalidade; a segunda, relacionada à inserção do homem na sociedade, atribuindo-lhe a condição de cidadão e seus desdobramentos; a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios para a subsistência do indivíduo.

⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da, op. cit., p. 232

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 307.

Jorge Miranda pontua:

*Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coevolva todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um metaprincípio.*⁹

A dignidade da pessoa humana fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – desde os direitos pessoais (direito à vida, à integridade física e moral etc.), até os direitos sociais (direito ao trabalho, à saúde, à habitação), passando pelos direitos dos trabalhadores (direito à segurança no emprego, liberdade sindical etc.) – mas também à organização econômica (princípio da igualdade da riqueza e dos rendimentos).¹⁰

Essa vinculação ao sistema de direitos fundamentais se justifica na medida em que não é possível conceber dignidade sem o mínimo imprescindível ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Os direitos fundamentais, por sua vez, constituem

*O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.*¹¹

A primeira dimensão dos direitos humanos compõe-se das liberdades públicas, constituindo o núcleo dos direitos fundamentais, integrados pelos direitos individuais e políticos. Decorrem da natureza humana e são chamados direitos negativos, porque impõem a obrigação de não fazer ao Estado, de omissão, ou seja, não praticar atos ou condutas tendentes a reduzi-los ou eliminá-los e só permitem certa relativização quando, em situações excepcionais, se confrontam com direitos de igual grandeza ou se inevitável for a sua disposição em prol da ordem social, como no caso de guerras ou outras causas extremadas.

A segunda geração integra-se pelos chamados direitos sociais, que possibilitam a inserção efetiva do homem na comunidade,

Na medida em que apenas o reconhecimento de direitos fundamentais como à liberdade e à dignidade do ser humano são insuficientes

⁹ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 170.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 58-59.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39.

*para dar ao homem condição de vida digna em sociedade e de permitir-lhe inserir-se em seu tempo e em sua comunidade plenamente.*¹²

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 6º, menciona que os direitos sociais receberam tratamento constitucional, que relaciona os postulados indispensáveis para assegurar a condição de digno aos seus cidadãos: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, maternidade e infância e assistências aos desamparados.

A terceira dimensão assegura os direitos difusos e coletivos, enquanto a quarta está relacionada à proteção do biodireito.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana todo ser humano deve ser reconhecido como membro da humanidade e ser tratado com respeito e consideração pelos demais indivíduos, grupos, organizações sociais e pelo Estado.

3. O acesso à Justiça e o processo como garantia do cidadão

O acesso à Justiça num Estado Democrático de Direito deve ser entendido como a possibilidade ofertada ao cidadão de obter uma prestação jurisdicional do Estado, sempre que houver essa necessidade para a preservação do seu direito; deve ser realizada de modo imparcial, rápido, eficiente e eficaz.

Para ser imparcial, deve advir de um magistrado independente, política, econômica e moralmente, e que esta independência seja garantida constitucionalmente. Deve ainda ser rápida, sob pena da demora da decisão constituir-se em um mecanismo de afastamento do cidadão na busca da preservação de seu direito. Deve também ser eficiente e eficaz; para ser eficiente ela deve ser adequada ao direito que se põe em julgamento; para ser eficaz é necessário que o comando contido na decisão se cumpra com toda sua força, em tempo também razoável. De nada adianta uma decisão rápida e adequada se ela não consegue atuar na realidade em tempo razoável.

Mundialmente se discute o acesso à Justiça, importando em um novo modo de enfocar a ciência jurídica que importará nos seus reflexos em uma nova forma de pensar como o Estado, na qualidade de detentor do poder jurisdicional, distribui a justiça.

O realismo jurídico foi a primeira reação à maneira parcial de enxergar o direito, que desembocou no que se convencionou chamar “ceticismo normativo”; este se traduz na consciência de que as normas, quer venham de textos escritos ou da jurisprudência, se concretizam por meio dos instrumentos da linguagem, ou seja, palavras e símbolos, requerendo, portanto, interpretação por parte de seus operadores.

Como uma visão menos radical e mais afinada com a realidade, tem-se o movimento de acesso à Justiça com um enfoque teórico, e muito embora fundamentado na crítica realística da dogmática e do formalismo jurídico, vai apresentar uma visão mais fiel à estrutura complexa da sociedade humana.

¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1, p. 126.

Por consequência, não há uma negação do caráter normativo do direito, porém, este caráter é visto como um dos elementos que o compõe, não sendo mesmo o principal elemento; o elemento fundamental é o povo, com todas as suas características culturais, econômicas e psicológicas. Não são esquecidos nessa visão os institutos e as instituições jurídicas. O resultado dessa conjunção de elementos é uma visão e uma concepção contextual do direito como meio de acesso à Justiça.

Três ordens de obstáculos podem ser apresentadas, que devem ser superadas para que haja respeito ao direito de acesso à Justiça. O primeiro é o econômico, isto é, quando o cidadão deixa de exercer ou de proteger um direito seu, por não ter nenhum acesso ou um acesso mínimo à informação e à assistência jurídica adequada. O segundo é o organizacional; o terceiro é afeto aos instrumentos técnicos jurídicos dos quais se valem os operadores do direito para a efetivação da prestação jurisdicional.

No campo da Justiça, é necessária uma atualização tanto organizacional quanto técnico-jurídica. Ela se depara com questões de alta complexidade, aquelas surgidas com as transformações da sociedade e que colocam em cheque a tradicional noção de processo e seus partícipes, trazendo inúmeras consequências, como, por exemplo, aquelas advindas das relações de consumo que atingem um número indeterminado de vítimas.

Num outro ponto, temos a busca de uma simplificação da Justiça através de meios alternativos e de procedimentos mais céleres, trazendo maior segurança jurídica em face da rapidez.

Assim, devem ser buscadas também soluções conciliatórias entre as partes envolvidas no processo, não tendo como única opção a rígida imposição da letra fria e formal da lei, mas buscando uma solução que promova a pacificação social sem a interferência do Estado.¹³

O Poder Judiciário sempre foi considerado mais como um dos poderes integrantes da tradicional divisão tripartida, do que como um distribuidor de justiça. A essa fraca consciência dos seus direitos, a essa forma histórica de apresentação do Poder Judiciário, agregaram-se uma estrutura administrativa complexa e diplomas legais processuais extremamente formalistas, que criaram uma barreira quase intransponível para o cidadão comum chegar ao Judiciário.

Assim, ainda que de forma inconsciente, gera em parte da população um descrédito no próprio Estado como substituto da força pessoal para resolver os litígios. Dois caminhos podem ser tomados: ou impera a lei do mais forte, com o uso até da violência, ou, então, o cidadão prostra-se passivo diante da violação do seu direito. A falta de acesso à justiça produz marginalidade e exclusão e se reflete na perda da própria legitimidade social do sistema.

A democratização do direito de acesso à Justiça começa pela necessidade de uma educação para a cidadania. Cada cidadão, desde a mais tenra idade, deveria ser conscientizado de todos os seus direitos e dos modos e mecanismos para garanti-los.

O debate relativo à modernização do Poder Judiciário tem enfoques diferentes, a partir de cada uma das três estruturas principais que o compõe: a Magistratura, o Ministério Público e os Advogados, aqui incluídos os defensores públicos, como um órgão do poder público, também constitucionalmente indispensável à administração da justiça.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 88.

Há mesmo quem aponte a existência, a partir daqueles três segmentos, de três monopólios, com visões parciais da mesma realidade, o que estaria entretendo o progresso da justiça no Brasil.

Ao Poder Judiciário, mantida sua independência administrativa e financeira, cabe, certamente, uma revisão nos modos de gerenciamento de sua condução. Deve, ainda, intensificar os programas preparatórios dos novos juizes, e manter todo o seu corpo funcional em constante aperfeiçoamento. Com isto estar-se-á atacando as duas principais fontes de problemas: a do atendimento da demanda e a da qualidade do serviço prestado. Os dois outros segmentos – Advocacia e Ministério Público – também necessitam romper o isolamento corporativo e rever conceitos e posições para contribuir na efetivação do direito de Acesso à Justiça.

O Ministério Público necessita rever suas posturas diante das novas teorias sobre o crime, a fim de que enfrente os problemas determinados pelas condenações indiscriminadas que superlotam os presídios, sem qualquer retorno social. A Advocacia, de igual modo, deve deixar de lado sua participação formal no processo, rompendo com as teorias clássicas que ainda influenciam o direito penal, partindo para um debate mais efetivo na defesa dos direitos fundamentais. Há relevância nessas funções, ainda não percebidas no contexto atual.

A reformulação estrutural do Poder Judiciário, com ampliação de sua capacidade de atendimento da demanda, com maior eficiência e qualidade, somente poderá ser acompanhada de uma ampla reformulação nos diplomas processuais existentes e da criação de mecanismos alternativos – judiciais e extrajudiciais – de solução de conflitos.

A busca por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos não importa no desprezo dos meios judiciais de solução, mas na constatação da necessidade de que o Estado ofereça formas heterogêneas de realização de justiça, reconhecendo que o direito do cidadão em seu direito tutelado não se satisfaz tão somente com a existência de um Poder Judiciário, por mais eficiente que seja.

O Poder Judiciário deve ser deixado como a última via a ser escolhida, em virtude da complexidade e custos que os procedimentos judiciais envolvem. É a constatação que pela complexidade dos relacionamentos sociais outras formas de solução de conflitos, que não as judiciais, podem ter um efeito de pacificação social muito mais intenso do que aquele proporcionado por um pronunciamento judicial. É o reconhecimento que o sistema formal de realização da justiça pode não ser o mais adequado para a resolução de alguns conflitos. É o rompimento de um conceito tradicionalmente aceito de que o cidadão somente tem uma solução justa quando esta provém do Poder Judiciário.

Esse conceito ignora a existência de uma justiça que é intrínseca a cada caso, e que pode ser encontrada pelas próprias partes nele envolvidas, sozinhas ou com o auxílio de uma terceira pessoa, independentemente de uma intervenção do estatal.

Para que esses mecanismos extrajudiciais funcionem, é necessário o desenvolvimento de uma cultura de autocomposição, de tal forma que sejam aceitos pela população sem resistência. A discussão acerca de modos alternativos de solução de conflitos, como um ponto importante na efetivação do acesso à justiça, deve ser cada vez mais intensificado.

Nos últimos anos tem-se a tendência de uma ação enérgica do Estado diante das ameaças contra bens jurídicos coletivos, existindo, por consequência, um conflito entre a eficácia da justiça penal e a concretização dos princípios constitucionais.

Devemos estabelecer dois planos de atuação do Estado, nos âmbitos penal e processual penal. Um deles se caracteriza pela realização do direito material, quando se tratar de vítimas individualizadas, como nos crimes comuns. Outro se refere à criminalidade que não tem uma vítima, como nos casos dos bens difusos.

Por fim, o respeito incondicional à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, assegura o direito à cidadania e o acesso à justiça.

4. Conclusão

O princípio da dignidade humana indica que toda pessoa deve ser reconhecida como membro da humanidade e ser tratada com respeito e consideração pelos demais indivíduos e pelo Estado.

Para assegurar a todos o direito ao devido processo legal, devemos estabelecer mecanismos eficazes de resolução dos conflitos, condizentes com os valores inerentes à dignidade humana, missão do Estado Democrático de Direito e seu postulado de efetivação dos direitos fundamentais.

A criação de mecanismos formais e de atualização legislativa pode evitar que as pessoas carreguem o peso de uma pendência judicial, por tempo indefinido ou indeterminado, como ocorre na atualidade no direito brasileiro, causando, muitas vezes, danos irreparáveis à dignidade humana do cidadão.

A efetiva e concreta possibilidade de recorrer deve ser sempre garantida. No entanto, há que se organizar recursos de forma a não servir de meio para a protelação da execução. Não se pode excluir essa possibilidade, nem mesmo quando haja interesse do Estado, um dos grandes causadores da delonga processual.

É inegável o reconhecimento de que há uma verdade a ser buscada no processo, mas esta deve ser tida como uma verdade judicial, isto é, aquela que foi concluída após a aplicação dos meios legítimos e constitucionais para a sua busca.

Faz-se necessária a fundamentação das decisões e sentenças, como exigência também indisponível, do direito processual brasileiro, evitando-se os raciocínios lógico-dedutivos que partam de um *a priori* deduzido da mera interpretação formal.

Em conclusão, o cidadão tem o direito a um processo com duração razoável, eficiente e adequado ao direito em litígio, cuja decisão se cumpra em toda sua extensão, concretizando com efetividade os princípios constitucionais previsto em nossa Carta Magna.

Referências

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Direitos de personalidade e sua tutela*. Porto: Rei dos Livros, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça – os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.
- MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t. IV.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- PASSOS, J.J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O futuro da justiça*. Lisboa: Nova Vega, 2015.
- _____. *Curso livre de Ética e Filosofia do Direito*. Cascais: Príncípa, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual*. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/downloads/biblioteca>>. Acesso em: 9 set. 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- _____. A escravidão contemporânea – valorização do trabalho e dignidade humana. (Coordenação). In: INSTITUTO DE DIREITO DO TRABALHO DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA; PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA PUC/SP; COMUNIDADE DE JURISTAS DE LÍNGUA PORTUGUESA (Org.). II Congresso Interamericano de Direito (Brasil-

Europa) – Análise Contemporânea do Direito em Face da Globalização e da Crise Econômica. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. Trabalho escravo e dignidade humana. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. *Tráfico de pessoas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. ; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

A Constituição Federal e a revisão criminal

Ronaldo Sérgio Moreira da Silva

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1. A Constituição

É sabido que, diversamente do que acontecia sob a égide do positivismo jurídico, no qual avultava o primado da lei, na era do constitucionalismo o ordenamento jurídico é composto por uma diversidade de normas, mas no seu ápice situa-se a Constituição Federal, da qual emanam os princípios e demais normas que servem como diretrizes e, mais especificamente, como fundamento de validade a esse mesmo ordenamento jurídico. Ou, como preleciona o ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, “[...] a constituição dá origem ao conceito de validade como atestado de filiação de uma norma ao Ordenamento Jurídico”.¹ Daí decorre que todas as normas infraconstitucionais devem guardar compatibilidade com a norma maior representada pela Constituição.

Alguns princípios constitucionais aqui haverão de ser considerados, estritamente no interesse deste singelo trabalho, destacadamente os da supremacia da Constituição, da interpretação conforme a Constituição e da presunção de inocência.

2. Princípio da supremacia da Constituição

Por força desse princípio, nenhuma norma – seja lei complementar ou lei ordinária, seja decreto expedido pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, seja resolução, provimento, portaria etc., expedido por quaisquer órgãos da administração pública – poderá ter a pretensão de sobrepor-se à Constituição. Ao contrário, se qualquer dessas normas contrariar a Constituição, sob o aspecto material ou formal, haverá de sucumbir frente à possibilidade de declaração de sua inconstitucionalidade. Vale dizer, toda e qualquer norma infraconstitucional haverá sempre e sempre de ser compatível com os ditames da Constituição, sob pena de ser expungida do ordenamento jurídico. É justamente isso que ensina o preclaro Ministro Luís Roberto Barroso:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.²

¹ *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p.103.

² *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 6. ed., 2008, p. 161.

3. Princípio da interpretação conforme a Constituição

Corolário do princípio da supremacia, o da interpretação conforme a Constituição recomenda que os intérpretes e aplicadores do Direito, diante das normas infraconstitucionais, escolham para estas sempre o sentido que as façam compatíveis com a Constituição, evitando aquela que possa dar ensejo à sua declaração de inconstitucionalidade. Por isso mesmo, lembra o Ministro Gilmar Mendes que:

Modernamente, o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.³

4. Princípio da presunção de não culpabilidade

A Constituição Federal preceitua, no artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, às expressas, o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência. Como deixamos assentado em anterior estudo, “Significa que antes da condenação definitiva em um processo criminal, os cidadãos devem ser considerados inocentes”, acrescentando que: é ao Ministério Público, titular da ação penal condenatória, que competirá provar o fato e suas circunstâncias e a responsabilidade do acusado; o acusado passa a ser visto não como objeto, mas como sujeito de direitos dentro da relação jurídica processual; ao acusado não se imporá condenação, quando não tenha ficado provada, em consonância com a lei, a sua culpabilidade, ainda que não tenha reste demonstrada de maneira cabal a sua inocência.⁴ E mais, a prisão do acusado, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá ocorrer somente se estiverem presentes os pressupostos e requisitos da prisão em flagrante, da prisão temporária ou da prisão preventiva, previstos nos artigos 301, 302, 312 e 313, todos do Código de Processo Penal, e artigo 1º da Lei nº 7.960/89. Vale dizer, desde que se façam presentes os pressupostos da pré-cautelaridade⁵ ou da cautelaridade, a prisão anterior à sentença condenatória definitiva é perfeitamente compatível com os ditames da Constituição Federal (v. art. 5º, LXI e LXVI).

³ *Curso de direito constitucional*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 180-181.

⁴ A criminalidade moderna e as garantias constitucionais – a influência da globalização no Direito Penal e Direito Processual Pena. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 51.

⁵ Confira-se, a respeito, o escólio do Prof. Aury Lopes Júnior, em *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 4. ed., 2006, ao dissertar: “Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial” (p. 225). Mais adiante, salienta que “a prisão em flagrante não é uma prisão cautelar, mas sim uma medida pré-cautelar. Isto porque destina-se a preparar, instrumentalizar uma futura medida cautelar. Por isso, é a única forma de detenção que a Constituição permite seja realizada por um particular ou pela autoridade policial sem ordem judicial” (p. 226).

5. A liberdade e a revisão criminal

A liberdade é um dos maiores bens inerentes ao ser humano, somente cedendo em tamanho e importância diante da própria vida. O homem dela necessita para realizar-se plenamente, seja para educar-se, seja para participar de um grupo, seja para conquistar uma profissão, seja para constituir sua família, seja para fazer valer seus direitos em face do Estado. Bem por isso, o homem não se põe satisfeito diante de uma decisão condenatória, máxime pelas consequências dela decorrentes, tais como a perda ou a restrição do direito de liberdade, a mácula para o condenado no meio social, as restrições que a sociedade acaba por impor-lhe etc. De sorte uma condenação criminal revela-se como verdadeiro estigma na vida do ser humano, que por isso busca extirpá-lo e ver restabelecida a sua respeitabilidade. E erros judiciários acontecem, pois os julgamentos são realizados por seres humanos, razão por que o Poder Judiciário não pode fechar os olhos para tal realidade. Daí nasce ao homem a necessidade de ter à sua disposição meios ou instrumentos capazes de possibilitar-lhe reverter uma decisão criminal condenatória definitiva e injusta, seja decorrente de um julgamento manifestamente contrário à prova dos autos ou amparado em provas falsas, seja defluente de prova nova de sua inocência, seja decorrente de infligência de penas vistosamente desproporcionais, flagrantemente contrárias aos ditames constitucionais ou legais etc. Para fazer frente a tais situações jurídicas é que existe a revisão criminal.

5.1. Sede constitucional da revisão criminal

É importante considerar que a revisão criminal tem previsão na Constituição Federal, haja vista o disposto no seu artigo 5º, inciso LXXV, segundo o qual o “Estado indenizará o condenado por erro judiciário”. Ora, ainda que o constituinte não tenha sido explícito quanto ao uso da expressão “revisão criminal”, evidentemente assegurou implicitamente a existência de instrumento judicial colocado à disposição do cidadão para, valendo-se do princípio também constitucional da inafastabilidade da jurisdição, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), buscar a rescisão de decisão condenatória definitiva – portanto, da coisa julgada –, seja para obter a absolvição, seja para alcançar a desclassificação do crime, seja reduzir a pena, seja, enfim, para anular o processo penal condenatório. Nessas condições, impossível é negar a sede constitucional da revisão criminal, como destaca Paulo Rangel.⁶

5.2. Revisão criminal como garantia constitucional

Conquanto não inserida no capítulo concernente aos direitos e garantias fundamentais, a revisão criminal guarda a natureza de ação constitucional e é considerada, tradicionalmente, direito fundamental do condenado, na compreensão de Ada Pellegrini, Antonio Magalhães e Scarance Fernandes.⁷ Esse pensamento é reforçado pelo escólio do eminente

⁶ *Direito Processual Penal*, 2009, p. 926.

⁷ *Recursos no processo penal*, p. 306.

Professor e Desembargador Guilherme de Souza Nucci, para quem o *status* constitucional da revisão criminal decorre de sua finalidade consistente em expungir o erro judiciário, indesejado e expressamente repudiado pela Carta Constitucional de 1988.⁸

5.3. Natureza jurídica da revisão criminal

A julgar pela posição da revisão criminal no Código de Processo Penal brasileiro, localizada no título que disciplina os recursos, dir-se-á precipitadamente que se trata de um igual (recurso). Sim, porque está ela inscrita no Livro III, Título II, este sob a epígrafe “Dos Recursos em Geral”, Capítulo VII. Contudo, não é bem assim.

5.3.1. Ação

Lavra verdadeiro dissenso na doutrina em torno da natureza jurídica dessa medida denominada revisão criminal. Lembrem-nos os Professores Jayme Walmer de Freitas e Marco Antonio Marques da Silva que, segundo Sérgio de Oliveira Médici, em Portugal, Itália, França e Argentina, a revisão criminal é um recurso extraordinário. Na Alemanha, Claus Roxin diz ser um recurso, por comportar a repetição da fase probatória, enquanto Gomez Colomer entende ser um processo autônomo.⁹

No Brasil, o grande jurista Pontes de Miranda sustenta que, por ter ocorrido formalmente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, está-se diante de uma ação, não de um recurso.

Aliás, expressiva parte da doutrina nacional representada por importantes vozes do Direito, como José Frederico Marques, Vicente Greco Filho, Júlio Fabbrini Mirabette, Guilherme de Souza Nucci, Fernando da Costa Tourinho Filho, Damásio Evangelista de Jesus, Fernando Capez, Edilson Mougnot Bonfim, Eugênio Pacelli de Oliveira, Ada Pelegrinni Grinover, (Paulo Rangel e Norberto Avena), define a revisão criminal como ação penal de impugnação de natureza constitutiva, porquanto visa desconstituir a coisa julgada, ou seja, objetiva desfazer a decisão condenatória definitiva, para a qual se esgotaram todos os meios de impugnação pela via recursal, como observam os Profs. Freitas e Marques da Silva (ob. e p. cit.).

Destacadamente, Nucci preleciona que a revisão criminal é ação penal de natureza e sui generis, de competência originária dos tribunais, destinada a rever a decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Desse conceito bem acabado, não destoa o dos Profs. Freitas e Marques da Silva:

A revisão criminal é uma ação de impugnação autônoma e sui generis, cujo fim é a desconstituição de uma sentença ou decisão transitada em julgado prejudicial ao condenado, de competência originária dos tribunais (p. 896).

⁸ Código de Processo Penal comentado, 2008, p. 984.

⁹ Código de Processo Penal comentado, 2012, p. 896.

5.3.2. Recurso

Outros igualmente renomados cultores do Direito, contudo, consideram a revisão criminal como um recurso. São eles Edgard Magalhães Noronha, Eduardo Espínola Filho, Borges da Rosa e Hélio Tornaghi. Entende o primeiro que se trata de recurso misto e *sui generis*, por provocar o tribunal nos casos expressamente previstos em lei, a reexaminar o processo, a fim de outorgar ao beneficiário a absolvição, a qualificação menos rigorosa do crime, a diminuição da pena ou a anulação do processo. Já Tornaghi chama a revisão criminal de *recurso excepcional* pelo fato de só caber de sentença condenatória transitada em julgado. Ficaria aqui a nossa indagação: como poderia haver recurso interponível depois de certificado o trânsito em julgado da decisão condenatória?

5.3.3. Meio de impugnação autônomo

Sérgio Oliveira Médici, por sua vez, diverge de todos os juristas até aqui nomeados. Explica, em seu livro clássico intitulado Revisão Criminal, que a coisa julgada expunge a possibilidade de interpor recurso, de sorte que o condenado, ao postular a revisão da decisão condenatória, não está propriamente a *agir*, mas a *reagir* contra o julgamento por ele tido como configurador de erro judiciário (p. 273).

5.4. Conceito de revisão criminal

A revisão criminal é verdadeira ação penal de impugnação autônoma e *sui generis*, que tem por finalidade desconstituir uma sentença ou acórdão condenatório transitado em julgado, de competência originária dos tribunais. Diz-se *sui generis* essa ação, por não contar com partes, como ocorre com as ações em geral, mas ter apenas o autor. Se bem que deveria, a nosso ver, se aforada contra o autor da ação penal condenatória: o Ministério Público ou a Justiça Pública, como se usa dizer. Assim, uma vez ajuizada a ação, o órgão ministerial seria citado, ofereceria contestação ou impugnação (no sentido lato da palavra), não apenas aos argumentos postos na petição inicial, senão também, em sendo o caso, contra a prova nova trazida a lume pelo autor. Ao Ministério Público, portanto, incumbiria zelar pela preservação da coisa julgada formal e material, até mesmo vistas a reverenciar a segurança jurídica e, pois, a paz social. Por fim, malgrado tenha erroneamente situado a revisão criminal no título dos recursos, o legislador não escondeu a sua inclinação pela ideia mesmo de ação, como se deduz da dicção do artigo 626 do Código de Processo Penal, ao asseverar: “Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.” É o nosso entendimento também de que se trata de ação penal de impugnação autônoma e *sui generis*, nos exatos termos acima postos.

De outro lado, ao contrário de países como a Alemanha, Áustria, Suíça, Suécia, Noruega, Hungria, Sérvia Montenegro, Portugal e Rússia, que conhecem a revisão criminal *pro societate* – vale dizer, eles têm essa ação com o escopo também de proteger a sociedade –, a ordem jurídica no Brasil somente cuida da revisão criminal *pro reo*, para o resgate do *status dignitatis* do condenado.

Ademais, os Profs. Jayme Walmer de Freitas e Marco Antonio Marques da Silva prelecionam que, a despeito dos argumentos em contrário e da tradição secular sempre *pro reo*, no Brasil, por não se estar frente a princípio expresso, mas implícito ou tácito, inexistente óbice à instituição ordinária da revisão criminal *pro societate*, até mesmo com vistas a combater criminosos que buscam abrigo na impunidade, destacando-se a hipótese do foragido condenado a penas altíssimas que obtém certidão de óbito falsa e com isso alcança a indevida extinção de sua punibilidade. Pelas regras imperantes na ordem jurídica brasileira, esse criminoso estará a salvo das penas altíssimas, porque fraudulentamente extintas e somente será julgado e condenado pelo crime de falsidade (ob. cit., p. 898).

A dupla funcionalidade do julgado da revisão criminal repousa no juízo rescindente (ou *rescindens*) e no juízo rescisório (*rescisorium*). O primeiro envolve a rescisão da sentença ou acórdão coberto pela coisa julgada formal, enquanto o segundo significa a prolação de nova decisão em substituição à rescindida.

5.5. Pressuposto da revisão criminal

Constitui pressuposto para o aforamento da ação de revisão criminal a existência de processo criminal com sentença condenatória transitada em julgado para ambas as partes. É o denominado *processo findo* de que fala o legislador no artigo 621, *caput*, do Código de Processo Penal. Mas é perfeitamente possível também a sentença absolutória imprópria, haja vista que só não impõe condenação, por ser o réu inimputável – não ser capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo esse entendimento, na forma do artigo 26 do Código Penal –, mas sofre ele a imposição de medida de segurança. Portanto, se contra a sentença (condenatória ou absolutória imprópria) foi interposto recurso, ainda não julgado, evidentemente faltará o pressuposto legal para o ajuizamento da ação impugnativa de revisão criminal.

Mas não terá cabimento a ação revisional se, logo após a sentença condenatória, o juiz ou o tribunal, na forma do artigo 61 do Código de Processo Penal, reconhece a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal e, em consequência, julga extinta a punibilidade do condenado. Ora, essa decisão desconstituiu a sentença condenatória, sem a qual, portanto, se torna infactível lançar mão da revisão criminal.

A esta altura, não fica difícil avaliar qual seria a solução para a revisão criminal cujo autor, logo depois do seu ajuizamento, obtém num tribunal superior a concessão de habeas corpus para anular a certidão de trânsito em julgado. Ora, é claro, é evidente, que o respectivo processo deverá ser julgado extinto, sem resolução do mérito, em consonância com o artigo 3º do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

5.6. Prazo para aforamento

Diferentemente da ação rescisória prevista no Código de Processo Civil, que delimita prazo para a sua propositura, a ação de revisão criminal não se sujeita à limitação temporal, podendo ser ajuizada, portanto, em qualquer ocasião, mesmo depois do cumprimento da pena ou morte do condenado, hipótese esta que se presta para reabilitar-lhe a memória.

5.7. Hipóteses de cabimento

O artigo 621 do Código de Processo Penal, ao longo de seus três incisos, define expressamente quais as hipóteses que tornam possível o cabimento da ação revisional: 1. quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal; 2. quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos; 3. quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; 4. quando, depois da sentença, forem descobertas novas provas da inocência do condenado; 5. quando, depois da sentença, forem descobertas novas provas de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

É predominante o entendimento de que esse rol é taxativo, vale dizer, é fechado, inadmitindo a consideração de fundamento outro para o manejo da revisão criminal que não os supramencionados.

Neste trabalho, o que nos cumpre analisar e abordar é a hipótese da revisão criminal sob o fundamento consistente em ser a sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal.

5.7.1. Sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal

Nessa hipótese, elencada como a primeira no artigo 621 do Código de Processo Penal, conquanto o legislador mencione a expressão “lei penal”, autoriza a propositura da ação de revisão criminal se a sentença for contrária tanto à lei material (Código Penal e legislação especial ou extravagante) como à lei formal (Código de Processo Penal), conclusão a que se chega ao se considerar que o artigo 626 do Código de Processo Penal prevê, entre outras consequências da procedência da ação, a anulação do processo. Se anula o processo, é porque o erro judiciário repousa na forma, no procedimento, o que somente é possível por afronta à lei processual penal (art. 626, parágrafo único).

Pois bem. Vale focar aqui o que interessa a este estudo: o direito material. No atinente ao direito material, a ação de revisão criminal prestar-se-á para buscar a rescisão da sentença ou acórdão condenatório transitado em julgado que tenha contrariado frontalmente o texto expresso do Código Penal ou da legislação penal extravagante ou especial.

Mas convém firmar uma compreensão sobre o que seja efetivamente contrariar a lei penal.

Não há dúvida de que contrariar é afrontar, desrespeitar aquilo que o legislador estabeleceu, sem que o resultado signifique, singelamente, a construção de uma norma jurídica decorrente de pura e admissível interpretação da lei. Haverá contrariedade ao mandamento legal expresso no caso em que o juiz, ao definir a pena relativa a um crime de roubo agravado, por conta das circunstâncias inscritas no parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, estabelece a majoração da pena na fração de $\frac{3}{4}$, quando é certo que esse dispositivo prevê a majoração entre $\frac{1}{3}$ e $\frac{1}{2}$.

Mas, por outro lado, poderá ocorrer que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, tenha optado por seguir uma de várias correntes jurisprudenciais acerca de determinado tema abordado no ato sentencial em desfavor do réu.

Poderá o réu, transitada em julgado essa sentença condenatória, valer-se da ação revisional com o fito de vê-la rescindida para afastar essa interpretação e perseguir aquela que melhor consulte os seus interesses?

Cabe obter negativamente. Ora, essa hipótese não se amolda ao disposto no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

É sabido, a propósito, que a revisão criminal não se presta para discutir e obter a melhor orientação jurisprudencial a ser ministrada neste ou naquele caso. Se pesa controvérsia sobre determinado tema na jurisprudência, aflora evidente que não se pode falar em erro judiciário, pois a questão é meramente de interpretação da lei.

Nesse sentido, tem-se pronunciado a jurisprudência do Augusto Tribunal de Justiça de São Paulo:

*[...] Ora, há que se ter presente que a ação de revisão criminal, cujo fundamento deve ser erro judiciário decorrente de decisum condenatório contrário à prova dos autos ou a texto expresso da lei penal, não se presta como instrumento para reivindicar o entendimento jurisprudencial melhor ou mais adequado ao caso concreto. A existência de interpretações divergentes da mesma norma legal jamais pode ser comparada a erro na aplicação da lei. A coisa julgada criminal constitui fenômeno jurídico que, protegido a partir da norma mais elevada do sistema jurídico, a Constituição Federal, há de ser mantida incólume sempre que sua formação, como na espécie, não tenha se dado em contrariedade ao texto expresso da lei penal. [...]*¹⁰

Daí decorre que, se o juiz, ao condenar o acusado e aplicar o disposto no artigo 59 do Código Penal, majora a pena-base por conta de processos em tramitação a título de *maus antecedentes*, a via da revisão criminal, à primeira vista, não seria o instrumento adequado para buscar o afastamento desses supostos maus antecedentes. Não haveria falar-se em condenação “contrária ao texto expresso da lei penal”.

Sim, porque há corrente jurisprudencial a admitir inquéritos policiais e processos em andamento como hábeis a configurar *maus antecedentes*,¹¹ mas há também orientação jurisprudencial no sentido de que tal circunstância judicial somente se caracteriza se contra o réu existirem processos com condenações definitivas,¹² é claro, não configuradoras de reincidência.

E mais, reforçaria a conclusão acerca do não cabimento da revisão criminal a jurisprudência emanada da Corte de Justiça Paulista no sentido de que em “tema de revisão criminal só é possível o reexame na dosagem de pena, se ficou manifesto nos autos erro ou falta de técnica na aplicação da pena.”¹³

¹⁰ Revisão Criminal nº 0165614-48.2009, Relator: Des. Moreira da Silva, 4º Grupo de Direito Criminal, Julgado em: 14/06/2012.

¹¹ Apelação Criminal n. 993.07.118896-4, São Paulo, 9ª Câmara de Direito Criminal, Relator: René Nunes julgado em 13.08.08.

¹² HC 84687/MS – Relator(a): Min. Celso de Mello – Julgamento: 26/10/2004 – Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 27-10-2006 PP-00063 – Ement Vol-02253-02 PP-00279 – LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 333-346.

¹³ TJSP – Revisão Criminal nº 159.509-3 – Relator: Celso Limongi – Tupi Paulista – j. 20.10.94.

Bem é de ver, contudo, que a questão ora posta, nos tempos hodiernos, em que predomina o constitucionalismo moderno e o neopositivismo¹⁴ ou pós-positivismo¹⁵, reclama tratamento que transcende o singelo discurso até aqui desenvolvido para desaguar na principiologia constitucional ou, mais amplamente, na constitucionalização do Direito.

É importante ressaltar que não mais cabe, nesta quadra histórica do Direito, emprestar interpretação ao artigo 59 do Código Penal no concernente à circunstância judicial em questão, a dos *maus antecedentes*, consubstanciada exclusivamente em inquéritos policiais e processos criminais em andamento. Sim, porque nesses casos, não se tem sentença condenatória transitada em julgado, daí não aflorando a necessária segurança jurídica em face da consideração inadequada e equivocada acerca do sobredito conceito (maus antecedentes), nessas condições de todo provisório e suscetível de não consolidação, máxime porque em desconformidade com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional de 1988.

Oportuno considerar, nesse passo, que hoje impera, no sistema jurídico nacional, o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual nenhum ato ou norma pode ter a pretensão de situar-se acima do texto constitucional, com ele, ao revés, devendo conformar-se. Aliás, corolário lógico desse princípio é o da interpretação conforme a Constituição. Por esse princípio, “tem-se que a interpretação de toda e qualquer norma, especialmente aquela infraconstitucional, haverá de ter como parâmetro a Constituição”, consoante a precisa lição do preclaro constitucionalista e Professor André Ramos Tavares.¹⁶

É válido lembrar, ainda, a força normativa de que se revestem os princípios constitucionais – dentro do pensamento neoconstitucionalista que, nos tempos atuais, não é ocioso recordar, predomina no mundo civilizado –, a imprimir-lhes características importantes na operacionalização do Direito, consistentes em que “eles são cogentes, são considerados normas, possuem normatividade no sentido de impositividade”¹⁷, o que significa, na prática, ser comum e razoável “o afastamento de uma norma infraconstitucional dar lugar à aplicação (oficial) de um princípio como vetor único na solução de um caso concreto”.¹⁸

Assaz elucidativo, nesse aspecto, o escólio do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, ao prelecionar sobre os princípios, antes do mais, que “O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade”. E ao dissertar que:

¹⁴ A nosso humilde modo de ver, se o positivismo jurídico ao longo de mais de uma centúria tinha como dogma principal a lei, tratando-se de uma forma de pensar o Direito que tinha por base o primado da lei, em momento posterior sofreu significativa evolução, passou a emprestar normatividade ou força normativa aos princípios, a Constituição tornou-se o guia a orientar todo o sistema jurídico, nascendo daí o hoje denominado neoconstitucionalismo. E o neoconstitucionalismo não teria se tornado um aspecto importante, mas apenas um aspecto de uma porção maior do Direito que, com esse processo evolutivo, mereceria conceituar-se como neopositivismo jurídico?

¹⁵ - Vide Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 6. ed., 2008, p. 325-338.

¹⁶ *Fronteiras da hermenêutica constitucional*, São Paulo, Método, 2006, p. 133.

¹⁷ Ob. e autor cits., p. 88.

¹⁸ Ob. e autor cits., p. 88.

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição.¹⁹

Em conclusão, afigura-se indubitável que a interpretação por alguns ministrada em torno do artigo 59 do Código Penal acerca do conceito de *maus antecedentes* (que se traduzem na existência de processos criminais em andamento), revela-se patentemente inconstitucional, por afrontosa não apenas ao princípio da interpretação conforme, senão também ao princípio da supremacia da Constituição e ao da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

Não é sem fundada razão que o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula no 444, cujo comando normativo assim dispõe: “É vedada a utilização de inquérito policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Tal orientação, agora consolidada na sobredita súmula, apresenta-se em perfeita consonância com o entendimento emanado do Pretório Excelso, como se pode conferir:

O princípio constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política, não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado.²⁰

Destarte, a conclusão irrefragável a que se chega é no sentido de que, na fase contemporânea do Direito, caracterizado pelo neoconstitucionalismo, a pena haverá de ser submetida à reavaliação, em sede de revisão criminal, não apenas nas hipóteses de erro ou falta de técnica na sua aplicação, mas, também, e principalmente, no caso em que resultar de aplicação flagrantemente desconforme à Constituição Federal, lembre-se, por representar ostensiva violação do princípio constitucional da presunção de inocência e, mais do que isso, do princípio da supremacia da Constituição.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 327-328.

²⁰ STF – HC 106157/SP – Relator(a): Min. Dias Toffoli – Julgamento: 15/03/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma – Processo Eletrônico – Publicação – DJe-100 DIVULG 26-05-2011 PUBLIC 27-05-2011.

Não é ocioso registrar que, nesse sentido, já se pronunciou o Colendo 4º Grupo de Câmaras de Direito Criminal desta Augusta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento da Revisão Criminal nº 0185021-40.2009, de nossa relatoria, ocorrido em 14.06.2012:

Revisão Criminal – Roubo qualificado – Pretendida a absolvição ou a redução da pena – Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente provadas – Condenação, portanto, bem editada – Pena-base majorada em razão de processos em andamento – Inadmissibilidade – Questão que envolve interpretação – Corrente jurisprudencial a amparar aquele entendimento - Insubsistência, contudo, do decisum condenatório nesse aspecto – Decisão condenatória que abraçou interpretação do artigo 59 do Código Penal desconforme à Constituição Federal e à Súmula 444 do STJ – Vulneração dos princípios constitucionais da supremacia da constituição e da presunção de inocência (art. 5º, LVII) – Redução da pena que se impõe – Procedência parcial da ação revisional.

Em suma, se é inadmissível efetivar o princípio da inafastabilidade da jurisdição por manejo da revisão criminal quando o tema a ser atacado repousa em interpretação jurisprudencial oscilante da norma infraconstitucional, não é menos certo que essa ação de impugnação *sui generis* é perfeitamente cabível quando se visa à desconstituição, parcial ou total, da coisa julgada criminal formada a partir da interpretação da norma infraconstitucional com vulneração dos princípios da interpretação conforme e da supremacia da Constituição.

Bibliografia

- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRINNOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarrance. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed., atualizada pelo Des. Adalberto José Queiroz Teles de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Ronaldo Sérgio Moreira e Oliveira; ALMEIDA, Carlos Alberto Correia de. A criminalidade moderna e as garantias constitucionais – a influência da globalização no direito penal e direito processual. In: MARQUES, Marco Antonio (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

Flagrante e espontânea apresentação do acusado

José Damião Pinheiro Machado Cogan¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Segundo Pontes de Miranda, sempre “fomos, mesmo nos tempos pré-imperiais, essencialmente zelosos de liberdade”.²

Após a partida de D. João VI para Portugal, foi expedido o Decreto de 23 de maio de 1821, referendado pelo Conde dos Arcos, que assim se manifestava:

Vendo que nem a Constituição da Monarquia Portuguesa nem as disposições expressas da Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reforma da Justiça de 1582, com todos os outros Alvarás, cartas régias e decretos de meus Augustos Avós, tem podido afirmar de um modo inalterável, como é de direito natural a segurança das pessoas: E constando-me, que alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbitrio e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes ou outros motivos horrosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com os pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das Sociedades Civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual.

E sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra o promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição liberal:

Hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobremencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este Decreto ordeno:

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

[...] 4º Que, em caso nenhum, possa alguém ser lançado em segredo ou masmorra estreita, escura ou infecta, 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 quais ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena afitiva por sentença final; entendendo-se, todavia, que os juizes e magistrados criminaes

¹ Mestre em Processo Penal pela USP. Professor Decano de Processo Penal da Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 129.

*poderão conservar por algum tempo em casos gravíssimos incomuni-cáveis os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas, e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento. 5º Determino, finalmente, que a contravenção legalmente provada, das disposições do presente decreto, seja irremissivelmente punida com perdimento do emprego e inabilidade perpétua para qualquer outro em que haja exercício de jurisdição.*³

Segundo Pontes de Miranda, essa foi a nossa “Magna Carta”, que chegou com muito atraso após a Magna Carta inglesa de 1215, obtida pelos nobres do Rei João Sem Terra, na qual alguns direitos fundamentais de liberdade foram resguardados, assim como o direito à inviolabilidade da casa e o instituto do *Habeas Corpus* para apreciação judicial da legalidade de constrangimento ilegal referente ao direito de ir, vir, permanecer e ficar, colocando limites ao poder absolutista até então vigente.

Após a proclamação de nossa independência, a Lei de 30 de agosto de 1828 “declara os casos em que se pode proceder à prisão por crimes, sem culpa formada”, estabelecendo:

Artigo 1º – Só poderão ser presos por crime sem culpa formada:

1 – Os que forem achados em flagrante delicto, entendendo-se presos em flagrante delicto, não só os que se apprehenderem commettendo o delicto, mas também os que se prenderem em fugida, indo em seu seguimento os Officiaes de Justiça, ou quaesquer cidadãos, que presenciasssem o fato, conduzindo-os directamente à presença do Juiz.

Artigo 2º – Nos casos acima mencionados, exceptuando somente o de flagrante delicto, não serão presos os indiciados sem ordem por escrito do Juiz competente, a qual lhe será intimada no acto da prisão, dando-se-lhes por cópia.

Ensina Tostes Malta:

Flagrante vem do latim – fia grans – (ardente, queimante). Fia grare tem a mesma raiz do verbo grego phlegô, ou seja, a do sânscrito – Brang (queimar).

*Assim, flagrante delicto significa o delicto ainda queimante, o momento mesmo da perpetração – a plena posse da evidência absoluta, o facto que acaba de commeter-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível negal-o (Nogent-Saint-Laurents).*⁴

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 123-125.

⁴ MALTA, Tostes. *Flagrante delicto*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 23-24.

Ensina João Mendes Júnior:

A prática da prisão em flagrante delito, desde os primeiros séculos da monarquia portuguesa pode ser apreciada pelo modo de proceder dos quadrilheiros, desde o século XIV, época de sua criação. Essa prática está assim confirmada no Regimento de 12 de março de 1603, além do disposto na Ord. LI, tít. 73:

Serão os ditos quadrilheiros e homens de suas quadrilhas muito diligentes em acudir às voltas e arruídos e insultos com suas armas, e farão de maneira que prendam os culpados; e se logo arruído, ou outro qualquer delito, a que acudir, os não puderem prender, corram após eles apelidando: PREDAM FOÃO DA PARTE D'EL REI; a qual voz sairão todos os da quadrilha, e de quadrilha em quadrilha os seguirão até serem presos; e deixando os culpados de ser presos por sua negligência, serão obrigados a pagar às partes o dano, que receberam, e poderão haver do malfeitor, se fôra prêso.

Este costume era também os dos povos bárbaros que se estabeleceram nos países mais austrais. Quando um crime era cometido, qualquer podia prender o delinqüente; mas se não era preso no momento ou conseguia fugir, a autoridade dava o grito HARO! e o delinqüente era perseguido, a cor et a cri, como diziam os francos; hue and cry, como ainda dizem os ingleses, a gritos e a buzina, de cidade em cidade, de vila em vila, de centúria em centúria, até ser entregue ao juiz.⁵

A expressão HUE AND CRY virou expressão idiomática que significa CLAMOR POR JUSTIÇA.

Anota a exposição de motivos do Código de Processo Penal em vigor:

A prisão em flagrante e a prisão preventiva são definidas com mais latitude do que na legislação em vigor. O clamor público deixa de ser condição necessária para que se equipare ao estado de flagrância o caso em que o criminoso, após a prática do crime, está a fugir. Basta que, vindo de cometer o crime, o fugitivo seja perseguido “pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”: preso em tais circunstâncias, entende-se preso em flagrante delito.

Considera-se, igualmente, em estado de flagrância o indivíduo que, logo em seguida à perpetração do crime, é encontrado “com o instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser autor da infração”. O interesse da administração da Justiça não pode continuar a ser sacrificado, por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, por prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este.

⁵ MENDES JÚNIOR, João. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p. 299.

Assim, verifica-se que, para a ocorrência da prisão em flagrante delito, é pressuposto indispensável *que o autor do ilícito ‘seja surpreendido por terceiro’ na prática infracional ou, após sua prática, seja perseguido por esse ou pelo ofendido, ou, ainda seja surpreendido na posse de coisas que façam presumir ser o autor da infração.*

Questão que por vezes gera dúvida consiste na espontânea apresentação do autor do ilícito à autoridade, regra geral, à autoridade policial.

Nesses casos, ensina Basileu Garcia:

A apresentação espontânea do acusado, se não lhe confere a prerrogativa de excluir a custódia preventiva, também não lha acarreta.

Tomando conhecimento da apresentação, a autoridade (via de regra é a policial) consignará o fato em auto ou termo adequado e colherá as declarações do autor da infração penal, instaurando o inquérito, ou nele proseguindo, se já existir. A prisão preventiva, se sobrevier, dar-se-á independentemente do fato da apresentação. “Não existindo, como forma de prisão processual, a resultante de apresentar-se espontaneamente o acusado, este não deverá ser retido senão o tempo suficiente para ser ouvido”. Se a autoridade policial se convencer da conveniência ou cabimento da prisão preventiva, deverá representar nesse sentido, quanto antes, ao juiz competente.⁶

Anota Damásio Evangelista de Jesus quanto aos efeitos da apresentação espontânea: “Tem-se entendido que impede a prisão em flagrante, desde que se trate de infração penal até então ignorada” (Revista dos Tribunais, 491/253 e 482/296). Sobre o assunto, ensina Magalhães Noronha:

Apresentando-se o acusado, nem por isso a autoridade poderá prendê-lo: deverá mandar lavrar o AUTO DE APRESENTAÇÃO, ouvi-lo-á e representará ao Juiz quanto à necessidade de decretar a custódia preventiva, seja facultativa, seja compulsória. Inexiste prisão por apresentação.⁷

Cabe aqui observar que não existe mais hoje a prisão preventiva obrigatória, que se aplicava a crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior a dez anos, medida que foi revogada no Código de Processo Penal, em 1969.

Vale lembrar que se não for caso de imediata prisão preventiva por ausência dos requisitos legais e se encontrarem presentes os requisitos previstos no artigo 1º, incisos I, II e III da Lei 7.960/89, que criou a prisão temporária, poderá ser esta medida determinada até colher-se elementos suficientes para o decreto de prisão preventiva.

Anote-se que o artigo 317 do Código de Processo Penal que mencionava “a apresentação do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza” foi suprimido do texto legal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.

⁶ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Forense, 1945. v. III, p. 192-193.

⁷ JESUS, Damásio de. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 227.

Não passou a existir, portanto, no atual texto do Código de Processo Penal, menção expressa à apresentação espontânea do acusado, mas tal medida continua a existir na doutrina e jurisprudência, mesmo porque o texto legal não isentava de eventual prisão preventiva a mera apresentação espontânea de autor de crime.

Caso tal ocorresse, estar-se-ia deixando uma porta aberta para a impunidade, posto que autores de crimes graves apresentar-se-iam voluntariamente à autoridade policial, ministerial ou judiciária como forma de elidir sua prisão preventiva.

É certo que descabe nessas hipóteses a lavratura de auto de prisão em flagrante mas, como já dito, o autor do delito pode ser preso por outro título, qual seja, prisão preventiva ou prisão temporária.

No mesmo sentido, antigo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo dizia que a principal finalidade da prisão em flagrante é a de evitar a fuga do criminoso. Ora, se este se apresenta, espontaneamente, à autoridade policial, óbvio é que não há lugar para flagrante. Dispõe explicitamente o artigo 317 do Código de Processo Penal que “o indiciado em tais condições, só estará sujeito a prisão preventiva decretada pelo juiz se for o caso” (Revista dos Tribunais 274/106). (Código de Processo Penal anotado, Saraiva, 1918, p. 169).

Assim se tem manifestado a jurisprudência:

Apresentação espontânea do acusado – Notícia de crime levada à polícia pelo próprio autor – Ordem de habeas corpus concedida (Bol. de Jurisprudência da Biblioteca do TJSP, v. 2/44).

Não há como falar-se em flagrante delito quando o agente, depois de haver cometido um crime, apresenta-se espontaneamente à polícia, confessando a prática do mesmo. (Revista dos Tribunais, v. 415, p. 54).

A principal finalidade de prisão em flagrante é a de evitar a fuga do criminoso. Ora, se este se apresenta, espontaneamente, à autoridade policial, óbvio é que não há lugar para flagrante. (Revista dos Tribunais, v. 274, p. 105).

Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e efetividade da aplicação da lei penal. Ausência de elementos concretos. Constrangimento ilegal. 1. A prisão preventiva não se sustenta quando decretada para garantia da ordem pública fundada no clamor social e na repercussão do crime. Também não a justifica, por conveniência da instrução criminal, a presunção judicial de constrangimento a testemunhas. 2. Fuga e posterior apresentação espontânea. Comportamento expressivo de que a aplicação da lei penal não está ameaçada. Ordem concedida. (STF, HC 91741, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-01 PP-00148)

Prisão em flagrante. Não tem cabimento prender em flagrante o agente que, horas depois do delito, entrega-se a polícia, que o não persegue, e confessa o crime. Ressalvada a hipótese de decretação da custódia preventiva, se presentes os seus pressupostos, concede-se a ordem de habeas corpus, para invalidar o flagrante. (STF, RHC 61442, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 29/11/1983, DJ 10-02-1984 PP-11016 EMENT VOL-01323-02 PP-00224 RTJ VOL-00108-03 PP-01065).

Assim, sendo a prisão em flagrante disciplinada pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de *autoridade judiciária competente*”, salvo nos casos de “transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, diversamente das Constituições anteriores de 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda no 01 de 1969, determinou que somente a *autoridade judiciária competente* poderia decretar prisão em despacho fundamentado. Nas anteriores Constituições mencionadas, a lei falava que seria por despacho da *autoridade competente*, quando então se tinha prisão administrativa prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, em que o Ministro da Justiça poderia decretar prisão de estrangeiro em situação irregular, de estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional, e o Ministro da Fazenda poderia decretar a prisão dos remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com dinheiro a seu cargo, para compeli-los a cumprir sua obrigação.

A partir da Constituição de 1988, derogado o artigo 319 da prisão administrativa, passou a ser *monopólio do Poder Judiciário* o decreto de prisão, só cabendo ao Juiz sua decretação.

Excepcionalmente, o citado inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal reconheceu a legitimidade da prisão em flagrante, que pelo nosso Código de Processo, em regra, tem o ato de constrição de liberdade lavrado por autoridade administrativa (Delegado de Polícia).

Pela urgência houve manutenção dessa prática, sendo a comunicação imediatamente feita ao Juiz e ao Ministério Público, enviando-se cópia à Defensoria Pública quando o indiciado não indicar defensor, informando-se ainda à família do preso ou pessoa por ele indicada, nas modificações trazidas pela Lei 12.403/2011, nos artigos 306 e seu parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

A comunicação feita ao Ministério Público e à Defensoria tem a finalidade de instruí-los com os elementos constantes nos autos para que requeiram eventual relaxamento da prisão se ilegal, concessão de liberdade provisória, imposição das medidas cautelares, criadas pela lei citada no artigo 319 do Código de Processo Penal, ou o Ministério Público pleiteie o decreto de prisão preventiva, matéria esta que deverá de imediato ser decidida pelo juiz ao tomar conhecimento da comunicação da prisão feita pela autoridade administrativa para referendá-la ou não, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal modificado por citada lei. É certo que o Ministério Público deve manifestar-se antes da decisão judicial, seguindo os princípios processuais vigentes.

Tendo-se em conta o anterior artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que determinava que somente seria mantida a prisão decorrente de flagrante caso se encontrassem presentes os requisitos que autorizassem a prisão preventiva (garantia de ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou asseguramento da aplicação da lei penal), foi ele modificado passando a constituir depois da Lei 12.403/2011, o artigo 321 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

Art. 321. 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. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Nota-se que a prisão preventiva, hoje, ao lado de todos os benefícios legais a facilitarem a permanência em liberdade do acusado, tornou-se algo a ser decretado com grande parcimônia, o mesmo ocorrendo com a prisão temporária.

A prisão passou a ser exceção, sendo a regra a liberdade.

Incabível, portanto, que em se apresentando o autor do delito perante autoridade, seja o mesmo preso em razão de flagrância, posto que não estará fugindo à sua responsabilidade penal, mas, sim, colaborando com a justiça. Ademais, não estarão presentes os requisitos do artigo 302 com relação ao flagrante delito, que traz ínsita a ideia de o agente ser surpreendido por terceiros.

A prisão decorrente do flagrante não se constitui em sanção efetiva a ser imposta ao acionado, eis que esta somente ocorrerá em decorrência de sentença judicial. Constitui ela mera certeza da evidência infracional e só é mantida quando se encontrarem presentes os requisitos da prisão preventiva.

Anota Hélio Tornaghi que a prisão em flagrante tem tríplice efeito:

[...] I) a exemplaridade: serve de advertência aos maus;

II) a satisfação restitui a tranquilidade aos bons;

III) o prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade.⁸

Assim, apresentando-se o autor do delito à autoridade, inexistentes se encontram os motivos retroenumerados. Tal fato não constituirá fraude à Justiça, posto que restará ao juízo a viabilidade de decretação da prisão preventiva ou temporária para a manutenção da custódia.

Ensina João Mendes Júnior:

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixadas ao critério das partes ou à discricção dos juizes, a justiça marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas.⁹ (op. cit., p. 13).

Não é possível, portanto, ante espontânea apresentação à autoridade, que o autor de delito seja preso em flagrante, podendo tão só, *a posteriori*, ser decretada sua custódia preventiva ou temporária.

⁸ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 260.

⁹ MENDES JÚNIOR, João, op. cit., p. 13.

Da audiência de custódia e seu impacto no processo penal brasileiro

*Rafaela Caldeira Gonçalves*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

Em 24 de fevereiro de 2015, foi dado o pontapé inicial para a implementação de projeto que envolvia o Supremo Tribunal Federal, Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, o Conselho Nacional de Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, para que fossem iniciadas as então denominadas audiências de custódia.

Muitos foram os fatores debatidos, tanto de natureza jurídica, quanto metajurídica, para uma exitosa implementação do projeto. Entre os primeiros, mencionem-se as discussões sobre o que se perguntar e como se perguntar para se adentrar ao *fumus comissi delicti*, em análise da existência de cautelariedade para a prisão. Já na segunda categoria de fatores, estava a preocupação com a estrutura e a segurança de todos os atores do projeto e ainda com o atendimento dos investigados, em especial os que seriam soltos, no que se refere ao retorno para suas casas e também à necessidade e à viabilidade de um possível acompanhamento.

Entretanto, o que mais intrigava a todos implicados nessa empreitada era descobrir os reais motivos que teriam levado à implementação de uma audiência, prevista em tratado internacional, cujo ingresso no ordenamento jurídico brasileiro havia se dado há mais de 23 anos, sem que nestas mais de duas décadas houvesse surgido tal preocupação, observado também que a precariedade do sistema penitenciário brasileiro não se tratava de constatação recente.

Entre os verdadeiros motivos, pode-se mencionar a condição do país de possuidor da 4ª maior população carcerária do mundo, com 607.731 presos, tendo sido feita a estimativa de existência de 300 presos para cada 100 mil habitantes, superando duas vezes o número de vagas existentes no sistema prisional (377 mil vagas), com um déficit de 231.007 vagas, com percentual de ocupação de 161% dos estabelecimentos prisionais. Isto é, para cada espaço construído para dez pessoas, existem dezesseis, em verdade, ocupando o recinto.²

Ademais, em termos de população carcerária, como mencionado, estão na frente do Brasil, somente Estados Unidos, China e Rússia. Contudo, todos com uma diferença crucial quanto ao panorama brasileiro. Considerado o período analisado (entre os anos de 2010 a 2014), de acordo com a disponibilidade de dados, houve uma diminuição do encarceramento nesses três países, de modo que tal taxa é negativa nos três: -8% nos

¹ Juíza de Direito Auxiliar do TJSP com atuação no Departamento de Polícia Judiciária e Mestranda em Direitos Humanos pela PUCSP.

² MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*. jun. 2014, p. 11.

Estados Unidos, -9% na China e -24% na Rússia, enquanto no Brasil há uma taxa positiva de 33%.³

Outrossim, especificamente sobre a realidade de São Paulo, tem-se que tal Estado é o que possui cerca de 36% da população carcerária do país, sendo a unidade da federação com maior número de presos, seguido de Minas Gerais e Rio de Janeiro, sem que se possa deixar de frisar também a circunstância de São Paulo ser o estado com maior densidade demográfica.⁴

A tal panorama soma-se a crescente sensação de insegurança da população brasileira, em nítida conclusão de que o Sistema de Justiça não consegue conter a criminalidade como deveria, tendo o Brasil obtido a classificação de 122º, entre 132 países avaliados, no que se refere ao quesito de segurança, conforme dados do Relatório do Índice de Progresso Social, formulado em 2014.⁵ Nesse sentido, aliás, também se aponta o 3º Relatório Nacional sobre Direitos Humanos no Brasil,⁶ ao mencionar falhas nos sistemas policial e penitenciário, inclusive com a participação de autoridades em violações aos direitos humanos.

Frise-se, também, que é crescente a preocupação da comunidade internacional com as condições do sistema penitenciário brasileiro, tendo em vista as denúncias e a divulgação de notícias no âmbito internacional sobre a situação do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Estado do Maranhão, no ano de 2014, bem como diante da existência de caso pendente de julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, relativo à situação do Presídio de Urso Branco, em Rondônia.⁷ Tanto assim o é que, ao fim não pôde a Corte Suprema Brasileira negar tal situação, como ficou de fato consignado na decisão liminar do Pleno, proferida na ADPF 347, em data recente, na qual foi reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário do país, bem como estabelecido o prazo de noventa dias para início das audiências de custódia em todo território.⁸

Contudo, as polêmicas relativas à Audiência de Custódia de longe se limitam à motivação para sua implementação, também ganhando contorno de debate jurídico de extrema importância e interesse, inclusive acadêmico, a questão a respeito da necessidade de alteração do Código de Processo Penal, para o seu início.

2. Do Pacto de San José da Costa Rica e sua aplicabilidade

Antes de qualquer outra digressão sobre a referida necessidade de alteração da legislação processual penal, contudo, mister que sejam tecidas algumas considerações ao Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, considerado o tratado-regente do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e grande código dos direitos civis e políticos do mesmo continente.

Como já mencionado, o Brasil é parte dessa Convenção desde 1992, tendo tal Pacto ingressado no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto 678 do mesmo ano. Entretanto, pouco se evoca esse instrumento internacional na prática jurídica e muito

³ Ibid., p. 14.

⁴ Ibid., p. 17.

⁵ G1, São Paulo, 5 abr. 2014.

⁶ Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down099.pdf>>.

⁷ CIDH. *Caso Internos Presídio Urso Branco x Brasil*, Relatório n. 81/06.

⁸ STF, ADPF 347, DJU 9.9.2015.

menor ainda é sua referência nas decisões proferidas pelos Tribunais Brasileiros, não obstante a importância e riqueza dos direitos ali estabelecidos.

Sua pouca aplicação muito se atribui ao desconhecimento e resistência dos operadores do direito às normas internacionais, em adoção a uma postura de apego e primazia ao ordenamento jurídico nacional, em razão da influência de um positivismo nacionalista que predominou do século XIX até meados do século XX, quando se exigia que os direitos previstos em Tratados Internacionais também fossem prescritos em normas internas para serem pleiteados em face do Estado ou de particulares.⁹ Contudo, essa não foi a intenção da Constituição Federal de 1988, que, ao fim da extensa declaração de direitos do artigo 5º, estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais, em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Indiscutível, portanto, que ao assim ditar a Carta Magna, não esteja ela a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional, quando o seu conteúdo se refira a direitos e garantias fundamentais.

A tal respeito discorreu a professora Flávia Piovesan, para quem

[...] tal conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

afirmando, ainda, que

[...] a esse raciocínio se acrescenta o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização que propicia e estimula a abertura da Constituição à normatização internacional – abertura que resulta na ampliação do bloco de constitucionalidade.¹⁰

E a mesma doutrinadora prossegue o seu raciocínio sobre o tema, enfatizando que:

[...] enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do artigo 102, inciso III, b, do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm hierarquia constitucional.

⁹ André de Carvalho Ramos, *Curso de direitos humanos*, p. 83: “O risco aos direitos humanos gerado pela adoção do positivismo nacionalista é visível, no caso de as normas locais (inclusive as constitucionais) não protegerem ou reconhecerem determinado direito ou categoria de direitos humanos. O exemplo nazista mostra a insuficiência da fundamentação positivista nacionalista dos direitos humanos”.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro*. p. 160.

“Este tratamento jurídico diferenciado se justifica”, segundo ela,

[...] na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comum. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não de prerrogativas do Estado.¹¹

Em verdade, tais linhas da ilustre jurista surgem no sentido de demonstrar que, ainda que as Constituições dos países continuem a ser uma carta de identidade política e cultural de um Estado-Nação, cada vez mais estas devem se articular com outros direitos, mais forjados em novas unidades políticas, tais como a Comunidade Internacional, a Comunidade Europeia, a Organização dos Estados Americanos, entre outras ainda por emergir. Por todos esses motivos, outro não pode ser o olhar da comunidade jurídica brasileira ao Pacto de San José da Costa Rica.¹²

Neste sentido também, o professor André de Carvalho Ramos que sustenta que:

[...] para melhor defesa dos direitos humanos adota-se a aplicabilidade imediata dos textos normativos às situações fáticas existentes, de modo que se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico normativo), tais direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado.¹³

Ademais, não se trata apenas de reconhecer a natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos, mas em observância ao disposto no parágrafo 1º do referido artigo 5º, de se reconhecer a imediata aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, no sentido de não se fazer necessário qualquer ato de intermediação pelo Poder Legislativo para outorgar vigência e obrigatoriedade no plano interno, dos direitos em tais documentos internacionais estabelecidos, porque aptos de maneira imediata a gerar direitos subjetivos a particulares.¹⁴

Neste sentido, aliás, o parágrafo 3º do artigo 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/04, por meio do qual se previu quórum qualificado para aprovação de tratados de direitos humanos, com *status* de emenda constitucional, somente vem reforçar o entendimento quanto à incorporação automática dos tratados de direitos humanos, visto que não se mostra pertinente que, após todo o processo solene exigido pelo artigo 60, do Texto Constitucional para a aprovação daqueles na forma de emenda, fique sua incorporação, no âmbito interno, condicionada a um Decreto do Presidente da República.¹⁵

¹¹ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro*. p. 162-163.

¹² *Ibid.*, p. 162.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. p. 196.

¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I, p. 431.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. p. 92.

Nesta direção também vem caminhando o entendimento da Suprema Corte Brasileira, que se utiliza da expressão supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos para dizer que se encontram acima das leis ordinárias e com aptidão de revogar normas infraconstitucionais que estejam em desacordo com seu conteúdo.

Neste tocante, mister mencionar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, de 22 de junho de 2005, decidido pelo Plenário. Em tal julgamento, após o voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, que negava provimento ao recurso, sem adotar uma posição expressa quanto à questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, votou o Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os “tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal”, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁶

Tais considerações se mostram relevantes, em especial diante da discussão já mencionada a respeito da necessidade de previsão no direito interno, mais especificamente no Código de Processo Penal, no que se refere à audiência de custódia, que por certo envolve a aplicabilidade do Pacto de San José da Costa Rica, no âmbito interno brasileiro.

Tal instituto tem por fundamento o disposto no artigo 7º, item 5, da referida Convenção, que estabelece que:

[...] toda pessoa presa, detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo,

com o friso de que tal “liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.¹⁷

Imperioso mencionar, ainda, que a referida convenção não é o único documento internacional ratificado pelo Brasil que neste sentido determina, havendo disposição

¹⁶ Ainda sobre o mencionado RExt nº 466.343/SP, o Ministro Celso de Mello adota postura ainda mais progressista em relação à posição do Min. Gilmar Mendes, no que se refere à atribuição de *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmando terem estes hierarquia constitucional. Tal Ministro destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CR de 1988, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CR; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da CF de 1988 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

¹⁷ No mesmo sentido, prevê a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 5(3): “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo”.

equivalente no Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 22 de dezembro de 1966, promulgado internamente por meio do Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. Tal tratado internacional dispõe em seu 9.3 que

[...] qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Apenas para não deixar dúvidas sobre a importância do instituto em análise, que atua em nítida proteção ao direito à liberdade e à integridade física dos indivíduos, no que se refere à atuação do Estado, em especial da Polícia Judiciária, mencione-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do *Caso Tibi*, decidiu que tal garantia constitui um meio de controle idôneo para evitar capturas arbitrárias e ilegais, e que, além da proteção do direito de liberdade, também assegura e protege outros direitos, como a vida e a integridade pessoal.¹⁸

Outrossim, frise-se também a consideração tecida por Stefan Trechsel, quanto a ser esta uma garantia particularmente importante em países onde existe um perigo efetivo de brutalidade policial ou tortura,¹⁹ como não se pode negar ser o caso do Brasil.

Mister consignar que tal questão já foi objeto de discussão perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu Parecer Consultivo nº 07/86, por meio do qual reconheceu que a Convenção Americana de Direitos Humanos é autoaplicável, com isso declarando que os direitos convencionais nela protegidos devem ser aplicados perante todos os órgãos estatais, inclusive o Poder Judiciário, sem que haja necessidade de edição de lei ou de ato administrativo.

A aplicabilidade imediata do Pacto de San José subsiste, portanto, desde 1992, e assim também do referido dispositivo que estabelece a obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa perante a autoridade judiciária brasileira. Entretanto, na prática, o que se verificou foi a existência de acirrado debate jurídico, fundado primordialmente na inexistência de previsão no ordenamento brasileiro de tal ato processual.

3. A prisão cautelar e a audiência de custódia

A respeito da custódia cautelar, tem-se que, embora objeto de cuidado do artigo 5º, da Constituição Federal, o que constou relativo a tal instituto foi que, ressalvada a prisão em flagrante, ninguém poderá ser preso, senão por ordem judicial (inciso LXI), sendo a prisão comunicada imediatamente ao juiz e à família do preso (inciso LXII), que

¹⁸ CIDH. *Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, §§ 114 e 118.

¹⁹ TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*, p. 505.

também terá direito à assistência de um advogado (inciso LXIII), bem como à identificação dos responsáveis pela prisão. Constatou ainda, que, sendo comunicada ao juiz, se a prisão for ilegal será relaxada (inciso XV) e, mesmo nos casos em que respeite a lei, não se manterá ninguém na prisão, se a lei admitir liberdade provisória (inciso LXVI). Nesse rol, contudo, repete-se, não está assegurado, expressamente, o direito de qualquer pessoa presa ser levada, sem demora, ou o mais prontamente possível, perante uma autoridade judiciária, para que esta verifique a legalidade de sua prisão.

O que existe para as hipóteses de prisão em flagrante delito é a obrigatoriedade de comunicação imediata da prisão ao juiz, até mesmo porque, em tal situação, por se tratar de uma medida que nasce administrativamente, é necessária a sua mais pronta jurisdicionalização, para que aquele relaxe a prisão, se ilegal, ou a convalide, se legal, hipótese em que o acusado não ficará preso se for adequada a liberdade provisória. Não exige a Constituição, contudo, que a tal comunicação se siga uma audiência de validação da prisão. Muito menos exige a Lei Maior que o preso seja imediatamente interrogado por um juiz, limitando-se a prever que, se interrogado – e nesse momento, normalmente o será por autoridade policial – terá o direito de permanecer em silêncio.

Por seu turno, o Código de Processo Penal, em seu artigo 306, determina apenas que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre sejam comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, fixando o prazo máximo de vinte e quatro horas, após a realização da prisão, para o encaminhamento do auto de prisão em flagrante àquele, sem olvidar do fornecimento de cópia integral para a Defensoria Pública, na hipótese de o indivíduo detido não possuir advogado. Ao final, o mesmo artigo ainda estabelece que no mesmo prazo será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Com vistas à adequação da legislação processual penal ao referido tratado internacional, houve a elaboração do Projeto de Lei 554/11, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, por meio do qual se pretendia dar a seguinte redação ao aludido dispositivo:

Art. 306 [...] § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Contudo, o referido projeto de lei veio a receber, quando em trâmite na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), uma emenda substitutiva apresentada pelo Senador João Capiberibe, a qual, devidamente aprovada – por unanimidade – naquela Comissão, alterou o projeto originário, conferindo-lhe a seguinte redação:

Art. 306. [...] § 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais,

devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º A oitiva a que se refere o § 1º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 3º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 4º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Da leitura do referido substitutivo, nota-se que há normativa praticamente completa sobre a audiência de custódia, sequer abrindo margem para interpretações sobre a autoridade a quem o preso deve ser conduzido (o juiz), ou a respeito do prazo em que tal medida deve ser viabilizada (em até vinte e quatro horas da prisão), além de cercar a realização da audiência de custódia das garantias do contraditório e da ampla defesa, quando prevê a imprescindibilidade da defesa técnica no ato.

Porém, até a presente data, tal projeto segue em tramitação²⁰ e o Codex Processual Penal ainda se vê inalterado neste tocante. Fato é, entretanto, que as audiências de custódia já são uma realidade em praticamente todo território brasileiro, sendo objeto de atenção e cuidado do próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski, de sorte que a implementação de tal instituto tem se dado por meio de Provimento editado pela Corregedoria dos respectivos Tribunais de Justiça do país.

Porque pioneiro na sua realização, foram os provimentos n. 3 e 4 de 2015 da e. Corregedoria e Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, questionados quanto à sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 5240, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, tendo como fundamentos principais para o reconhecimento da suscitada inconstitucionalidade, a usurpação de matéria de competência exclusiva da União, conforme artigo 22,²¹ do texto constitucional, porquanto criado verdadeiro ato processual por meio de normativo interno de Tribunal. Foi arguido ainda o impacto direto de tal provimento nas atividades dos Delegados, cujas atribuições possuem previsão específica na Carta Magna, no artigo 144, parágrafos 4º e 6º, de modo que tais profissionais não poderiam estar sujeitos a atos normativos, cuja abrangência necessariamente deveria ser interna aos integrantes do referido Poder Judiciário.

Em decisão do Pleno da Suprema Corte Brasileira, datada de 20 de agosto de 2015, a ação foi julgada improcedente, reconhecida a constitucionalidade dos Provi-

²⁰ Andamento disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>.

²¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]

mentos 3 e 4 de 2015, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de sorte que já superada no plano judicial tal questão.²² Porém, além dos argumentos mencionados sobre a aplicabilidade imediata de tal tratado, em razão da interpretação do texto constitucional, entende-se como importante mencionar não só a constitucionalidade, mas a convencionalidade dos referidos provimentos, em razão do conteúdo de outro artigo de extrema relevância do mesmo tratado internacional em análise, qual seja, o artigo 2º, que dispõe que

[...] se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Em comentário a tal artigo, o jurista Valério de Oliveira Mazzuoli dispõe que o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção Americana devem estar efetivamente garantidos no plano do direito interno de seus Estados-partes, quer por disposições legislativas, quer por disposições de qualquer outra natureza, nesta categoria, portanto, incluídos provimentos internos dos Tribunais de Justiça que se fizerem necessários para regular a realização de tal ato internamente nos respectivos Poderes Judiciários. Com isso, em nenhuma medida se afirma ser despicienda a alteração do Código de Processo Penal, mas apenas e tão somente se refuta de maneira definitiva a inconstitucionalidade de tais provimentos, bem como se reconhece sua convencionalidade, à luz do referido Pacto Internacional.²³

Ademais, o mesmo ilustre jurista comenta que não somente por disposições legislativas podem os direitos previstas na Convenção Americana serem protegidos, senão também por medidas de outra natureza. Nesse sentido, o que pretende o referido dispositivo ressaltar é que o objetivo maior de tão importante documento internacional é a proteção da pessoa, não importando se por ele ou outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo, ou Judiciário, etc.). Outra não poderia ser a conclusão já que os Estados-parte na Convenção têm o dever jurídico de adequar todo o seu direito interno às disposições convencionais que aceitaram quando da ratificação da Convenção, de sorte que tal dever geral implica que as medidas de direito interno têm de ser necessariamente efetivas.²⁴

Mencione-se, ainda, que no Direito Internacional Público, o dever dos Estados em realizar no seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações internacionalmente assumidas decorre de preceito consuetudinário de validade universal, não tendo feito a Convenção Americana mais do que apenas positivar, em documento escrito, tal regra já anteriormente aceita pela sociedade internacional em seu conjunto.

²² STF, ADI 5240, Ministro Relator Luiz Fux, DJU 02.09.15.

²³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. p.32.

²⁴ *Ibid.*, p. 33-34.

Contudo, especificamente quanto aos Provimentos n. 3 e 4 do E. TJSP entende-se que seus artigos 10²⁵ e 3²⁶, respectivamente, não são dotados da mesma constitucionalidade e convencionalidade acima mencionadas, em especial por estabelecerem tratamento diferenciado aos indivíduos detidos. A ofensa à constituição e à convenção que se constata, refere-se à previsão de não realização das audiências durante os finais de semana, obstando, assim, aos autuados em flagrante neste período (sábado e domingo) de serem apresentados perante um juiz de direito.

Neste sentir, não se pode entender como razoável, a alegação de questões de natureza estruturais como aptas a justificar o desrespeito de norma de conteúdo de direitos humanos. Não serve como justificativa a necessidade de tempo para a adequação dos órgãos estatais, para a completa implementação do referido instituto, visto que não cabe ao cidadão arcar com o ônus da ineficiência do Poder Público. Quanto a tal argumento, mister mencionar o perigo de sua aceitação por país que, tão somente com cerca de trinta anos de regime democrático, embora se afirme atento aos *standards* internacionais, muito tem ainda por fazer no que se refere ao fortalecimento de sua democracia.

Entendida como constitucional ou convencional tal situação proposta pelo mesmo provimento, chega-se à incômoda situação prática de se reconhecer a necessidade de relaxamento da prisão pela não apresentação de alguém que comete um ilícito de segunda a sexta-feira, sem que tenha sido apresentado em 24 horas perante um juiz de direito, reconhecida a audiência como ato essencial à regularidade da prisão em flagrante; enquanto para indivíduo preso pelo mesmo crime, porém, na sexta-feira, após o encerramento do expediente forense e até o domingo, sua prisão seria reconhecida como regular, já que justificado neste caso pelos aludidos Provimentos sua não apresentação.

Do mesmo modo, o parágrafo 2º, do artigo 3º, do referido Provimento n. 3,²⁷ também merece reparo, visto que autoriza a não apresentação do investigado, quando circunstâncias pessoais, cuja análise fica a cargo da d. autoridade policial, assim justificarem. Tal dispositivo estabelece cláusula extremamente aberta, enquanto o que se deveria viabilizar, em especial para as hipóteses de autuados feridos ou que demandem atendimento médico imediato, fosse a possibilidade de apresentação em prazo superior ao de 24 horas, sem simplesmente lhes afastar a possibilidade de contato com o magistrado, que, nestes casos, deverá ter especial interesse em entender sobre o estado de saúde do preso, com vistas à apuração de alguma violência ou tortura policial; outra finalidade que se presta tal apresentação do autuado, como deixa claro o próprio artigo 7º, do mesmo provimento.²⁸

A questão do prazo para apresentação, diga-se, é um dos pontos sensíveis relacionados ao instituto da audiência de custódia, em especial porque a Convenção em

²⁵ Art. 10. Não será realizada a audiência de custódia durante o plantão judiciário ordinário (art. 1127, I, NCSGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (art. 1127, II, NCSGJ).

²⁶ Art. 3º: A audiência de custódia será realizada nos dias da semana (de segunda-feira à sexta-feira) e durante o horário do expediente forense, observando-se a rotina de trabalho estabelecida pelos Juizes designados para o Departamento de Inquéritos Policiais da Capital. Parágrafo único. Fica estabelecido o limite de 16h30 para apresentação da pessoa detida, nos termos do artigo 3º caput e § 1º do Provimento conjunto nº 3/2015.

²⁷ Parágrafo 2º: Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem.

²⁸ Art. 7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessitar para a adoção de medidas tais como:

I - apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto;
II - determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.

seu artigo 7º não estabelece um prazo específico, consignando apenas que toda pessoa presa deve ser conduzida, *sem demora, à presença de um juiz*. Com relação à mesma Convenção e suas outras versões em línguas estrangeiras, tem-se que em espanhol, do respectivo texto consta a expressão “sin demora”, enquanto em inglês, é utilizado o advérbio de tempo *promptly* (“prontamente”), de modo que, muito embora não exatamente sinônimas, seus sentidos se mostram bastante semelhantes.

A mesma discussão surgiu em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, ante a diferença da terminologia utilizada na versão inglesa – *promptly* – e francesa – *aussitôt* – do mesmo dispositivo paralelo ao artigo 7º da Convenção Americana. Embora a primeira tenha o significado literal de prontamente, a segunda tem a conotação de imediatidade, pelo que se pode dizer que a Convenção Europeia foi ainda mais rigorosa do que a Americana no que se refere a esta garantia.

Em análise do referido artigo, a Corte Europeia, portanto, reconheceu que há muito pouco grau de flexibilidade para interpretar a expressão prontamente, de sorte que considerou, em alguns julgados, que a apresentação consiste em uma “*immediate judicial oversight*”.²⁹ Porém, também considerou importante se ater às especificidades de cada caso, sem que a avaliação de tais aspectos prejudique a própria essência do direito garantido pelo artigo.

Ainda com relação ao prazo para apresentação, mister mencionar as conclusões do estudo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo para subsidiar o referido PL 554/11,³⁰ que se baseou em grande parte na análise comparativa de legislações de países da Europa e também da América Latina, para concluir pela necessidade de limitação do período máximo de custódia antes da apresentação do autuado a um juiz; observado que se tratava de disciplina existente em todos os países estudados, no que diferiam substancialmente da realidade brasileira até a implementação do referido instituto.

Outrossim, não basta apenas que a pessoa detida seja apresentada no prazo estipulado, mas também que no mesmo prazo, para tanto estabelecido, haja apreciação judicial sobre a prisão por meio de decisão fundamentada. Neste tocante, mencione-se que a autoridade que deve exercer o controle da prisão, de acordo com o art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos será “um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

Na visão do ilustre professor Gustavo Badaró,³¹ tal expressão *juiz* não demanda maiores esclarecimentos, afirmando que se trata de autoridade judiciária, em relação a qual se exige os atributos do art. 8(1), quais sejam, independência, imparcialidade e competência estabelecida por lei.³²

Já a expressão *outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais* é mais problemática, segundo este mesmo jurista,³³ muito embora afirme que, no caso do

²⁹ CEDH. *Borgan e outros v. Reino Unido*, 1209/84, 11234/84, 11266/84 e 11386/84, sentença de 29.11.1988, § 62.

³⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos. *Apresentação do preso em juízo – estudo de direito comparado para subsidiar o PLS 554/11*. p. 1-23.

³¹ Gustavo Henrique R. I. Badaró. *Parecer formulado em razão de consulta do IDDD e da Defensoria Pública da União, para a Ação Civil Pública registrada sob o n. 8837-91.2014.4.01.3200*.

³² CIDH. *Acosta Calderón v. Equador*, sentença de 24.06.2005, § 80; *Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, § 119; *Cantoral Benavides v. Perú*, sentença de 18.08.2000, §§ 74-75.

³³ *Ibid.*

Brasil, a questão não demande maiores divagações, na medida em que a Constituição Brasileira prevê que a comunicação seja feita ao *juiz competente* (art. 5º, *caput*, LXII) e que a prisão ilegal será relaxada pela *autoridade judiciária* (art. 5º, *caput*, LXV). A este respeito, ademais, tem-se que o país está alinhado, inclusive, com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que não tem admitido que esse controle da legalidade da prisão seja realizado por membros do Ministério Público, que, muito embora atue também como fiscal da lei, no processo penal, é titular da ação penal e órgão acusador.³⁴

Outra não poderia ser a conclusão, considerado em especial que a denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de todo cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.

Segundo o jurista Carlos Weis, a realização de tal audiência aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência.³⁵

Por tais motivos, aliás, é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decidido reiteradamente que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”, e ainda, que “o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade”, concluindo que “o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no art. 7.5 da Convenção”.³⁶

Nesse contexto, não há como se concluir que o artigo 306 do Código de Processo Penal sobreviva ao controle de convencionalidade, quando comparado com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil voluntariamente aderiu, especialmente o Pacto de San José da Costa Rica, com aptidão, inclusive, de ensejar a responsabilização do país perante a aludida Corte.

Outrossim, considerada a finalidade do referido instituto, tem-se que este é requisito procedimental essencial, a se realizar antes de o juiz decidir sobre a legalidade e necessidade da prisão, conquanto mais se considerado que o controle de uma prisão já se dá na forma de contraditório diferido; circunstância esta que à evidência diminui a possibilidade de uma efetiva confrontação de argumentos, ainda mais se uma das partes está presa e não tem a chance de procurar documentos ou obter outros meio de prova que demonstrem a ilegalidade ou desnecessidade da segregação.

Destarte, a realização de uma audiência, levando-se o preso à presença do juiz, que deverá ouvi-lo, de viva voz, implementa um importante mecanismo dialético de

³⁴ Neste tocante, a Corte Interamericana decidiu que: “no puede considerarse que la declaración de las víctimas ante el fiscal cumpla con el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención de ser llevado ante un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” (*Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez v. Ecuador*, sentença 21.11.2007, § 84. No mesmo sentido: CIDH, *Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, § 119.

³⁵ WEIS, Carlos. Trazendo a realidade para o mundo do direito. *Informativo Rede Justiça Criminal*, edição 05.

³⁶ CIDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*, sentença de 30.10.2008. No mesmo sentido, cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*, sentença de 21.11.2007; *Caso García Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú*, sentença de 25.11.2005; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, sentença de 22.11.2005.

controle da legalidade e justiça da prisão cautelar. Neste tocante, especificamente a respeito desta questão, dispôs a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *Caso Chaparro Álvarez*, que:

[...] para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” ante un juez. La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad.³⁷

No caso de prisão em flagrante, essa situação é ainda mais relevante, porque a medida não é fruto de uma prévia decisão judicial, na qual um sujeito, independente e imparcial, decide sobre a presença ou não do pressuposto e dos requisitos da prisão. Assim, a audiência da pessoa presa, com a realização de seu interrogatório, integra o pressuposto constitutivo da medida cautelar. Se não for realizada a oitiva do preso pela autoridade judiciária, como mecanismo de controle de um ato realizado a *non iudice*, a prisão será ilegal, posto que não terá sido efetivamente convalidada, nos termos do que determina a Convenção.

Ressalte-se, ainda, que Corte Interamericana de Direitos Humanos tem considerado que o direito do artigo 7(5) não é satisfeito pelo simples envio ao juiz de um informe policial da realização da prisão:

El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.³⁸

Ao ouvir investigado, promotor e defensor, nesta nova audiência, o juiz tem oportunidade de examinar todos os fatos que militam a favor de sua prisão – e que foram considerados pela autoridade policial ao prendê-lo em flagrante delito – bem como considerar os argumentos contrários à prisão preventiva e decidir sobre sua manutenção, substituição por medida alternativa à prisão, ou mesmo sua simples revogação, tendo uma visão mais completa de toda situação.

A oitiva do preso, portanto, tem característica precípua de um interrogatório *pro libertate*, prescindindo, frise-se, de uma finalidade investigativa, que não pode o magistrado, em nenhuma hipótese, pretender lhe atribuir, sob pena de comprometer sua imparcialidade, a menos que necessária para a verificação de quaisquer das hipóteses

³⁷ *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez v. Equador*, sentença 21.11.2007, § 85. E, no *Caso Tibi a CIDH*, (*Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, § 118) que tal controle judicial deve se dar com “mediação processual”. A mesma expressão foi utilizada no *Caso Acosta Calderón*, no qual se acresceu: “el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente” (CIDH, *Acosta Calderón v. Equador*, sentença de 24.06.2005, § 78). No mesmo sentido: CIDH, *Bayarri v. Argentina*, sentença de 30.10.2008, § 65.

³⁸ CIDH. *Tibi v. Equador*, sentença de 07.09.2004, § 118. No mesmo sentido: *Acosta Calderón v. Equador*, sentença de 24.06.2005, § 78, considerou-se que “El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente”.

previstas no artigo 302, da legislação processual penal, no que se refere à existência de situação de flagrância.

Destarte, a audiência de custódia sem dúvidas possibilita ao indivíduo detido o exercício da própria autodefesa, esclarecendo sua posição com relação à individualização das exigências cautelares contra ele consideradas existentes, do mesmo modo como aprimora o seu conhecimento sobre a imputação que lhe é feita, visto que também incumbe ao magistrado esclarecer de maneira resumida, o motivo de sua prisão e finalidade da aludida solenidade.

Não há, porém, em regra, possibilidade de o investigado que se encontra preso, produzir provas orais, especialmente pela oitiva de testemunhas em tal audiência. O contraditório e a defesa se desenvolvem como atividade argumentativa e, do ponto de vista probatório, limitam-se à análise das provas já produzidas e constantes dos autos, à formulação de reperguntas de esclarecimento sobre aspectos objetivos da prisão e à juntada de documentos.

Anote-se, ainda, que o juízo a ser realizado neste ato é complexo e bifronte, porquanto não se destine apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro.

Nesse contexto, entende-se que com ela também surge uma figura totalmente nova no ordenamento processual brasileiro, qual seja, o Juiz de Garantias, cuja função jamais pode ser desempenhada pelo magistrado do processo criminal, sob pena de grave violação aos direitos de ampla defesa e contraditórios do autuado, visto que a versão apresentada em audiência de custódia poderia influenciar na formação da convicção deste segundo juiz sobre o mérito da pretensão acusatória, caso deduzida no futuro.

Outrossim, nessa audiência, duas são basicamente as atividades desse magistrado peculiar. A primeira corresponde a uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante; enquanto a segunda é de prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.

Em especial quanto a este segundo aspecto, é de se ponderar ainda que uma vez atuante o Ministério Público na audiência de custódia, com ampla possibilidade de verificação dos elementos colhidos pela autoridade policial, bem como de avaliação dos requisitos relativos à cautelaridade, à proporcionalidade e à adequação da prisão cautelar, conforme previsto no artigo 282, da legislação processual penal, imperativa é a conclusão pela impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz da custódia, sob pena de comprometimento, inclusive, de sua imparcialidade, para a hipótese em que não houver representação da d. autoridade policial ou requerimento do órgão ministerial.

Isto porque o direito à apresentação sem demora do autuado perante o juiz, bem como de realização de audiência de custódia para verificação da regularidade de sua prisão e necessidade de sua manutenção, somados aos dispositivos introduzidos pela Lei n. 12403/11, em especial a nova redação dada ao artigo 311, do Código de Processo Penal – por meio do qual a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz se faz possível somente no curso da ação penal – obstam qualquer conduta do juiz sem prévia provocação, no que se refere ao decreto da prisão preventiva, que ganha contornos ainda mais marcantes de excepcionalidade.

Deste modo, se não sustentada a necessidade da prisão, seja pelo órgão investigador, seja pelo órgão acusador, e a persecução penal tenha apenas se dado por iniciada, sem que haja ação penal em curso, outro não pode ser o entendimento à luz dos paradigmas introduzidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto à atuação do Juiz de Garantias, que existe, primordialmente, para que a privação da liberdade do indivíduo se faça apenas e tão somente nos casos estritamente necessários e proporcionais.

4. Conclusão

Diante de todo o exposto, em primeiro lugar, tem-se que como inconcebível que, justamente o maior país latino-americano, em extensão territorial, e detentor das maiores diversidades, desconheça e, portanto, não utilize o principal instrumento regional de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no continente americano, qual seja, o Pacto de San José da Costa Rica.

Demais disso, tem-se também que o Processo Penal, como ramo do Direito que mais sofre a influência da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, impõe o reconhecimento da existência de um *devido processo*, não apenas legal e constitucional, mas também convencional. Neste sentido, aliás, são as lições do Nereu Giacomolli, quando afirma que:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ética política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.³⁹

Inserida no devido processo convencional, portanto, está a audiência de custódia, cujas vantagens são inúmeras, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Não apenas isso, esse instituto inaugura a figura de um novo juiz – cuja função precípua é de velar pela observância das garantias fundamentais do indivíduo detido, ao se promover, por seu intermédio, o contato do magistrado com o preso, superando-se, desta forma, a distância estabelecida no art. 306, § 1º, da legislação processual, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Deste quadro, por conseguinte, afigura-se inquestionável a incompatibilidade do sistema brasileiro, segundo o qual basta que o juiz seja comunicado imediatamente da prisão, instrumentalizado pela regra supramencionada do Código de Processo Penal, que prevê que, em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, especificamente no que se refere ao conteúdo do seu artigo 7º (5).

³⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal* – abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. p. 12.

Por fim, também em sede de conclusão, mister mencionar a perspectiva trazida pelo brilhante jurista Aury Lopes Junior, sobre o instituto em questão, com a certeza de que a audiência de custódia é somente o primeiro passo para a mudança de tantos paradigmas dentro do sistema de justiça criminal, no que pertine à observância das normas internacionais de Direitos Humanos:

Parece-nos possível identificar, na superação deste enclausuramento normativo que somente tem olhar para o ordenamento jurídico interno, o surgimento, talvez, de uma nova política-criminal, orientada a reduzir os danos provocados pelo poder punitivo a partir do diálogo (inclusive) dos direitos humanos. É imprescindível que exista uma mudança cultural, não só para que a Constituição efetivamente constitua-a-ação, mas também para que se ordinarize o controle judicial de convencionalidade. Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o Código de Processo Penal, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias.⁴⁰

Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Parecer formulado em razão de consulta do IDDD e da Defensoria Pública da União, para a Ação Civil Publica registrada sob o n. 8837-91.2014.4.01.3200.*

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos. *Apresentação do preso em juízo – estudo de direito comparado para subsidiar o PLS 554/11.*

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal – abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica.* São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – pactos de San José da Costa Rica.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES JUNIOR, Aury. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 17, set./dez. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. p. 16.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Seaf, 1997.

WEIS, Carlos. Trazendo a realidade para o mundo do direito. *Informativo Rede Justiça Criminal*, ano 3, ed. 05, 2013. Disponível em: <www.iddd.org.br/Boletim_Audiencia-Custodia_RedeJusticaCriminal.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2015.

Sites consultados:

<<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/brasil-e-o-11-pais-mais-inseguro-do-mundo-no-indice-de-progresso-social.html>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<<http://www.nevusp.org/downloads/down099.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

<<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.394.02port.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

<http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

<http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

A atuação do “juiz incompetente” nas cautelares: busca e apreensão versus prisão em flagrante

Érica Marcelina Cruz

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

À primeira vista, pode parecer que o título contraria todo o arcabouço jurídico que orienta a problemática da competência. Talvez, no mesmo momento, ou em um segundo olhar, pode-se pensar que a chamada atemorize os juízes. Surge a primeira indagação: se eu, juiz, já diante do incontável número de demandas para cuja apreciação sou competente (sou o juiz natural do feito), não consigo, em tempo razoável, prestar a atividade jurisdicional, como exigir minha atuação em casos para os quais sou, por regramento legal, tido por incompetente? Em síntese, quando o juiz “incompetente” deverá atuar?

Registre-se a singeleza da resposta, mas a magnitude do conteúdo: toda vez que a *quaestio iuris* ao menos tangenciar a temática prisão *versus* liberdade, o juiz, ainda que tido por incompetente pelas regras processuais, será competente para solução do referido conflito, simplesmente: 1) porque o Estado, como estrutura organizada, somente existe pelo ser humano (e basta ser humano para titularizar direitos essenciais a esta condição); 2) com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (até porque, a maior afronta ao princípio em tela, após violação do direito à vida, é a violação ao direito à liberdade); 3) em virtude da situação posta à análise, consistente na permanência no cárcere ou retorno imediato à sociedade, exige-se do Estado-juiz uma resposta célere e eficaz.

Evidentemente que não se pretende trazer uma imposição de atuação ao julgador e nem mesmo construir um raciocínio isento de críticas e inaplicabilidade no cotidiano do exercício da atividade jurisdicional. De outro viés, o escopo não é discursar, por linhas a fio, de forma, absolutamente, abstrata. Ao contrário, tenciona-se conjugar, adequar, concatenar: teoria e prática. Pensamos: de que serve o arcabouço teórico, senão para aprimorar a atividade desenvolvida, a tão falada e (mal falada, às vezes) prestação da tutela jurisdicional no âmbito da justiça criminal! Quão entorpecido pela loucura seríamos nós ao impor pensamentos imutáveis! Diversamente. Se a leitura do pensamento a seguir esboçado puder contribuir ao menos para traduzir, no receptor, a sensação que muitas vezes transferimos para o verbete: nunca havia pensado nisto ou nunca havia observado por este ângulo; certamente, já estaremos envaidecidos, somente pelo prazer de compartilhar o tempo despendido de cada qual (escritor e leitor).

2. Detalhamento sobre a busca e apreensão

A busca e apreensão é uma medida cautelar de natureza penal prevista nos artigos 240 a 250, do CPP.

É certo que ela excepciona os direitos individuais consagrados, em especial, no artigo 5º, incisos X e XI, da Constituição Federal.

A fim de evitar o perecimento da prova, pela morte da pessoa (prova pessoal), ou pela alteração ou destruição da prova material (prova real), a medida cautelar de busca e apreensão tem por escopo perpetuar a prova antes ou durante o inquérito policial, bem como durante a ação penal e até mesmo durante a execução da pena.¹

Não obstante a jurisprudência venha a afastar, em determinados casos, a ilicitude da prova, reconhecendo a legitimidade da conduta policial e, por via correlata, o auto de prisão em flagrante, quando o indivíduo/suspeito é surpreendido em seu domicílio armazenando substância entorpecente e, por assim o ser, em estado de flagrância, a doutrina ainda invoca, nestes casos (e em razão da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio), a obrigatoriedade de mandado de busca e apreensão. Nesta toada, vejamos:

Conquanto a obrigatoriedade de mandado de busca e apreensão não evite tais equívocos, até porque o próprio judiciário dificilmente negaria um mandado a uma autoridade policial que indique estar pretendendo realizar uma busca relacionada a crime de tráfico de entorpecentes, a exigência do mandado evitaria que policiais, quando equivocados em uma invasão, fossem obrigados a dissimular apreensão das drogas para evitar possíveis punições funcionais ou mesmo indiciamento pelo crime de abuso de autoridade. A exigência de mandado de busca viria em favor da própria atividade policial, em favor de sua sinceridade nos depoimentos e em benefício da busca pela verdade, tornando a prova do flagrante, do inquérito e do futuro processo menos suspeita.²

A justificar a competência do juiz que concedeu a medida cautelar de busca e apreensão em detrimento daquele que tem jurisdição no local em que o crime ocorreu está a prevenção.

A competência do juiz preventivo está pautada no raciocínio segundo o qual foi ele quem, ao conceder, v.g., a providência acautelatória que culminou com a prisão em flagrante do indiciado que praticava o crime (finalidade esta do mandado de busca, ou seja, suspeita da prática daquele específico delito, o qual, com o resultado da diligência, veio a se materializar), iniciou a colheita de prova. Isto porque o objetivo da medida cautelar em foco é justamente “perpetuar a prova”.

“A doutrina nacional unânime considera a busca e apreensão uma providência acautelatória, uma medida cautelar de natureza criminal visando a assegurar a obtenção e a perpetuação de uma prova, evitando seu perecimento”.³

¹ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 381.

² VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 119.

³ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 384.

Acontece que o perecimento da prova não pode ser evitado “a qualquer custo”. A hipótese em que um juiz, *a priori* absolutamente incompetente, concede a busca e apreensão pode ensejar a nulidade do processo.

Por outro lado, mesmo em relação aos meios de obtenção de prova, como as buscas e apreensões (CPP, art. 240) e as interceptações telefônicas (Lei 9.296/1996, art. 2º), se determinados por juiz incompetente, haverá nulidade nos casos em que, quando a medida foi decretada, os elementos de informação até então colhidos já permitiam a constatação da incompetência do juiz (p.ex.: um furto realizado contra a Caixa Econômica Federal, cuja busca e apreensão foi determinada por um juiz estadual).⁴

Entretanto, podemos assentar, de proêmio, que a hipótese supramencionada se constitui em exceção. A regra é a de que, mesmo o juiz inicialmente incompetente, deva se pronunciar sobre a cautelar, se, para tanto, houver motivação exarada nos autos. O que deve ser preservado, em todos os casos, e em especial nesta situação de urgência, é a imparcialidade do julgador. O norte é o de que o juiz, cuja competência era questionável, se pronunciou sobre a cautelar, isento de quaisquer interesses pessoais, mas, sim, única e exclusivamente, para fins de, em primeiro plano e como genuína fundamentação, dar concretude aos ditames constitucionais, sejam eles relacionados a direitos e garantias individuais (artigo 5º, da CF), sejam pertinentes à ordem pública constitucionalmente consagrada (artigo 144, da CF). Em suma, para quaisquer dos bens jurídicos que se busque tutelar, exige-se, do magistrado, “ser tão imparcial quanto no processo”.

Ora, se no curso da investigação criminal o juiz é chamado a proferir decisões de suma relevância, com a possibilidade de produzir graves efeitos sobre a vida, a intimidade e o patrimônio do investigado, não há nenhuma razão para considerar que este juiz não precisa ser “tão imparcial” quanto o juiz do processo. Nada justifica que se possa dispensar ou abrir mão de relevante mecanismo que permite afastar situações de risco de um julgador parcial, como o caso da garantia do juiz natural. Por tudo isso, é de se concluir que a garantia do juiz natural também se aplica ao juiz que atua durante a fase da investigação preliminar.⁵

Sustenta-se que o juiz, ao deferir a cautelar restritiva de direitos, por ter o dever de motivar sua decisão, debruçou-se sobre o fato objeto de investigação e dele tem conhecimento a ponto de se tornar competente, para receber a ação penal e presidir a instrução, pela prevenção. É como se a decisão primeira sobre a medida cautelar (as mais corriqueiras: busca e apreensão e interceptação telefônica) descortinasse o caminho para a futura comunicação entre as partes no processo-crime.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014. p. 237.

⁵ Idem. p. 237-238.

*Esta visão alargada da decisão faz-nos ver que se trata de um processo dentro de outro processo, muito mais amplo que a estrita deliberação individual. O ato decisório é visto aqui como um componente de uma situação de comunicação entendida como um sistema interativo.*⁶

Até para que não se descure da seriedade de que deve estar imbuído o magistrado quando concede a medida cautelar, ponderando e readequando interesses e direitos individuais em prol do interesse público, em garantia da preservação da sociedade, em linhas gerais, é que deverá motivar sua decisão.

Sobre a leitura geral das cautelares a partir de primados do direito comparado e tendo em vista a submissão ao princípio da proporcionalidade, já se obtemperou pressupostos materiais, quais sejam: “1º) forte suspeita de cometimento do delito (*dringend Verdach*); 2º) o motivo da prisão (*Halfgrund*)”.⁷

Encerramos este primeiro quadro dizendo que as cautelares de busca e apreensão e interceptação telefônica se tornaram o último respiro de sobrevivência da atividade investigativa, dado seus problemas estruturais que contribuem para a não solução da autoria dos crimes, estes em aumento progressivo. A garantia do juiz natural é aplicável à identificação do magistrado competente para deferir a medida de urgência. Não há desrespeito ao indivíduo investigado quando a concessão da medida vem amparada em decisão comunicativa e transparente e, por assim sê-lo, fundamentada, ainda que apenas, posteriormente, (em uma segunda fase, a processual) possa ser contraditada (contraditório diferido). O julgador que concedeu a medida cautelar, primeiro tomou conhecimento sobre o fato e, certamente, já está cunhado da amplitude para futura condução da ação penal de forma mais eficaz e justa.

3. A competência prevista no artigo 70, do CPP e a prevenção

Em processo penal, hodiernamente, nada é construído sem os alicerces do direito constitucional. Ou melhor, qualquer ramo do direito somente tem existência, hoje, de forma constitucionalizada. Portanto, a *fortiori*, em se tratando do direito penal e do direito processual por meio dos quais podemos atingir um dos bens mais caros do indivíduo, qual seja, sua liberdade de ir e vir.

É inquestionável que ao poder jurisdicional incumbe assegurar o cumprimento das normas constitucionais, mantendo sempre o curso do poder estatal em direção à proteção da dignidade humana. [...] Na justiça penal, os princípios constitucionais avultam em importância, porque têm como objetivo a proteção do direito de liberdade do indivíduo. [...] Para o processo penal, a existência de princípios constitucionais específicos demonstra que a importância do processo supera o fato do mesmo ser também um instrumento de aplicação do direito penal material. É instrumento de realização de justiça, em um

⁶ FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 89.

⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual – comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 37.

*contexto de legalidade e garantia ao respeito dos direitos constitucionais daquele a quem se impute a infração penal.*⁸

Prestigia o postulado da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio do devido processo legal, saber, o acusado, de antemão, desde a fase administrativa inquisitiva (o limiar do inquérito policial), quem é o juiz destinado, por lei, a decidir.

*A garantia do juiz natural aparece tradicionalmente ligada ao processo penal, ou melhor, a definição do juiz competente para o processo penal condenatório. Resta saber se esta mesma garantia deve ser aplicada ao juiz que atua durante a fase de investigação preliminar, seja ela realizada por meio de inquérito policial, ou por outro instrumento. [...] O ordenamento não pode se comportar de forma diversa, com relação à imparcialidade, conforme se trate de ato jurisdicional a ser praticado na fase de investigação ou durante o processo. [...] O juiz que atua durante a investigação preliminar é um juiz como todo e qualquer juiz. Tem as mesmas prerrogativas, iguais garantias e se submete a idênticas vedações constitucionais e impedimentos legais. [...] Também no inquérito ou qualquer outra forma de investigação preliminar há o direito ao juiz natural e, conseqüentemente, de que os atos jurisdicionais eventualmente praticados sejam emanados de juiz competente. O juiz que decreta medidas cautelares no curso do inquérito policial deve ser um juiz predeterminado por lei.*⁹

De outra banda, se as regras sobre competência já estão postas, como compartilhar a modificação pela prevenção com o princípio do devido processo legal? De forma embrionária, respondemos: entendendo o postulado do devido processo legal como garantia do indivíduo frente ao Estado, a fim de admitir que o representante deste mesmo Estado em matéria jurisdicional (o magistrado, Estado-juiz), seu futuro julgador (com análise profunda do mérito – sentença condenatória ou absolutória) deva ser escolhido, primeiramente, por lei, como sendo aquele que mais conhecimento possui sobre o fato.

Não sem razão, o juiz preventivo é aquele que se antecipou aos demais, que veio primeiro, ou seja, que já conhece (correndo o risco de dizer) mais do que outros o fato e, portanto, que este conhecimento aprofundado já lhe torna competente (ao menos se comparado aos demais, igual e tecnicamente competentes) para apreciar a causa (para julgar o fato atribuído ao suspeito, indiciado, réu e sentenciado). O que este juiz antecipa em relação aos outros é o conhecimento fático.

“Prevenir tem o sentido de vir antes, antecipar, chegar antes, ou seja, entre dois juízes igualmente competentes para o julgamento de determinada demanda, um deles, de algum modo, antecipou-se ao outro, tornando-se ele o competente.”¹⁰

⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 470.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014. p. 236-237.

¹⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

“O vocábulo *prevenção* vem do latim (anteceder). Prevenção é antecedência. Juízo preventivo, nos termos do artigo 83, do CPP, é o que antecede outros na prática de algum ato referente a uma infração penal, ainda que anterior ao início da ação penal”.¹¹

O que contempla o raciocínio segundo o qual o juiz competente para processar o inicial suspeito é aquele que decretou a busca e apreensão, ainda que em comarca diversa da do local do crime onde, posteriormente, tenha ocorrido a prisão em flagrante, é justamente a circunstância de ele ter tomado conhecimento primeiro sobre a situação fática posta a exame judicial e concluído que havia indícios suficientes da prática de um crime pelo primordial averiguado. Além disso, a decisão que concede a busca e apreensão deve ser motivada. Logo, o raciocínio positivo do juiz, v.g., no sentido de que existiam elementos capazes de restringir a liberdade e autorizar o ingresso de policiais no domicílio do indivíduo, o torna competente (prevento) para analisar o mérito, caso venha a se originar a ação penal.

Registre-se que o entendimento pela existência da fundada suspeita que leva a autorizar a busca e apreensão a ser exarada em decisão judicial atrai a análise dos demais pleitos.

Sobre a construção dos elementos que culminam com a autorização para o procedimento policial de busca e apreensão, tem-se:

*El acto debe estar munido de suficientes recaudos para no afectar la libertad individual. Procede ante la fundada sospecha de que en un lugar determinado se encuentra el objeto o la persona cuyo secuestro o captura es requerida para el proceso. La sospecha debe surgir de indicios suficientes que lo hagan presumir. En todos esto está el límite que debe imponer el tribunal. La resolución debe ser fundada en las constancias de autos, con expresión del motivo que justifica la medida. Lo común es que el registro se practique durante la investigación instructoria, pero es procedente también en el plenario y durante el debate oral.*¹²

Veja-se que, em ação penal promovida para a apuração de crime de tráfico e associação para o tráfico de drogas precedida de pedido cautelar de interceptação telefônica, a Corte Bandeirante afastou o critério da territorialidade (local de apreensão do entorpecente) e apontou, como competente, o juízo que concedeu a cautelar de interceptação telefônica. Fundamentou-se que a investigação teve início com a remessa de informações relacionadas com o desenvolvimento de atividades criminosas pela organização mencionada e que o juízo competente foi o que deferiu as interceptações telefônicas que culminaram com a prisão em flagrante do indiciado. Esclareceu-se que, ainda

¹¹ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal e aos dispositivos correlatos de toda a legislação especial inclusive o Código de Processo Penal Militar*. São Paulo: Edipro, 2002. v. I, p. 1011.

¹² CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Atualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2008. t. II, p. 389-390. (O ato deve estar fundamentado em suficientes elementos para não afetar a liberdade individual. Precede antes da fundada suspeita de que, em um determinado lugar, se encontra o objeto ou a pessoa cujo sequestro ou captura são requeridos antes da formação do processo. A suspeita deve surgir de indícios suficientes que não podem ser presumidos. Para todas estas situações deve existir um limite a ser imposto pelo tribunal. A solução deve estar fundamentada na concretude dos autos, com externação do motivo que justifica a medida. É comum que as medidas restritivas ocorram durante a investigação, mas é possível que também incidam durante a instrução - tradução livre).

que, em regra, a competência deva ser fixada pelo local da infração (CPP, artigo 70), há de se considerar o caráter permanente do crime de tráfico e associação para o tráfico de drogas. Desta feita, certo de que o suposto ilícito se desenvolveu em diversas comarcas, a competência deve ser fixada pelo critério da prevenção (CPP, artigo 83). Logo, ante a existência de pedido cautelar de interceptação telefônica anterior à denúncia, bem assim o fato de que a prisão em flagrante do investigado se deu em consequência do provimento cautelar deferido pelo juízo diverso do local em que ocorreu a prisão, é dele a competência para conhecer e julgar a ação penal em exame.¹³

Também já se decidiu que é preventivo o juiz que primeiro tomou conhecimento dos fatos, ao deferir pedido de mandado de busca e apreensão formulado pelo Ministério Público, de acordo com o artigo 83 do CPP.¹⁴

Não se ignore, contudo, decisões com entendimento diverso do acima explanado. A título ilustrativo, cumpre conferir os fundamentos do julgado relativo ao processo em que o juízo deferiu mandados de busca e apreensão para apurar furto em sua comarca e em comarca diversa. Acontece que diversos bens subtraídos foram encontrados em locais pertencentes a juízo diferente. Entre os bens localizados, existiam aqueles roubados de uma determinada vítima, cujo local do crime era distinto daquele onde atuava o juízo que concedeu a cautelar. Neste caso, o Tribunal entendeu que, embora o juízo que deferiu a cautelar tivesse tido participação ativa no persecutório policial, uma vez que determinou o cumprimento do mandado de busca e apreensão, não se tornaria, automaticamente, competente para apreciar o crime consumado em comarca distinta. Acrescentou-se que não se poderia cogitar da regra da prevenção, nos termos do artigo 83 do CPP, justamente em virtude da autonomia dos delitos apurados.

Observe-se que a conclusão exarada no julgado acima mencionado não é tão díspare dos parâmetros judiciais que concluem pela competência por prevenção. Na realidade, o que se pode assentar é que, se a finalidade que influenciou o juízo para entender pela necessidade de deferimento da cautelar de busca e apreensão ou interceptação telefônica, v.g., foi aquela atingida quando do cumprimento da medida cautelar, ele será o competente, pela prevenção, de acordo com o artigo 83 do CPP. Contudo, se durante o cumprimento da cautelar verificar-se a ocorrência de delito diverso, com contornos totalmente alheios àqueles parâmetros que convenceram o juízo que inicialmente tomou contato com as diligências policiais, incidirá o regramento indicado no artigo 70 do CPP, isto é, o juiz competente para apreciar o feito é o do local em que ocorreu a infração penal.

É imperioso ter como norte que a autoridade que decretou a medida cautelar (em especial, por serem as mais frequentes na rotina de trabalho do juiz criminal, a busca e apreensão e/ou a interceptação telefônica) será a competente para apreciar o mérito da nascente ação penal e, conseqüentemente, para presidir todo o feito. Contudo, a jurisprudência já excepcionou os casos em que a finalidade do mandado de busca e apreensão era diversa e acabou por gerar o descobrimento de outros delitos contra os quais não havia nem sequer notícia de sua ocorrência durante a fase investigativa.

Nesta quadra, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao examinar conflito negativo de competência, já sedimentou que:

¹³ TJ/SP, Conflito de Jurisdição nº 0170087-72.2012.8.26.0000, Relator: Camargo Aranha Filho, data do julgamento: 04/02/2013.

¹⁴ TJ/SP, Conflito de Jurisdição nº 0243258-62.2012.8.26.0000, Relator: Camargo Aranha Filho, data do julgamento: 04/02/2013.

Trata-se de Conflito Negativo de Competência estabelecido entre o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Samambaia/DF, suscitante, e os Juízos de Direito da 2ª. Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais de Brasília/DF e da Vara de Valparaíso de Goiás/GO, ambos suscitados. Depreende-se dos autos que a Polícia do Distrito Federal deflagrou operação policial objetivando dismantelar quadrilha especializada em roubos e furtos de veículos automotores no Distrito Federal posteriormente trocados por drogas com traficantes do Estado do Paraná para serem novamente distribuídas na Capital Federal. 3. Durante as investigações, foram autorizadas interceptações telefônicas e medidas de busca e apreensão pelo Juízo da 2ª. Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Samambaia/DF. Durante o cumprimento desta última na residência de uma das componentes da quadrilha, situada em Valparaíso/GO, foram apreendidas as drogas que alicerçaram a materialidade do auto de prisão em flagrante. [...]

1. No caso concreto, a competência para o processamento e julgamento da Ação Penal pelo crime de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes, pelo qual foram denunciados os acusados é do local onde foi efetuado o flagrante e o auto de prisão. 2. Não há que se falar em prevenção se o Juiz que autorizou a medida de busca e apreensão em Inquérito que apurava inicialmente crimes de roubo/furto de veículos automotores e formação de quadrilha é absolutamente incompetente, segundo as regras de organização judiciária, para apurar delitos de tráfico, ausente indícios de conexão ou mesmo denúncia pelos crimes originalmente investigados.¹⁵

Já a Corte Constitucional excluiu a competência do juízo que concedeu a cautelar, contudo, exarando a ausência de nexo de causalidade entre a medida acautelatória de busca e apreensão e o resultado da diligência, obtido por outros meios. Enfatize-se que, no julgado a seguir colacionado, a prisão de um dos acusados ocorreu, exclusivamente, porque houve indicação de corrêu, não tendo, portanto, causa direta no cumprimento de mandado de busca e apreensão. Esclareceu-se, também, que em se tratando de crime permanente, é dispensável a medida cautelar em voga, não havendo qualquer violação ao domicílio, quando da prisão em flagrante do autor daquele assim surpreendido. Esta segunda conclusão, como vimos anteriormente, é questionável no âmbito doutrinário. É imperioso, contudo, externar, primeiramente, os pontos significativos das lições emanadas pela Corte Suprema neste talante:

[...] II – Não há falar em incompetência do Juízo que determinou os mandados de busca e apreensão ante a ausência do nexo de causalidade entre as armas encontradas e os mandados de busca e apreensão ora impugnados. III – É orientação desta Corte ser dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Precedente. É que, embora a Polícia

¹⁵ STJ, Conflito de Competência nº 107.281 – DF (2009/0143417-4), Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: S3 – Terceira Seção, data do julgamento: 28/10/2009.

Federal tenha saído para cumprir os mandados de busca e apreensão expedidos pelo Juízo da Vara do Júri e das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto/SP, é certo que as armas não se encontravam em nenhum dos imóveis referidos nos mandados. Os autos dão conta de que elas foram localizadas pela indicação de um corréu, que se encontrava em uma dessas residências. Como bem afirmou a Subprocuradora Cláudia Sampaio Marques, não há, portanto, “o nexo de causalidade entre a prova obtida quando da realização do flagrante e os mandados de busca e apreensão ora impugnados”. Ressalto, por fim, que o acórdão ora impugnado não merece reparo no ponto em que destaca ser “dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas”.¹⁶

Mitigando a regra da competência territorial, embora trazendo a visão da problemática penal europeia, Bernd Schünemann alerta que apenas considerar como juízo competente aquele onde o crime ocorreu (local do crime – prática da conduta) pode não ser suficiente quando se tem, para apreciação, os chamados crimes transnacionais. Neste aspecto, o juiz chamado a atuar deve ser aquele do local em que a investigação pode ser conduzida de forma rápida e eficaz. Contudo, não se defende a escolha, pela Autoridade Policial, do julgador que, por conhecimento prévio de suas decisões, tenha maiores chances de lhe deferir o pedido de medida cautelar restritiva de direitos. Deve existir o mínimo liame entre o juízo indicado para a cautelar e a prática de diversos crimes, sob pena de infração ao princípio do juiz natural e, por via transversa, se acabar, de forma ilegítima, no Estado Democrático de Direito, por permitir que a Autoridade Policial escolha, de acordo com seus interesses na facilidade da investigação, o julgador que lhe interesse. De outra banda, uma escolha baseada apenas no lugar do crime, para o desenvolvimento das investigações em delitos com diversas ramificações, pode culminar com o não esclarecimento da autoria e não comprovação da materialidade, de forma a tornar a futura prestação da atividade jurisdicional ineficiente.

No caso de crimes transnacionais, com suas numerosas conexões que normalmente justificariam o exercício da jurisdição nacional, uma regulação inflexível não seria sequer conceitualmente possível na maioria dos casos. Uma escolha baseada em um só aspecto (e.g. o lugar onde o ato foi praticado) sempre traria consigo o risco de processos serem conduzidos por um estado no qual se verifica um nexo mais ou menos circunstancial com o total da “arquitetura criminal”. Isto frequentemente tornaria impossível uma investigação concentrada e proceduralmente eficiente, o que interessa a todos os envolvidos. Especialmente no caso de crimes nos quais a conduta é praticada longe do lugar onde o dano se perfaz, este critério pode parecer inadequado e, do ponto de vista da economia processual, categoricamente inútil, particularmente quando a violação do bem jurídico pretendida pelo arguido ocorre em outro estado. Deixando de lado o fato de que a necessidade de prevenção é maior onde a violação do bem jurídico se efetua, o lugar onde a conduta é praticada pode,

¹⁶ STF, RHC 121419/SP, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, data do julgamento: 02/09/2014.

em uma Europa que é caracterizada pela liberdade de circulação, frequentemente ser o resultado do puro acaso, como ocorrerá, por exemplo, se alguém postar uma carta fraudulenta em algum lugar durante uma viagem por diversos estados-membros. A necessidade de flexibilidade não nasce simplesmente de considerações de rapidez, mas também de considerações de justiça material, já que o objetivo de apurar a verdade pode ser melhor alcançado naquela jurisdição, por exemplo, onde a maior parte da prova está localizada e na qual, conseqüentemente, os passos investigativos podem ser conduzidos de forma rápida e bem-sucedida.¹⁷

Por tudo o que foi explanado até o presente momento, seria certo apostar que o juiz que deferir a cautelar será o competente para apreciar o mérito e, conseqüentemente, o único a ter, para si, atreladas todas as demais questões processuais. Construído este raciocínio, vamos desconstruí-lo! Como tudo em direito: Depende. Na hipótese de comunicação da prisão em flagrante, passem, ousamos dizer que “todo juiz ‘pode’ se tornar competente para ser comunicado”. Vejamos.

O artigo 5º, inciso LXII, da CF e o artigo 306, *caput*, do CPP impõem a comunicação da prisão ao juiz competente. Mas e se a comunicação da prisão for direcionada ao juiz incompetente? O que fazer? Encaminhar, o julgador, ao juiz competente? E o tempo deste trâmite procedimental? Autoriza-se a perpetuação da prisão em flagrante, ainda que por “curto” espaço de tempo, mas, evidentemente, já superior a 24 horas?

Temos a seguinte problemática: o juiz que foi comunicado da prisão em flagrante é diverso do magistrado que concedeu a cautelar de busca e apreensão, em razão da qual se originou a citada prisão cautelar do autor do crime. Qual a postura legítima a ser adotada por este magistrado “incompetente e comunicado”? Parece-nos que, diante dessa hipótese (ponto nevrálgico deste nosso estudo), haverá a desconstrução de todo o pensamento anterior. É o que nos espera no tópico seguinte, se a leitura já não estiver exaustiva!

4. O direito à liberdade

No Estado Democrático de Direito, o ser humano não é objeto de investigação. Esta simples, e ao mesmo tempo complexa, constatação espraia inúmeros reflexos. Ora, se assim o é, a investigação deve ser freada se e quando o juiz constatar abuso do agente estatal, obviamente, com violação aos direitos fundamentais.

Se é classificada como abuso, a conduta investigativa não encontra respaldo, nem na ponderação de direitos, e muito menos na fundamentação de que tal ato é permitido porque “não existe direito absoluto”.

Aliás, já se começa a pensar que existe um direito universal absoluto, qual seja, a vedação à prática de tortura. Aqueles que ainda questionam a assertiva de que há um (até porque o único admitido pela doutrina) direito absoluto (a vedação a práticas que infligem sofrimento ao ser humano), por acreditaram no dogma tão disseminado em di-

¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marciel Pons, 2013. p. 278.

reito – o de que não existe nenhum direito absoluto –, permanecerão, no mínimo, em ambiente de dúvida, quando se depararem com narrativas tais como a seguir exposta.

No pau-de-arara penduraram Zezinho, que estava na PE por conta de crimes militares. Ailton explicou – enquanto os soldados demonstravam – que essa modalidade de tortura ganhava eficácia quando associada a golpes de palmatória ou aplicações de choques elétricos, cuja intensidade aumenta se a pessoa está molhada. Começa a fazer efeito quando o preso já não consegue manter o pescoço firme e imóvel. Quando o pescoço dobra, é que o preso está sofrendo, ensinou o tenente-professor. O Exército brasileiro tinha aprendido a torturar.¹⁸

Diante da constatação da prática de tortura, inegável a conclusão de que sua vedação deve ser considerada como direito absoluto.

É rudimentar a constatação de que o juiz incompetente, que recebeu a comunicação do auto de prisão em flagrante e que também é cientificado da notícia da fundada suspeita da prática de tortura contra o autuado pelos agentes estatais, v.g., ou da figura do flagrante forjado, torna-se “competente” para apreciação da legitimidade da prisão em flagrante do suspeito, isto em virtude da provável ocorrência do abuso do direito por parte dos agentes do Estado (suspeita da prática do crime de abuso de autoridade). Em síntese, o juiz incompetente porque não concedera a cautelar de busca e apreensão (decisão esta de outro magistrado), torna-se competente para apreciar uma exclusiva questão: a relacionada à liberdade do indivíduo autuado em flagrante delito pela autoridade policial. Não é sem razão que já se disse que quanto mais respeito houver pela liberdade individual, mais contorno democrático terá o sistema jurídico em foco.

“Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática”.¹⁹

Isto implica em dizer que o juiz não é um chancelador da conduta praticada pela Autoridade Policial, mas, sim, um garantidor dos direitos individuais e propiciador de um tratamento digno ao indivíduo, desde sua qualificação como investigado. É por este fundamento que se afirma que, mesmo o juiz incompetente, quer porque o crime não foi cometido no local em que exerce parcela do seu poder jurisdicional (competência prevista no artigo 70, do CPP), quer porque não foi ele quem concedera a cautelar de busca e apreensão (regra da prevenção, nos termos do artigo 83 do CPP), tem o dever de, ao tomar contato com o auto de prisão em flagrante, analisá-lo sob a ótica da liberdade do indivíduo.

Com isto não se quer dizer que é dever do juiz, automaticamente e sem reflexão, relaxar a prisão em flagrante ou conceder ao autuado uma das medidas cautelares, executando a prisão preventiva, por óbvio. O que se pretende assentar é a regra segundo a qual, uma vez clamado a apreciar o auto de prisão em flagrante (ainda que seja para converter a prisão em flagrante em preventiva), isto é, toda vez que o juiz se deparar com

¹⁸ GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada – as ilusões armadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 362.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 152, p. 10-111, p. 152.

a temática liberdade versus prisão provisória, no âmbito do procedimento administrativo inquisitivo policial, muito embora esteja convencido de que não será o juiz competente para conduzir o vindouro processo-crime, estará obrigado a decidir. No corpo da decisão que, v.g., relaxa a prisão em flagrante por vício existente, concede a liberdade provisória ou, ainda, converte a prisão em flagrante em preventiva, também irá exarar sua convicção sobre a competência, determinando-se, se o caso, a remessa do expediente ao juízo que entender ser o competente. Remessa esta que apenas poderá ocorrer, pela serventia, após o cumprimento dos atos emanados da deliberação judicial sobre a temática “prisão e liberdade”. Esclarecendo: se o juiz converteu a prisão em flagrante em preventiva, a serventia deverá expedir o mandado de prisão correlato e proceder à expedição das comunicações e ofícios de praxe e, apenas após dado cumprimento a este tocante, é que encaminhará o expediente ao juízo competente, tal como determinado pelo julgador. Da mesma forma, se o juiz excepcionou sua competência, contudo, debruçando-se sobre o teor do auto de prisão em flagrante, concluiu pela concessão da liberdade provisória ao autuado, deverá ser expedido, imediatamente, o alvará de soltura clausulado e, tão somente em seguida e após exauridas as comunicações necessárias, proceder-se-á ao encaminhamento do feito ao juiz competente. Somente agindo dessa maneira, o julgador estará efetivamente dispensando ao indivíduo, ainda investigado/indiciado, o tratamento correlato à sua condição de sujeito de direitos e não de objeto da investigação. É por estas e outras que, antes de tudo, “o juiz é um apaixonado pela justiça”. E se esta, de um lado, é um conceito abstrato, de outro, encontra seu caminho de concretização nos direitos e garantias assegurados ao indivíduo em um sistema acusatório.

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois evitam-se eventuais abusos da prepotência estatal que se podem manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigativo e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.²⁰

Ao revés, se o juiz, verificando não ser o competente para prestar a atividade jurisdicional, exara decisão apenas declinando seu ofício, sem apreciar a necessidade de continuação da restrição do direito à liberdade imposta pela prisão em flagrante, sob a justificativa formal de cumprimento da lei (em especial respeito à sua interpretação acerca das regras processuais de competência), estará cometendo, no mínimo, um equívoco por desrespeito à própria lei processual, e mais do que isto, à Constituição Federal, fazendo, por via de consequência, tábua rasa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Até porque não se exige do magistrado uma interpretação literal, mas, sim, sistemática. Esta lhe permite analisar, criticamente, a doutrina e a jurisprudência, com

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 152, p. 10-111, p. 155.

tal amplitude que um pensamento sobre determinado tema que se constituiu em tese vencida, em outras épocas, pode se tornar vencedora.

A finalidade da interpretação sistemática é avaliar criticamente as respostas dadas pela jurisprudência e pela doutrina em relação ao problema. A atividade interpretativa não se esgota na descrição de normas de competência nem na indexação de interpretações dadas e/ou geralmente admitidas. As normas jurídicas precedem ontologicamente a autoridade competente que deve aplicá-las. São cronologicamente anteriores e axiologicamente superiores a ela e podem ser utilizadas para fins de avaliação crítica das decisões tomadas.²¹

Por isso, nós, senhores juízes, não interpretemos literalmente as regras de competência, mas as pensemos como garantias do indivíduo destinatário da justiça.

É por isto que se diz que o direito não pode considerar apenas as fórmulas abstratas, mas, sim, a busca de soluções concretas.

A superioridade do pensamento jurídico sobre o pensamento filosófico está em que, ao contrário deste que pode contentar-se com fórmulas gerais e abstratas, o direito é obrigado a considerar a solução das dificuldades que surgem quando se trata de aplicar essas fórmulas gerais à solução de problemas particulares. [...] A busca das soluções concretas obrigará muitas vezes a reinterpretar os princípios, a opor o espírito à letra da lei, o ponto de vista pragmático, que leva em consideração as consequências resultantes da aplicação de uma regra, ao ponto de vista formalista, o da aplicação literal do texto.²²

Ademais, depois da reforma processual penal advinda pela Lei nº 12.403/2011, a prisão em flagrante passou a ter duração efêmera, ou seja, o prazo exíguo de 24 horas. Em outras palavras, o fundamento de estar o indivíduo em situação de flagrante (identificação de uma das hipóteses previstas no artigo 302, do CPP), que autoriza a prisão de caráter administrativo inquisitivo, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LXI da CF, apenas admite que ela perdure pelo prazo de 24 horas (artigo 306 § 1º c.c. artigo 310, ambos do CPP). Transcorrido esse prazo legal, se não houver pronunciamento judicial sobre a manutenção da prisão, ainda que com alteração do seu fundamento (deixa de ser restrição da liberdade por justificativa do flagrante delito e passa a ser cárcere provisório por existência de um dos requisitos da prisão cautelar na modalidade preventiva (artigo 312, do CPP) ou concessão de medidas cautelares outras (artigo 319, do CPP), mesmo que sob a ótica de que o juiz para o qual foram remetidos os autos de prisão em flagrante era o juiz incompetente para conduzir o processo-crime futuro, o magistrado que declinar da competência, pura e simplesmente, sem análise do confronto liberdade *versus* prisão, no mínimo, não estará atuando de forma a prestigiar os direitos e garantias constitucionais e, mais do que isto, poderemos dizer, que não estará concretizando o ideal de justiça.

²¹ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 240.

²² PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 163.

Com tal pensamento não se pretende atribuir a determinado magistrado função jurisdicional que não lhe foi dispensada como medida da jurisdição (repartição desta – competência em matéria penal), mas, sim, apenas deixar um alerta no sentido de que: – acima da lei processual penal, está a Constituição Federal; – a sociedade vivencia, hoje, uma ordem universal, pois, não sem razão, o conceito clássico de soberania foi alterado; – o sistema democrático vigente impõe que o indivíduo seja tido como sujeito de direitos.

Fala-se em processo penal democrático com significado de respeito, pelo Estado-juíz, às “regras do jogo”.

Na teoria processual penal, os efeitos da falácia politicista são revelados nas violações da forma processual, isto é, às regras do jogo que representam as garantias dos acusados. [...] Com a verificação de que o pressuposto processual penal democrático é a sistematização desde o sistema acusatório, as regras processuais relativas à investigação, aos pressupostos e às condições da ação, à competência, à produção e à refutabilidade das provas, ao procedimento, aos requisitos e aos elementos da sentença penal, aos critérios para recorribilidade e à forma de execução constituem-se como barreiras de contenção do transbordar punitivo.²³

E desde o âmbito investigativo até o momento da execução da pena, o juiz é garantidor das “regras do jogo” e assim o faz quando exerce sua atividade jurisdicional.

Sobre a função no sentido de atividade, cumpre trazer a lume o entendimento do seu desempenhar como um conjunto de atos produzidos para um fim. E, contextualizando, não se pode olvidar que o fim do processo penal é a busca do conhecimento da autoria e da materialidade de um crime, contudo, não sem medida.

A função no sentido de actividade pode definir-se como um complexo ordenado de actos (interdependentes ou aparentemente independentes uns em relação aos outros), destinados à prossecução de um fim ou de vários fins conexos, por forma própria. Consiste na actividade que o Estado desenvolve, mediante os seus órgãos e agentes, com vista à realização das tarefas e incumbências que, constitucional ou legalmente, lhes cabem.²⁴

De outra banda, registre-se que, com a atuação do magistrado (sobre a temática análise da liberdade do indivíduo preso em flagrante), da forma proposta na fase inicial, anterior ao processo-crime, por via transversa, não haverá que se falar em usurpação da competência do juiz natural. Até porque, ainda que o julgador, inicialmente incompetente, conceda, ao indiciado, uma das medidas cautelares diversas da prisão, e, em um segundo momento, o juiz competente, ao qual foi remetido, final e corretamente, o

²³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 167.

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1997. t. V, p. 11. (t. V: Actividade constitucional do Estado).

expediente, conclua que era o caso de decretação da prisão preventiva desde o limiar das investigações, assim poderá fazê-lo, diante da autorização prevista no artigo 316, do CPP.

Enfatize-se, outrossim, que o julgador não pode apenas pensar e repensar o sistema (como ordenamento jurídico existente) no sentido de redução a um conjunto de normas. Isto porque, o sistema é de direito, que não é preexistente ao homem (não foi descoberto por ele), mas, sim, criado (inventado) por ele. É por isso que se diz que o direito serve ao ser humano, em concretização à sua existência digna.

Se houver um desequilíbrio do sistema (e um dos fatores propiciadores deste desequilíbrio é a manutenção da prisão do indivíduo, no mínimo, desnecessariamente – porque o juiz cientificado da prisão, sobre ela, não se pronunciou, já que entendeu ser incompetente, de acordo com regras processuais existentes), o “massacre” à dignidade do indivíduo pode ser irremediável (“letal”).

O sistema penal é um massacre em potencial, que contém também elementos que impedem seu desenvolvimento, só que sua natureza é instável e, como consequência, um desequilíbrio de origem interna (entre suas agências) ou externo (do ambiente), pode colocar suas agências executivas fora de controle ou permitir que outras, mais agressivas, assumam sua função, provocando o efeito letal. Por isso, o sistema penal é sempre um aparato perigoso, cujo funcionamento deve ser atentamente vigiado.²⁵

O direito penal serve ao homem e jamais este será servidor daquele.

O fato de um grupo limitado de normas que regulam o mesmo objeto se apresentar como sistema é quase uma obviedade; mas não é, ao contrário, óbvio o fato de todo o direito ser organizado em um único sistema e, uma vez realizada a organização, se esquecer de que esse sistema foi inventado – e não descoberto – pelo estudioso. O qual acaba por acreditar que o sistema esteja no direito positivo.²⁶

Por isso, ousamos admitir que, entre correr o risco de manter, por tempo superior ao previsto em lei e sem motivação (desrespeito ao artigo 93, inciso IX do CF), um indivíduo preso em flagrante (estendendo-se, sem autorização legal, o prazo de 24 horas que pode durar a prisão por tal fundamento), simplesmente por se convencer, o juiz para o qual foi encaminhado, inicialmente, o expediente (auto de prisão em flagrante), ser incompetente, e exarar uma decisão inicial versando sobre a apreciação da temática “prisão contra liberdade” com encaminhamento do feito, *a posteriori*, ao julgador ao qual ao final foi sedimentado como competente (muitas vezes pelo Tribunal de Justiça apenas com o advento de v. acórdão em sede de conflito negativo de competência), cremos que a instituição do Estado Democrático de Direito e o modelo acusatório

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos* – conferências de criminologia cautelar. Coordenação de Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 462. (Coleção Saberes Críticos).

²⁶ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1, p. 423. (v.1: Das origens à escola histórica).

constitucionalizado atual do processo penal já delimitaram os contornos para se concluir qual foi a opção do constituinte, e até mesmo do legislador, após o advento das alterações do CPP ocorridas pela Lei 12.403/2011, isto é, a opção por apreciar a liberdade antes de quaisquer outros questionamentos sobre regras, ainda que seja a relacionada à competência. Em outras palavras, no conflito entre o periclitamento, injustificável, do direito à liberdade e o direito ao juiz natural, com a técnica da ponderação (não se aniquilando nenhum dos dois, mas sempre com a mitigação de um deles em prol do outro) prevalecerá a liberdade.

Se a prisão cautelar não é antecipação da pena, e a aplicação desta somente pode ser dar ao final do processo, durante o qual foram assegurados o contraditório e a ampla defesa, a análise sobre a manutenção da cautelaridade da prisão pode ocorrer ainda que por juiz diverso daquele competente que, ao final, aplicará a reprimenda ao infrator.

No puede entonces ser considerada la prisión preventiva un anticipo de pena, sino un instrumento procesal a fin de evitar el daño jurídico que podría representar la libertad del imputado – considerado el estado natural del mismo durante las investigaciones y el proceso – para la reconstrucción genuína del acontecimiento histórico con apariencia delictiva y la disponibilidad oportuna del imputado al momento de tener que aplicar la ley penal.²⁷

Existem, portanto, dois momentos extremamente diferenciados no que diz respeito à apreciação da liberdade do indivíduo.

E a maior falha que pode existir do julgador reside na apreciação ou postergação acerca do direito à liberdade do indivíduo, o que tem alta probabilidade de ocorrer em uma sociedade marcada pelo medo que passa a vislumbrar soluções repressivas acirradas e acaba por aceitar, ainda que de forma não expressa e longínqua, violações aos direitos individuais.

“Em certo momento histórico, altas taxas de criminalidade se tornaram um fato social normal, as soluções penais-previdenciárias caíram em desgraça e o Estado de justiça criminal moderno foi percebido como tendo falhado em prover níveis adequados de segurança”.²⁸

Para que a falha estatal e a insegurança não se instalem como subversão da ordem jurídica posta, o juiz criminal do sistema acusatório constitucional vigente, quando se depara com a necessidade de fazer cessar, no mínimo, a imotivada e desnecessária restrição da liberdade imposta pelo cárcere provisório, deverá (e por dever constitucional se torna competente) a ele restaurar o direito à liberdade.

²⁷ DÍAZ, Carlos A. Chiara. *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*. Rosario: Nova Tesis, 2007. p. 302. (Não se pode, então, a fim de se considerar a prisão preventiva uma antecipação da pena, e não um instrumento processual a fim de evitar um dano jurídico que poderia representar a liberdade do acusado – considerado o estado natural dele mesmo durante as investigações e o processo - para a reconstrução genuína do acontecimento histórico com aparência de delito e a disponibilidade oportuna do acusado no momento que se tiver que aplicar a lei penal. – tradução livre)

²⁸ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Revan, 2008. p. 312. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 16).

5. A imperiosa análise do auto de prisão em flagrante

Não podemos esquecer que a prisão em flagrante também se constitui em uma medida cautelar processual penal.

Conforme Paulo Rangel, “a natureza jurídica da prisão em flagrante é de uma medida cautelar de autodefesa social”.²⁹

*A polícia, em diversos países, deixou de lado a boa e velha investigação, em que os policiais elucidavam os crimes como se fossem um “jogo de quebra-cabeça”, juntado todas as peças até encontrar os autores das infrações penais. Hoje, a investigação, basicamente, resume-se a escutas telefônicas, muitas delas ilegais, levadas a efeito sem autorização da autoridade judiciária. Ou seja, mais uma vez, o Estado, que tem o dever de zelar pela dignidade de todas as pessoas, transforma-se em seu maior algoz. Esses são somente alguns poucos exemplos de como o Estado pode ser considerado como um dos maiores agressores do princípio da dignidade da pessoa humana.*³⁰

Portanto, se as medidas cautelares, tais como a busca e apreensão e a interceptação telefônica se tornaram, no mais das vezes, o único fôlego para a elucidação da autoria e materialidade de crimes dotados de extrema gravidade, o Estado passa a ter um duplo papel: prestar a tutela jurisdicional de forma eficaz, impedindo que a vítima fique sem resposta diante do delito que sofrera, e assegurar, também, o respeito à dignidade da pessoa humana indistintamente (e por ser de forma indistinta, também em prol do suspeito/acusado/sentenciado/executado).

*Pode-se dizer; sem nenhum medo de errar, que a investigação criminal no Brasil encontra-se totalmente desestruturada e ineficiente em todos os tipos de crimes. As razões são diversas e vão desde a falta de meios estruturais para se apurar um delito até a impossibilidade legal de se alicerçar dados relevantes e necessários à investigação. A falta de meios estruturais incide tanto no aspecto humano quanto no material e jurídico. É de conhecimento notório o fato de o contingente de nossas polícias ser insuficiente. Mas não é apenas isso. Além do pessoal ser diminuto, inexistente um treinamento investigativo apropriado aos que terão esta responsabilidade. Logo, os peritos criminais e investigadores das diversas polícias não estão familiarizados com as mais modernas técnicas de investigação existentes, impossibilitando seu trabalho profícuo.*³¹

A falta de familiarização com as novas técnicas de investigação e, ao mesmo tempo, o evoluir da sociedade tecnológica informativa de consumo com a criminalidade organi-

²⁹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 772.

³⁰ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 106.

³¹ ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer – bastidores do sistema de punição seletiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 50.

zada, em ramificações e estrutura empresarial, exige uma postura do julgador de olhares atentos ao impedimento de condutas dos agentes estatais consistentes em violação aos direitos fundamentais, bem como uma atividade jurisdicional motivada com identificação de hipótese legal permissiva para a concretização da atividade investigativa.

No entanto, não é tarefa das mais fáceis saber quando estaremos diante de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, mesmo contra a vontade expressa daquele a quem se pretende defender, e quando estaremos, em virtude dessa ponderação de interesses, diante de um direito legítimo da pessoa, mesmo que, segundo a opinião de terceiros, seja ofensivo à sua dignidade. Diante do caso concreto, temos de emitir um juízo de valor, procurando alcançar a solução que pareça mais justa, embora até o próprio conceito de Justiça seja um conceito relativo, também merecedor de outro juízo de valor.³²

Creemos que, somente diante do caso em concreto, com o desempenho rotineiro da atividade jurisdicional criminal, o julgador poderá encontrar a solução que espelha a Justiça. Como instrumento para o homem e pelo homem criado, o julgador tem ao seu dispor o mais importante elemento: A Lei dos Homens (o processo penal delineado pela Constituição Federal).

“Recorremos a fantasias, na filosofia política, para aguçar ideais, e utilizamos nossos ideais para escolher dentre fracassos, para identificar as possibilidades práticas menos injustificáveis”.³³

Já para encontrar a possibilidade em direito penal menos injustificável, o juiz deve se voltar para a interpretação sistemática.

É chegado o momento de mudar a vetusta tradição brasileira da sacralização do texto normativo como suposto veiculador prévio de todas as soluções de litígios (ideia que remonta ao Estado Liberal) para encará-lo como importantíssimo ponto de partida da atividade de formulação normativa. Assumida esta perspectiva, cabe ao Judiciário brasileiro um papel de interpretação compromissada da Constituição e das leis a elas sujeitas, de forma a viabilizar a plena implementação do Estado Democrático de Direito desejado pelo Constituinte de 1988.³⁴

O compromisso primeiro do juiz é com o homem, seus valores sociais, a continuidade da vida digna em sociedade e a luta pelo aparato legal eficaz para punir aquele que pretende incitar o colapso da ordem jurídica por meio da prática de crimes.

Diante desse quadro, é claro que não se pode desprezar os avanços do processo penal (tecnologia a favor da prestação jurisdicional – videoconferência, – provas inominadas como fundamento da sentença, após amplo debate na fase instrutória permeada,

³² GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

³³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 221.

³⁴ COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição – decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007. p. 50.

de forma aprofundada, pelo contraditório e ampla defesa), entretanto, a motivação, não somente da sentença, mas (se me permitem) do próprio juiz no desempenho da sua atividade, deve ser uma “luta cotidiana”.

Gostaria de acrescentar: hoje compreendemos que esse “progresso para a civilização” não é uma conquista, mas uma permanente luta cotidiana. Combate jamais totalmente vitorioso, que muito provavelmente não alcançará sua meta, mas que continua a ser encorajado pela esperança de vencer.³⁵

O vencedor não é o cumpridor irrefletido da lei formal, não é o catalogador da jurisprudência, mas, sim, o representante do Estado-juiz, que, ao interpretar a Constituição Federal, mostra sua “atitude”. E juntamente com este “vencedor” estará o ser humano e toda a sociedade. Basta entendermos, de uma vez por todas, que direito não se resume à lei.

O que é o direito? O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam ter sempre a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.³⁶

Que tenham, então, os juízes “a última palavra” e sejam aptos a traduzirem a “atitude construtiva do direito”. Que sejam, os julgadores, imbuídos da coragem para, mesmo quando as regras processuais contornarem sua “incompetência formal”, prolatarem a decisão legal, justa, toda vez que estiverem diante do contraponto prisão *versus* liberdade.

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 73.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *O império da lei*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 492.

6. Considerações finais

Por todo o explanado, é possível alicerçar que a dignidade da pessoa humana somente é vivenciada no Estado Democrático de Direito.

O processo penal hodierno é espriado pelos princípios e garantias constitucionais.

Se o juiz é clamado a se pronunciar, após a ruptura de inércia estatal da jurisdição, pela Autoridade Policial (ainda na fase investigativa inquisitiva administrativa), ao prolatar a decisão sobre a concessão de medidas cautelares restritivas de direitos, tais como a busca e apreensão e a interceptação telefônica, deverá fazê-lo de forma motivada.

A motivação exige que o julgador se aprofunde sobre os indícios de autoria, a prova da materialidade e, acima de tudo, essencialmente, sobre os caminhos trilhados pela necessária e legítima investigação para o conhecimento do fato.

O princípio do juiz natural propicia a imparcialidade do magistrado e incide até mesmo na fase investigativa.

Em razão do conhecimento sobre o fato, adquirido pelo juiz que primeiro dele tomou conhecimento na fase investigativa, é que ele se tornará competente para conduzir a futura ação penal, a fase instrutória e a prolação da sentença. (artigo 83 do CPP – critério da prevenção).

O juiz que concedeu a cautelar de busca e apreensão é o competente para apreciar o feito, não obstante a regra do artigo 70, do CPP, se a finalidade para a qual foi expedido o mandado de busca e apreensão tornou frutífera a diligência e gerou, v.g., a prisão em flagrante do inicial suspeito.

Mesmo que o auto de prisão em flagrante tenha sido encaminhado ao juiz do local em que a prisão ocorreu (critério territorial – artigo 70 do CPP) e já exista outro julgador que concedeu, previamente, a cautelar de busca e apreensão e/ou interceptação telefônica, que culminou com a prisão (artigo 83, do CPP), o primeiro magistrado deverá se pronunciar sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou conceder medidas cautelares outras (como a liberdade provisória, por exemplo) ao indiciado, sem prejuízo de sua ressalva quanto ao juiz competente e, ainda, sem prejuízo da remessa do expediente ao outro magistrado (juiz competente prevento), após cumpridas, pela serventia, as determinações referentes ao binômio prisão versus liberdade.

Pelo fato de o fundamento da prisão em flagrante durar apenas 24 horas e por ser a liberdade um dos direitos mais caros do indivíduo, não se permite, ao juiz criminal ao qual foi encaminhado, ainda que equivocadamente (por entender ser outro o magistrado competente por lei) a comunicação do flagrante, simplesmente declinar de sua competência, sem exarar decisão fundamentada sobre a manutenção da prisão cautelar (contudo, alterando seu fundamento para a prisão preventiva - conversão do flagrante em preventiva).

Não se compactua, diante do avanço da democracia garantista, com a interpretação literal e o cumprimento da lei às cegas. Do juiz criminal, exige-se a concretização dos direitos fundamentais, a condução do processo penal com aprofundamento do contraditório e da ampla defesa, com o enfoque na dignidade da pessoa humana, contudo, sem perder o norte, paralelo, de sua função de decidir para garantir a ordem pública e prestar a atividade jurisdicional de forma efetiva (sentença penal condenatória ou absoluta, em tempo razoável e como resposta de quem nutre esperança na concretização

da Justiça – individualmente falando: a vítima - mas também a sociedade como um todo (já que a prática de um crime atinge aos seres humanos de forma global).

Na temática aqui pensada, a atitude construtiva primeira que se exige do juiz criminal é a sua sempre presente, célere, razoável e ponderada decisão, quando clamado a se pronunciar sobre o binômio prisão *versus* liberdade. O que vier a posteriori, como o próprio significado denota, é posterior!

Referências

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer* – bastidores do sistema de punição seletiva. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Atualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2008. t. II.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição, decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007.

DÍAZ, Carlos A. Chiara. *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*. Rosario: Nova Tesis, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império da lei*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 16).

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada – as ilusões armadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (v.1: Das origens à escola histórica).

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. V. (t. V: Actividade constitucional do Estado).

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal e aos dispositivos correlatos de toda a legislação especial inclusive o Código de Processo Penal Militar*. São Paulo: Edipro, 2002.

PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcil Pons, 2013.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos – conferências de criminologia cautelar*. Coordenação de Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 462. (Coleção Saberes Críticos).

Sites consultados

www.tjsp.jus.br

www.stj.jus.br

www.stf.jus.br

Garantias na delação premiada

*Gláucio Roberto Brittes de Araújo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução e aspectos controvertidos

A colaboração criminal premiada tem sofrido variegadas críticas improcedentes, sob o pretexto de que representaria convivência estatal desnecessária com a traição e ensejaria responsabilização lastreada em elementos frágeis ou temerários, olvidando-se de sua relevância no combate a crimes graves, geralmente sem vestígios relacionados diretamente aos homens de trás, cometidos sob a égide de organizações criminosas e sob o pacto de silêncio. Ignoram ainda sua compatibilidade com o regime de garantias individuais e de direitos fundamentais, sobretudo no processo penal, como será exposto adiante. Quanto a supostos vícios sobre a voluntariedade, urge destacar que esta é aferida pelo juiz e pelas partes, desde o início; que o procedimento, o sigilo e participação do advogado resguardam a liberdade do investigado, e que até mesmo o preso tem a opção de não colaborar e de insistir nas demais vias de obtenção da soltura.

Outrossim, a suposta proeminência das delações, embora deveriam ser excepcionais, tem sido refutada, quando é cediço que são, na verdade, ponto de partida, na falta de outros meios de conhecimento dos crimes, para a obtenção de outras provas, mormente documentais, e que, além de seguidas de absolvições, em alguns casos, não sustentam condenações, com exclusividade. A exigência de motivação da decisão judicial e o direito de recurso asseguram que a responsabilização em primeiro grau deverá decorrer da valoração de todo acervo probatório produzido e não somente da palavra inicial do delator. Trata-se, a propósito, de meio de obtenção de prova e não de meio de prova. Convém relembrar distinção clássica entre meio de pesquisa ou de investigação, de um lado, e meio de prova, de outro. Os primeiros não são fonte de convencimento, mas instrumento para colheita de elementos e aquisição de entes com capacidade probatória, sobretudo de provas materiais, em procedimentos extraprocessuais, via de regra, e a cargo de funcionários públicos, mormente policiais, como, por exemplo, as inspeções, buscas e interceptações de dados. Os meios de prova, por sua vez, oferecem ao juiz resultados probatórios para suas decisões, servindo diretamente ao reconhecimento da veracidade ou não de uma afirmação fática, envolvendo as partes e autoridades, como as perícias, documentos e testemunhos.

O acordo de colaboração, além disso, não se confunde com o depoimento, que pode ser prestado, inclusive, judicialmente, este, sim, meio de prova, mas que somente é hábil ao convencimento condenatório, se corroborado por outros meios idôneos de prova, segundo corrente de pensamento mais rigorosa, ou por elementos de convicção

¹ Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, doutorando em Direito Penal da USP, especialista em Direito Público pela EPM, professor assistente da pós-graduação da PUC/SP, professor convidado da UNICSUL e palestrante na EPM e ESMP. É juiz de Direito criminal no Estado de São Paulo.

aptos a atestar a credibilidade ou confiabilidade do relato e a revelar sua fidelidade ou a veracidade dos fatos narrados, ainda que recaindo sobre dados secundários, conforme entendimento mais flexível, com o qual comungamos. Adiante será mais bem explanada tal divergência e os fundamentos de nossas conclusões. De qualquer maneira, o negócio jurídico processual em apreço tem como objeto a cooperação do imputado para a investigação e processo criminal, ainda que se contemple efeito de direito material, qual seja, a sanção premial.

Eduardo Araujo da Silva² distingue colaboração premiada, que, além da confissão pressuposta, evita consumação de outras infrações (preventiva) ou auxilia concretamente na obtenção de provas e prisões (repressiva), e delação, muito menos ampla, restrita ao direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos na diminuição da pena ou perdão. Walter Barbosa Bittar,³ depois de lembrar o destaque na delação nos julgamentos das máfias na Itália dos anos 1970 e 1980, e na Espanha do final da década de 1980 e nas investigações de atividades terroristas, esclarece que no Brasil seguiu o modelo italiano que premiava quem propiciava a liberação do sequestrado e a coleta de provas desconhecidas para identificação de concorrentes. Todavia, ao invés de regras procedimentais, o nosso ordenamento limitava-se à inserção de normas em legislações esparsas. Nas Ordenações Filipinas de 1603 a 1830, já havia perdão para delação de conspiração que permitisse prisão de terceiros por crimes provados. Acrescentamos que era possível perdão para participe delator de crime de lesa majestade, se não fosse o principal organizador da empreitada, esta não tivesse sido descoberta (delatada por outrem) ou não houvesse ainda investigação.

Nossa disciplina legal da delação para a criminalidade contemporânea foi impulsionada por acordos internacionais, mormente pelos artigos 20 e 26, da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional Organizada, introduzida no ordenamento pátrio pelo Decreto 5.015/2014, pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, pela Recomendação 27 do GAFI9, pela Convenção de Palermo e de Mérida. Walter Bittar explica que, neste panorama, a Lei 8.072/90, ante o crescimento da violência e a sensação de insegurança incrementada pelos meios de comunicação, previu no par. 4, no art. 159, CP, uma causa de redução da pena em favor do coautor ou participe de extorsão mediante sequestro, em quadrilha que ajudasse na libertação da vítima. A lei 9269/96, por sua vez, passou a se contentar com o concurso de agentes (não exigia quadrilha), tendo retroatividade por ser benéfica materialmente. Para os demais crimes hediondos e equiparados, a lei reclamava apenas denúncia que permitisse o desmantelamento de quadrilha. A Lei 9.807/99, como se não bastasse, revogou as exigências anteriores, abrangendo os demais tipos e admitindo até mesmo perdão judicial, mas sem estabelecer procedimento e normas de proteção ao delator, o que comprometeu sua aplicação.

A Lei 9.034/95, por sua vez, embora sem conceituar organização criminosa, o que coube à jurisprudência, comumente com base na Convenção de Palermo, dispensou a identificação de partícipes, mencionando apenas autoria, motivo pelo qual restou aos julgadores aplicar redução menor da pena, se não fossem revelados todos agentes. A Lei

² SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52.

³ BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 88, p. 226, 2011.

9.080/95, somente 61 dias depois, seguindo a tendência de banalização, inseriu parágrafo no art. 25, da Lei 7.492/96 e no art. 16, da Lei 8.137/90, e abandonou o pressuposto da gravidade dos delitos e da organização criminosa, contentando-se com informações sobre autor ou partícipe e espontaneidade da confissão. A Lei 9.296/96, como já salientado, aumentou as penas da extorsão mediante sequestro, de um lado, e ampliou a delação para qualquer concurso de agentes, de outro.⁴

A Lei 9.613/98, quanto à lavagem de dinheiro, também sem normas procedimentais, acrescentou à redução da pena de até 2/3, os benefícios do regime aberto, da pena alternativa e até mesmo da isenção de responsabilidade criminal. Teria admitido ainda a simples confissão premiada, conforme opinião de Luiz Flávio Gomes, pois se contentara com esclarecimentos para localização de bens ou valores objeto do crime. Walter Bittar⁵ discorda, por reputá-la mais uma hipótese de delação, pressupondo confissão. De qualquer modo, delação propriamente dita haveria na segunda previsão: informações que levassem à apuração de infrações penais e de sua autoria. A aludida lei acolheu o benefício em qualquer etapa da persecução, mas exigiu espontaneidade, diversamente da Lei 9807/99, que usou a expressão “voluntariamente”. Alguns doutrinadores entendem que, embora a lei não contenha palavras inúteis, não pretendeu restringir o benefício à iniciativa e ideia do agente, mas afastar risco de vícios, como ameaça. A elucidação de autores ou do destino dos bens poderia ser parcial, desde que representasse a totalidade do conhecimento do delator, pois não lhe seria dado omitir informações. Para outros, como David Teixeira de Azevedo, o auxílio deve ser efetivo, que não se confunde com eficaz, encerrando empenho exitoso e sendo o benefício, então, direito subjetivo.⁶

Walter Bittar⁷ vislumbra no art. 13, da Lei 9.807/99 (personalidade, primariedade, gravidade e repercussão social do fato) e nos efeitos da delação (se todos ou parte dos previstos) os critérios para definir qual dos prêmios previstos seria aplicado. Tal lei, contudo, ampliou para todo ordenamento o instituto, sem técnica, conferindo-lhe natureza de causa de extinção de punibilidade, de diminuição da pena e de liberação desta, concomitantemente. Ousamos discordar por considerar que a colaboração tem natureza de verdadeiro acordo, cujos efeitos podem ser aqueles referidos, mas condicionados à homologação e cumprimento de seus termos. O programa de proteção de testemunhas, a despeito das disposições da lei, teve origem no Programa Nacional de Direitos Humanos, em 1996. A Lei 11.343/06, no entanto, teria excluído a extinção de punibilidade para o tráfico em decorrência de delação, ensejando opiniões, contudo, de que a Lei 9.807/99, ainda vigente, deveria ser aplicada, por ser mais favorável e consentânea com os princípios constitucionais e com disciplina mais recente do instituto engendrada pelo legislador pátrio.

A Lei 10.149/2000, alterando a Lei 8.884/94, por sua vez, possibilitou o acordo de leniência entre União e autores de infração à ordem econômica para impedimento de denúncia, com suspensão do prazo prescricional e extinção de punibilidade, quando estes colaborassem na identificação dos coautores e obtivessem documentos que comprovassem o ilícito administrativo. Embora não afete o processo penal, parte da

⁴ BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 88, p. 245, 2011.

⁵ BITTAR, op. cit., p. 251-252.

⁶ BITTAR, op. cit., p. 252.

⁷ BITTAR, op. cit., p. 254-255.

normatização tem cunho material penal e incide quando cumprido o acordo. Walter Bittar sustenta que, embora inspirado inicialmente no modelo italiano, a ordem pátria é hoje incompatível com ele, pois estendeu afoitamente o prêmio por legislações esparsas, sem preocupação com eficácia e legalidade, resgate e ressocialização do delinquente. Acrescentamos que nosso legislador até a Lei 12.850/13 não se ocupara do procedimento e não atentara para a excepcionalidade da colaboração (por ser eticamente questionável e substancialmente utilitarista), ditada estritamente pela necessidade de romper o pacto de silêncio mafioso e por dificuldades probatórias perante a criminalidade organizada e sofisticada.

Eduardo Araujo da Silva⁸ observa, aliás, que o controle judicial, mecanismo consensual com as conquistas mais modernas do aperfeiçoamento do instrumento em tela, permite até mesmo que o juiz determine a remessa do termo de acordo ao Procurador-Geral de Justiça (par. 2, art. 4, da Lei 12.850/13). Tal diploma tipifica ainda condutas que violam garantias individuais do colaborador, como filmá-lo sem autorização (art. 18), ou a imputação falsa a um inocente (art. 19). Assim, buscou-se equilibrar e tutelar interesses passíveis de ataque em acordos de tal jaez, em prol da eficácia do instituto contra críticas acerca de aspectos éticos e possibilidade de mau emprego. Pondera-se que, na fase de investigação, é puramente processual, mas, na judicial ou de execução, tem natureza mista, pois o acordo, embora regido por normas processuais, tem consequências de natureza material.

Direito comparado e regime vigente no Brasil

A falta de noção de sistema e de unificação da nossa disciplina acerca do instituto, as disposições sucessivas e variáveis quanto às hipóteses, benefícios e exigências para a colaboração, mas, sobretudo, a ausência de procedimento e garantias que lhe conferissem segurança jurídica e previsibilidade, efetividade ou até mesmo eficácia e, simultaneamente, proteção aos direitos fundamentais e princípios do processo penal e penais, há muito reclamavam do legislador a revisão e implementação de um regime apropriado às experiências do nosso e de outros países na sua aplicação, às contribuições mais recentes da dogmática e às reflexões dos pensadores do Direito.

Frederico Valdez Pereira,⁹ depois de enfatizar a ausência de sistematicidade e de regramento do procedimento antes da Lei 12.850/13, sobretudo quanto aos requisitos formais, sigilo, valoração dos elementos e extensão dos benefícios, observa que ao menos agora existe ordem preestabelecida, com contraditório e finalidade, tendo, a doutrina, retomado seu trabalho natural de refletir sobre o instituto e de indicar interpretações sobre a nova disciplina, sem substituir o legislador. O processo como procedimento qualificado pela paridade entre os atores e, por conseguinte, o seu resultado dizem com uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, razão da preocupação com os pontos de tensão entre o instituto premial e as garantias constitucionais, com a tutela da

⁸ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 55.

⁹ 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*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 122-123.

correção das decisões e com a presunção de inocência, no tocante à persecução da criminalidade organizada. A Lei 9.807/99 permitia a aplicação subsidiária a qualquer crime, mas sustentamos que, embora o novo regime tenha sido instituído para investigação dos delitos de organização criminosa, os preceitos de natureza essencialmente procedimentais podem ser aplicados às colaborações sinalizadas nas demais persecuções. Ressalvar-se-ia os efeitos penais, como espécie e extensão dos prêmios, requisitos de sua aplicação e hipóteses de exclusão.

Quanto à admissibilidade da colaboração, Valdez Pereira¹⁰ observa que ela representa não apenas instituto premial, mas técnica de investigação e meio de prova (para nós: de obtenção de prova), não se exigindo dos órgãos de repressão, portanto, que aguardem a iniciativa do agente, como se deduzia da expressão “espontânea” da Lei 9.034/95. Na verdade, interessa a voluntariedade na opção, ainda que o agente seja convidado pela autoridade a colaborar, sem constrangimentos. Assim, no regime da lei de organizações criminosas, antes de homologar, o juiz fiscaliza os aspectos atinentes à voluntariedade, podendo ouvir sigilosamente o colaborador (par. 7, art. 4, da Lei 12.850/13). O defensor, ademais, acompanha a negociação e a execução da colaboração, havendo ainda previsão de sua gravação (par. 13, art. 14). Na Espanha, tinham sido estabelecidas como condições: o abandono prévio das atividades delitivas e a apresentação espontânea, antes de detenção ou de autuação policial, o que levou à ineficácia do instituto e à aplicação apenas da atenuante em julgamentos de tráfico, quando ausentes aqueles requisitos. A Lei 9.807/99, no Brasil, todavia, já dispensara aquelas exigências, não obstante entendamos que a primeira pode constar do acordo e que o descumprimento pelo colaborador implicaria rejeição dos benefícios almejados.

Frederico Valdez Pereira¹¹ pondera que a legitimidade da proposta pelas autoridades depende da indispensabilidade do recurso à delação, à luz do subprincípio da necessidade. Dispensar a iniciativa do investigado não significa lhe conceder a opção por colaborar somente no estágio final da investigação. No nosso sentir, essa exigência de imprescindibilidade, além de decorrer da excepcionalidade da medida, tem dimensão dupla, porque, como implica restrição de direito individual, a delação também deve ser adotada somente quando indispensável ao interesse público da persecução, o que normalmente ocorre no início da persecução perante as dificuldades de obtenção de provas e para romper o pacto de silêncio mafioso. Para infiltração de agentes, aliás, o par. 2, do art. 10, da lei, exige que a prova não possa ser produzida por outros meios. Como outra face da mesma moeda, entendemos que não deve ser adotada, quando suficientes provas já obtidas, viáveis outros meios de sua obtenção e até mesmo por interesse exclusivo em robustecer o acervo probatório, por conferir tratamento privilegiado ao criminoso. Por tais razões também, a iniciativa tardia deve ser repelida pelo juiz, seja do réu ou do MP.

Em suma, a negociação e a formalização do acordo, embora admitidas até na execução, devem ocorrer, em regra, na etapa preliminar da persecução. Não atendem exclusivamente ao direito do agente, até porque já prevista a confissão como atenuante, ou à comodidade dos órgãos de investigação e acusação. Não obstante a confissão e a renúncia do direito ao silêncio sejam pressupostos do acordo e, ainda que desfavoráveis, integrem a esfera de liberdade de opções do indivíduo, a eficácia da tutela penal e os

¹⁰ PEREIRA, op. cit., p. 119.

¹¹ PEREIRA, op. cit., p. 121.

corolários de ordem processual da indisponibilidade da ação e da indeclinabilidade da jurisdição, no âmbito do nosso sistema acusatório vigente, obstam a atenuação despidianda da responsabilização penal, especialmente a título de privilégio ou ainda de compaixão pelo arrependido, ainda que sincero. Neste ponto, toca-se no problema da cadeia de delações sucessivas levada ao extremo da banalização e da falta de perspectiva de encerramento, em detrimento do cumprimento das sanções cominadas pela lei, em seu rigor condizente com a gravidade da ofensa e relevância do bem jurídico tutelado.

A colaboração, outrossim, deve decorrer da vontade livre e esclarecida, ante todas as advertências sobre seus efeitos, inclusive por representar renúncia do direito ao silêncio, e sobre a necessidade de confissão (par. 14, art. 4) e de verossimilhança, mediante amparo em outros elementos concretos. Quando não seja o protagonista, o Ministério Público deve ser informado previamente, como fiscal da lei e da atividade policial. Eduardo Araujo¹² já defendia a inconstitucionalidade da atribuição a quem não é titular da ação penal do poder de fazer acordo com o colaborador, ainda que se exigisse subsequente parecer do MP, pois o Delegado jamais poderia dispor de atividade alheia, como era o entendimento do grupo de trabalho de elaboração do anteprojeto. Concordamos que a solução, por ora, é admitir a representação da autoridade policial para que o MP celebre o ajuste sugerido.

Dos parágrafos 2 e 6, do art. 4 pode-se extrair que o delegado, na fase pré-processual, teria também, em tese, legitimidade para a medida, mas a exegese sistemática com o *caput*, do art. 4, o qual atribui às partes a capacidade de postular a colaboração, conduz à conclusão de que a representação deve ser encampada pelo MP, pois não cabe a quem não é titular da ação dispor parcialmente da persecução. O Parquet, então, pode, após formalizar o acordo, requerer a homologação, com ou sem o colaborador, colhendo-se a manifestação do interessado, nesta última hipótese. Se não encampar eventual proposta do delegado, sobretudo pela temerária ausência de contato com defensor e acusado, aplicar-se-ia o entendimento jurisprudencial que obsta a suspensão condicional do processo de ofício por analogia.

Para Frederico Valdez Pereira,¹³ o par. 15, do art. 14, da Lei 12.850/13, impede até mesmo que o colaborador dispense o advogado no ajuste, embora expressa e justificadamente, como, por exemplo, por receio de vazamento. Pondera que as divulgações precipitadas, a propósito, podem comprometer a eficácia do acordo e a segurança dos envolvidos, mas não contamina sua validade. De qualquer maneira, ao contrário do sistema americano, o MP não tem ampla discricionariedade para negociar com o agente e dispor da ação, permanecendo vinculado aos requisitos legais e estando submetido ao controle do juiz, que pode aplicar o art. 28, CPP, se discordar do arquivamento ou da proposta de perdão.

Assim, o princípio da oportunidade foi acolhido na forma mitigada e regrada e, quanto ao segundo desfecho, a homologação vincularia o juiz ao perdão, salvo se sobreviesse revogação ou retratação. Por isso, concordamos com a sugestão de Ulisses Pascolati Junior no sentido de que aquela análise do acordo deveria caber ao juiz

¹² SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59

¹³ 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*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 123

natural competente para julgamento e não ao juízo de garantias. Impõe-se, com efeito, assegurar a segurança jurídica e honrar, sob o aspecto ético, as expectativas legítimas do colaborador, sob pena de se tornar inócuo o instituto e desestimular seu bom uso. Pondere-se que retratação recai sobre a proposta e não o acordo, sendo este suscetível, na verdade, de revogação por descumprimento.

Enfim, homologado e cumprido o acordo, estaria presente uma causa de extinção de punibilidade *sui generis*, na opinião arguta de Eduardo Araujo. Ainda segundo tal autor,¹⁴ como a lei estabelece que o MP pode realizar o acordo “a qualquer tempo”, a colaboração propriamente processual ocorreria após o recebimento da denúncia e até a publicação da sentença, ou seja, sendo admitida no curso das audiências; Frederico Pereira,¹⁵ porém, faz correta ressalva no sentido de que o art. 13, da Lei 9.807/99 menciona apenas “acusado”, restringindo a extinção da punibilidade à colaboração processual, como meio de prova, enquanto o art. 14 acrescenta indiciado, admitindo-a assim na fase preliminar, mas somente para redução de pena. Da conjunção “e” no colaborar para processo criminal não se desprende afoitamente que o instituto apenas se aplica se o colaborador testemunhar em juízo, exigência que sequer havia na lei anterior. Basta contribuir para a busca de outros elementos e para futuro do processo, tendo, os parágrafos 2 e 5, do art. 4, da nova lei, explicitado o cabimento da colaboração na fase pré-processual ou de execução da pena.

A natureza jurídica de acordo, então, segundo a nova disciplina, ficou ainda mais evidente, não se tratando de mera hipótese de redução da pena e não se exigindo que o colaborador seja meio de prova, até porque isto demandaria denúncia contra o colaborador e, paradoxalmente, sua inquirição como testemunha. A lei, aliás, admite a ausência de denúncia e se contenta com a condição de fonte de prova ou informações de inteligência sobre a organização, ainda que não específicas, sobre um fato determinado investigado. A Lei 10409/02 para tóxicos, no nosso sistema, foi pioneira na ideia de acordo que sobrestaria a investigação.

As informações, não em forma de prova sob contraditório, mas como meio de investigação, podem de fato levar à obtenção de provas de condutas de líderes, dos planos da organização e do destino de bens e valores, prolongando-se no tempo. Mesmo sem perspectiva de ser prova em ação, a colaboração por interesses investigativos mais amplos é essencial no trabalho de inteligência policial e legítima, permitindo, por exemplo, que um traficante eventual, não integrante da organização, preste informações sobre a rotina desta, funcionamento e hierarquia, ou seja, sobre fatos mais amplos do que o crime por ele cometido. Não há restrição da aplicação do instituto, por conseguinte, às hipóteses de coautoria. Por isso, discordamos de alguns posicionamentos dos Tribunais Superiores que sustentam como requisito não expresso na lei o reconhecimento de seu envolvimento nos mesmos delitos dos delatados.

Ao contrário da lei de emergência antimáfia da Itália, a nossa não exige que tivesse sido membro e se dissociado. Prescinde ainda do prévio abandono das atividades

¹⁴ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

¹⁵ 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*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 124.

ilícitas, diversamente do modelo espanhol. Tal amplitude do nosso instituto pressupõe a relevância dos trabalhos de inteligência policial, mitigando claramente os princípios da obrigatoriedade e indivisibilidade da ação penal, aos quais seriam opostos interesses estatais prioritários, presentes em determinados grupos de delitos. O inquérito ou processo ficaria, outrossim, suspenso, mediante autorização judicial, respectivamente, para confirmação de suas revelações ou seu depoimento sob contraditório, até que, atestadas sua veracidade e utilidade, fosse aplicado o benefício ajustado, admitindo-se o perdão, no entanto, apenas para aquele que testemunhasse em juízo.

Ainda no que concerne ao procedimento, Celso Costa Lima Verde Leal¹⁶ afirma que não contava com disciplina minuciosa nas seis leis que tratava da colaboração, razão pela qual o MP e Varas especializadas em Lavagem de Dinheiro vinham seguindo, desde 2003, como no caso do Banestado, o projeto que resultou na Lei 12.683/12, aprovada, contudo, sem a parte atinente à regulamentação da delação, que pretendia conter termo da negociação em separado, sem registro nos autos principais e sob sigilo, autorizada pelo juiz e vinculante da sentença. O autor pondera que, se realizada na investigação, deve ser mantida sob o contraditório e que, embora seja preferível que a ação contra o delator seja julgada posteriormente, evitando retratação em juízo, após usufruir dos benefícios, nada impede que ocorra até mesmo depois do trânsito em julgado de sua sentença, até porque uma das hipóteses de rescisão da coisa julgada consiste na descoberta de prova que diminua a pena.

Se as informações foram declaradas insubsistentes para rejeição do benefício, todavia, não podem ser consideradas como confissão e prova contra o colaborador, não se admitindo o fracionamento. Acompanhamos também a doutrina que considera pressupostos de validade na fase processual a efetividade e a voluntariedade da colaboração (art. 4 *caput* da Lei 12.850/13). O prêmio, por sua vez, ficará condicionado ao resultado (confirmação da veracidade das informações, que será útil na elucidação de crimes e/ou na identificação de integrantes da organização). Defendemos, outrossim, que o princípio da proporcionalidade oriente a proposta e os termos do acordo, bem como a decisão do juiz entre o perdão judicial, a redução de até 2/3 da pena ou substituição por restritivas de direitos e, quando prestada a colaboração durante a execução, entre a redução de até metade da pena ou progressão de regime,

Não cabe ao juiz encaminhar acertos com o colaborador, participar da tomada de declarações e prometer benefícios determinados, devendo preservar a imparcialidade. Incumbe-lhe homologar o acordo, analisando o preenchimento dos requisitos formais, ou recusar, enviando o expediente ao Procurador-Geral, ou ainda adequar o ajuste, mas sem incursão no mérito, nos termos dos parágrafos 8 e 11, do art. 4, da Lei 12.850/13. Em seguida, com a homologação, o colaborador poderá depor ao MP na presença do defensor e em juízo, já no curso do processo. Ao final, deverá o julgador avaliar a veracidade do conteúdo da delação, valorar todos os elementos de prova obtidos e conceder o benefício, se condenar o colaborador.

A doutrina passou a considerar o interrogatório do corrêu delator, verdadeiro testemunho impróprio, ao invés de meio de defesa. Com a Lei 12850/13, ficou ainda mais claro que se trata de depoimento do qual deve participar a defesa do delatado. Na lição

¹⁶ LEAL, Celso Costa Lima Verde. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 856.

de Gustavo Badaró,¹⁷ a corroboração cruzada, todavia, não é suficiente, pois as duas delações continuariam sendo consideradas fontes impuras. Compartilhamos da tese, por outro lado, de que a comprovação de fatos secundários ou de circunstâncias relevantes do relato do delator, atestando a coerência, veracidade e credibilidade daquele pode sustentar a responsabilização penal, se não contrastadas por elementos concretos e se inviável a produção de provas diretas dos fatos, segundo o livre convencimento motivado do julgador. Destarte, a corroboração da delação por elementos de prova é indispensável para condenação, mas pode ser parcial, sobretudo se complexa a narrativa, desde que submetida a contraditório. Tal solução não atenta contra a presunção de inocência.

Jurisprudência

Registradas algumas reflexões abalizadas dos doutrinadores sobre o modelo de colaboração vigente e as principais controvérsias, dogmáticas, exegéticas e pragmáticas, que serão enfrentadas pelos operadores do Direito, é oportuno empreender breve análise de sua aplicação recente, sobretudo pelos Tribunais Superiores. Por causa de seus limites, este trabalho limitar-se-á a discorrer sobre o voto paradigma, proferido pelo Ministro Dias Toffoli no HC 127483 do Paraná, impetrado junto ao STF. O julgador entendeu que o art. 6, da lei, estabelece, na verdade, elementos de existência da colaboração para, em seguida, asseverar que o art. 4 e seu par. 7, do mesmo diploma, estipulam os requisitos (voluntariedade do agente, regularidade e legalidade de seus termos) e a eficácia (homologação judicial), que não comporta valoração das declarações e antecipação do prêmio. No aludido plano da validade, estariam a declaração resultado de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade, sem má-fé e sobre objetivo lícito, possível e determinado ou determinável. A liberdade psíquica necessária não se confundiria com a de locomoção, motivo pelo qual entendemos que não procede a crítica ao valor das delações feitas por presos e as tentativas de alteração da lei para obstá-las, prejudicando justamente os encarcerados, que ficariam privados de benefícios tão significativos decorrentes do emprego do instituto.

Tal desvio de finalidade, consistente em compelir o Judiciário a soltar delatores, por sua vez, não pode ser convalidado, até porque, se presentes os fundamentos de ordem cautelar para a medida excepcional, não podem ser desprezados ao arrepio da lei. Enfim, requisitos de validade de delação não se confundem, lógica e juridicamente, com os da custódia cautelar. Ademais, a distinção entre presos e soltos, no exercício do direito ou poder de delatar, não atenderia aos princípios da isonomia substancial, razoabilidade e proporcionalidade. Não há correlação lógica entre supressão da liberdade física (critério do *discrimen*) e vedação da colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), pois o fator determinante do acordo é a liberdade psíquica, ausência de coação, esteja solto ou não.

O que não se admite é a prisão destinada a obter confissão ou delação, tendo em vista que o direito ao silêncio decorre do instinto ou dever natural de autopreservação e, em última instância, diz com a dignidade da pessoa humana. Obviamente excluída a prisão cautelar como instrumento de barganha ou meio de suprir meios tradicionais e

¹⁷ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 270.

menos gravosos de obtenção de provas, não subsistiriam razões para negar aos presos a avaliação da possibilidade de colaboração, sobretudo na execução, quando restaria praticamente esvaziado o instituto pela exigência de colaborador solto.

Quanto à eficácia, voto do Ministro Dias Toffoli, no HC 127483 do Paraná, destaca ainda a natureza personalíssima do benefício, não podendo vincular ou atingir diretamente a esfera jurídica de delatados, não lhes assistindo o direito de impugnar e impedir a homologação. O acordo não se confunde com as declarações do colaborador e demais provas, submetidas ao contraditório e passíveis de impugnação e valoração em sede própria. Nestes controles, na paridade de armas, na garantia de não ser condenado com fulcro exclusivamente na delação (art. 4, par. 16, da lei) e na imposição de motivação das decisões judiciais também reside a proteção dos direitos do imputado.

Oportuno lembrar, então, que o pedido de homologação é distribuído sigilosamente, apenas com informações que não identifiquem o colaborador e o objeto (par. 7, art. 4, da lei), para decisão em 48 horas, com acesso restrito ao juiz, ao MP e ao delegado, assegurado ao defensor somente em relação aos elementos atinentes ao exercício do direito de defesa, precedido de autorização judicial, ressalvados os das diligências em curso. Embora, após o recebimento da denúncia cesse o sigilo, pode ser decretado pelo juiz por necessidade de proteção do colaborador. Desafio seria conciliar, à luz da razoabilidade, a Súmula Vinculante 14 STF com tal regime específico para criminalidade organizada e o art. 20, CPP, que autoriza o sigilo quando indispensável para elucidação do fato ou por interesse da sociedade. Neste ponto, fatalmente surgirão controvérsias entre quem não admite nenhuma restrição ao interesse jurídico, nem mesmo a simples ocultação dos dados do depoente, pois o testemunho impróprio exigiria maior conhecimento de suas peculiaridades, como condição de coautor e eventuais interesses subjacentes à colaboração, e aqueles que acolhem flexibilização de garantias individuais no combate ao terrorismo e ao crime organizado, na linha de inflexões do Direito Penal do Inimigo.

Entendemos que a distinção entre publicidade externa e interna pode ser útil, facultando o acesso do imputado – não do público em geral – ao conteúdo das informações e não aos dados do colaborador, mediante procuração e autorização judicial, quando aportarem aos autos do procedimento que possa levá-lo à condição de indiciado ou denunciado, sem prejuízo da adoção das demais medidas legais de proteção do delator e de sua família. O acordo deixa de ser sigiloso com o recebimento da denúncia, observado o art. 5, da lei. Contudo, o acesso incondicional a todo material da colaboração prejudicaria o trabalho de inteligência, que, invariavelmente, exige ramificações, e as investigações, sobretudo acerca de outros delitos e membros da organização, não se olvidando de que será complexa e permanente, em tese, sua atividade ilegal. Vale dizer, não há exigência constitucional de compartilhamento de todas as informações de uma ampla investigação com a defesa de um delatado.

Os efeitos revelativos não estariam exauridos em uma certa instrução judicial. Além de ausente liame direto com a causa, poderiam por em perigo o colaborador, se divulgados todos os dados da fase preliminar. Para o STF, nessa etapa, não seriam meio de prova e não teriam efeito para condenação, admitindo segredo. Para superá-lo, caberia à defesa demonstrar que viciaria o procedimento, como na hipótese de má-fé do colaborador ou desvio de finalidade, não se tratando propriamente de medida de preservação do contraditório. Não bastariam conjecturas, todavia, e o juiz da causa (não de garantias) levantaria sigilo apenas internamente, se evidenciada a probabilidade de nulidade.

Comungamos da opinião de Valdez Pereira, quando conclui que é possível o sigilo, após recebida a denúncia, de parte das declarações, em certas situações, nas quais outros direitos não poderiam ser desprezados pelo legislador. A propósito, o par. 3, do art. 7 seria interpretado sistematicamente com o par. 7, do art. 4, da Lei 12.850/13, que exige o envio ao juiz do termo do acordo e não de todas as declarações do colaborador. Contentar-se-ia a lei com a publicidade do resumo da delação e não de todas as manifestações e acertos prévios. Entendimento contrário e literal faria expor todas as medidas de proteção ao colaborador e família ao próprio delatado nos autos da persecução contra este, comprometendo-as. Enfim, autos da colaboração, acordo e termo não se confundem, bastando que estes dois sejam conhecidos pelo coimputado. O enunciado 14, da Súmula Vinculante do STF, exige acesso aos elementos de prova atinentes ao direito de defesa e não a quaisquer dados que não ingressem no processo como prova. Não se trata sequer de flexibilização de direitos dos investigados perante a criminalidade organizada.

Retomando a análise do julgamento do HC 127483 do Paraná junto ao STF, verifica-se que o Ministro Dias Toffoli entendeu cabível impetração por imputado (delatado) contra homologação de colaboração criminal na qual fora mencionado, porque, embora a decisão do relator pudesse ser submetida ao crivo do Plenário, aquele não seria parte para interpor agravo regimental. Com efeito, além dos recursos passíveis de interposição nos autos da persecução formalmente instaurada contra si, quando aportasse a documentação atinente à colaboração, inclusive contra decisão de valoração do seu conteúdo como elemento de prova, é certo que, não integrando a relação processual anterior ou originária, deveria restar algum instrumento para evitar eventuais desdobramentos, potencialmente gravosos para sua liberdade, da sequência do processamento e envio do acordo de colaboração ao juízo competente.

Não se acolheu, contudo, com razão, a tese de que a delação carecia de pressuposto ontológico e axiológico consistente na confiança e a tese de ilegalidade do acordo decorrente também de cláusulas patrimoniais ilícitas, como a liberação de imóveis para a família do delator, que teriam sido adquiridos com recursos objeto de lavagem, em detrimento da obrigação de reparação dos danos, nos termos do Dec. 5.687/2006, o qual incorporou a Convenção de Mérida ao nosso direito positivo, e do princípio constitucional do devido processo legal.

Além da legalidade da formação do convencimento judicial fundamentado acerca da licitude e legitimidade da proposta, parece-nos que não há como presumir a má-fé, na incipiente colaboração, da condição de investigado, o que afrontaria a própria natureza e razão de ser do instituto. Ora, a confiabilidade do colaborador somente poderia ser avaliada, no momento oportuno, em cotejo com o resultado das diligências desencadeadas por suas informações e com a confirmação de seu conteúdo por outras provas. Ilacões extraídas de estado jurídico do delator, vaga e prematuramente, não poderiam de fato impedir a negociação e formalização do acordo. A liberação provisória de bens, por outro lado, não excluiria a possibilidade de aplicação de multa e outras sanções restritivas de direitos na sentença, inclusive patrimoniais, da incidência dos efeitos de eventual condenação e da execução de provimento indenizatório obtido em vias próprias (ação civil pública, por improbidade, etc.).

A personalidade do agente referida pela lei não significa que a colaboração depende de perfil psicológico favorável, o que seria inviável em organização criminosa, mas que se cuida de fator relevante na definição dos termos do acordo, mormente do benefício apropriado. Para alguns autores, o parágrafo primeiro do art. 4, da Lei 12.850/13, não

estabelece requisitos e não dispõe sobre o acordo, mas sobre a sanção premial, assim como o art. 13, par. único, da Lei 9.807/99 autoriza o perdão judicial em conformidade com os mesmos fatores, inclusive a personalidade do beneficiado. Neste diapasão, a eficácia não é avaliada *ex ante*, mas após a homologação e efetiva cooperação.

Quanto às conjecturas sobre vício de vontade, o magistrado instrutor convocado, naquele mencionado julgamento do STF, ouviu o colaborador, na presença de seu defensor, para confirmar a regularidade, legalidade e voluntariedade da colaboração, cuja constitucionalidade já havia sido reconhecida pelo STF antes mesmo da entrada em vigor da Lei 12.850/13. Apenas a cláusula de renúncia ao direito fundamental de acesso à Justiça foi afastada, até porque já haveria perda dos benefícios ajustados para a hipótese de descumprimento do acordo. Os demais atos da colaboração foram convalidados, no juízo de constitucionalidade e legalidade. Não se olvidou do dever das autoridades e do direito do acusado de confrontar as declarações do delator, sob a égide do princípio constitucional do devido processo legal. O Ministro enfatizou tal direito de confrontar, o qual, nos sistemas italiano e americano, tem estatura constitucional, bem como as garantias de que o impetrante jamais seria condenado com base apenas na delação para asseverar que eventual inutilizabilidade das declarações não atingem o ato em si, restando válido o acordo sob o aspecto formal. Com efeito, a credibilidade e o confronto probatório extrínseco dizem com outro plano e etapa, descabendo a exclusão apriorística de provas que a experiência demonstra serem preciosa fonte de conhecimento de fatos.

Quanto ao valor das declarações, Perfecto Andrés Ibáñez¹⁸ ensina que corroborar é dar força a uma afirmação inculpatória de fonte testemunhal com dados de outra procedência, donde força é qualidade de convicção. Não referidos diretamente ao fato declarado, mas a alguma circunstância relacionada com ele, cuja constatação confirmaria a veracidade do declarado. O voto do julgamento acima referido ressalta que, para corroborar declarações heteroinculpatórias, não bastariam declarações harmônicas de outro colaborador.

O voto ponderou que a confiança no delator diz com a eficácia de sua colaboração, mormente para fins de sanção premial, não sendo elemento de existência ou requisito de validade do acordo. Não se extrai previamente de supostas características ou antecedentes do delator, mas é construída objetivamente a partir da fidedignidade das informações, da corroboração por outros elementos e efetividade para a investigação. Não interessa, a propósito, se decorreram de arrependimento ou de vingança. Sob o prisma subjetivo, importa a voluntariedade. Assim, o relator concluiu que considerações sobre a personalidade do delator Alberto Youssef e referência a descumprimento de acordo anterior não obstavam a homologação da colaboração diversa. O julgamento considerou, ademais, que a liberação de bens prevista em cláusula do acordo não afetava a esfera jurídica do paciente, embora a medida somente fosse aplicável para o perdão judicial, quando haveria extinção da punibilidade. De qualquer modo, não vincularia o juízo cível, além de admitida, em tese, pela Convenção de Palermo, segundo Dias Toffoli, ao franquear o abrandamento das consequências do crime, o que incluiria o confisco, como efeito extrapenal da condenação. Em suma, bens do delator poderiam ser imunizados no acordo, atendendo ainda aos encargos de proteção pessoal. De qualquer maneira, as críticas aos critérios de oportunidade e conveniência de inclusão de cláusulas de tal

¹⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial em el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 124-125.

jaez em acordos de colaboração não se confundem com reconhecimento de ilegalidade ou ofensa à Lei Maior.

O voto conclui que negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou criar embaraços para lhe sonegar a sanção premial representa conduta desleal do Estado, em detrimento do princípio da moralidade nos termos do art. 37, da CF. Como se percebe, reiteremos os ensinamentos no sentido de que cabe ao juiz, nesta primeira etapa, exercer o controle sobre a legalidade e requisitos formais do acordo, o que condiz com a natureza jurídica do instituto, com o procedimento estabelecido pela nova lei e com nosso modelo de colaboração criminal, desenhado após décadas de experiências pelo mundo e sucessivas alterações na legislação pátria. Somente o exercício comedido e eficaz desses poderes e competências pelo magistrado propiciará a intensificação do emprego do valioso instrumento no combate ao crime organizado e, por conseguinte, à corrupção e ao ataque frequente e grave a bens jurídicos tutelados tão caros à sociedade, em regra dotados de raízes constitucionais, mas sem abandonar a estrita observância dos princípios fundantes do Direito Penal e do Direito Processual Penal e sem transigir com os direitos e garantias fundamentais.

Bibliografia

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 270.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição da insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 88, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº 558. Relator: Ministra Nancy Andrighi. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº 575. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 2002002009157-4. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 30207. Relator: José Raul Gavião de Almeida. São Paulo, 24 de janeiro de 2012. *Diário Oficial*, São Paulo.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Pedido de Desaforamento nº 16012. Requerente: Ricardo José Guimarães. Requerido: MM Juiz de Direito da Vara do júri da Comarca de Ribeirão Preto. Relator: Jose Raul Gavião de Almeida. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelas pessoal no processo penal brasileiro*. 2015. f. 53-54. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DOUTRINA: EDIÇÃO COMEMORATIVA, 25 ANOS. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada. *Revista de Estudos Criminais*, n. 14, 2004.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

LEAL, Celso Costa Lima Verde. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MESSA, Ana Flavia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Org.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

REVISTA DA AJURIS. Rio Grande do Sul: Scor Editora Tecci, mar. 2006.

REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, 2011.

REVISTA FORENSE. Rio de Janeiro: Forense, v. 398, 2008. Bimestral.

REVISTA IOB DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. Porto Alegre: Iob, 2007. Bimestral.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

Lavagem de dinheiro – restituição de numerário apreendido

*Paulo Dias de Moura Ribeiro*¹

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Honrou-me o Desembargador Marco Antonio Marques da Silva com pedido de um artigo sobre algum tema de processo penal que eu tivesse enfrentado aqui no Superior Tribunal de Justiça.

Debruçando-me sobre o pedido, que não poderia deixar de atender, resolvi lembrar um caso que me pareceu merecer destaque pela originalidade do tema versado dentre outros tantos recursos que foram apreciados pela 5ª Turma de Direito Criminal do Superior Tribunal de Justiça.

Por isso, me animei a trazer ao leitor o Recurso Especial a seguir destacado porque ele, ao meu sentir, tem o sabor da originalidade que incentiva o debate e a consideração.

Segue o caso:

RECURSO ESPECIAL. INQUÉRITO POLICIAL. APURAÇÃO DE SUPOSTO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. APREENSÃO DE VALORES. TÉRMINO DAS INVESTIGAÇÕES. DECURSO DE MAIS DE 8 (OITO) ANOS. INEXISTÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL OU DE QUALQUER PESSOA INDICIADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RESTITUIÇÃO DO NUMERÁRIO. RECURSO PROVIDO.

1. A manutenção da apreensão de valores efetivada no inquérito policial, após ultrapassados mais de 8 (oito) anos sem nenhum indiciamento ou instauração de ação penal pela prática de qualquer crime, revela manifesta ofensa ao princípio da razoabilidade, situação que não pode ser tolerada pelo Poder Judiciário.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1.255.321/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 3/2/2014)

A hipótese que veio ao exame do Superior Tribunal de Justiça teve início no âmbito da Polícia Federal que investigou uma suposta prática de crimes previstos nas leis 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), 9.613/98 (Crimes de Lavagem de Dinheiro) e 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária), em virtude da apreensão, em 2005, no Aeroporto Internacional de Brasília, de sete malas contendo o valor total, em dinheiro, de R\$ 10.202.690,00, na posse de J.B.R. da S., então Deputado Federal e Presidente de Igreja de Congregação Religiosa.

¹ Pós-doutorando pela Universidade de Lisboa.

Com o tempo e com o término do mandato, o inquérito foi encaminhado em janeiro de 2007 à 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo e ali a instituição religiosa pleiteou a devolução dos valores apreendidos ou a sua substituição por fiança bancária, o que não foi acolhido.

Contra tal decisão, houve interposição de recurso de apelação e o TRF da 3ª Região negou provimento ao inconformismo com a seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE NUMERÁRIO APREENDIDO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. INQUÉRITO POLICIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. SUBSTITUIÇÃO POR FIANÇA BANCÁRIA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. A reprodução, na decisão recorrida, de razões esposadas pelo Supremo Tribunal Federal em pedido anterior, não induz nulidade.

2. Se a investigação ainda não foi encerrada, seria precipitado restituir dinheiro apreendido sob a suspeita de ser objeto de crime de lavagem.

3. Não é de se considerar vencido o prazo a que alude o § 1º do art. 4º da Lei nº 9.613/98, que é de 120 dias, pois ainda se encontram inconclusas as diligências requeridas pelo Ministério Público Federal, em ordem a não se poder iniciar a contagem do lapso temporal (STF, Pleno, Inq.QO 2248/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 25/5/2006, DJU 20/10/2006, p. 49).

4. Se nos autos do incidente de restituição não foi produzida qualquer prova da titularidade do domínio sobre o bem, é de ser indeferido o pedido inicial.

5. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, “se a constrição que a Lei Antilavagem franqueia é de molde a impedir tal inserção retroalimentadora de ilícitos, além de possibilitar uma mais desembaraçada investigação quanto à procedência das coisas, então é de se indeferir a pretendida substituição, por imóveis, do numerário apreendido. Por identidade de razões, deve ser indeferido o pedido de substituição do dinheiro apreendido por fiança bancária, que nada mais é do que outra espécie de caução.

Sobrevieram embargos de declaração que acabaram rejeitados.

Seguiu-se a manifestação do Recurso Especial que sustentou a liberação do valor apreendido, devidamente corrigido, pelos argumentos de nulidade e diante do decurso do prazo da cautela concedida.

A Subprocuradoria-Geral posicionou-se contrariamente ao inconformismo.

O Min. Jorge Mussi, em extenso e bem elaborado voto, firmou a tese da não liberação do valor, nos seguintes termos:

O Excelentíssimo Senhor Ministro Jorge Mussi (Relator):

Busca-se no presente apelo especial a liberação de valores apreendidos, em caráter cautelar, em sede de inquérito policial que apura a suposta prática de crimes contra a ordem tributária e de lavagem de

dinheiro, seja em virtude de nulidades apontadas pela recorrente ou porque ultimado o prazo para o levantamento da medida cautelar, cuja contagem se iniciaria com a sua efetivação, sem o oferecimento de denúncia.

O inconformismo, porém, não reúne condições de admissibilidade. Inicialmente, no tocante à aventada ofensa ao disposto nos arts. 4º, 84 e 240 do Código de Processo Penal, extrai-se do acórdão recorrido que as referidas matérias não foram sequer ventiladas perante o Tribunal a quo.

Com efeito, da leitura do recurso de apelação, verifica-se que a defesa limitou-se, naquele momento, a registrar a origem lícita do número apreendido e o esgotamento do prazo de manutenção da medida de apreensão, nada mencionando quanto às nulidades argüidas nas razões do presente recurso especial.

Registre-se, ainda, que os embargos de declaração opostos buscaram, tão-somente, o esclarecimento do entendimento adotado pela Corte recorrida quanto a definição do termo inicial para a contagem do referido prazo, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.613/1998.

Logo, não havendo manifestação, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, quanto aos temas aludidos, resta inviabilizado o exame do especial por este Sodalício, pois ausente o indispensável requisito do prequestionamento. Incidem, no ponto, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, que dispõem, litteris:

Súmula n. 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula n. 356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Com essa mesma orientação, os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. SEGURO-DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA SIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DOS VERBETES N. 282 E 356 DA SÚMULA DO STF. ESTADO DE NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

– Ausente o prequestionamento das questões suscitadas, inviabilizado o exame do apelo nobre, a teor dos verbetes n. 282 e 356 da Súmula do STF.

– O reconhecimento do estado de necessidade demandaria o reexame do conjunto probatório, o que é vedado em recurso especial. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 196.825/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/3/2013, DJe 22/3/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 45 DA LEI N. 11.343/2006. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS NS. 282 E 356 DA SÚMULA/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O recurso especial está pautado na alegação de negativa de vigência ao art. 45 da Lei n. 11.343/2006, pleiteando-se, em suma, que a tipificação da conduta atribuída ao recorrente – tráfico ilícito de drogas – seja desclassificada para a situação de simples dependência.

2. Nota-se, de plano, que a questão veiculada no apelo nobre não foi apreciada pelo Tribunal de origem, e o agravante nem mesmo opôs Embargos de Declaração para que o requisito do prequestionamento fosse preenchido. Incidem, portanto, as Súmulas 282 e 356 do STF.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 260.237/BA, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 26/2/2013, DJe 5/3/2013)

De outra parte, no tocante à suposta afronta ao art. 4º, caput e § 1º, da Lei 9.613/1998, vale transcrever os fundamentos utilizados pelo Tribunal a quo para indeferir o pedido de liberação dos valores confiscados, in verbis:

Note-se que tem inteira pertinência a fundamentação lançada no acórdão supramencionado, pois enquanto perdurarem as investigações, duas afirmações podem ser feitas: a) seria precipitado devolver à circulação dinheiro que pode ter origem ilícita; b) não é de considerar sequer iniciado o prazo previsto no § 1º do artigo 4º da Lei n. 9.613/1998.

Acrescente-se, ainda, um outro fundamento, suficiente por si só para conduzir ao indeferimento do pleito: não há, nestes autos, qualquer prova de que a recorrente seja titular do numerário cuja liberação pretende. [...]

Por fim, aduz-se que, para deferir-se, o pedido de restituição esta Turma haveria de proclamar a licitude da origem do dinheiro apreendido, ou seja, estar-se-ia selando o destino do inquérito policial, que haveria de ser, necessariamente, trancado ou arquivado.

Em outras palavras, estar-se-ia, em um pedido de restituição, realizando um juízo acerca da própria legalidade da conduta investigada. (fls. 252 e 253)

Conforme se infere do trecho transcrito, três foram as razões adotadas pelo Tribunal recorrido para negar o pleito de restituição do numerário apreendido: a incerteza quanto à origem lícita dos valores, o não implemento do prazo legal do art. 4º, § 1º da Lei 9.613/1998, cujo cômputo, aliás, sequer teria se iniciado e a ausência de comprovação de que a Instituição Religiosa recorrente seria a titular do dinheiro.

Nas razões do presente recurso especial, contudo, a par das nulidades já referidas, a recorrente somente ataca um dos fundamentos do aresto impugnado, afirmando que o prazo de 120 dias para o levantamento das medidas assecuratórias aplicável na hipótese de a ação penal não ser iniciada tempestivamente é contado a partir da efetivação da apreensão e, portanto, já teria sido extrapolado no caso.

Vale dizer, deixou a recorrente de atacar outros dois fundamentos que, por si sós, se mostram suficientes à manutenção da conclusão pela impossibilidade de restituição dos valores a que chegou a Corte

de origem, circunstância que impõe, à toda evidência, a inadmissão do recurso, também nesse ponto, em razão do óbice a que alude o enunciado sumular 283 da Corte Suprema, litteris:

Súmula 283. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Adotando tal entendimento, confira-se os julgados a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DECRETAÇÃO, NA ORIGEM, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO QUANTO A PARTE DAS QUESTÕES SUSCITADAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADOS N. 282 E N. 283 DA SÚMULA DO STF. LEVANTAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DECRETADA (CPP, ARTIGO 131, INCISO III), SEM PREJUÍZO DE QUE A MEDIDA SEJA REQUERIDA PERANTE O JUÍZO CÍVEL. MEDIDA JÁ DECRETADA NO JUÍZO CÍVEL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. A única questão efetivamente prequestionada se refere à interpretação e à aplicação do art. 131, inciso III, do CPP.

2. As demais questões, pelo menos tal como suscitadas pelo ora agravante (art. 524 do Código Civil de 1916 – Lei 3.071/1916 –, do art. 91, II, b, do Código Penal, e do art. 141 do Código de Processo Penal), não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem, nem objeto de embargos de declaração, do que resulta, no ponto, a ausência do indispensável prequestionamento (Enunciado 282 da Súmula do STF).

3. O recurso, de qualquer modo, não mereceu prosperar, ainda que com relação ao artigo 131, inciso III, do CPP.

4. No recurso especial, alega-se, expressamente, que a medida cautelar em discussão não objetiva resguardar “futura ação de reparação de dano, mas, sim”, a “restituição do produto ou provento do delito” (fls. 504 – grifos nossos).

5. No caso, o Tribunal de origem decidiu no sentido de que o imóvel objeto da medida constritiva foi adquirido “com os proventos” do crime, mas que, nessa situação, não se poderia falar em “restituição ou devolução de bens” (fls. 498).

6. Ocorre que esse fundamento, certo ou não, é suficiente para se indeferir a medida, e, embora devesse, não foi devidamente impugnado nas razões do recurso especial, o que atrai a incidência, no caso, e por analogia, do enunciado 283 da Súmula do STF.

7. Cabia ao ora agravante desenvolver a argumentação pertinente, demonstrando que a situação dos autos caracteriza, sim, situação em que é possível o pedido de restituição ou de devolução de bens, o que não ocorreu.

8. Acrescente-se que, de acordo com as informações constantes dos autos, o imóvel já está sendo assegurado por medida cautelar determinada no Cível, não havendo a demonstração de prejuízo concreto no levantamento do sequestro que havia sido determinado no curso do processo penal.

9. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 692.730/RJ, Relator Ministro CELSO LIMONGI (DESEM-BARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 20/9/2010)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONSUNÇÃO. SÚMULA 283 DO STF. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. MOTIVO FÚTIL. IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA.

I - Não se conhece do recurso especial quando o v. acórdão recorrido apresenta fundamento suficiente não impugnado (Súmula 283 – STF). [...].

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 1053714/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 6/4/2009)

Registre-se que tal ocorre porque faltaria à recorrente, no caso em tela, interesse em recorrer – requisito de admissibilidade dos recursos – sob a perspectiva da utilidade prática de eventual provimento jurisdicional, pois independentemente da posição adotada por esta Corte Superior quanto ao termo inicial do lapso previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.613/1998, isso em nada alteraria a solução dada à controvérsia na instância ordinária, sobretudo em face da devolutividade limitada do especial.

Nessa linha, vale reproduzir a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, in verbis:

O mesmo critério de aferição da utilidade prática leva a concluir pela inadmissibilidade do recurso em que as razões de impugnação só se relacionam com um dos fundamentos da decisão impugnada, quando os outros sejam bastantes para justificá-la. Com efeito, ainda que conhecido e provido o recurso, a conclusão da decisão impugnada subsistiria pelos outros fundamentos, não produzindo o recurso qualquer vantagem prática. (Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 72).

Em complemento, assim dissertou Bruno Jorge Costa Barreto:

O recurso especial deve ser rejeitado se não abranger todos os fundamentos da decisão recorrida. Diferente de uma apelação, no recurso especial não se devolve à Corte Superior todas as questões debatidas no processo, mas apenas aquelas que foram efetivamente impugnadas. Por isso, qualquer fundamento do acórdão que seja capaz de manter a decisão deve ser atacado. A Súmula 283 do STF, aplicável ao recurso especial, dispõe que ‘é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles’. Mais de um fundamento não se confunde com mais de um tema jurídico. Havendo mais de um tema jurídico, é possível a interposição do recurso para atacar apenas um deles.

Existindo dois fundamentos e um tema jurídico, o recurso deve alcançar todos os fundamentos. [...] (Recurso especial criminal. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2009, p. 47 e 48)

Registre-se, por fim, que até se poderia admitir que a dúvida acerca da origem lícita do quantum apreendido sucumbiria ao eventual reconhecimento de que já esgotado o prazo legal para o oferecimento da denúncia, ao raciocínio que, nesse caso, ante à aparente inércia do órgão ministerial, deveria se presumir a licitude dos valores.

Nessa hipótese, a tese recursal referente ao descumprimento do prazo do art. 4º, § 1º, da Lei 9.613/98 conteria ataque implícito ao fundamento pertinente à afirmada incerteza quanto à origem do objeto da apreensão.

Ocorre, porém, que se mantém robusto o óbice à devolução da quantia apreendida, apontado pela Corte Regional, relacionado à ausência de comprovação de que a recorrente seria a proprietária legal do dinheiro, até porque, vale lembrar, o montante fora apreendido na posse de pessoa física.

Restando, portanto, inatingido ao menos um fundamento (se correto ou não, pouco importa neste momento processual) capaz de, isoladamente, resguardar o entendimento do Tribunal a quo acerca da questão de fundo veiculada no recurso, inviável se afigura o exame do especial, por ausência de interesse recursal.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial, sem prejuízo de que a parte interessada, diante do decurso do tempo, formule novo pedido de restituição perante o Juízo Federal em que tramita o inquérito respectivo.

É o voto.

O Min. Marco Aurélio Bellizze pediu vista e lançou voto contrário ao posicionamento adotado pelo Min. Jorge Mussi, com os fortes argumentos que a seguir são alinhavados:

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

Conforme relatado, foi instaurado inquérito policial para apurar a suposta prática de crimes previstos nas Leis nºs 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), 9.613/98 (crimes de “lavagem” de dinheiro) e 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), tendo em vista a apreensão da quantia de R\$ 10.202.690,00 (dez milhões, duzentos e dois mil seiscentos e noventa reais), a qual estava acondicionada em 7 (sete) malas que foram encontradas em aeronave particular, no Aeroporto Internacional de Brasília, na posse de João Batista Ramos Silveira, então Deputado Federal e Presidente da Igreja Universal do Reino de Deus, além de outros bispos. No presente recurso, a recorrente pleiteia a liberação do valor apreendido, seja porque ultrapassado o prazo previsto no art. 4º, § 1º, da Lei de Lavagem de Dinheiro, atualmente revogado pela Lei nº 12.683/2012, o qual estabelecia que “as medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contados da data em que ficar concluída a diligência”, seja em razão de diversas nulidades apontadas no tocante à condução do inquérito policial.

Em relação às aludidas nulidades, acompanho o eminente Ministro Relator acerca do não conhecimento do presente recurso, porquanto a questão nem sequer foi suscitada perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, faltando, assim, o requisito indispensável do prequestionamento.

Passo, então, à análise do pedido de restituição do numerário em razão do tempo transcorrido desde a efetivação da apreensão,

violando, segundo a recorrente, o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.613/98.

Conforme relatado, o Ministro Jorge Mussi entendeu incidir a Súmula nº 283/STF, tendo em vista que, embora o Tribunal de origem tenha adotado três fundamentos para negar o pedido de restituição do valor apreendido, a recorrente somente atacou “um dos fundamentos do aresto impugnado, afirmando que o prazo de 120 dias para o levantamento das medidas assecuratórias aplicável na hipótese de ação penal não ser iniciada tempestivamente é contado a partir da efetivação da apreensão e, portanto, já teria extrapolado no caso”, permanecendo, portanto, incólumes os fundamentos concernentes à incerteza acerca da origem lícita dos valores, bem como em relação à ausência de comprovação de que a Instituição Religiosa recorrente seria a titular do dinheiro.

Aduziu Sua Ex^a., ainda, que mesmo que se reconheça que a tese recursal contenha “ataque implícito ao fundamento pertinente à afirmada incerteza quanto à origem do objeto da apreensão”, mantém-se “robusto o óbice à devolução da quantia apreendida, apontado pela Corte Regional, relacionado à ausência de comprovação de que a recorrente seria a proprietária legal do dinheiro, até porque, vale lembrar, o montante fora apreendido na posse de pessoa física”.

Nesse ponto, com a devida vênia, discordo do eminente Ministro Relator pelas razões que passo a consignar.

De início, entendo que não se aplica ao caso o enunciado no 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, da leitura das razões do recurso especial, verifica-se que a recorrente não só alegou a questão acerca do transcurso do prazo para a liberação do dinheiro, mas, também consignou que o numerário era proveniente da arrecadação de doações dos fiéis para a Igreja Universal do Reino de Deus, valores, portanto, em tese, lícitos e de sua propriedade.

Confira-se trechos da petição do recurso especial que demonstram essa assertiva:

A recorrente, desde o fatídico 11.07.05, encontra-se privada dos seus bens de que foi vitimada em medida de apreensão da Polícia Federal por suposição de crime de lavagem de dinheiro.

[...].

Os valores apreendidos, como amplamente já demonstrado nos autos, representam o resultado de campanha litúrgica da Igreja Universal do Reino de Deus, que comemorava o seu aniversário de 28 anos de consolidação institucional e missionária.

O Presidente da Instituição, o então Deputado Federal João Batista Ramos da Silva foi coercitivamente conduzido ao Distrito Policial no DF, lá prestando declarações e termo de apreensão, munido de documentos de legitimação sobre o numerário, tais como: a) Procuração e declaração para portar valores; b) Ata e Estatuto da Igreja; c) Declaração de origem e destino dos valores com plano de vôo nacional.

Ato contínuo, o Delegado de Polícia resolveu instaurar inquérito policial contra o Deputado Federal, sendo certo que a Igreja Uni-

versal figuraria como terceira interessada em reaver os seus valores legítimos.

Em sua gênese, após instauração de IPL, o feito foi distribuído ao Supremo Tribunal Federal, isso em razão da prerrogativa de função do então parlamentar João Batista Ramos da Silva, presidente da Instituição Religiosa requerente titular dos valores apreendidos.

De certo que naquela feita houve requerimento de liberação dos valores lançados à Suprema Corte, mas com fundamento na farta comprovação da origem, (o que não se faz nesta Corte por importar no reexame de acervo probatório), [...]

[...]

Assim, baixados os autos à 1ª Instância da Justiça Federal, a Recorrente, como que por impulso natural e necessidade de obter o seu numerário de volta, postulou pela devolução da posse que lhe foi esbulhada pela ação policial sem causa madura, e o fez agora forte no art. 4º, caput, 1º, da L. Especial, dirigindo-se, desta feita, ao Exmo. Juízo da 6ª Vara Criminal em SP.

[...]

Formado o expediente federal e irressignada a pessoa jurídica titular dos valores apreendidos há mais de 4 anos sem que o inquérito expulsasse causa madura já bastante subvertida, foi desatendida a lei federal no que garante a devolução dos valores perante o esgotamento do prazo de 120 dias da apreensão, sem prejuízo de já haver comprovada a origem (outro fundamento de que se reveste a recorrente).

[...]

Nota-se que o próprio Delegado confessou, para o total enfraquecimento da midiática apreensão que nenhuma prova de proveniência ilícita em relação à origem e destino dos valores possuía em mãos, tampouco de um crime meio para efetuar um verdadeiro confisco na propriedade da Entidade Religiosa.

[...]

O Delegado de Polícia, amparado de fragílima e não sem razão desvalorada 'denúncia anônima', procedeu com sensacionalíssima apreensão do numerário oriundo de ofertas e doações para a Igreja Universal, sem observância ao rito do artigo 240 do CPP, [...]

[...]

No caso em exame, a revelar a contundência da ilegalidade, a pessoa física estava fartamente acompanhada de documentação idônea da Entidade [recorrente] que representava como Presidente, tanto é verdade que no Estado de Minas Gerais, de posse dos elementos de legitimidade para portar a espécie, o Delegado liberou in loco.

[...].

Nesse mérito, em relação à razoabilidade ou proporcionalidade, a Entidade Religiosa, de maneira incontestável, agiu em seu favor.

Note-se que ofereceu, diferentemente do que havia feito no Colendo STF, fiança bancária com prazo indeterminado.

Assim, constata-se que em toda a petição do recurso especial a recorrente sempre sustentou a origem e propriedade dos valores

apreendidos, provenientes de doações de campanha litúrgica da Igreja Universal do Reino de Deus, em comemoração ao seu aniversário de 28 anos de consolidação institucional e missionária, não sendo a hipótese, a meu juízo, de aplicação da Súmula 283/STF.

No particular, entendo que não há nenhuma controvérsia em relação à titularidade do dinheiro apreendido.

Ora, a posse de bem móvel faz presumir, ao menos de forma relativa, a sua propriedade, que se transmite com a simples tradição. Na hipótese, o dinheiro foi apreendido na posse de João Batista Ramos Silveira, que desde o momento da apreensão dos valores pela Polícia Federal afirmou categoricamente que portava o numerário na condição de Presidente da Igreja Universal do Reino de Deus, sendo desta instituição religiosa a titularidade do dinheiro, proveniente, como já dito, de doações de fiéis.

Além disso, não houve nenhuma impugnação, por terceiros, em relação à propriedade dos valores apreendidos, valendo ressaltar que a recorrente vem tentando obter a restituição da quantia desde a sua apreensão, em julho de 2005, tendo, inclusive, oferecido fiança bancária.

Não se pode olvidar que a suposta origem do dinheiro, proveniente de doações de fiéis da Igreja Universal, revela-se de difícil comprovação por meio documental. Porém, no caso, pelas circunstâncias em que foram apreendidos os valores, bem como pela declaração de quem detinha a sua posse, somado ao fato de inexistir qualquer impugnação acerca da propriedade do numerário, a única conclusão possível é a de que, realmente, os valores pertencem à recorrente.

Por essas razões, a meu sentir, não há que se falar em ausência de comprovação da titularidade dos bens, impondo-se registrar, ademais, que caberia ao Ministério Público Federal comprovar a origem ilícita dos valores, o que não ocorreu na espécie, mesmo após considerável tempo de investigação.

Aliás, é justamente em razão desse último fundamento que entendo que o caso em exame prescinde da análise acerca de eventual violação ao art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.613/98, atualmente revogado pela Lei nº 12.683/2012, o qual fixava o prazo de 120 (cento e vinte) dias para ser iniciada a ação penal, sob pena de levantamento das medidas assecuratórias.

Com efeito, a apreensão dos valores ocorreu em 11 de julho de 2005, isto é, há mais de 8 (oito) anos, não tendo sido oferecida, até o presente momento, denúncia pelo Ministério Público Federal, tampouco qualquer pessoa foi indiciada no inquérito policial instaurado.

Vale destacar que, conforme informações juntadas às fls. 517/539, em 27 de julho de 2012, as investigações se encerraram, constando na conclusão do relatório da Polícia Federal o seguinte excerto (fl. 534): (...). Entendo que não restou claro a prática dos crimes de lavagem de dinheiro ou mesmo evasão de divisas. Ainda que ilógica a prática de reunir vultosos recursos de doações de fiéis de cidades no Norte do país para depositá-los em São Paulo, tal fato, por si só, não é crime. Diante da conclusão das investigações e por entender não haver outra providência a ser tomada dou por encerrada a presente investigação

e determino o encaminhamento do feito ao Ministério Público Federal para análise e deliberação a respeito e de lá para a Justiça Federal para decisão final.

O Procurador da República, por sua vez, em 11 de março de 2013, determinou a restituição dos autos à Polícia Federal, por 90 (noventa) dias, “para intimação e oitiva do atual presidente da Igreja Universal do Reino de Deus no sentido de esclarecer se o numerário apreendido nos autos foi restituído em eventual decisão de segunda instância ou eventualmente caucionado por bens imóveis”.

Ora, diante da última e inusitada “diligência” solicitada pelo Ministério Público Federal, conclui-se que não há nenhuma outra medida a ser tomada no bojo da investigação, a qual durou mais de 8 (oito) anos sem indiciar um único indivíduo.

No pormenor, vale ressaltar que o art. 16 do Código de Processo Penal determina que o “Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”, situação, contudo, não ocorrida na espécie, porquanto a solicitação de retorno dos autos a fim de verificar se os valores foram restituídos ou caucionados em nada serviria para ensejar eventual oferecimento de denúncia após a efetivação da diligência.

Dessa forma, ficam superados os fundamentos do acórdão recorrido no sentido de ser precipitado restituir o dinheiro antes da investigação ser encerrada, bem como de que a medida constritiva possibilitaria “uma mais desembaraçada investigação quanto à procedência das coisas” (fl. 255), não existindo mais, portanto, razão para a manutenção da apreensão dos valores.

Registre-se que a recorrente informou na origem, em 25 de abril de 2013, que os valores não foram restituídos até o presente momento, tampouco substituídos por bens imóveis ou fiança bancária, estando o feito com vista ao MPF desde 8 de maio de 2013, inexplicavelmente, sem qualquer outra manifestação.

Merece registro a atuação do Ministério Público e do Juiz Federal após a conclusão do inquérito policial, revelando inexplicável demora em caminhar para o desfecho do procedimento investigativo, seja com a propositura de ação penal ou com o arquivamento do inquérito e devolução dos valores apreendidos por tempo irrazoável.

Assim, a manutenção da medida constritiva, após ultrapassados mais de 8 (oito) anos sem nenhum indiciamento ou instauração de ação penal pela prática de qualquer crime, revela manifesta ofensa ao princípio da razoabilidade, situação que não pode ser tolerada pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

A – Bens, direitos ou valores (ocultação). Medidas assecuratórias (decretação). Valores em contas bancárias (indisponibilidade). Ajuizamento da ação penal (prazo). Levantamento do sequestro (caso).

1. Poderá o juiz, no curso do inquérito ou da ação penal, decretar a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, di-lo o art. 4º, caput, da Lei nº 9.613/98.

2. *Ocorre, porém, que tais medidas assecuratórias serão levantadas se a ação penal não for intentada no prazo de cento e vinte dias, contados da data em que ficar concluída a diligência, conforme dispõe o § 1º do referido artigo.*

3. *Ora, no caso presente, lá se vão, já que data de 22.3.07 o ato em questão, quase três anos sem nenhum sinal da ação penal. Se lá se vão quase três anos, já se vai, evidentemente, tempo demais, contrariamente à lei, é claro, contrariamente, até, ao princípio da razoabilidade.*

4. *Recurso ordinário em mandado de segurança provido a fim de se levantar o sequestro recaído sobre os bens dos recorrentes.*

(RMS nº 27.230/RJ, Relator o Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJE 24/5/2010)

B – PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. BUSCA E APREENSÃO. MEDIDA REALIZADA HÁ MAIS DE SETE ANOS. RAZOABILIDADE.

I – A medida de busca e apreensão atende, no presente caso, aos requisitos legais que disciplinam sua realização (art. 240 e seguintes do CPP). Contudo, há que se reconhecer que a medida excede prazo de duração recomendável, pois realizada há mais de 7 (sete) anos, sendo que não foi deflagrada, até o presente momento, ação penal referente aos fatos em apuração.

II – O princípio da razoabilidade, vetor constitucional, embora implícito no texto magno, recomenda que situações como a presente não sejam chanceladas pelo Poder Judiciário, pois se mostram desarrazoadas e divergentes do Estado de Direito.

Recurso ordinário provido.

(RMS nº 21.453/DF, Relator o Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 4/6/2007)

Nessas hipóteses, a ilegalidade é tão evidente que esta Corte tem entendido, inclusive, pela possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, para liberação dos bens apreendidos, a despeito de não se tratar de ofensa direta à liberdade de locomoção do indivíduo, em razão do manifesto constrangimento ilegal. A propósito:

A – RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E LAVAGEM DE DINHEIRO. BUSCA E APREENSÃO. ART. 4º, § 1º, DA LEI Nº 9.613/98. INAPLICABILIDADE. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. *Não há falar em infringência ao art. 4º, § 1º, da Lei 9.613/98, uma vez que o magistrado não estaria adstrito a determinar a constrição com base na Lei que trata tão somente de um dos delitos em apuração, não se sujeitando, portanto, ao prazo nela previsto para levantamento da medida.*

2. *Realizada a constrição dos bens em 22.8.2003, o oferecimento da denúncia depois de transcorrido mais de sete anos do bloqueio, sem previsão para o término do processo, configura constrangimento ilegal a determinar a concessão de habeas corpus de ofício para liberação dos bens apreendidos. Precedentes.*

3. *Recurso especial ao qual se nega provimento.* Habeas corpus concedido de ofício para determinar a liberação dos bens apreendidos, mediante a nomeação de seu legítimo proprietário como depositário. (REsp nº 865.163/CE, Relator o Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 1/7/2011)

B – HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. TRANCAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. SEQUESTRO DE BENS IMÓVEIS E BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. MEDIDA DECRETADA HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. RAZOABILIDADE. EXCESSO DE PRAZO VERIFICADO. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. *Conforme entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, o trancamento de inquérito policial pela via estreita do habeas corpus é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias essas não evidenciadas na hipótese. Precedentes.*

2. *Nos termos do art. 4º da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, poderá decretar, no curso de inquérito policial, o sequestro de bens, direitos ou valores do investigado. Conforme o § 1º do mesmo artigo, essas medidas assecuratórias serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias.*

3. Segundo já decidiu este Superior Tribunal de Justiça, o atraso no encerramento das diligências deve ser analisado conforme as peculiaridades de cada procedimento.

4. No caso, não tendo sido proposta, até o presente momento, a ação penal em desfavor do Paciente, mostram-se impreteríveis o levantamento do sequestro e o desbloqueio das contas bancárias, porquanto ultrapassados os limites da razoabilidade. Precedentes.

5. *Ordem parcialmente concedida, a fim de determinar o levantamento do sequestro recaído sobre os bens imóveis que estejam em nome das empresas SEGURANÇA INDUSTRIAL - COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS e ORION MILÊNIO COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES S/A e das pessoas de ELIZABETH TRANCOSO PEREIRA e FRANCO CECCHINE BRUNI NETO, bem como o desbloqueio dos ativos financeiros que estejam em seus nomes, ressalvada a possibilidade de nova decretação das medidas assecuratórias, desde que fundada em novas evidências da prática do crime. (HC nº 144.407/RJ, Relatora a Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 28/6/2011).*

Por fim, conquanto nos precedentes indicados acima tenha sido nomeado o proprietário do bem como fiel depositário, a fim de resguardar eventual aplicação de pena de perdimento, entendo que a solução apontada não se aplica ao presente caso.

Isso porque, ao contrário dos referidos julgados, na hipótese, não houve sequer o oferecimento de denúncia contra qualquer pessoa, valendo ressaltar, inclusive, que embora já tenha sido concluído o inquérito policial, nenhuma pessoa foi indiciada, mesmo passado todo o tempo transcorrido desde a apreensão dos valores.

Por esses motivos, não se mostra razoável condicionar a liberação do numerário apreendido à nomeação da recorrente como fiel depositária ou exigir-lhe fiança bancária, sob pena de perpetuação da manifesta ilegalidade.

Registre-se, por oportuno, que, caso sejam apurados novos fatos que porventura resultem em eventual ação penal, nada impede que o Ministério Público requeira ao Juízo Criminal a decretação de medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores da recorrente que sejam instrumento, produto ou proveito de crimes, conforme estabelece a Lei nº 9.613/98 e o próprio Código de Processo Penal.

Ante o exposto, pedindo vênua ao eminente Ministro Jorge Mussi, conheço em parte do presente recurso especial e, na parte conhecida, dou provimento ao apelo para determinar a liberação à recorrente dos valores apreendidos nos autos do inquérito policial de que aqui se cuida.

É o voto.

Diante de tão relevantes e firmes argumentos sopesados nos dois votos destacados, vi-me obrigado a pedir vista dos autos para melhor examinar e pensar mais detidamente sobre o tema neles versados.

Depois de muito pensar e avaliar, lancei o voto-vista a seguir transcrito, que tomou em linha de consideração a não razoabilidade do prazo de bloqueio do valor apreendido, notadamente porque, diante do longo tempo decorrido sem oferecimento de denúncia e indiciamento, não se afigurava razoável a manutenção da apreensão do dinheiro, até mesmo pela ausência de prova de má-fé.

Eis o teor do meu voto-vista:

Rendendo minhas homenagens ao eminente Ministro JORGE MUSSI, louvado o brilhantismo do voto que lançou no presente caso, ousou dele divergir para acompanhar o voto proferido pelo Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE.

Como já havia antecipado na sessão passada, a boa-fé se presume, a má-fé se prova.

No presente caso, há 8 anos procura o Ministério Público fazer a prova da origem ilícita do dinheiro apreendido.

Como não sobreveio nesse longo espaço de tempo tal prova, sabendo-se que a lei exige para a permanência da apreensão do dinheiro, o exíguo prazo de 120 dias, de há muito vencidos, caracterizado está o constrangimento ilegal.

Faço constar, também, que não há ilegitimidade na pretensão do levantamento porque dinheiro, bem móvel por excelência, é da propriedade de quem o porta, que o pode transferir pela tradição, pela entrega.

Assim, mesmo que a apreensão tenha sido feita com o presidente da instituição e que agora esta esteja a requerer o levantamento e que não se possa confundir a pessoa física e a jurídica, o certo é que se admite a substituição processual pela cessão do crédito, à falta de impugnação específica, a teor do art. 42, I, do CPC.

Diante do exposto, pelo meu voto, acompanho o eminente Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE na divergência aberta no sentido de conhecer em parte do recurso especial e, na parte conhecida, a ele dar provimento para determinar a liberação à recorrente dos valores apreendidos.

É o meu voto.

Diante do teor dos votos, não haverá dúvida para o leitor de que o caso aqui revelado, pela sua originalidade, haverá de despertar melhores comentários e argumentos sobre a decisão que acabou, por maioria de votos, fixando a tese de que não tendo ocorrido formalização de denúncia depois de 8 anos, nada poderia justificar a indisponibilidade do dinheiro apreendido pela Polícia Federal.

Organizações criminosas e sigilo bancário

Maria Domitila Prado Manssur
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. O direito fundamental ao sigilo bancário. 1.1 Direitos fundamentais e ponderação de valores. 1.2 Distinção entre sigilo bancário, sigilo de dados e sigilo financeiro. 2. A Lei de Organizações Criminosas e a quebra do sigilo bancário. 2.1 Criminalidade organizada: principais características. 2.2 A tendência restritiva de direitos na quebra do sigilo bancário e a quebra do sigilo bancário na Lei 12.850/2013. 2.3 O afastamento do sigilo bancário nos crimes praticados por organizações criminosas. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A sociedade hodierna assiste ao crescente poderio das organizações criminosas que, infiltradas nas estruturas estatais – não raro mercê de expedientes legais –, criam sistema hierarquizado e disciplinado, refratário às ações de prevenção, combate e investigação dos crimes tipificados por suas condutas deletérias.

Se, por um lado, as relações do indivíduo com seus pares e entes públicos estão protegidas por sistema normativo que prestigia direitos e garantias individuais fundamentais, animadas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, no outro vértice, desponta o interesse coletivo que exige eficiência do Estado no combate à criminalidade.

Afasta-se, assim, a aparente impossibilidade de coexistência de ações em sistema ordenado e voltado à preservação da intimidade e privacidade da pessoa humana, como corolário do resgate da valorização do ser humano, em si próprio considerado, com todas as conquistas dela decorrentes, com a atuação estatal ordenada, por normas materiais e devido processo legal, sem afastamento a *standard* mínimo e universal de direitos e garantias processuais,¹ que possam limitar os direitos e garantia individuais, sem, entretanto, eliminá-los ou nulificá-los.

Há proteção ao segredo, cofre da intimidade e da privacidade individual, e a todos os caminhos que se entrelaçam até seu endereço, mas também se afirma, em homenagem à almejada paz social, que há proteção às relações sociais seguras e lícitas, ainda que, para a manutenção delas a assertiva inicial deva ser relativizada.

Busca-se, neste estudo, enfrentar a possibilidade de quebra do sigilo bancário nos crimes praticados por organizações criminosas, a partir da análise do fenômeno do crime organizado.

¹ Ao discorrer sobre os caminhos da internacionalização do processo penal, Marcos Alexandre Coelho Zilli (FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Coord.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 32) afirma o estabelecimento de paradigmas universais do devido processo penal, o que se ajusta ao assunto telado, pela necessidade de ambiente processual seguro, formado por *standards* na valoração de direitos individuais e coletivos. —

1. O direito fundamental ao sigilo bancário

1.1. Direitos fundamentais e ponderação de valores

Anotada a existência de direitos fundamentais que, quanto ao conteúdo, se apresentam de forma mais e menos abrangente, não há direito fundamental absoluto; diante da possibilidade de coexistência, os direitos fundamentais se amoldam e se autolimitam, de forma a garantir a existência dos interesses envolvidos, com preponderância daquele de maior valor, o que se entende por ponderação de valores.

O artigo 5º, inserido no Título II, da Constituição Federal, traz rol exemplificativo de direitos fundamentais, cuja interpretação deve ser sistemática, partindo do Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, do mesmo diploma legal.

Tais considerações encontram coerência com a Lei de Colisão, estabelecida por Robert Alexy, que, após estabelecer diferença entre princípios e regras, como espécies do gênero “norma”, afirma que, quanto ao critério de exclusão, os primeiros não se excluem, o mesmo não ocorrendo com as últimas.

David Diniz Dantas faz estudo comparativo entre os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, com base na Lei de Colisão, ensinada pelo segundo, destaca a importância dos princípios no entendimento da quebra do sigilo bancário, afirmando que:

A distinção entre regras e princípios desponta com nitidez, no dizer de Alexy, ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Um conflito entre regras somente pode ser resolvido com a introdução de uma das regras de uma cláusula de exceção (a que elimina o conflito) ou declarando inválida pelo menos uma das regras [...]. Para Alexy, juridicamente uma norma “vale ou não vale juridicamente. Que uma regra é válida e aplicável a um caso, significa que também é válida sua consequência jurídica. Qualquer que seja a maneira pela qual sejam fundamentados, não é possível a validade de dois juízos concretos de dever ser reciprocamente contraditórios [...]” Equivale dizer, para o estudioso alemão, um conflito de regras só admite uma das seguintes soluções: a) declaração de invalidade de uma das regras; ou b) introdução de uma cláusula de exceção para que elimine o conflito. Contrariamente ocorre – ainda para Alexy – na colisão de princípios em que a solução do caso não exige a perda da validade de um deles, nem muito menos que se formule uma cláusula de exceção com caráter geral. Evidentemente que não teremos dupla ou múltipla incidência de princípios, mas que “sobre outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de outra maneira”.²

A distinção é deveras pertinente porque os direitos fundamentais, no que se inclui o sigilo bancário, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sofrerá relativização e será amoldado a outros direitos fundamentais, sem que isto – porque não se trata de regra - implique a sua exclusão.

² DANTAS, David Diniz. O sigilo bancário e o conflito entre princípios constitucionais. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Org.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 321-322.

Permite-se, assim, a mitigação do direito ao sigilo bancário, previsto como direito de personalidade no artigo 5o, incisos X e XII, da Constituição Federal, se em grau menor na avaliação com outros princípios constitucionais coexistentes.

1.2. Distinção entre sigilo bancário, sigilo financeiro e sigilo de dados

A publicidade é regra na atuação do Estado, admitindo-se, excepcionalmente, o sigilo como restrição ao direito individual à informação, como, por exemplo, em garantia da segurança coletiva e interesses sociais.

O mesmo não ocorre com relação ao indivíduo, porque o sigilo é regra em garantia de sua privacidade, admitindo-se, excepcionalmente, a publicidade, quando em conflito interesses individuais com individual ou social, em garantia do convívio e da segurança.

Nesta seara em que a privacidade e a publicidade parecem colidir com o equilíbrio, também é requisitado para que a ideia de democracia prevaleça, com tutela das liberdades públicas e individuais e inter-relacionamento entre os diversos direitos contemplados pelo sistema de normas.

Sobre o assunto, discorre Mariana Stuart Nogueira:

Verificada a linha de abordagem do processo penal constitucional, o sigilo pode ser visto como fator de análise dos elementos autoritários e democráticos de um Estado [...]. O sigilo deve permanecer em um equilíbrio, uma vez que, em extremos, demonstra Estados não Democráticos. A saber, o sigilo, em seu extremo, em que tudo é sigiloso, todos os atos processuais e inclusive assegurando os direitos fundamentais, tem-se um Estado não transparente, que não valoriza o fundamento da cidadania. Em outro extremo, em que não se preserva o sigilo, em que tudo é público, a cidadania também sofre pela insegurança, pois não tem seus direitos de personalidade resguardados e sofre com a violação da privacidade. [...] Em suma, pode-se dizer que o sigilo é uma medida processual penal que serve como garantia à preservação dos direitos fundamentais, como a privacidade, excepcionando a regra de publicidade dos atos processuais, quando há necessidade de proteção a bem jurídico maior.³

A privacidade do indivíduo é acobertada pela proteção do sigilo, como limite dos direitos individuais contra atuação abusiva do Estado, e, neste panorama, deve ser colocado em relevo que o sigilo financeiro equivale ao sigilo bancário, ainda que seja mais amplo, podendo ambos serem conceituados como dever jurídico que têm as instituições financeiras, organizações auxiliares e funcionários de não divulgar, salvo por motivo legal, informações obtidas e que venham a obter em razão das atividades econômicas desenvolvidas.⁴

³ NOGUEIRA, Mariana Stuart. O sigilo no processo penal e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, n. 422, p. 110-112, dez. 2012.

⁴ Dispositivos legais relacionados à tutela do sigilo financeiro:

Artigo 17 do Código Comercial de 1850: sigilo absoluto (não recepcionado pela CF/88).

Lei 4.595/64: reforma do sistema financeiro nacional, com proteção da poupança popular, por meio de fiscalização das instituições financeiras (artigo 17), para aumento de credibilidade, anotado o dever jurídico de sigilo, com suas exceções (artigo 38, *caput* e parágrafos 5, 6 e 7).

No que tange ao sigilo de dados, o alvo da tutela jurídica é a comunicação de dados, distinguindo-se, assim, do sigilo bancário, pelo qual se busca tutelar a vida privada e a intimidade. Ensina Christiano Valente:

*O sigilo de dados tem como bem jurídico tutelado a comunicação privativa e o sigilo bancário tem como bem jurídico tutelado a vida privada e a intimidade. Ambos têm como fundamento lógico-jurídico a liberdade, sendo que o sigilo de dados é conteúdo estrutural da liberdade espelhada na comunicação privativa de dados e o sigilo bancário é conteúdo do direito à vida privada ou intimidade.*⁵

O sigilo de dados figura como garantia constitucional expressa no artigo 5º, inciso XII, CF, ao passo que o sigilo bancário se classifica como direito fundamental implícito, extraído do artigo 5º, incisos, X e XII, da Constituição Federal.⁶

A análise da proporcionalidade e relatividade do sigilo bancário deve ser realizada judicialmente, nos *standards* estabelecidos pelo devido processo legal, sob pena de afronta qualificada à privacidade e intimidade do indivíduo, pois “proteger o sigilo bancário é resguardar o indivíduo contra a divulgação indevida de sua vida privada, assim, manifestação essencial da garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X, CF) e dos dados (art. 5º, XII, CF)”.⁷

De remate, deve o cidadão de bem, aquele que não se une a ações criminosas, saber que a privacidade não serve de recôndito a condutas ilícitas e amorais. Hugo Sinvaldo Silva da Gama Filho analisa a relativização do sigilo bancário quando relacionado a ilícitos penais:

A Constituição garante a inviolabilidade da intimidade por um lado, por outro diz que a cidadania é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, portanto, o instrumento que irá efetivar a inviolabilidade da minha intimidade, que irá garantir a minha tranquilidade e da minha família, no espaço público, ou, principalmente, no meu lar, que irá garantir o respeito à minha liberdade de opção política e religiosa, só pode ser o Estado como um todo. Em suma, além da Administração, também o Estado Juiz e o legislador têm o dever de zelar pela minha propriedade. É verdade que a intimidade corresponde a um certo refúgio para o indivíduo, sua família e amigos próximos, é a liberdade em sua manifestação mais elementar,

Lei 5.172/96: Código Tributário Nacional – determina segredo, em razão de cargo, ofício, função e ministério, atividade ou profissão, com relação a prestação de informações por bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras (artigo 197, inciso II, parágrafo único).

LC n. 105/01: voltada ao aperfeiçoamento da fiscalização e aumento da arrecadação, reafirma a responsabilidade das instituições financeiras no tratamento do sigilo (artigo 1º).

⁵ VALENTE, Christiano. *Sigilo bancário*: obtenção de informações pela administração tributária federal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 105/106.

⁶ Art. 5º, X, CF/88: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Art. 5º, XII, CF/88: É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁷ SCARANCA, Antonio Fernandes. O sigilo financeiro e a prova criminal. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 455-484.

*isso acontece, contudo, para todos os cidadãos da comunidade, por isso, a lei nunca poderá ser interpretada de maneira a reservar esse espaço de refúgio para acobertar atividades criminosas, que possam vir a molestar, inclusive, a intimidade de outros cidadãos de bem.*⁸

2. A Lei de Organizações Criminosas e a quebra do sigilo bancário

2.1. A Criminalidade organizada e suas principais características

No Brasil, a primeira definição de organização criminosa foi dada pela Convenção de Palermo, voltada a prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional. Aprovada pelo decreto legislativo nº 231/03 e promulgada pelo decreto legislativo nº 5.015/04, define, no art. 2º, como grupo criminoso organizado:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Ocorre, entretanto, que a definição dada pela Convenção esbarrou no princípio da legalidade, terminando por ser pronunciada a atipicidade de conduta, se calcada nos termos do dispositivo legal precitado, voltando-se os julgamentos do Pretório Excelso contra a omissão legal não suprida.

Na sequência, em atendimento ao reclamo de inexistência de tipificação legal, veio a conceituação do crime organizado pela Lei nº 12.694/12, que no artigo 2º estabelece:

[...] para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Tal diploma legal revogou, expressamente, em seu artigo 26, a Lei nº 9034/95 (combate às organizações criminosas) e, tacitamente, o conceito de organização criminosa trazida pelo artigo 2º da Lei 12.694/12, dando-lhe nova definição, no artigo 1º, § 1º:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a

⁸ GAMA FILHO, Hugo Sinvaldo Silva da. O acesso a dados bancários e fiscais dos indivíduos pelo Ministério Público submete-se à cláusula de reserva de jurisdição? In: JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 3., TRF 1ª Região.

prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Na definição legal de organização criminosa, somam-se como elementos principais: a) associação de quatro ou mais pessoas, b) estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informal, c) objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, e d) a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Reúnem-se juristas e sociólogos na busca de definições que levem ao conceito preciso de organização criminosa como ato atentatório a bem jurídico protegido e à busca da convivência harmônica, com igualdade de oportunidades e mesma forma de punição de atos ilícitos, independentemente de *status* social, com vistas, inclusive, a ajustar o crime organizado como atividade deletéria ao desenvolvimento econômico e social.

Estabelecido o conceito de organização criminosa e atendido ao princípio da legalidade, restou ampliada a possibilidade de desenvolvimento de meios de repressão e investigação, inclusive com mitigação de direitos fundamentais, se em valoração direitos relevantes à paz social.

De remate, pontuais as observações de Ada Pellegrini Grinover⁹ acerca da temática, a justificar a necessidade de ações firmes no enfrentamento do crime organizado:

É grave a situação do crime organizado no Brasil, sobretudo no que diz respeito ao narcotráfico, a indústria dos sequestros, a exploração de menores e aos denominados "crimes de colarinho branco"; com evidentes conexões internacionais, principalmente no que tange ao primeiro, que também envolve, como último, a "lavagem de dinheiro": A polícia está completamente desarmada em face do poderio das organizações criminosas e o Ministério Público não dispõe de meios operacionais suficientes para fazer face ao fenômeno de maneira global e eficaz. Problemas de corrupção na polícia e na atuação de ex-policiais tornam o quadro ainda mais dramático.

2.2. A tendência restritiva de direitos e a quebra do sigilo bancário na Lei nº 12.850/13

A Lei nº 12.850/13, em seu artigo 3º, prevê meios de investigação próprios para a investigação de crime organizado, entre eles: "IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais".

Tratam do tema a Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro) e a Lei Complementar nº 105/15 (quebra de sigilo bancário) que, em seu artigo 1º, § 4º, estabelece que "a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: [...] IX – praticado por organização criminosa".

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, out./dez. 1997.

Retornando à Lei da Colisão de Robert Alexy, vê-se na tendência de restritivas de direitos verdadeiro princípio, e, pela análise dos dispositivos legais mencionados, a possibilidade de valoração de princípios coexistentes leva, necessariamente, à mitigação de direitos, no caso específico, fundamental à intimidade e privacidade, decorrente da preservação constitucional do sigilo bancário, por meio de decretação de quebra, como meio de alcançar provas de prática de crime organizado.

Considerações finais

1. A coexistência de organizações criminosas em todos os setores da sociedade é realidade globalizada e acompanha o desenvolvimento rápido da tecnologia, dos meios de transporte, do processamento de dados e da facilidade de circulação de pessoas e bens, o que, logicamente, tem como consequência também do desenvolvimento dos meios utilizados pelas organizações criminosas, muitas vezes muito mais sofisticadas e modernas do que os recursos à disposição dos agentes públicos responsáveis pela investigação desse tipo de crime.

2. Nessa seara, a Lei nº 12.694/12 permitiu a ampliação da possibilidade de métodos de investigação, descortinando-se como princípio a tendência restritiva de direitos na quebra do sigilo bancário.

3. Possível a quebra do sigilo bancário, ainda que constitua direito fundamental prestigiado pela Constituição Federal, em crimes praticados por organizações criminosas, devendo ser encontrado equilíbrio entre a privacidade e a publicidade, em prestígio do Estado Democrático de Direito com tutela das liberdades públicas e individuais e inter-relacionamento entre os diversos direitos contemplados pelo sistema de normas.

Referências

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências, 05/08/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DANTAS, David Diniz. O sigilo bancário e o conflito entre princípios constitucionais. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 317-364.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *Sigilo bancário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GAMA FILHO, Hugo Sinvaldo Silva da. O acesso a dados bancários e fiscais dos indivíduos pelo Ministério Público submete-se à cláusula de Reserva de Jurisdição?. In: JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 3., Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, out./dez. 1997.

NOGUEIRA, Mariana Stuart. O sigilo no processo penal e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, n. 422, p. 110-112, dez. 2012.

SCARANCA, Antonio Fernandes. O sigilo financeiro e a prova criminal. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 455-484.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014.

VALENTE, Christiano. *Sigilo bancário: obtenção de informações pela administração tributária federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os caminhos da internacionalização do processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scaranca; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Coord.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.

O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal

Rodrigo Capez¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. Natureza jurídica da colaboração premiada: negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova. III. Impossibilidade de o coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador impugnar o acordo de colaboração. IV. Acordo de colaboração e efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. V. Direito subjetivo do colaborador à sanção premial. VI. Colaboração premiada e encontro fortuito de provas. VII. Juízo competente para a homologação do acordo de colaboração, quando houver indícios do envolvimento de titulares de prerrogativa de foro em ilícitos penais.

I. Introdução

O instituto da colaboração premiada, em nosso ordenamento jurídico, remonta ao Livro V das Ordenações Filipinas, que vigorou no Brasil de 1603 até o Código Criminal do Império (1830) e ficou conhecido pela pretensão de inibir, mediante o terror e a previsão de penas atroztes, o cometimento de crimes – a ponto de Luís XIV, da França, ter indagado se, após o seu advento, com tantas cominações de pena de morte, alguém havia escapado com vida,² e de um rei africano ter estranhado, ao lhe serem lidas as Ordenações, que nelas não se contivesse pena para quem andasse descalço, tão extenso era o rol delitos.³

Não obstante esse extremo rigor, o Livro V previa sanções premiaias para o partícipe e delator do crime de lesa majestade (Título VI, item 12, do citado Livro V), como uma recompensa (“mercê”), “segundo o caso merecer”, desde que não fosse o principal organizador desse delito. Negava-se o benefício, porém, se outrem já houvesse delatado o crime ou se já estivesse em curso uma investigação a seu respeito.

Em outro dispositivo (Título CXVI: “como se perdoará aos malfeitores [...] que derem outros à prisão”), o Livro V também previa, para determinados crimes, o perdão ao delator, e, no caso de o delatado ser um “salteador de caminhos”, uma recompensa pecuniária.

Mais recentemente, inúmeros dispositivos legais reconheceram ao colaborador o direito a sanções premiaias: art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional); art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); art. 14 da Lei nº 9.807/99; e art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

¹ Mestre em Direito Processual Penal (USP). Juiz auxiliar do Gabinete do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal.

² GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1965. t. I, p.116.

³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. 1, p. 85.

Finalmente, a colaboração premiada recebeu disciplina própria na Lei nº 12.850/13, que tem suscitado inúmeras controvérsias de natureza penal e processual penal.

Citem-se, a título exemplificativo, a discussão sobre: i) a natureza jurídica da colaboração premiada; ii) a existência de direito subjetivo do colaborador à sanção premial acordada; iii) a legalidade de cláusulas dispendo sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco do produto do crime ou de qualquer proveito auferido pelo agente com a sua prática; iv) a determinação do juízo competente para a homologação do acordo, quando, nos depoimentos de colaborador que não detenha foro privilegiado, houver indícios da prática de crime por titulares de prerrogativa de foro, como parlamentares federais; v) a possibilidade de o coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo delator impugnar acordo de colaboração; e vi) a determinação do juízo competente para processar e julgar os crimes delatados pelo agente colaborador que não sejam conexos àqueles objeto da investigação primária.

Não se pretende, aqui, exaurir o tema, mas tão somente abordá-lo sob a óptica da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal.

O HC nº 127.483/SP, j. 27/8/15 e o Inq. nº 4.130/PR-QO (questão de ordem), j. 23/9/15, ambos da relatoria do Ministro Dias Toffoli, publicados no DJe de 3/2/16, são os mais importantes julgados do Plenário da Suprema Corte a respeito da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/13.

Este artigo, portanto, se lastreia nesses leading cases e buscou preservar a literalidade de sua fundamentação, registrando-se, quando necessária, a opinião do autor.

II. Natureza jurídica da colaboração premiada: negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova

O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 127.483/SP, assentou que o acordo de colaboração premiada

[...] enquadra-se na categoria negócio jurídico processual, uma vez que o seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração [...]

Corroborando essa conclusão, ressaltou-se que a lei de regência expressamente se refere a um “acordo de colaboração” e às “negociações” para a sua formalização (art. 4º, § 6º).

Destacaram-se, ainda, os relevantes efeitos processuais do acordo de colaboração, previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13, tais como a suspensão do prazo para oferecimento da denúncia ou do próprio processo; a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração e a renúncia ao direito ao silêncio por parte do colaborador.

O Supremo Tribunal Federal, com base em Antônio Junqueira de Azevedo,⁴ estabeleceu que

[...] o exame do negócio jurídico deve ser feito em três planos sucessivos: i) da existência, pela análise de seus elementos, a fim de se verificar se o negócio é existente ou inexistente; ii) da validade, pela análise de seus requisitos, a fim de se verificar se o negócio existente é válido ou inválido (subdividido em nulo e anulável); e iii) da eficácia, pela análise de seus fatores, a fim de se verificar se o negócio existente e válido é eficaz ou ineficaz em sentido estrito.

No caso específico da colaboração premiada, o voto condutor do acórdão aduziu que, “uma vez aceita por uma das partes a proposta formulada pela outra, forma-se o acordo de colaboração, que, ao ser formalizado por escrito, passa a existir (plano da existência)”.

Para o Relator, não se confundem “proposta” e “acordo”, uma vez que a primeira é retratável (art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13), mas não o segundo. Caso o colaborador desista de cumprir seus termos, não se cuidará de retratação, “mas de simples *inexecução de um negócio jurídico perfeito*”.

Os elementos de existência do acordo de colaboração premiada, segundo o Supremo Tribunal Federal, estão previstos no art. 6º, da Lei nº 12.850/13:

O acordo deverá ser feito por escrito e conter: i) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.

Quanto à “especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família” (art. 6º, V, da lei de regência), concluiu-se que “constitui um elemento particular eventual, uma vez que o acordo somente disporá sobre tais medidas ‘quando necessário’”.

Quanto ao plano subsequente da validade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que

[...] o acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável.

O próprio art. 4º, *caput* e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13 estabelece, como requisitos de validade do acordo, a voluntariedade do agente, a regularidade e a sua legalidade.

⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002.

Destacou-se, no voto condutor do HC nº 127.483/SP,

[...] que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção.

A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física.

Para a Suprema Corte, fator determinante para a colaboração premiada é a ausência de coação, pouco importando que o colaborador esteja preso ou solto, uma vez que “entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiaias por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia”.

Neste particular, observamos que a voluntariedade do acordo de colaboração poderá ser aferida pelo juiz em audiência própria com o colaborador e seus defensores, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13, da qual, segundo o entendimento adotado pelos Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki nos procedimentos de sua relatoria, *não participará o Ministério Público*, pois o seu objetivo é aferir se o colaborador sofreu algum tipo de coação.

Diante do que estabelece aquele dispositivo legal (“*podendo*, para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”), essa audiência não é obrigatória e poderá ser dispensada se os elementos de informação coligidos permitirem aquilatar, desde logo e com segurança, a voluntariedade do acordo.

Finalmente, superados os planos da existência e da validade, a teor do HC nº 127.483/SP, chega-se ao plano da eficácia: “o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13)”.

Para o Supremo Tribunal Federal, esse

[...] provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).

Nessa atividade de delibação, o juiz, no entendimento da Suprema Corte,

[...] não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores.

A homologação, portanto, não implica que o juiz tenha admitido como idôneas as declarações do colaborador, e

[...] constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.

Por fim, registrou o voto condutor do acórdão que,

[...] havendo um acordo de colaboração existente, válido e eficaz, nos termos do art. 4º, I a V, da Lei nº 12.850/13, a aplicação da sanção premial nele prevista dependerá do efetivo cumprimento pelo colaborador das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos seguintes resultados: a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Caso não se alcance nenhum desses resultados, “restará demonstrado o inadimplemento do acordo por parte do colaborador, e não se produzirá a consequência por ele almejada (aplicação da sanção premial)”.

Além de negócio jurídico processual, a colaboração premiada, na exata dicção legal (art. 3º, I da Lei nº 12.850/13), é considerada meio de obtenção de prova, assim como, v.g., a busca e apreensão, a interceptação de comunicações telefônicas e o afastamento dos sigilos bancário e fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, no HC no 127.483/SP, distinguiu os meios de prova (*mezzi di prova*) dos meios de pesquisa de prova (*mezzi di ricerca della prova*), aduzindo que, enquanto os primeiros são diretamente utilizáveis para a formação do convencimento judicial a respeito da veracidade ou não de um fato (tais como o testemunho, a perícia, o documento), os meios de obtenção de prova não constituem, por si sós, fonte de convencimento judicial, destinando-se à aquisição de elementos ou fontes de prova que poderão, estes sim, servir à reconstrução histórica dos fatos.

Para o voto condutor do acórdão, “o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador”, haja vista que,

[...] enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.

III. Impossibilidade de o coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador impugnar o acordo de colaboração

O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 127.483/SP, decidiu que:

[...] por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e

nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

Entendeu-se que o acordo de colaboração,

[...] como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica: res inter alios acta. Sua finalidade precípua a aplicação da sanção premial ao colaborador, com base nos resultados concretos que trouxer para a investigação e o processo criminal.

Para o Supremo Tribunal Federal,

[...] a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração.

Tanto isso é verdade que o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e no art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente.

Ao disciplinarem a delação premiada, esses outros diplomas legais reputam suficiente, para a aplicação das sanções premiais, a colaboração efetiva do agente para a apuração das infrações penais, identificação de coautores ou partícipes, localização de bens, direitos ou valores auferidos com a prática do crime ou libertação da vítima, a demonstrar, mais uma vez, que não é o acordo propriamente dito que atinge a esfera jurídica de terceiros.

De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal reconheceu aos delatados a legitimidade para

[...] confrontar, em juízo, as afirmações sobre fatos relevantes feitas pelo colaborador e as provas por ele indicadas, bem como para impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor com base naquelas declarações e provas, inclusive sustentando sua inidoneidade para servir de plataforma indiciária para a decretação daquelas medidas – mas não, repita-se, para impugnar os termos do acordo de colaboração feito por terceiro.

Concluiu-se, ainda, que “negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses”, uma vez que, além de poder confrontar, nos procedimentos em que figurar como imputado, as declarações do colaborador e as provas com base nelas obtidas, nenhuma sentença condenatória poderá ser proferida com base apenas nessas declarações (art. 4º, § 16, Lei nº 12.850/13).

Para a Suprema Corte,

[...] não resta dúvida de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim.

Assegura-se, dessa forma, a “paridade de armas” entre o delatado e o órgão acusador, entendida como “o indispensável equilíbrio que deve existir entre as oportunidades concedidas às partes para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36).

Quanto ao valor probatório dos depoimentos do colaborador, observou o Supremo Tribunal Federal que o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13, inspira-se nitidamente no art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal italiano:⁵

[...] que não exclui a utilizabilidade probatória das declarações feitas por coimputado sobre a responsabilidade alheia, mas, ao impor sua valoração conjunta com outros elementos que confirmem sua credibilidade (“attendibilità”), subordina sua utilização à necessidade de corroboração por elementos externos de verificação (GREVI, Vittorio. Compendio di procedura penale. 6. ed. p. 323-324).

Salientou o voto condutor do acórdão que “para fins de corroboração das declarações heteroinculpatórias do agente colaborador, não são suficientes, por si sós, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador”. Nesse ponto, o Relator divergiu de Vittorio Grevi, “para quem nada obsta que os elementos de prova que confirmem uma delação possam ser representados por declarações de um diverso coimputado”.⁶

Com base na doutrina de Gustavo Badaró, registrou o voto condutor do HC nº 127.483/SP que

[...] a lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação. Em princípio, portanto, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer

⁵ Art. 193, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal italiano: “Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell’articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità”.

⁶ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (Org.). 6. ed. Pádua: CEDAM, 2012. p. 325

meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas...

Mas uma questão interessante é se serão suficientes para justificar uma condenação duas ou mais delações com conteúdos concordes. É o que se denomina mutual corroboration ou corroboração cruzada. Ou seja, o conteúdo da delação do corréu A, imputando um fato criminoso ao corréu B, ser corroborado por outra delação, do corréu C, que igualmente atribua o mesmo fato criminoso a B.

Cabe observar que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada “impura”, o que justifica seu ontológico quid minus em relação ao testemunho.

Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade?

Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas.⁷

Observamos, por fim, que a impossibilidade de o delatado impugnar o acordo de colaboração feito por terceiro foi o principal fundamento para a unanimidade no julgamento do Supremo Tribunal Federal que denegou a ordem no HC nº 127.483/SP, impetrado contra ato do Ministro Teori Zavascki, Relator da Pet. nº 5.244/DF, que havia homologado o termo de colaboração premiada de Alberto Youssef.

IV. Acordo de colaboração e efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação

Nos termos do art. 91, II, “b”, do Código Penal, constitui efeito da condenação a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Também o art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98 estabelece a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual –, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

⁷ BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. *Revista Jurídica Consulex*, n. 443, p. 26-29, fev. 2015.

Com base nesses dispositivos legais e no art. 4º da Lei nº 12.850/13, que prevê, como sanções premiais, apenas o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por restritiva de direitos, sem qualquer referência aos possíveis efeitos da condenação, observou-se no HC nº 127.483/SP que, segundo parte da doutrina, em razão do princípio da legalidade, o acordo não pode dispor aquelas questões patrimoniais.⁸

O voto condutor do HC nº 127.483/SP, todavia, reputou válidas as cláusulas de acordo de colaboração relacionadas ao proveito auferido pelo colaborador com a prática dos crimes a ele imputados.

Para o Ministro Relator:

[...] a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 231/03 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, expressamente admite que os seus signatários adotem “as medidas adequadas” para que integrantes de organizações criminosas colaborem para o desvendamento de sua estrutura e a identificação de coautores e partícipes.⁹

E, entre essas “medidas adequadas”, insere-se expressamente a redução de pena para o delator “que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção”.

A seu ver:

[...] também a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 348/05 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, estabelece, em seu art. 37.2, que “[...] cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”.

⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada – legitimidade e procedimento. São Paulo : Juruá, p. 140-141. Esse autor admite aquela possibilidade apenas nos casos de perdão judicial, tendo em vista a natureza declaratória da sentença que o concede.

⁹ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), artigo 26. Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei. 1. Cada Estado Parte tomará as *medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados*: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, suscetível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. 2. *Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.*

Apesar de o confisco não constituir propriamente uma pena acessória, mas, sim, um efeito extrapenal da condenação (art. 91, II, “b”, do Código Penal), o Relator do HC nº 127.483/SP, “a partir de uma *interpretação teleológica* das expressões ‘redução de pena’, prevista na Convenção de Palermo, e ‘mitigação de pena’, prevista na Convenção de Mérida”, concluiu que elas compreendem, “*enquanto abrandamento das consequências do crime*, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação”.

Logo, “havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas ‘as medidas adequadas para encorajar’ formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (*no sentido de abrandamento das consequências do crime*)”, o Relator do HC nº 127.483/SP reputou lícito que o acordo de colaboração dispusesse sobre o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa, entre as sanções premiais a que fará jus.

De acordo com o voto condutor do acórdão:

[...] se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), a fortiori, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (art. 91, II, b, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98).

Ademais, se a colaboração frutífera também pode conduzir ao não oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º, Lei nº 12.850/13) e, por via de consequência, à impossibilidade de perda patrimonial como efeito da condenação, nada obsta que determinados bens do colaborador possam ser imunizados contra esse efeito no acordo de colaboração, no caso de uma sentença condenatória.

Em suma, concluiu o Relator não ser “desarrazoado que o Estado-Administração, representado pelo titular da ação penal pública, possa dispor, no acordo de colaboração, sobre questões de natureza patrimonial, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé”.

V. Direito subjetivo do colaborador à sanção premial

O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 99.736/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/5/10, ao tratar do instituto da delação premiada previsto no art. 14 da Lei nº 9.807/99, decidiu que constitui conduta desleal do Estado negar-se ao delator a sanção premial a que faria jus, em ofensa ao princípio da moralidade previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Esse direito subjetivo do colaborador às sanções premiais acordadas, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, voltou a ser reconhecido pelo

Ministro Dias Toffoli, Relator do HC nº 127.483/SP, que expressamente invocou aquele precedente.

Anotou o Relator em seu voto que “a justiciabilidade, ou seja, sua exigibilidade judicial, é a nota característica do direito subjetivo”, de acordo com *Martin Borowski*.¹⁰

Assentou ainda 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, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

Assim, para o voto condutor do acórdão, por força de seu direito subjetivo à sanção premial, o colaborador, para exigir o adimplemento da obrigação estatal, pode recorrer da sentença que não a aplicar ou que vier a fazê-lo em desconformidade com o acordo judicialmente homologado.

Para que esse direito subjetivo possa ser exercido, convém lembrarmos que, como requisito de validade do acordo de colaboração, o seu objeto deve ser “lícito, possível e determinado ou determinável”.

Dessa feita, a determinação ou determinabilidade do objeto do acordo é de extrema relevância não apenas por se tratar de um requisito de validade, *como também para possibilitar a sua correta execução*.

Para a perfeita compreensão da natureza e da extensão da sanção premial acordada, é mister que, tanto quanto possível, as cláusulas que a disciplinem não suscitem dúvidas.

Cabe ao juiz, portanto, antes de homologar o acordo de colaboração, *no controle de sua legalidade e regularidade*, determinar, se o caso, o seu aditamento para sanar omissões, contradições ou ambiguidades, de modo a evitar que, futuramente, por ocasião da sentença, constituam a gênese de aporias e perplexidades.

VI. Colaboração premiada e encontro fortuito de provas

O Ministro Dias Toffoli, no voto condutor do julgamento da questão de ordem no Inquérito nº 4.130/PR, aduziu que:

[...] sendo a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, é possível que o agente colaborador traga informações (declarações, documentos, indicação de fontes de prova) a respeito de crimes que não tenham relação alguma com aqueles que, primariamente, sejam objeto da investigação.

Esses elementos informativos (art. 155, CPP) sobre crimes outros, sem conexão com a investigação primária, a meu sentir, devem

¹⁰ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 40-47 e 119-120.

receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou a encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica.

Anotou o Relator, neste particular:

[...] que o Supremo Tribunal Federal já assentou a validade do encontro fortuito de provas em interceptações telefônicas (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02; HC nº 83.515/RS, Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05; HC 84.224/DF, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 16/5/08; AI nº 626.214/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 8/10/10; HC nº 105.527/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 13/5/11; HC nº 106.225/SP, Primeira Turma, Relator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, DJe de 22/3/12; RHC nº 120.111/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 31/3/14).

Ressaltou em seu voto que, “ainda que válidos as elementos de informação trazidos pelo colaborador, *relativamente a outros crimes que não sejam objeto da investigação matriz*”, o acordo de colaboração, “como meio de obtenção de prova, *não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência*”.

A partir dessa premissa, o Supremo Tribunal Federal concluiu que

[...] ainda que o agente colaborador aponte a existência de outros ilícitos penais e que o juízo perante o qual foram prestados seus depoimentos ou apresentadas as provas que corroborem suas declarações ordene a realização de diligências (interceptação telefônica, busca e apreensão etc.) para sua apuração, esses fatos, por si sós, não firmam sua prevenção.

A Suprema Corte, após uma reflexão sobre o iter de concretização da jurisdição, assentou que

[...] a competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador, que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz, dependerá do local em que consumados, da sua natureza e da condição das pessoas inculpas (prerrogativa de função).

Aduziu ainda que, nos termos do art. 78, II, do Código de Processo Penal:

[...] nos casos de infrações conexas e de concurso de jurisdições da mesma categoria (v.g., juízos de primeiro grau), o foro prevalente, em primeiro lugar, será o do lugar da infração a que cominada a pena mais grave. Sendo de igual gravidade as penas, prevalecerá a competência do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações. Por fim, apenas se não houver diferença quanto à gravidade dos crimes ou quanto ao número de infrações, firmar-se-á a competência pela prevenção.

Por fim, concluiu

[...] que não haverá prorrogação da competência do juiz processante – alargando-a para conhecer de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente –, se não estiverem presentes i) uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e ii) uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal.

Destacou o voto condutor do Inq. nº 4.130/PR-QO que o Supremo Tribunal Federal, no RHC nº 120.379/RO, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/10/14, já havia decidido que “a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*”, bem como que “o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*”.

Outrossim, aduziu que, mesmo que:

[...] o juízo processante, com base nos depoimentos do colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões e ordenado a realização de busca e apreensão ou de censura telefônica, essa circunstância não gerará sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (conexão ou continência), uma vez que a prevenção é um critério subsidiário de aferição da competência.

Para ilustrar esse raciocínio, o voto condutor do Inq. nº 4.130/PR-QO invocou o seguinte exemplo:

[...] o fato de um juiz de um foro em que encontrado um cadáver ser o primeiro a decretar uma medida cautelar na investigação não o torna prevento, nos termos do art. 83 do Código de Processo Penal, para a futura ação penal caso se apure que o corpo tenha sido apenas ocultado naquela localidade e que o homicídio, em verdade, tenha-se consumado em outra Comarca. Nessa hipótese, prevalece o forum delicti commissi (foro do lugar da infração), critério primário de determinação da competência, pois a prevenção não pode se sobrepor às regras de competência territorial.

Por fim, asseverou a Suprema Corte no julgado em questão que:

[...] o simples fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de “fases da operação Lava-jato” uma sequência de investigações sobre crimes diversos – ainda que a sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas – não se sobrepor às normas disciplinadoras da competência.

Nenhum órgão jurisdicional pode se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência.

VII. Juízo competente para a homologação do acordo de colaboração, quando houver indícios do envolvimento de titulares de prerrogativa de foro em ilícitos penais

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, por se tratar de um meio de obtenção de prova (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/13), quando houver notícia, no acordo de colaboração, de crimes praticados por titular de prerrogativa de foro, a sua homologação caberá ao tribunal competente para a respectiva ação penal, sob pena de usurpação de competência.

Dessa feita, não compete ao juízo de primeiro grau essa homologação, ainda que, até então, o colaborador, sem prerrogativa de foro, fosse o único investigado.

Assim é que todas as colaborações premiadas relativas à denominada operação “lava-jato” que indiquem a participação de parlamentares federais têm sido homologadas monocraticamente pelo Relator, o Ministro Teori Zavascki (confira-se, v.g., a Pet. nº 5.245/DF, DJe de 1º/2/16), *sem necessidade de sua submissão ao colegiado*, por força do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Registramos que, segundo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao juízo de primeiro grau, ao se deparar com indícios da participação de parlamentar federal em crimes, determinar a cisão das investigações e ordenar a remessa à Suprema Corte apenas da apuração relativa ao detentor de foro privilegiado, o que tipifica usurpação da competência (Rcl nº 1.121/PR, Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJe de 4/5/2000; Rcl nº 7.913/PR-AgR, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 9/9/11; AP nº 871/PR-QO, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 30/10/14).

Logo, *toda a investigação*, e não apenas a parte referente aos titulares de prerrogativa de foro, deve ser encaminhada ao tribunal competente, que deverá supervisioná-la e, se o caso, ordenar o seu desmembramento.

Importante lembrarmos que a cisão parcial de inquérito ordenada por juízo incompetente poderá levar ao reconhecimento da nulidade dos atos de investigação, de medidas cautelares eventualmente ordenadas e, por força do princípio da consequencialidade, da própria ação penal lastreada nesse inquérito.

Registramos, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, em caráter excepcional, já reconheceu a possibilidade de se preservar a validade dos atos praticados por juízo incompetente, inclusive medidas cautelares, entre as quais a prisão preventiva, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02; Inq. nº 4.130/PR-QO, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 3/2/16).

Essa mesma teoria do juízo aparente foi aplicada pelo Ministro Teori Zavascki na AP nº 963/PR, DJe de 5/11/15, quando do desmembramento desse feito, ao determinar que a competência para processar e julgar os ilícitos penais relacionados à Eletrobras/Eletronuclear fosse deslocada da Seção Judiciária de Curitiba (onde a apuração transcorria junto com a denominada operação “lava-jato”) para a do Rio de Janeiro, por reputar que não houve a prática intencional de atos violadores da competência do Supremo Tribunal Federal na atuação do juízo de primeira instância.

Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do recurso extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos

*Thiago Baldani Gomes De Filippo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. Buscas e apreensões nos EUA. II.1. Breves apontamentos históricos e contextualização: considerações sobre a *exclusionary rule*. II.2. Hipóteses de dispensa de mandados: *consent*, *plain view* e *open view*. III. Buscas domiciliares sem mandado e a posição do Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616. IV. Necessidade de densificação de parâmetros diante do conflito entre liberdade individual e persecução penal: o papel do STF como Corte Suprema de unificação do Direito. V. Conclusão.

Resumo: este trabalho objetiva tecer considerações acerca da utilização de provas ilícitas no processo penal e, especialmente, no que diz respeito às provas colhidas por ocasião de buscas e apreensões despidas de mandado judicial. Para tanto, inicialmente são feitas algumas reflexões sobre a jurisprudência dos EUA, principalmente da Suprema Corte, relativamente à compreensão da ilicitude das provas, seus efeitos e as exceções pelas quais são introduzidas no processo. Quanto às buscas, o estudo faz alusões a teorias que admitem sua realização sem mandado judicial. Em seguida, o trabalho analisa a tese fixada pelo STF sobre o tema, para concluir que seu conteúdo não satisfaz os reclames da esperada segurança jurídica.

Palavras-chave: provas; ilicitude; buscas e apreensões; insegurança.

I. Introdução

A inviolabilidade domiciliar é garantia fundamental, prevista no art. 5º, XI, da Constituição, que prescreve: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” A proteção constitucional relaciona-se intimamente com o direito à privacidade e à intimidade dos indivíduos

¹ Mestre em Direito Comparado pela Samford University, Cumberland School of Law. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Assis (SP). Juiz Docente Formador da EPM nas áreas de Penal, Processo Penal, Infância e Juventude e Idoso. Coordenador do Núcleo de Direito Comparado Brasil-EUA da EPM.

que habitam uma casa,² podendo-se cogitar de uma “privacidade espacial”, ao lado da “privacidade em geral”,³ que já é contemplada pelo inciso X do mesmo artigo.⁴

Tratando-se de um valor fundamental, a garantia da inviolabilidade domiciliar deve ser interpretada em sua máxima efetividade,⁵ circunstância que conduz, por um lado, (1) a uma interpretação *extensiva* do conceito de casa e, por outro, (2) a uma interpretação *restritiva* das hipóteses de inviolabilidade.

Quanto à extensão do termo “casa”, o Supremo Tribunal Federal já fixou que ele também compreende qualquer aposento ocupado de habitação coletiva, como quartos de hotel.⁶ A inviolabilidade também se estende às partes não cercadas da residência, como as garagens, quintais e jardins, além de *trailers*, domicílios profissionais, como os escritórios de advocacia⁷ e, mais amplamente, a todos aqueles lugares em que esteja presente o critério de *fechamento ao público*.⁸ Nessa ótica, o art. 150, §§ 4º e 5º, do Código Penal parece ter sido absolutamente recepcionado pela ordem constitucional atual.⁹

Se a inviolabilidade é a regra, a Constituição tratou de fixar as hipóteses permissivas de ingresso em casa alheia, independentemente de consentimento do morador:¹⁰ (1) flagrante delito; (2) desastre; (3) para prestar socorro; (4) por determinação judicial, somente durante o dia.¹¹ Este último caso, o único submetido à cláusula de reserva jurisdicional, encontra-se regulamentado pelos artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal, que autoriza a expedição de mandados judiciais quando houver *fundadas razões*¹² para prender criminosos e, em termos genéricos, apreender coisas relacionadas a condutas criminosas.

Pois bem. O presente trabalho, no primeiro momento, visa tecer considerações acerca das provas ilícitas no processo penal,¹³ a partir do enfoque trazido pelo Direito

² Intimidade e privacidade são dois valores vizinhos, mas o primeiro possui amplitude menor que o segundo, apesar de nele estar contido. Tudo o que é íntimo é também afeto à vida privada, porém o contrário não é verdadeiro. Por exemplo, as relações de trabalho, de estudo etc. são afetas à privacidade, mas não dizem respeito à intimidade (MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2007. p. 160).

³ MARTINS, Leonardo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 287.

⁴ X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.

⁵ O princípio da máxima efetividade “é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça a maior eficácia aos direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 227.).

⁶ STF, HC 90.376/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 3.4.2007.

⁷ STF, HC 82.788/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 2.6.2006.

⁸ MARTINS, Leonardo, op .cit., p. 286.

⁹ § 4º. A expressão “casa” compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. § 5º. Não se compreendem na expressão “casa”: I – hospedarias, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior; II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.”

¹⁰ A regra é a inviolabilidade, de modo que, se houver dissenso entre os habitantes, deve prevalecer a vontade daquele que se opõe ao ingresso de terceiro à casa.

¹¹ Para alguns, dia deve ser o período compreendido entre 6h e 18h; para outros, o critério deve ser o *físico-astronômico*, à medida que dia é o período entre a aurora e o crepúsculo. (MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 176).

¹² Obviamente, para que a autoridade aponte suas *razões fundadas* para acreditar que naquela casa exista alguém que deva ser preso ou algum objeto apreendido, deve haver algum trabalho investigativo preliminar.

¹³ Neste sentido, longe de discussões doutrinárias, nos apegaremos à definição legal de provas ilícitas prevista no art. 157 do CPP (“provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”), sem embargo das críticas a ela lançadas por doutrina de escol, justamente porque o texto deixou de distinguir as violações à lei material e

dos EUA, cuja importância se revela não apenas porque suas teorias foram incorporadas em nosso sistema jurídico pela Lei 11.690/2008, mas também porque a jurisprudência de sua Suprema Corte tem estabelecido parâmetros mais seguros acerca da prescindibilidade de mandados judiciais para a realização de buscas e apreensões, a partir de duas teorias (*open view doctrine* e *plain view doctrine*), construção esta que não está sistematizada em nosso Direito. A compreensão dessas teorias também se faz necessária para refletirmos sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no bojo de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (Recurso Extraordinário 603.616), que pretendeu estabelecer parâmetros para a análise da licitude de entrada forçada em domicílio sem lastro em mandado judicial competente. Após analisarmos o julgamento de mencionado caso, refletiremos acerca do papel do STF como Corte Suprema de unificação do Direito Constitucional, para concluirmos que essa função não foi bem desempenhada na fixação da tese em análise, porque não trouxe a almejada segurança jurídica.

II. Buscas e apreensões nos EUA

II.1. Breves apontamentos históricos e contextualização: considerações sobre a *exclusionary rule*

Nas duas décadas que antecederam a independência dos EUA, a Inglaterra passou a intensificar sua política de arrecadação de receitas, prática que contou com a resistência dos patriotas, que se negavam a pagar os impostos. Com isso, rotineiramente, a Coroa expedia os chamados *writs of assistance*, ordens dadas aos xerifes locais para que auxiliassem os agentes britânicos na busca de mercadorias contrabandeadas. Esses *writs* eram uma espécie de mandados genéricos, porque não especificam o lugar, coisas a serem apreendidas ou os indivíduos que seriam abordados. Pelo contrário, eles conferiam poder para que os agentes realizassem as buscas onde quer que encontrassem o ilícito e, além disso, sua validade era indefinida, vigendo por todo o lapso daquele reinado existente no período em que foi expedido, mais 6 meses.¹⁴

Essas ordens genéricas eram veículo ideal para o cometimento de abusos e arbitrariedades por meio de agentes policiais mal-intencionados. Obviamente, contaram com o repúdio dos líderes revolucionários de então, que a tinham como uma prática opressiva, irrazoável e injusta.¹⁵ Por isso, em várias ocasiões houve resistência veemente ao cumprimento dessas diligências, principalmente em Massachusetts, onde, devido à oposição popular mais ferrenha a partir de 1765, esses *writs* passaram a ser virtualmente inexecutáveis.¹⁶

processual, já que, para estas, admite-se que a nulidade seja sanada, refazendo-se o ato, nos termos do art. 573, caput, CPP (GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio S. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127.).

¹⁴ Na própria Inglaterra, era prática comum a expedição de mandados genéricos (*general warrants*) para a apreensão de publicações sediciosas (FRAENKEL, Osmond K. Concerning searches and seizures, *Harv. L. Rev.*, v. 34, p. 361-63, 1920.

¹⁵ BRADLEY, Gerard V. The constitutional theory of the Fourth Amendment (1989). *Scholarly Works*. Paper 773. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/773>. Acesso em: 11 dez. 2015.

¹⁶ HUBBART, Phillip A. *Making sense of search and seizure law: a fourth amendment handbook*. Durham: Carolina Academic Press, 2005. p. 31.

Por isso, não é surpresa que a *Bill of Rights* tenha se ocupado de garantir a inviolabilidade contra buscas irrazoáveis, época em que a maioria dos estados editou cartas de direitos fundamentais e em todas elas havia previsões semelhantes a essa.¹⁷ Textualmente, a 4ª emenda à Constituição dos EUA estabelece que:

*O direito do povo de ser inviolável em seus corpos, casas, papéis e propriedades contra buscas e apreensões irrazoáveis não deve ser desprezado, e nenhum mandado deve ser expedido se não houver causa provável, embasada em juramento ou afirmação, com descrições particularizadas do lugar em que haverá a busca, e indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.*¹⁸

Diferentemente de nosso art. 5º, XI, o texto não determina quais buscas devam ser precedidas de mandados e, tampouco, estabelece a autoridade estatal que deva expedir-las, não parecendo tão óbvio que a competência devesse somente ser exercida por juízes, já que na Inglaterra de então esse poder normalmente centrava-se nas mãos de certos agentes da Coroa.¹⁹ Atualmente, inclusive, algumas leis estaduais dos EUA atribuem essa competência aos chamados “juízes de paz” (*justices of the peace*), servidores que não apenas celebram casamentos, mas também exercem parcela de poder jurisdicional, relativamente a casos que envolvam infrações penais de menor gravidade (*misdemeanors*) e outras causas cíveis menos complexas (*small claims*).²⁰ É o que ocorre, por exemplo, no Estado de New Hampshire.²¹

A 4ª emenda estabelece a garantia da inviolabilidade contra buscas e apreensões irrazoáveis e preceitua que mandado algum deve ser expedido sem que exista causa provável (*probable cause*), mas não esclarece qual seria a consequência processual acerca da utilização de uma prova obtida ao arrepio dessas garantias. Em 1914, mais de um século após a edição da mencionada emenda, a Suprema Corte, no julgamento de *Weeks v. United States*,²² decidiu que as provas obtidas em violação à 4ª não poderiam ser utilizadas, como regra, em processos criminais. Trata-se da *exclusionary rule* que, à época de *Weeks*, já era adotada por 16 legislações estaduais, consideradas as suas variações.²³ Expressamente, a decisão também firmou que seus efeitos se estendiam apenas aos processos federais, reconhecendo que a 4ª emenda não se autoaplicava aos Estados, de modo que era, em tese, possível que provas obtidas ilicitamente por agentes estaduais daqueles estados que não adotavam a *exclusionary rule* fossem validamente utilizadas

¹⁷ BRADLEY, Gerard V., op. cit. Curiosamente, ao mesmo tempo em que havia a repudia generalizada a mandados genéricos, muitas leis estaduais admitiam uma série de situações que poderiam ser objeto de buscas, apreensões ou prisões, independentemente de mandado. Por exemplo, havia uma lei de Connecticut (1751 Act) que autorizava *sheriffs*, policiais de menor autoridade (*constables*), jurados e outras autoridades locais (seriam os *tithing men*, chefes de família encarregados de fiscalizar o comportamento de seus vizinhos) a prenderem sem mandado quando vissem ou soubessem que alguém viajou desnecessariamente aos sábados (idem, ibidem).

¹⁸ Tradução livre. No original: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

¹⁹ AMAR, Ahhil Reed. Fourth amendment first principles. In: LEE, Cynthia (Coord.). *The Fourth Amendment: searches and seizures*. Amherst: Prometheus Books, 2011. p. 30. (Bill of Rights series).

²⁰ Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Justice_of_the_peace>. Acesso em: 26 dez. 2015.

²¹ Section 595-A:1. Issuance of Search Warrants; Purposes. Gencourt.state.nh.us. 29 august 1969.

²² 232 U.S. 383 (1914).

²³ HUBBART, Phillip, op. cit., p. 334.

em processos criminais federais, situação que ficou conhecida como *silver platter doctrine* (“doutrina da badeja de prata”).²⁴

Aliás, foi apenas em 1968, durante o mandato do *Chief Justice Warren*,²⁵ que a Suprema Corte decidiu que a 4ª emenda se aplicaria amplamente a todos os estados da federação, no julgamento do conhecido caso *Mapp v. Ohio*,²⁶ época em que a *exclusionary rule* já era adotada pela maioria das legislações estaduais.²⁷

Evidentemente, a *exclusionary rule* representa um custo social muito significativo, porque impede que indivíduos respondam por crimes que efetivamente cometeram, conduzindo a uma indesejada sensação de impunidade e injustiça. Todavia, conforme entendeu a Suprema Corte em *Mapp*, trata-se do instrumento mais eficaz para se garantir a efetividade da 4ª emenda. Caso contrário, a garantia por ela estabelecida se reduziria a mero “jogo de palavras”.²⁸ Como enfaticamente estabeleceu a Suprema Corte em *Elkins v. United States*, “[a] regra [exclusionary rule] é calculada para prevenir, não reparar. Seu objetivo é impedir – impor respeito à garantia constitucional pela única maneira eficaz disponível – removendo o incentivo de desrespeitá-la.”²⁹

De fato, a celeuma acerca do assunto é enorme nos EUA. De acordo com Guido Calabresi, a regra é o termômetro mais sensível para se distinguir os liberais dos conservadores, muito mais até que as opiniões sobre o aborto, Direito e economia ou sobre *Bush v. Gore*, já que, invariavelmente, para os liberais a *exclusionary rule* é um pilar do direito à privacidade, afigurando-se essencial para proteger os indivíduos dos comportamentos arbitrários da polícia; para os conservadores, contudo, é uma regra absurda, por meio da qual criminosos violentos ficam impunes, porque os tribunais preferem formalidades em detrimento da verdade.³⁰

Ponderamos que a inutilização não se restringe à prova obtida ilicitamente, em si, estendendo-se também àquelas que dela derivarem (prova ilícita por derivação). É a chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada” (“*fruit of the poisonous tree doctrine*”), forjada pela Suprema Corte em 1920,³¹ que impede a utilização nos processos criminais de todas as provas derivadas da busca e/ou apreensão ilícita, mediante a utilização da regra da “efetiva causalidade” (*actual causation test*).³² Com base nessa

²⁴ HUBBART, Phillip, p. 334. A “doutrina da bandeja de prata” somente foi rechaçada em *Elkins v. United States* (364 U.S. 206 (1960)).

²⁵ Earl Warren exerceu a presidência da Suprema Corte entre 1953 e 1969, período conhecido como o de maior ativismo judicial já visto na história dos EUA. Foram decididos casos emblemáticos, que marcaram a história do direito constitucional daquele país e do mundo todo, como *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954)), que reconheceu inconstitucional a separação de crianças brancas e negras em escolas públicas e determinou a adoção de política pública inclusive, a fim de que se corrigisse essa distorção, afastando-se a regra do “separados, mas iguais”, reconhecida em *Plessy v. Ferguson* (1896); o próprio caso *Mapp*, que adotou a extremada *exclusionary rule*, para coibir abusos policiais; *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)), que estabeleceu a necessidade de o investigado ser advertido de seu direito de permanecer calado e se consultar com seu advogado, entre tantos outros.

²⁶ 367 U.S. 643 (1961). A decisão aclarou a imperatividade da 4ª emenda para todos os Estados da Federação, por força do disposto na 14ª emenda (*incorporation doctrine*).

²⁷ HUBBART, Phillip, op.cit., p. 335.

²⁸ “Form of words” (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 648 (1961)).

²⁹ No original: “The rule is calculated to prevent, not repair. Its purpose is to deter – to compel respect for the constitutional guaranty in the only effective available way – by removing the incentive to disregard it.” (364 U.S. 206, 217 (1960)).

³⁰ CALABRESI, Guido. The exclusionary rule. In: LEE, Cynthia (Coord.). *The Fourth Amendment: searches and seizures*. Amherst: Prometheus Books, 2011. p. 222-226, p. 222. (Bill of Rights series).

³¹ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

³² HUBBART, Phillip, op.cit., p. 341.

teoria, a Suprema Corte já considerou, por exemplo, que impressões digitais obtidas de um indivíduo que fora apreendido ilicitamente não podiam ser utilizadas para qualquer fim no processo penal.³³ Também já decidiu pela inadmissibilidade de provas obtidas mediante mandado judicial, motivadas pela utilização de cães farejadores durante a realização de buscas ilícitas.³⁴ E, de igual modo, a Corte já aplicou a *exclusionary rule* para afastar o conteúdo da versão imediatamente prestada à polícia pela pessoa presa ilicitamente, ainda que ela tivesse sido informada de seu direito de permanecer calada e de ser assistida por advogado.³⁵

Todavia, a própria teoria do *fruit of the poisonous tree* encontra suas limitações em três teorias: (1) dissipação da mancha (“*dissipation of taint*”); (2) fonte independente (“*independent source*”); e (3) descoberta inevitável (“*inevitable discovery*”).

A primeira delas guarda pertinência com a necessidade apontada acima de que exista nexos real, efetivo, entre a prova originária e a prova derivada. Se a ligação é tênue, frágil, não há razão para se impedir a utilização da prova, que apenas remotamente se relaciona com a busca/apreensão irrazoável. É a doutrina da dissipação da mancha, uma limitação à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, aplicada pela Suprema Corte em *Wong Sun v. United States*.³⁶ Neste caso, os policiais realizaram buscas e apreensões ilegais em estabelecimento empresarial de terceira pessoa, que acabou indicando Wong Sun como o proprietário das drogas encontradas, culminando com sua prisão. Após sua liberação, ele voluntariamente compareceu à unidade policial e acabou por confessar o tráfico de drogas. Em grau recursal, a Suprema Corte reconheceu a licitude da condenação baseada em sua confissão voluntária, já que ela se relacionava apenas remotamente com a apreensão ilícita das drogas. A ideia central da teoria da dissipação da mancha foi bem aclarada em *Murray v. United States*:

*A exclusionary rule proíbe a apresentação como prova de produtos tangíveis apreendidos durante uma busca ilícita. Além disso, a exclusionary rule impede a apresentação de provas derivadas, tangíveis e testemunhais, que sejam produto da primeira prova ou, de outro modo, foram obtidas como resultado da busca ilícita, até o momento em que a conexão com a busca ilícita se torne “tão atenuado ao ponto de dissipar a mácula.”*³⁷

Já a teoria da fonte independente remete à inaplicabilidade da teoria do *fruit of the poisonous tree* nos casos em que a prova deriva de uma fonte diversa da maculada pelo vício da ilicitude. Ela foi o fundamento da manutenção de condenação de indivíduo que teve seu domicílio ilicitamente invadido por policiais e, quando estes estavam no local, outros policiais ali chegaram munidos de competente mandado e lograram apreender drogas.³⁸

³³ Hayes v. Florida, 470 U.S. 811 (1969).

³⁴ United States v. Place, 462 U.S. 696 (1983).

³⁵ United States v. Ceccolini, 435 U.S. 268 (1978).

³⁶ 371 U.S. 471 (1963).

³⁷ No original: “The exclusionary rule prohibits introduction into evidence of tangible materials seized during an unlawful search. Beyond that, the exclusionary rule also prohibits the introduction of derivative evidence, both tangible and testimonial, that is the product of the primary evidence or that is otherwise acquired as a result of the unlawful search, up to the point at which the connection with the unlawful search becomes ‘so attenuated as to dissipate the taint.’” (*Murray v. United States*, 487 U.S. 533, 480 (1988)).

³⁸ Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984).

Por fim, a teoria da descoberta inevitável é semelhante à da fonte independente, com a diferença de a prova já ter sido obtida de maneira ilícita, mas se chega à conclusão que ela teria sido certamente descoberta licitamente, e.g., pelo segundo grupo de policiais que, ao dar cumprimento a mandado judicial, descobre que os objetos ilícitos já foram apreendidos pelo primeiro grupo de policiais, que invadiu o domicílio sem que tivessem obtido a competente ordem.³⁹

As três teorias parecem ter sido adotadas no Brasil por meio da Lei 11.690/2008, que alterou a redação do art. 157 do Código de Processo Penal.⁴⁰ Quanto à primeira, seu parágrafo 1º estabeleceu serem inadmissíveis de utilização no processo as “provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras [...]” (§ 1º). Ora, se não houver nexo algum entre elas, logicamente não há se falar em derivação. Pensamos que a intenção tenha sido admitir a utilização de provas que tenham ligação atenuada, remota, com as provas obtidas ilicitamente, encampando-se, com isso, no Direito brasileiro, o teste da causalidade efetiva e a doutrina da dissipação da mancha. Por outro lado, a teoria da fonte independente é prevista expressamente pela parte final do 1º parágrafo e seu alcance é pretensamente aclarado pelo parágrafo 2º do citado artigo: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova.” No entanto, houve confusão terminológica, porque esta norma explicativa se refere, em verdade, à teoria da descoberta inevitável.⁴¹

Ademais, como podemos perceber, o espírito da norma brasileira não discrepa do da norte-americana, também quanto à consequência do reconhecimento da ilicitude da droga: literalmente, elas são imprestáveis ao processo penal (art. 157, *caput*), devendo ser desentranhadas e inutilizadas (art. 157, § 3º). Portanto, o efeito é o mesmo da *exclusionary rule* dos EUA:

*Todavia, por evidente opção legislativa, parece não haver espaço no Brasil para a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade quanto à utilização de provas ilícitas, já que sua inutilidade no processo seria inexorável. Com razão, há quem sustente ser possível a utilização de prova ilícita, somente se ela se revelasse proporcional para atender aos interesses do réu, para a prova de sua inocência, por exemplo, circunstância que se afinaria ao estado de legítima defesa, inclusive.*⁴²

³⁹ Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).

⁴⁰ Apenas por curiosidade, em pesquisa realizada no site do STJ, a expressão “independent source” aparece 18 vezes, ao passo que a expressão “inevitable discovery” acusa 10 registros. Nenhum foi encontrado para “dissipation of taint.” Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁴¹ No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira destaca: “Note-se que a Lei 11.690/08 comete um equívoco técnico. No art. 157, par. 2º, ao pretender definir o significado de ‘fonte independente’ afirmou tratar-se daquela que ‘por si só, segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.’ A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, muito utilizada no direito estadunidense.” (*Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 375.).

⁴² “Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*.” (GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio S., op. cit, p. 129-130.

No entanto, nos EUA, como já esclarecemos, a *exclusionary rule* não é aplicada cegamente, sendo curioso notar que se admite a utilização de provas ilícitas, em algumas situações pontuais, mesmo contra os interesses do acusado. Conforme já reconheceu a Suprema Corte, provas ilícitas podem ser validamente utilizadas para a acusação confrontar a versão apresentada pelo réu em seu interrogatório judicial, justamente para se evitar o cometimento do crime de perjúrio.⁴³ Também já se admitiu a utilização de provas ilícitas pelo *grand jury* para o indiciamento, ainda que as mesmas provas não pudessem ser utilizadas posteriormente no processo penal.⁴⁴ E talvez, a situação que seja mais próxima à realidade brasileira, a Suprema Corte também fixou o entendimento de que provas ilícitas possam ser utilizadas, ainda que sejam contrárias aos interesses de acusados, quando estiver presente a “boa-fé” dos agentes estatais, não sob o viés subjetivo, mas objetivo (“*objectively reasonable good faith*”), o que significa dizer que o comportamento deve estar embasado em algum erro justificável de fato ou de direito.⁴⁵ O seu fundamento é o seguinte: se o objetivo da *exclusionary rule* é impedir que um agente estatal viole o direito estabelecido pela 4ª emenda, qual a razão de se impedir a utilização da prova se ela é obtida quando o agente razoavelmente acredita que sua atuação se encontra em perfeita conformidade com a Constituição, e objetivamente age como tal?⁴⁶ Com base nesse entendimento, a Suprema Corte já admitiu o aproveitamento de provas ilícitas, obtidas em cumprimento de ordem judicial aparentemente legítima, mas inválida;⁴⁷ a utilização de evidências apreendidas com base em lei que autorizava as buscas, posteriormente tida por inconstitucional;⁴⁸ e buscas realizadas com base em mandado de prisão equivocadamente inserido em sistema de computador, quando o agente que efetuou as buscas não concorreu para a inserção indevida.⁴⁹

Ponderamos que, ao menos sob o prisma legal, não há previsão no Brasil acerca da aplicação dessa teoria. Pelo contrário, ao art. 157 do CPP parece ser irrelevante a presença da boa-fé no momento da obtenção da prova, mas podemos cogitar, em tese, à luz da proporcionalidade/razoabilidade, acerca da possibilidade de sua utilização em circunstâncias excepcionais, como no caso de a polícia descobrir a prática de um crime grave por meio de uma interceptação de um número de telefone equivocadamente inserido pelo juiz, cujo erro não tinha sido percebido pelos policiais, ou mesmo o cumprimento de mandado judicial em residência diversa da pretendida, porque o juiz se equivocou quanto ao número da casa e, ainda assim, encontra-se algum produto ilícito no local diligenciado.

II.2. Hipóteses de dispensa de mandados: *consent, plain view e open view*

E quando é que as buscas e apreensões devem ser lastreadas em mandados? Inicialmente, a Suprema Corte adotou uma postura mais restritiva, estabelecendo a necessidade de se atentar à 4ª emenda em se tratando de buscas domiciliares.⁵⁰ Com base nessa

⁴³ United States v. Havens, 446 U.S. 620 (1980).

⁴⁴ United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974).

⁴⁵ HUBBART, Phillip, op.cit., p. 349.

⁴⁶ Idem, ibidem, p. 349.

⁴⁷ United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

⁴⁸ Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (1987).

⁴⁹ Arizona v. Evans, 514 U.S. 1 (1995).

⁵⁰ Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

premissa, em 1928, ela chegou a afastar a necessidade de autorização judicial para as escutas telefônicas, porque não se vislumbraria qualquer transgressão a direito material de posse ou propriedade, dando ensejo à chamada *trespass doctrine*,⁵¹ que foi substituída quase quatro décadas mais tarde, em *Katz v. United States*, pela regra da “expectativa razoável de privacidade” (*reasonable expectation of privacy*).⁵² Em *Katz*, a Suprema Corte fixou o entendimento de que o controle judicial exigido pela 4ª emenda não se vinculava necessariamente a qualquer noção de posse ou propriedade, mas, antes, relacionava-se ao direito à privacidade. Enfaticamente, o voto concorrente do *Justice Harlan* aclarou que “[a] 4ª emenda protege pessoas, e não lugares”, estendendo a proteção constitucional, em *Katz*, para as conversas telefônicas mantidas em telefones públicos.

Os contornos dessa proteção, portanto, vêm sendo ditados pela Suprema Corte que, mais uma vez vinculando a *ratio* da 4ª emenda ao direito de privacidade, já decidiu, por exemplo, pela necessidade de mandado judicial para que sejam realizadas buscas em uma mala de mão que acompanha o passageiro de um ônibus, no interior do veículo, se o objeto a ser apreendido não estiver à mostra.⁵³

No que diz respeito a buscas e apreensões dentro de veículos, como regra geral, não há necessidade de mandados judiciais, justamente porque os carros se movimentam e seria inviável a obtenção de uma ordem antes da diligência, devido à possibilidade de fuga.⁵⁴ As buscas também podem ocorrer no porta-malas do automóvel.⁵⁵ A dispensa de mandado curiosamente também se aplica a casas móveis,⁵⁶ mas não se estende a automóveis que não sejam capazes de se movimentar, como no caso de marido e mulher terem sido conduzidos à unidade policial e ninguém mais possuir acesso ao automóvel.⁵⁷

Portanto, como regra, as hipóteses de imprescindibilidade de mandados de buscas são mais amplas nos EUA que no Brasil, já que elas não se relacionam, necessariamente, à ideia de casa ou domicílio, mas, sim, ao conceito indeterminado de “expectativa razoável de privacidade”, cujos contornos vêm sendo estabelecidos paulatinamente pela Suprema Corte.

Contudo, ocorre que, mesmo em alguns desses casos, ainda que esteja presente a aludida “expectativa de privacidade”, as buscas e apreensões independem de mandados judiciais, mas lembrando que, invariavelmente, elas se submetem ao preenchimento do requisito da “causa provável” (“*probable cause*”) do cometimento de um crime ou da origem ilícita do objeto a ser apreendido, cuja compreensão não deve se fundar em critérios técnicos, mas práticos, levando-se em consideração a maneira que “homens razoáveis e prudentes agiriam diante de acontecimentos da vida cotidiana.”⁵⁸

A primeira exceção fica por conta da existência de consentimento do morador (“*consent*”), que deve ser sempre voluntário⁵⁹ e dado por alguém que esteja ciente de que se trata de uma opção, cujo ônus probatório deve recair sobre a acusação.⁶⁰ Não há

⁵¹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 428 (1928).

⁵² 389 U.S. 347 (1967).

⁵³ *Bond v. U.S.*, 529 U.S. 334 (2000).

⁵⁴ *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

⁵⁵ *United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982).

⁵⁶ *California v. Carney*, 471 U.S. 386 (1985).

⁵⁷ *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971).

⁵⁸ *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 232 (1983).

⁵⁹ *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968).

⁶⁰ *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948).

necessidade, todavia, de que os agentes informem o indivíduo de que tem o direito de recusar às buscas, tal como ocorre nas prisões, quando o indivíduo deve ser informado de seus direitos de permanecer calado e de ser assistido por um advogado (*Miranda rights*).⁶¹ De modo geral, o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, quando então os agentes devem automaticamente cessar as buscas.⁶² Além disso, o consentimento também pode ser dado por terceira pessoa, desde que “possua autoridade comum ou outra relação suficiente com o estabelecimento ou objeto que será averiguado”.⁶³ No entanto, se dois ou mais ocupantes estiverem fisicamente presentes, prevalece a vontade daquele que se opõe à realização das buscas.⁶⁴

A segunda hipótese é a da “teoria da visão aparente” (*plain view doctrine*). Ela tem lugar quando agentes já estão munidos de mandados judiciais, ou mesmo realizam alguma busca legal que independe de mandado e, *no curso dessa diligência*, visualizam algo aparentemente ilícito, que esteja à mostra.⁶⁵ Não há possibilidade de utilização dessa teoria sem que tenha havido uma conduta que inicialmente atendesse às exigências da 4ª emenda.⁶⁶ Apesar do que o nome aparentemente sugere, não é necessário que o objeto seja *visto* pelos agentes, sendo suficiente, por exemplo, que seja por ele sentido, tateado.⁶⁷ Além disso, para todos os casos deve estar presente a *causa provável* de que o objeto a ser apreendido seja ilícito, instrumento ou prova de crime.⁶⁸ Todavia, não há necessidade de que o produto tenha sido inadvertidamente descoberto, bastando que esteja dentro do escopo permitido pelas buscas.⁶⁹ Por exemplo, policiais obtêm mandado de busca domiciliar para a apreensão de bens que possam ser produto de furto. Ao ingressarem à residência, visualizam entorpecentes sobre a mesa. A teoria do *plain view* confere licitude a essa apreensão.

Por fim, de acordo com a “teoria da visão aberta” (*open view doctrine*), pode haver a busca e apreensão independentemente de mandado ou de buscas prévias autorizadas pela 4ª emenda, quando agentes policiais visualizarem algo aparentemente ilícito, desde que estejam em um lugar que lhes seja permitido estar (calçada, rua, sobrevoos de céu aberto etc.).⁷⁰ Seu fundamento reside na premissa de que a proteção da 4ª emenda não obriga que agentes públicos tapem seus olhos diante do cometimento de infrações.⁷¹ De fato, no julgamento de *California v. Ciraolo*, a Suprema Corte arrazoou que:

A proteção da Quarta Emenda à casa nunca se estendeu ao ponto de exigir que agentes protejam seus olhos ao passarem por ela em via pública. Nem mesmo o simples fato de um indivíduo tomar medidas

⁶¹ *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973); *Ohio v. Robinette*, 519 U.S. 33 (1996); *United States v. Drayton*, 536 U.S. 194 (2002).

⁶² *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973). A Corte de Apelação do 3º Circuito, todavia, já decidiu que o direito de se revogar o consentimento a qualquer tempo não se aplica no caso de passageiros de avião que submetem suas bagagens à esteira do raio X (*United States v. Hartwell*, 436 F. 3d 174 (2006)). Igualmente, há decisão que não admitiu a revogação de consentimento no caso de visitante a estabelecimento prisional (*United States v. Spriggs*, 827 F. Supp. 372 (1993)).

⁶³ *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

⁶⁴ *Georgia v. Randolph*, 547 U.S. 103 (2006).

⁶⁵ HUBBART, Phillip A., op. cit., p. 219.

⁶⁶ *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

⁶⁷ *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 356 (1993).

⁶⁸ *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971).

⁶⁹ *Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990).

⁷⁰ HUBBART, Phillip A., op. cit., pp. 155-6.

⁷¹ *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

*para restringir a observação de suas atividades impede que um agente observe sua conduta de um lugar estratégico de acesso ao público, no qual ele tem direito de estar.*⁷²

A teoria da *open view* já foi aplicada para reconhecer a legalidade de apreensão de drogas de dentro de um veículo estacionado, quando o policial visualizou o produto quando se encontrava em via pública;⁷³ também para cancelar a apreensão de produto contrabandeado visto em um navio por um oficial da guarda costeira que se encontrava em outro navio.⁷⁴

Eis, em linhas gerais, as hipóteses de dispensa de mandados judiciais para a realização de buscas e apreensões nos EUA, mesmo diante da expectativa razoável de privacidade.

III. Buscas domiciliares sem mandado e a posição do Supremo no julgamento do recurso extraordinário 603.616

O caso apreciado pelo STF relacionava-se à apreensão de drogas na residência do recorrente, após as 19h, sem que a diligência tivesse sido lastreada em mandado judicial. Argumentou-se ofensa ao art. 5º, incisos LVI e XI, da Constituição. O Min. Gilmar Mendes, relator do caso, reconheceu sua repercussão geral, entendendo que a questão transcendia o direito subjetivo do recorrente.⁷⁵

Ao apreciar o tema, o Tribunal Pleno, por maioria de votos (vencido o Min. Marco Aurélio), houve por bem firmar 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.

Na hipótese levada a julgamento, policiais militares teriam flagrado um dos acusados transportar drogas, ocasião em que este lhes informou quem seria a pessoa que lhe teria fornecido o entorpecente, que estava em sua residência. A par dessa informação, os policiais deslocaram-se à casa do indivíduo delatado e apreenderam mais de 8,542 kg de cocaína no interior de um veículo estacionado no local.⁷⁶

Assim como o Tribunal de origem, o STF reconheceu a licitude da diligência policial, apontando que: (1) o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, admitindo-se a prisão em flagrante enquanto não cessada a permanência; (2) o fato de terceira

⁷² 476 U.S. 207, 210 (1986).

⁷³ Texas v. Brown, 460 U.S. 730 (1983).

⁷⁴ United States v. Lee, 274 U.S. 559 (1927).

⁷⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615342>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁷⁶ TJRO, Ap. 101.501.2007.004483-5, 1ª Câm. Especial, rel. Des. Eurico Montenegro, m.v., j. em 1.10.2008 (Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/apsg/faces/jsp/apsgDetalheProcesso.jsp>>. Acesso em: 12 jan. 2016).

pessoa indicar a casa em que estavam as drogas, no caso, foi suficiente para o reconhecimento da existência de *fundadas razões* da invasão domiciliar sem mandado judicial.

Ora, de modo geral, a Constituição admite que exista a invasão domiciliar, sem mandado judicial, no caso de flagrante delito. É óbvio que se alguém estiver passando defronte a uma residência, ouvir gritos de horror e verificar que o esposo está prestes a matar sua mulher, pode invadir a residência e intervir. No entanto, de acordo com o entendimento firmado pelo STF, não há a necessidade de os agentes *visualizarem* a conduta aparentemente criminosa para que possam agir, bastando que atuem amparados por *fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori* acerca da situação de flagrante delito. De maneira implícita, portanto, diferentemente da corrente adotada pela Suprema Corte dos EUA, de acordo com o STF, dispensa-se *open view* para as buscas domiciliares sem mandado judicial, bastando que exista, por exemplo, delação fidedigna.

IV. Necessidade de densificação de parâmetros diante do conflito entre liberdade individual e persecução penal. O papel do STF como Corte Suprema de unificação do Direito

A segurança pública, exercida “para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, nos termos do art. 144 da Constituição, é valor caro ao nosso sistema jurídico, sendo assegurada como direito social (art. 60, Constituição) e compreendida pelo preâmbulo, inclusive.⁷⁷ Com isso, adquire relevo a importantíssima função desenvolvida em âmbito policial, tanto preventivamente quanto de maneira repressiva, na apuração das infrações penais como instrumento de pacificação social e construção de uma sociedade *livre, justa e solidária* e promoção do *bem comum*, objetivos fundamentais de nossa república, nos termos do art. 3º, I e IV, da Constituição.

Por outro lado, a liberdade individual, que se concretiza, entre várias formas, na inviolabilidade domiciliar, é valor fundamental, como vimos, relacionando-se intimamente com a dignidade da pessoa humana, verdadeira “referência estrutural para o constitucionalismo mundial.”⁷⁸

Com isto, é evidente a existência de uma tensão entre ambos os interesses quando das invasões domiciliares: por um lado, existe a necessidade de inibição de práticas criminosas, dever imposto aos agentes estatais de repressão penal e faculdade conferida aos particulares, inclusive, dada à importância de contenção de práticas criminosas; por outro, a garantia da inviolabilidade domiciliar, um dos valores básicos a todo o ordenamento jurídico que deposite no ser humano a sua centralidade.

É certo que aludida tensão é sensivelmente atenuada, ou mesmo eliminada, quando existe consentimento do morador para com as buscas a serem realizadas, porque, se existir concordância, sequer há se cogitar de *fundada suspeita*, à medida que o morador renunciou, ao menos para aquele momento, à garantia que lhe fora constitucionalmente

⁷⁷ O preâmbulo, a despeito de não possuir força normativa, não é juridicamente irrelevante, por ser elemento valioso de interpretação e integração dos dispositivos constitucionais. Nesse sentido já decidiu o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.076/AC, Min. Carlos Velloso, j. em 15.8.2002 (Informativo STF 277).

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi apud Flavia Piovesan. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 2012, p. 71.

reconhecida. Observamos, contudo, que o consentimento deve ser real, efetivo, despido de vícios de consentimento⁷⁹ e revogável. Talvez, seria adequada no Brasil uma alteração no CPP, passando-se a exigir, por exemplo, um termo de declaração do morador de que consente com as buscas domiciliares.

O conflito entre os valores constitucionais é também reduzido nas hipóteses de buscas e apreensões lastreadas em mandados judiciais, porque o juiz, *a priori*, deverá ponderar a existência de fundadas razões para as diligências pretendidas, além de detalhar, o *mais precisamente possível*, o local das buscas, observando-se, ainda, que o cumprimento somente poderá ocorrer durante o dia.⁸⁰

Creemos que a tensão se afigura mais latente quando a inviolabilidade domiciliar é devassada por agentes estatais, despidos de ordem judicial, diante da possibilidade de que, dentro da casa, alguém esteja praticando um crime ou tenha acabado de cometê-lo. Dizer que o crime de tráfico de drogas é delito de natureza permanente, que se protraí no tempo, admitindo-se a prisão em flagrante enquanto não cessada a permanência, não justifica, por si só, o ingresso forçado a residências de maneira indiscriminada, ao alvedrio dos agentes policiais.⁸¹ A celeuma fica por conta dos pressupostos de fato para que agentes estatais formem sua convicção acerca do estado de flagrância. Com a devida vênia, a tese de jurisprudência firmada pelo STF não orienta adequadamente a apreciação de casos futuros, já que “*fundadas razões*” é expressão polissêmica e, na prática, encerrará noção meramente retórica, incapaz de inibir práticas estatais potencialmente abusivas.⁸²

Com efeito, não colocamos em xeque a atuação da polícia que, em sua grande maioria, conta com integrantes responsáveis e conhecedores de que o poder que exercem, apesar de índole discricionária, somente se justifica se exercido nos limites da lei.⁸³ A necessidade de serem densificados os parâmetros que autorizam buscas domiciliares sem mandado judicial decorre da segurança jurídica, ferramenta importantíssima para a coesão de nosso Estado de Direito, justamente porque, entre as várias utilidades em nosso sistema, ela funciona como freio a arbitrariedades.⁸⁴

⁷⁹ PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 134.

⁸⁰ Arts. 240 e 243, CPP.

⁸¹ Enfaticamente, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita da prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio” (TJ-RS, Ap 0105880-83.2014.8.21.7000, 3ª Câmara Criminal, relator desembargador Jayme Weingartner Neto, DJ 08.08.2014).

⁸² Com propriedade pontuou Ingo Wolfgang Sarlet que “*importa densificar critérios que devem reger a atividade policial (certamente submetida à proporcionalidade e num primeiro momento postos pelo legislador) e no sentido de objetivar o controle judicial, idealmente prévio, às vezes a posteriori, de atuação do Estado-Polícia, sobrecarregado, em nossa sensibilidade, entre deveres de atuação e prevenção na segurança pública, de um lado; e de produção de provas hábeis a instruir a persecução penal, por outro, já que é inteiramente legítima e decorre de um dever geral de proteção a perseguição penal dos delinquentes no interesse da comunidade, sempre, contudo, mediante o respeito às “regras do jogo” prescritas pela CF.*” (SARLET, Ingo W. *Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>. Acesso em: 13 jan. 2016).

⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello bem lembra que não existe poder absolutamente discricionário no Estado de Direito, mas, sim, atos praticados pela Administração Pública que manifestam competência discricionária, porção de liberdade conferida ao administrador para que verifique a medida mais conveniente e oportuna ao interesse público (*Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 723.).

⁸⁴ “A proibição de arbitrariedade [...] funciona como fator de calculabilidade do Direito, pois, ainda que não capacite o cidadão a prever exatamente o conteúdo futuro do Direito, pelo menos demarca, negativamente, os limites da sua configuração, já que afasta qualquer tipo de regulação futura desprovida de justificação [...]. Sabendo que o Direito de amanhã, além de

Ora, se o art. 240, parágrafo 1º, CPP, autoriza a busca domiciliar quando estiverem presentes *fundadas razões* para a diligência pretendida,⁸⁵ cabe ao STF, ao fixar a tese de repercussão geral, estabelecer o conteúdo e os limites dessa expressão aberta, deixando simplesmente de repetir a expressão já utilizada pela lei, medida que se revela inócua, diante de seu alto grau de abstração, para orientar futuras decisões acerca da correta compreensão dessa norma.

Pior do que inócua, ela possui a aptidão de praticamente tornar inaplicável o art. 157 do CPP, no que diz respeito à inadmissibilidade no processo de provas ilícitas, porque apreendidas em buscas domiciliares sem mandado judicial. Pensemos no caso do agente estatal que, apenas por ouvir dizer que certa pessoa promove o tráfico de drogas em sua residência, acaba ingressando de maneira forçada essa casa e, efetivamente, encontra a droga. O ato da apreensão, por si só, poderá legitimar a suspeita inicial, porque se poderá pensar: “ora, a razão era tão fundada que, de fato, a droga acabou por ser encontrada; logo, a prova é lícita.” Portanto, os fins poderão acabar por justificar os meios, numa lógica maquiavélica, se o requisito bastante for o de *fundadas razões*.

Com isso, temos que a tese fixada pelo STF poderia ter sido mais analítica, à semelhança das detalhadas decisões tomadas rotineiramente pela Suprema Corte dos EUA, afeiçoadas ao sistema de precedentes obrigatórios (*stare decisis*),⁸⁶ cujas questões principais (*holdings*) são de observância obrigatória pelos demais juízos e tribunais (*binding authority precedents*). Também no Brasil, o papel do STF deve ser modernamente compreendido como Corte Suprema de promoção da unidade do Direito (em especial, questões de Direito Constitucional), mediante a formação de precedentes.⁸⁷ Ao desempenhar essa atividade, deverá cuidar para não fixar diretrizes demasiadamente fluidas, típicas das leis. Pelo contrário, seu escopo deve ser preencher esses *vácuos legislativos*, para que as futuras decisões judiciais sobre o tema sejam mais previsíveis, inibindo-se um sem-número de interpretações indesejadas, principalmente diante do quadro atual de nosso sistema, que se convencionou denominar *neoconstitucionalismo*, marcado não somente pela constitucionalização do Direito e protagonismo do Judiciário, mas também pela normatização dos princípios e abertura de regras, pela presença de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.⁸⁸

Nessa ótica, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), com aplicação subsidiária no processo penal, no que couber, elenca várias ferramentas para que os tribunais cumpram seu dever de uniformização da jurisprudência, de modo a mantê-la *estável, íntegra e*

não poder, brusca nem injustificadamente, se afastar do Direito de hoje, não poderá ser arbitrário – no sentido de meramente caprichoso, sem respaldo em razões objetivas e motivadas –, o cidadão tem maiores condições de livre e autonomamente plasmar o seu futuro.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 640.).

⁸⁵ Art. 240, par. 1º: “Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para [...]”. (destaque nosso).

⁸⁶ “*Stare decisis* é o instituto que demanda que as cortes subordinadas à corte de apelação que estabeleceu o precedente sigam-no e não ‘perturbem o ponto estabelecido.’” (trad. livre. No original: “*Stare decisis* is the policy which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedent follow that precedent and not ‘disturb a settled point’.” (COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008.p. 14.).

⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

⁸⁸ Tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos legais indeterminados são elementos normativos de conteúdo vago e impreciso, carecendo de integração pelo intérprete. A diferença é que, no caso dos conceitos legais, a consequência jurídica é prevista pela norma, ao passo que as cláusulas gerais permitem ao juiz o preenchimento dos claros normativos com os valores que permeiam o caso. (NERY JUNIOR, Nelson. *contratos no código civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444, p. 407-409.).

coerente, tais como a ênfase que recai sobre a edição de súmulas, a inédita do incidente de assunção de competência e as consequências dos julgamentos de casos repetitivos (por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas e do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos). Em todos os casos, haverá a produção de efeitos vinculantes aos demais órgãos jurisdicionais que lhe são correlatos.⁸⁹

Desse modo, para que a jurisprudência seja minimamente uniformizada, dever instrumental para que alcancemos relativa segurança jurídica, impõe-se que os tribunais, e o STF, em especial no que tange a questões constitucionais, densifiquem os parâmetros que vierem a estabelecer. Na hipótese das buscas domiciliares sem mandado, seria de bom alvitre que o STF explicitasse o que se deve entender por *fundadas razões*, empregando, por exemplo, as doutrinas norte-americanas do *open view*. Hipoteticamente, poderia ter dito que somente se autorizaria o ingresso forçado em domicílio quando os agentes observassem atos de efetivo comércio, tal como o habitante do imóvel entregar drogas para suposto comprador. O mesmo raciocínio poderia ter sido explicitado quando agentes sentissem cheiro de maconha (*plain smell*) ou ouvissem supostas tratativas relativamente à venda de drogas (*plain hearing*). Assim fazendo, o STF, em nosso sentir, teria bem equacionado a evidente tensão entre os valores em jogo, fixando diretrizes mais seguras para a atuação policial, num primeiro plano, e o controle jurisdicional *a posteriori*.

V. Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo analisar a tese fixada pelo STF no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, que admitiu a possibilidade de haver buscas domiciliares despidas de mandado judicial competente. Apontamos que a tese, efetivamente, ficou aquém do que se espera de sua função de Corte Suprema de unificação do Direito.

Na hipótese, procuramos tecer algumas considerações acerca da prova e sua ilicitude no processo penal dos EUA, já que a Suprema Corte daquele país passou a moldar, ao longo de várias decisões, de maneira analítica, como já é seu estilo ocasionado pelo sistema do *stare decisis*, as situações em que se configura a ilicitude na colheita das provas; a solidificação da regra que impede a utilização de provas ilícitas no processo penal, com suas exceções pontuais e as teorias que admitem a realização de buscas sem mandado judicial, ainda que exista a expectativa de privacidade.

Ao fixar a tese, o STF poderia ter explicitado com mais concretude as circunstâncias em que se fazem presentes as *fundadas razões* para que agentes policiais adentrem uma residência sem mandado judicial, encampando, por exemplo, a teoria do *open view*, como possível solução ao conflito patente entre a liberdade individual e a persecução penal.

O quadro é um indicativo de que, no Brasil, carecemos de um sistema de precedentes necessariamente sólido para preencher a fluidez das disposições normativas e projetar-se ao futuro, norteando as decisões de casos idênticos ou semelhantes. O NCPD tem a intenção de alterar essa realidade, porque prevê mecanismos para se chegar à pretendida uniformização jurisprudencial. Se bem utilizado, o Brasil dará passos largos em direção à necessária segurança jurídica.

⁸⁹ Observar os artigos 926, 927, 928, 947, 1.050 e 1.053, todos do NCPD.

Referências

AMAR, Ahhil Reed. Fourth amendment first principles. In: LEE, Cynthia (Coord.). *The Fourth Amendment: searches and seizures*. Amherst: Prometheus Books, 2011. (Bill of Rights series).

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRADLEY, Gerard V. The constitutional theory of the Fourth Amendment (1989). *Scholarly Works*, Paper 773. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/773>.

CALABRESI, Guido. The exclusionary rule. In: LEE, Cynthia (Coord.). *The Fourth Amendment: searches and seizures*. Amherst: Prometheus Books, 2011. (Bill of Rights series).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008.

FRAENKEL, Osmond K. *Concerning searches and seizures*. Harv. L. Rev., v. 34, p. 361-63, 1920.

GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio S. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HUBBART, Phillip A. *Making sense of search and seizure law: a fourth amendment handbook*. Durham: Carolina Academic Press, 2005.

MARTINS, Leonardo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 398-444.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 2012.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo W. *Posição do Supremo sobre violação de domicílio é prudencial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/direitos-fundamentais-posicao-supremo-violacao-domicilio-prudencial>>.

O povo contra... As condições da ação penal condenatória. Velhos problemas. Novas ideias

Marcos Zilli

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Verdade e racionalidade na condução da Justiça virtuosa. 2. O juízo de admissibilidade da acusação. 3. Novos ventos. A revalorização do juízo de admissibilidade da acusação. 4. As condições da ação penal. Importação ou autonomia do processo penal? 5. Primeira premissa: a justa causa como condição primeira. 5.1 Considerações gerais. A imputação como elemento de compreensão da justa causa. 5.2 A justa causa frente à imputação fática. 5.3 A justa causa frente à qualificação jurídico-penal. 6. Possibilidade jurídica do pedido. 7. O interesse de agir: necessidade e utilidade. 8. Legitimidade das partes. 9. Conclusões.

1. Verdade e racionalidade na condução da Justiça virtuosa

Na tentativa de reproduzir uma das obras perdidas de Apeles, pintor grego da antiguidade, Botticelli brindou-nos com um dos quadros mais representativos das vicissitudes que cercam a má Justiça. A “Calúnia de Apeles” retrata um julgamento, ou, mais precisamente, o momento em que a acusação é apresentada. Na pintura, o Rei, que concentra também o poder de julgar e, portanto, de selar o destino dos súditos, se posta ao lado direito da tela, em um nível mais elevado do que o das demais personagens. A elevação cênica indica a superioridade de sua figura e a imperatividade de seu poder. Não é, contudo, um bom julgador. Distanciado da razão, o Rei deixa-se levar pelos conselhos que lhes são dados por duas jovens que sussurram aos seus ouvidos: a Ignorância e a Suspeita.

No centro da pintura encontra-se o Acusado. Figura fragilizada e indefesa, tem apenas uma túnica a cobrir a sua genitália. É arrastado pelos cabelos por uma bela jovem que personifica a Calúnia. O pobre homem, consciente da injustiça que cerca a acusação e do destino que lhe é reservado, mantém as mãos juntas em um sinal característico de apelo às forças superiores. Belamente trajada, a Calúnia é cortejada por duas jovens que se ocupam de trançar os seus cabelos, embelezando, assim, a falsidade que lhe cerca. São elas a Fraude e a Inveja. A Calúnia é conduzida ao Rei por uma figura masculina de semblante rude e de roupas escuras. É o Rancor. Aqui, Botticelli foi particularmente feliz ao ressaltar a frieza e a dureza da personagem. O Rancor mantém um dos braços estendidos, apontando-o para o Rei. O gesto representa o ato de acusar e a exigência de Justiça.

Ao lado esquerdo da tela, relativamente distanciada da cena principal, encontramos uma anciã. As suas vestes são escuras e pretas. Cobrem-lhe todo o corpo e o rosto. É uma figura enigmática e sombria. Trata-se do Remorso. Está contorcida e claramente incomodada. O seu rosto está parcialmente virado para trás, em direção a outra mulher. Esta, em um jogo de opostos com a anciã, possui uma beleza helênica. Está totalmente despida. Aliás, é a única figura nua na pintura. É a materialização da Verdade. Um de seus braços aponta para o alto, indicando que a Justiça superior triunfará. O posicionamento da Verdade, distante da cena principal e em sentido totalmente oposto ao do

Rei-Julgador, é proposital. O distanciamento desqualifica a acusação e, obviamente, o julgamento. Afinal, não se trata de um julgamento comprometido com a Verdade. Ao contrário, é provocado pelo rancor, é dirigido pela calúnia e é orientado pela ignorância e pela suspeita. É, enfim, uma falsa Justiça.

A pintura é provocativa. A Verdade, que se destaca por sua pureza e altivez, ainda que distanciada, não deixa de representar uma meta a perseguir na Justiça virtuosa. A Justiça passional, vale dizer, aquela suscetível a subjetivismos, impressões e rancores, está mais sujeita às imperfeições, aos erros e, portanto, às próprias injustiças. Daí a imperiosa necessidade de se manter a Justiça imune aos impulsos que contaminam a falsa acusação.

2. O juízo de admissibilidade da acusação

A acusação criminal, por si só, produz efeitos que vão muito além da dimensão processual. Atinge, diretamente, a imagem social do imputado, cujo comprometimento dificilmente é recomposto, mesmo na hipótese de absolvição. Aliás, não são raros os casos em que o julgamento se dilui em meio à força conquistada pela publicidade hipertrofiada da investigação. Trata-se de uma evidente disfuncionalidade da Justiça Penal e que se acentua nas sociedades ávidas pela persecução-espetáculo. Nestas, a informação não é suficientemente depurada. É produto de consumo e, como tal, é rápida, imediata e rasa. Em meio a esse contexto, o impacto provocado pelos primeiros passos da trajetória persecutória tende a se destacar frente ao resultado dado pelo julgamento. Daí a importância que assume o juízo de admissibilidade da acusação. Automatismo e fórmulas decisórias pré-fabricadas não valorizam esse ato decisório.

A filtragem acusatória não é nova na dinâmica processual. Tampouco são recentes os mecanismos dirigidos ao exercício do controle da acusação. A historiografia do processo penal é bastante pródiga em exemplos. De fato, a punição das manipulações do aparato judicial, quando evidenciadas as intenções caluniadoras, já era solução presente nas civilizações antigas.¹ Mas, não há dúvida de que os valores democráticos gerados pela modernidade deram novos impulsos para o aprimoramento dos filtros processuais da acusação. Afinal, como manifestação do poder estatal que o é, a acusação deve jungir-se aos padrões democráticos, submetendo-se a um controle suficientemente capaz de impedir ou minimizar os abusos. Esse é o roteiro processual construído pela modernidade iluminada e que alimenta os sistemas processuais orientados pelo padrão do *fair trial*.

A grande maioria dos modelos prevê uma fase processual intermediária – inserida entre a investigação e o desenvolvimento do processo – destinada à preparação do juízo de admissibilidade. Essa avaliação inicial, referida por Canuto Mendes de Almeida como o “juízo de acusação”,² supõe um exame judicial inicial incidente sobre o “direito de acusar”. Não se trata, note-se, de um controle sobre o direito de provocar o Estado-

¹ FAUSTIN, Hélié. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*. 2. ed. Paris: Henri Plon, 1866. p. 14-15. A preocupação no controle das acusações movidas pelos particulares, tão recorrentes nas civilizações antigas, estava presente entre os gregos. Nesse sentido, ver: Alejandro e Álvarez. El control de la acusación. *Revista Latinoamericana de Política Criminal, Ministerio Público: Pena y Estado*. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, v. 2, n. 2, p. 16, 1997. Essas preocupações também são encontradas nas diferentes fases do processo penal romano. Nesse sentido: TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: EDUSP, 1976.

² *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 11.

-juiz na busca pela solução do conflito que, como se sabe, não pode ser restringido. Em realidade, trata-se de uma verificação sobre a legitimidade do ato acusatório como instrumento suficientemente apto a movimentar todo o aparato judicial dirigido à aplicação do direito penal. Não se enfrenta, ademais, a procedência do poder-dever punitivo, tarefa destinada ao “juízo da causa”. É, repita-se, uma filtragem que viabiliza a retenção das acusações infundadas, injustas ou mesmo inúteis. Visa, enfim, impedir a perpetuação das estigmatizações provocadas pela persecução penal.

3. Novos ventos. A revalorização do juízo de admissibilidade da acusação

Movida pelo desejo de realinhar os parâmetros processuais aos ares democráticos da ordem constitucional e inspirada pelos movimentos de modernização da marcha processual, a reforma operada em 2008, trouxe profundas alterações no campo procedimental. Entre as várias mudanças, a Lei 11.719 alongou a fase intermediária, fixando o exercício da defesa técnica antes do juízo de admissibilidade definitivo. Além disso, regulamentou de forma mais eficaz as hipóteses de rejeição liminar da denúncia ou da queixa, fazendo ali expressa referência à falta de justa causa.³ Estabeleceu, assim, um escalonamento de apreciações judiciais que partem de exames superficiais e unilaterais – apreciação liminar –, culminando com o pronunciamento definitivo, o qual consolida a posição do Estado-juiz frente à admissibilidade da acusação.

As alterações revelam o desejo de superação do modelo antigo que, na prática, conduzia a um automatismo decisório. Aliás, pela nova formatação, o juízo positivo inicial – que determina o processamento da ação – é, por imperativo lógico, liminar e, como tal, suscetível a revisão após a apresentação da resposta à acusação. E, de fato, nenhum impedimento há ao juiz para uma rejeição “tardia”, operada após o exercício da defesa inicial. Se assim não fosse, inócua seria a possibilidade aberta ao acusado para alegação de todas as questões que interessarem ao exercício de sua defesa (art. 396-A).

Há, portanto, uma clara revalorização do juízo de admissibilidade que se estende por boa parte do procedimento penal. A revalorização, por sua vez, reascende o debate em torno das chamadas condições da ação penal que sempre muita polêmica causaram entre os doutrinadores. Entre os operadores, a questão das condições da ação não é menos complexa.

4. As condições da ação penal. Importação ou autonomia do processo penal?

O juízo de admissibilidade da ação transcende as fronteiras dos processos civil e penal sendo, portanto, comum a ambos. No entanto, as perspectivas são distintas, porquanto distintas são as finalidades processuais. Afinal, a inserção do fator liberdade na equação torna muito mais sensível o controle da acusação penal. Pior. A imputação

³ Conforme nova redação dada ao art. 395 do CPP. A nova fórmula substitui a redação do antigo art. 43 que se mostrava totalmente inadequada para solução da problemática relacionada com as condições da ação. Apenas para lembrar, dispunha o revogado dispositivo: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”.

penal⁴ é estigmatizante, justamente porque lança os holofotes sobre a pessoa que é, pública e oficialmente, apresentada como a provável responsável pela prática de um ilícito.

Não são outras as razões que alimentam a existência de uma fase preliminar de investigação. A investigação, que envolve intensa atividade de rastreamento, de pesquisa e de apuração sobre o noticiado fato criminoso, é estruturada justamente para evitar a formulação de imputações apressadas.⁵ É, nessa leitura assecuratória da liberdade, verdadeira garantia. Enfim, o objetivo último é o de fornecer a indispensável estrutura sobre a qual deve vir fundada a tese acusatória. Nesse passo, distanciam-se os processos civil e penal.

Não se nega, por óbvio, a existência de um controle da ação preliminar da ação civil. Esta também se estrutura na indicação do direito, cujo exercício foi alvo de resistência. No entanto, o resguardo da liberdade e a estigmatização social decorrente do vínculo de probabilidade que se estabelece entre ilícito penal/indivíduo tornam a questão muito mais sensível no processo penal. Daí a exigência de maior eficiência nos mecanismos de filtragem acusatória. É nesse exato ponto que as chamadas condições da ação desempenham papel crucial.

A questão, como se sabe, remonta aos ensinamentos de Liebman,⁶ os quais foram cruciais para o desenho processual civil nacional. A premissa fundava-se no reconhecimento da independência do direito de ação frente ao direito material.⁷ Mas, a reconhecida independência não afastava a existência de conexões com o direito material e que tinham nas condições da ação o seu canal de expressão. A matéria, que sempre encontrou grande lastro no processo civil, esbarrou em várias controvérsias quando foi transposta para o processo penal. De fato, por muito tempo, as tendências levaram à incorporação – em método de importação – das condições inicialmente desenhadas para o processo civil, ou seja: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*.⁸ A transposição pura e simples, contudo, sempre se revelou dificultosa.⁹

Em realidade, ainda que se reconheça um espaço comum no campo das condições da ação entre as searas civil e penal, a diferença de valores que as informam impõem diferentes soluções. O problema é, portanto, de premissas. Até mesmo porque, cada ramo processual liga-se a distintos ramos do direito material. Com efeito, no processo civil mostra-se mais adequada a proeminência – ainda que não exclusiva – dos valores

⁴ Scarance Fernandes distingue a imputação em sentido lato daquela em sentido estrito. A primeira não está limitada pelas fases da persecução, podendo ser encontrada mesmo na fase preliminar de investigação quando, por exemplo, a autoridade policial representa pela decretação de prisão temporária. Para tanto, necessariamente, deverá ela propor uma imputação. Em sentido, estrito a imputação liga-se ao momento em que a acusação é formalmente apresentada, o que supõe o oferecimento da ação penal (*A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 103-104.). É em seu sentido estrito que o termo imputação será utilizado para os fins deste estudo.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 51-62.

⁶ Exposta, inicialmente, em palestra proferida no ano de 1949. Ver: LIEBMAN, Enrico Tullio, L'azione nella teoria del processo civile. In: *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova: Cedam, 1950, v. 2. Ver do mesmo autor: *Manual de direito processual civil*, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1.

⁷ Que, aliás, é elaboração doutrinária anterior. Veja-se, a propósito, a clássica lição de Chiovenda, Giuseppe, L'azione nel sistema dei diritti, in: CHIOVENDA, Giuseppe, *Saggi di diritto processuale civile*, Milano: Giuffrè, 1993, v. 2.

⁸ É importante destacar que a trilogia - possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam* não permaneceu estanque ao longo de toda a trajetória de construção do pensamento. O próprio Liebman deixou de considerar a possibilidade jurídica como uma das condições, assim se manifestando quando da terceira edição do *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1971, quando incluiu a hipótese no terreno do interesse de agir.

⁹ Uma síntese das controvérsias pode ser encontrada em BADARO, Gustavo, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 100, nota 8.

relacionados com a economia e com a utilidade. No processo penal, contudo, a dinâmica é diferente, pois o imperativo é o da liberdade. Aqui não se mostra adequada uma visão fundada em elementos privatísticos. Isso porque, além de canalizar a realização do poder-dever punitivo, o processo penal é, igualmente, assegurador da liberdade. Os interesses, além e públicos, são permanentemente de maior grandeza. É pela exigência do processo que se impede o recurso à execução sumária das sanções penais – *nulla culpa ine iudicio*.

Mas não é só. O seu desenvolvimento também exige o reconhecimento de um substrato mínimo que confira legitimidade à atividade processual penal. Afinal, como manifestação de poder estatal, que abre as fronteiras para a imposição da mais grave das sanções, o processo penal não pode vir estruturado em visões calcadas, exclusivamente, no ideal da economia processual. Ainda que este seja um importante valor a considerar, os fundamentos máximos relacionam-se com a liberdade. Assim, o processo penal, sem se desgarrar da validade da construção das condições da ação penal, delas necessita por imperativo. Há, contudo, novos padrões a considerar.

5. Primeira premissa: a justa causa como condição primeira

5.1. Considerações gerais. A imputação como elemento de compreensão da justa causa

Anteriormente à reforma de 2008, as referências à justa causa eram erráticas, até mesmo porque o antigo art. 43 do CPP, que fazia alusão às hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, silenciou-se sobre ela. Mesmo assim, a jurisprudência fez uso recorrente da terminologia, por certo movida pela associação entre falta de justa causa e a coação indutora da concessão da ordem de *habeas corpus* (art. 648, I).

É fato que a justa causa foi agora referida de maneira expressa. No entanto, ficou evidente o receio do legislador em incorrer em imprecisões em tema sobre o qual não havia – como ainda não há – consenso doutrinário sobre o posicionamento da justa causa. Daí a postura salomônica. Com efeito, as condições da ação não foram especificadas, limitando-se o legislador à formulação geral: “condição para o exercício da ação penal” (art. 395, II).¹⁰ Assim, deixou a integração para a doutrina e a jurisprudência. Mas assim como as condições da ação, a justa causa também foi vinculada ao “exercício da ação penal”, o que é indicativo de um desejo de aproximação (art. 395, III). Na verdade, exprimido pelas incertezas, evidenciou o legislador o seu complexo de Jano. Se de um lado há certo distanciamento normativo, por outro há aproximação lógica: a falta das condições ou a falta de justa causa comprometem o exercício da ação penal.

Complexos à parte, a justa causa é, sem dúvida, uma das condições da ação penal. Aliás, é a mais importante delas. É o suporte probatório e jurídico mínimo exigido para deflagrar a movimentação da atividade jurisdicional penal de natureza condenatória. É a plausibilidade da acusação, quer pela perspectiva material, quer seja pela “aparência do direito material invocado”.¹¹ De todas as condições da ação penal, é a que mais se

¹⁰ Em 1941, o legislador fez expressa referência à legitimidade da parte para, na sequência, fazer alusão à condição exigida pela lei para o exercício de ação penal (art. 43, III).

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 69, p. 189, nov./dez. 2007.

aproxima dos aspectos relacionados com o direito material que se pretende aplicar pela via do processo. É a que melhor representa a parêmia, segundo a qual o direito de ação, ainda que autônomo, está “instrumentalmente conexo com o direito material”.¹²

Na base da compreensão da justa causa repousa o conceito de imputação. O termo não é aqui utilizado em seu sentido amplo, mas, sim, em sua acepção restrita, que a vincula aos termos da acusação.¹³ É a tese acusatória apresentada ao Estado-juiz quando do oferecimento da ação penal. A imputação, contudo, não é só jurídica – proposta de adequação tipológica. É, também, fática, ou mais precisamente, a versão de um fato que se atribui a alguém. Envolve, portanto, a narração de um fato, a atribuição a alguém e a qualificação jurídico-penal deste fato.¹⁴

A justa causa, por sua vez, é uma valoração incidente sobre estes elementos: narrativa, vinculação fato/sujeito e qualificação jurídico-penal. É o selo que reconhece a presença de um suporte probatório mínimo que sustente a narrativa fática e que reconheça a viabilidade da adequação penal típica proposta e dos demais elementos que estruturam o ilícito penal: antijuridicidade e culpabilidade. Nesse sentido, pode ser equiparada ao *fumus comissi delicti*, desde que se incluam neste conceito todos os aspectos relativos à imputação, acrescidos da valoração positiva (probabilidade). Do contrário, a equiparação não será correta.

5.2. A justa causa frente à imputação fática

Assim como o direito penal envolve fatos (ações e omissões), o processo penal também tem como elemento nuclear os fatos. Mas, aqui há um distanciamento. O fato material não coincide com sua narrativa. Esta é a imputação material que se apresenta e que se pretende demonstrar como verdadeira. É o fato processual, sobre o qual recai a exigência do selo da justa causa. É neste ponto que sobressaem a materialidade e os indícios de autoria.

A existência do fato há de ser revelada, via de regra, por prova técnica. Os vestígios do ilícito devem ser objeto do exame de corpo de delito, direto ou indireto (art. 158). Somente quando inviável a realização daquele exame é que se abre a possibilidade de supressão da prova técnica pela oral (art. 167). A natureza especial de alguns crimes, vale lembrar, exige provas igualmente específicas. É o caso do exame pericial nos crimes contra a propriedade imaterial (art. 525) ou mesmo do exame de constatação, em se tratando de crimes relacionados a drogas (art. 50, § 1º da Lei 11.343/06).

Ao lado da prova técnica, reveladora da existência do fato material e/ou de suas circunstâncias, há os elementos informativos, constituídos, sobretudo, pelos relatos de testemunhas ou por declarações prestadas pelas vítimas. O que se busca aqui é a formação de um juízo de probabilidade, o qual se manifesta no momento em que as razões positivas a respeito da vinculação fato/sujeito são superiores frente às razões negativas.¹⁵ Daí falar-se em indícios de autoria que, obviamente, envolvem a participação em suas diferentes formas.

¹² Veja-se, a propósito: GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit.

¹³ Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 103-104.

¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance, op. cit., p. 154.

¹⁵ Conclusão que se extrai da conceituação de possibilidade que se posiciona em uma etapa anterior frente ao juízo de probabilidade. Ver, para tanto: CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penale*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1953. v. 2, p. 181.

O reconhecimento da materialidade e dos indícios de autoria representa o suporte probatório mínimo para o exercício da ação penal. É, a bem da verdade, o primeiro passo rumo à construção da justa causa. Ausente a prova da materialidade ou do quadro indiciário, faltarão justa causa e, por via de consequência, condição para o exercício da ação penal. Esses aspectos, todavia, não esgotam o exame da justa causa. Há que se averiguar a plausibilidade jurídico-penal. Afinal, para o direito penal não basta o fato material. Este se submete aos padrões da tipicidade, da ilicitude e da legalidade.

5.3. A justa causa frente à qualificação jurídico-penal

Para além do suporte probatório mínimo que confira à narrativa acusatória contornos mínimos de realidade, há que se reconhecer a viabilidade da leitura jurídico-penal do fato imputado. Ou seja, ao menos em tese, o fato exposto deve subsumir-se a um modelo tipológico vigente. Mais do que isto, deve suscitar os aspectos da ilicitude e da culpabilidade.

A questão passa, em um primeiro momento, pela afirmação da legalidade penal que, como se sabe, é a pedra angular do direito penal.¹⁶ Mas esta evidência encontra muita dificuldade entre os processualistas que se debatem sobre sua inserção no temário das condições da ação penal. Para a maioria, a questão integra a possibilidade jurídica do pedido¹⁷ ou, em uma leitura mais moderna, “possibilidade jurídica da acusação”.¹⁸ O problema reside na confusão entre pedido que, no processo penal, envolve o pedido condenatório, com a imposição da respectiva sanção penal, com a chamada causa de pedir, a qual envolve o substrato fático e a sua qualificação jurídico-penal.

Diante do modelo aqui proposto, a questão da legalidade penal toca a interpretação jurídico-penal da imputação material – narrativa fática contida na acusação – o que, a se adotar a terminologia da possibilidade jurídica, estaria mais próxima da causa de pedir do que propriamente do pedido. Mas, como se abraça aqui a noção de justa causa dúplici (imputação fática e jurídica), a questão da legalidade penal fica mais facilmente resolvida no terreno das condições da ação penal.

Assim, há que se averiguar, em face da narrativa fática, a viabilidade da adequação penal típica. Ausente esta, haverá carência da ação pela falta de justa causa. Tomem-se como exemplo as acusações relativas à sonegação fiscal, que muita discussão suscitaram nos últimos anos. Sem o lançamento definitivo do tributo, sequer seria possível falar-se em conduta penal típica contra a ordem tributária.¹⁹ Assim, proposta a denúncia por aquela prática, a questão deverá ser superada com o reconhecimento da falta de justa causa.

O reconhecimento da viabilidade da proposta de adequação penal típica é, repita-se, o primeiro passo. A tipicidade, é certo, é indutora da ilicitude e da culpabilidade. No entanto, se desde o início for reconhecida a presença evidente de causa de exclusão de

¹⁶ GRINOVER. Ada Pellegrini, op. cit., p. 187.

¹⁷ Nesse sentido: MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 1, p. 318-319; TORNAGHI, Helio, *Curso de processo penal*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, v. 1, p. 42; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 522. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba: Juruá, 1989, p. 146-147 e ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa causa na ação penal*, São Paulo: RT, 2001, p. 182-183.

¹⁸ Como parece propor GRINOVER. Ada Pellegrini, op. cit., p. 187.

¹⁹ Conforme redação da súmula vinculante 24 do STF.

ilicitude ou de culpabilidade, obviamente, não será possível qualquer juízo positivo de admissibilidade da acusação. Tratando-se de apreciação liminar, ou seja, realizada antes mesmo da integração da relação jurídica processual com a citação do réu, soaria estranha a absolvição, até mesmo porque sequer manifestado o juízo de admissibilidade. Também não se mostra razoável determinar-se a inclusão do réu, com todos os efeitos daí decorrentes, quando já se sabe, de antemão, qual será o resultado processual. A rigor, haveria a rejeição liminar com a declaração da ausência de justa causa (carência da ação). Mas, na verdade, o rótulo terminológico do ato decisório é o que menos importa para a situação, pois, no fundo, trata-se de pronunciamento judicial sobre o mérito que induz a formação de coisa julgada material.

A solução, note-se, não é nova. De fato, há muito o STF vem reconhecendo os efeitos da coisa julgada nas decisões de arquivamento do inquérito policial quando acolhida a manifestação ministerial fundada na atipicidade do fato ou na configuração, desde logo, de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade.²⁰ A premissa é a mesma. O que distingue as hipóteses são os diferentes momentos da persecução penal. Assim, rejeitada a denúncia ou a queixa pela falta de justa causa, em face da afirmação de excludente de ilicitude ou da culpabilidade, e uma vez transitada em julgado, não será possível renovar-se a acusação. A imutabilidade do ato decisório aqui preserva a garantia do *ne bis in idem*.

6. Possibilidade jurídica do pedido

Como mencionado, diante das dificuldades em se transpor para a seara penal a possibilidade jurídica do pedido, alguns autores passaram a tratá-la como uma possibilidade jurídica da causa de pedir que, na proposta aqui desenhada, integra um dos aspectos da justa causa. O pedido no processo penal de natureza condenatória envolve, por óbvio, a condenação e a imposição de sanção penal. É, portanto, o pedido de satisfação do poder-dever punitivo.

Assumindo tal premissa, a possibilidade jurídica do pedido não supõe apenas a formulação de pedido de imposição de sanção contemplada pelo ordenamento jurídico-penal. Mais do que isto, liga-se à própria punibilidade, a qual envolve os pressupostos políticos e jurídicos para a imposição da consequência jurídica. Logo, quando presente alguma causa extintiva da punibilidade, está o Estado impedido de exercer o poder-dever punitivo.²¹ Há, portanto, a extinção do *ius puniendi*, o que torna qualquer pedido de punição do agente juridicamente impossível. Haverá, portanto, carência da ação. Mas, a rejeição pela falta desta condição resolve apenas o problema específico do oferecimento da ação penal em particular. Ocorre que o pronunciamento judicial não deve ficar circunscrito à ação penal ajuizada. Impõe-se um pronunciamento para o futuro. Dito de outra forma: exige-se uma declaração judicial que sepulte qualquer nova tentativa de persecução sobre fato alcançado pela causa extintiva da punibilidade. Daí a exigência da declaração da extinção da punibilidade. Enfim, a carência da ação penal resolve o

²⁰ Nesse sentido: Pet 3943/MG 23-05-2008 (STF); RHC 18099/SC DJ 27.03.2006 e RHC 17389/ SEDJe 07.04.2008 (STJ).

²¹ Ver: BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal*, Parte geral 1, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 803; REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 507-508 e SANTOS, Juarez Cirino, *Direito penal*, Parte geral, 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 649.

problema imediato. A declaração judicial da extinção da punibilidade visa resolver problemas futuros. As duas convivem no mesmo ato decisório.

Outra questão que também toca a possibilidade jurídica do pedido é a menoridade penal. O problema não é de legitimidade passiva como defendido por parte da doutrina.²² Trata-se de questão mais séria. O menor inimputável não está sujeito ao regime punitivo associado às infrações penais. Sobre ele recai outra política pública, calcada em uma visão movida pelo ideal do resgate de sua formação. É, portanto, outro modelo de enfrentamento que não o penal. Não se pode, assim, pretender ver aplicado o poder-dever punitivo frente àqueles que são considerados pelo próprio regime como absolutamente inimputáveis. O pedido aqui é juridicamente impossível.²³

7. O interesse de agir: necessidade e utilidade

Entre as várias condições da ação construídas, o interesse de agir é, sem dúvida, o que mais reação provocou na doutrina diante das dificuldades geradas pela sua transposição automática para o processo penal.

Pela doutrina tradicional, o interesse processual supõe um conflito de interesses materiais. Neste, a insatisfação do interesse de uma das partes pela resistência ofertada pela outra gera o interesse em movimentar a jurisdição para dela obter a satisfação que não fora alcançada. Assim, pela visão clássica, o interesse processual supõe resistência.²⁴ Quando esta não existe, o interesse material pode ser satisfeito independentemente da provocação ao Estado-juiz. É a noção do interesse-necessidade.

No entanto, a noção assim construída não encontra grande relevância para o processo penal, já que, na grande maioria dos casos, o processo penal é o único meio admitido para alcançar-se a satisfação do poder-dever punitivo.²⁵ É a consagração do princípio *nulla poena sine iudicio*, legado do pensamento penal liberal.

O modelo punitivo, todavia, submeteu-se a uma revolução de paradigmas quando da instituição dos mecanismos da Justiça Negociada, os quais foram provocados pela delimitação de um regime punitivo e persecutório específico para a denominada criminalidade de menor potencial ofensivo. De fato, o reconhecimento desta categoria de ilícitos se fez acompanhar de uma reformulação profunda do sistema, que passou a abraçar postulados mais flexíveis. Assim, a instituição de trajetórias alternativas à persecução penal clássica, representadas pela composição civil e pela transação penal, revela uma política criminal que se orienta pela preferência por tais trajetórias como antecedentes

²² MARQUES, José Frederico, op. cit., v. 1, p. 320; TUCCI, Rogério Lauria, *Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 96.

²³ É a conclusão de GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 197. Parece ser esta, igualmente, a posição de BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 101.

²⁴ Como anotava Liebman: “[...] interesse de agir, existe, quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material), que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa. É, pois, um interesse de segundo grau”. (O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 125.)

²⁵ É, note-se, questão consolidada na doutrina: GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 195-196; TUCCI, Rogério Lauria, op. cit., p. 93-94; BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 102; MORAES, Maurício Zanoide de, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79 e GRECO FILHO, Vicente, *Manual de processo penal*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 96.

necessários ao oferecimento da ação penal. Dito de outra forma: o interesse processual para a ação penal condenatória da criminalidade de potencial ofensivo diminuto somente se perfaz quando superadas as vias alternativas.²⁶

O binômio interesse-adequação, por sua vez, é bastante esvaziado no campo processual penal, já que a única forma de se obter do Estado-juiz a satisfação do poder-dever punitivo é pela própria ação penal de natureza condenatória.²⁷ Não há aqui, como na seara civil, uma multiplicidade de ações, cada qual desenhada para a obtenção de tutelas específicas.

Por fim, porém não menos relevante, apresenta-se o interesse-utilidade. Tratado pela doutrina processual civil como a constatação de uma vantagem lícita a ser alcançada, o binômio encontra dificuldades em sua aderência ao processo penal que, necessariamente, lida com o interesse público. Afinal, por se tratar de meio necessário e indispensável para a satisfação do poder-dever punitivo, a utilidade seria decorrência lógica da afirmação da necessidade.²⁸

Tais ponderações – corretas, diga-se –, não impedem o reconhecimento da validade do critério da utilidade. Há que se aferi-la, contudo, à luz do pedido formulado. Ou seja, a instauração do processo penal é útil para atingir-se o resultado propugnado? Trata-se, portanto, de um juízo de ponderação que deve levar em conta os custos da marcha processual. Não se trata, contudo, de uma análise focada, exclusivamente, nos custos do Estado como gerenciador de atividade processual. Afinal, em face dos postulados liberais do direito penal, há que se avaliar os custos impostos ao próprio acusado, especialmente aqueles provocados pela exposição, sempre estigmatizante, à perseguição.

Aqui é especialmente válida a discussão relativa à falta de interesse de agir quando evidenciada, desde logo, a inutilidade da marcha processual diante da perspectiva de reconhecimento futuro da prescrição. O raciocínio toma por base a aplicação dos cálculos da prescrição retroativa que ainda permanecem para os fatos ocorridos antes da promulgação da Lei 12.234/2010 – *novatio legis in pejus*.

A hipótese não envolve a extinção da punibilidade, até mesmo porque não se cuida de prescrição efetiva. Assim, de todo inaplicável a súmula 438 do STJ cujo teor proíbe a extinção da punibilidade, o que, repita-se, não ocorre quando há rejeição da denúncia ou queixa pela falta do interesse-utilidade.

²⁶ Ou com pontua Zanoide: “deve-se esgotar todas as formas extraprocessuais de solução do conflito penal para que, somente depois, e acaso aquelas restem infrutíferas ou inaplicáveis, possa o interessado deduzir, validamente, pedido condenatório em face do acusado”. (MORAES, Maurício Zanoide de, op. cit., p. 82). No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 103. Ada Pellegrini Grinover aponta o oferecimento de ação penal contra menor de 18 anos como exemplo de falta de interesse-adequação, já que o provimento invocado não é adequado à aplicação de medida sócio-educativa. Não descarta, contudo, o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido. (GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 197). Discorda-se da autoria. De fato, em alguns casos, será possível vislumbrar a inserção das hipóteses em uma ou outra categoria. No entanto, haverá uma prevalente. Para tanto, é indispensável que se delimitem, com exatidão, os conceitos e os campos de abrangência de cada uma das condições a fim de se evitar a sobreposição dos critérios. Em segundo lugar, será importante extrair de cada hipótese o elemento que lhe é determinante, para então, submetê-la a alguma das categorias representativas das condições da ação. No caso específico da ação penal contra menor de 18 anos, o principal problema é de política pública de enfrentamento. Aos menores não se aplica o regime punitivo penal. Eles estão submetidos a outro regime jurídico que, como apontado, não é puramente punitivo. É informado pelo desejo de resgate do indivíduo que ainda está em formação. A resposta, destarte, não é punitiva, o que torna impossível o oferecimento de ação penal contra eles.

²⁷ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 103.

²⁸ Nesse sentido, pontua Zanoide: “No processo penal, o prisma positivo do critério da utilidade tem duas premissas: primeira, há uma controvérsia fático-penal (causa do interesse de agir no processo penal) e ela precisa ser resolvida; segunda, como os interesses controversistas são de alta relevância (*ius puniendi e ius libertatis*), o interesse público impõe a existência do processo penal como único meio de pacificação daquele conflito”. (MORAES, Maurício Zanoide de, op. cit., p. 90).

De qualquer modo, o raciocínio funda-se nos prognósticos que se abrem de efetivação do poder-punitivo a se tomar a imputação fática e jurídica dada pela acusação. É esta que se apresenta ao Estado-juiz e é sobre ela que se realiza o juízo de admissibilidade inicial. Assim, se desde logo se evidencia a inutilidade do provimento final diante do decurso do lapso prescricional entre o fato e o eventual recebimento da ação, não haverá razão para se por em movimento a marcha processual. Tampouco seria razoável submeter-se o acusado aos graves estigmas provocados por um juízo de admissibilidade positivo da acusação e pelo desenvolvimento do próprio processo.

Argumenta-se que o raciocínio afronta a presunção de inocência. Não é bem assim. O raciocínio, note-se, enfrenta a proposta de acusação a qual é rejeitada de plano por sua reconhecida imprestabilidade. Há, portanto, uma análise quanto à utilidade do provimento final perseguido pela acusação, qual seja, a condenação. Ora, se o poder-dever punitivo que se persegue já se apresenta, desde logo, inviável, inútil provocar a movimentação da marcha processual. É uma decisão que fulmina a pretensão acusatória *ab initio* e, portanto, a sua mensagem é mais eloquente. Raciocínio inverso importaria um juízo de admissibilidade positivo da acusação, com todos os efeitos danosos à imagem social do acusado daí decorrentes, abrindo-se, então, os caminhos para a marcha processual cujo resultado, como se sabe, jamais estará assegurado. De mais a mais, até a sentença final, estaria o réu sujeito aos riscos a toda sorte de medidas cautelares.

Nem se alegue que o acusado teria um “direito à absolvição”. Ora, neste estágio do processo, sequer há integração da relação processual e, portanto, não seria possível vislumbrar um direito processual por quem ainda não compõe o polo passivo da relação. A bem da verdade, na fase inicial do processo, há apenas um vínculo linear entre o Estado-juiz e o acusador. Cabe, portanto, ao primeiro uma análise criteriosa sobre os fundamentos da acusação, entre os quais a utilidade da pretensão punitiva que se apresenta. Esta filtragem, reitera-se, é produto de um amadurecimento da formatação processual penal que bebeu – a ainda bebe – na fonte do direito penal liberal, o qual, por sua vez, é orientado pela perspectiva de controle do abuso do poder estatal.

8. Legitimidade das partes

Há aqui mais um exemplo dos problemas provocados pela importação automática de conceitos construídos à luz da perspectiva processual civil. Isso porque naquela seara a legitimação processual é um reflexo da pertinência subjetiva da relação material.²⁹ Há, portanto, um jogo de espelhos entre a relação material e processual.

No processo penal, contudo, a dinâmica é diferente. O reflexo – relação material/processual – somente seria pertinente em um processo penal de natureza privada, o que nos remeteria às formas mais antigas de gestão do conflito penal nas quais a vítima e/ou os seus familiares exerciam protagonismo. Mas, naquelas formas, o próprio direito material confundia-se com o direito processual. Aliás, o próprio direito penal confundia-se com o direito civil.

Com o projeto punitivo da modernidade, o Estado chamou para si a responsabilidade exclusiva do exercício da violência punitiva. O Estado é, portanto, o único titular do *ius*

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 81.

puniendi. Assim, no processo penal, o Estado concede a determinados órgãos ou a determinadas pessoas o poder de deflagrar a ação penal, o que não se confunde com a concessão do *ius puniendi*. Ou seja, o Estado indica os agentes habilitados – legitimados – a exercerem a pretensão acusatória, estabelecendo, para tanto, as circunstâncias e as condições para o exercício de tal poder.³⁰ A legitimidade de agir (ativa) no processo penal tem, portanto, uma dimensão política que a associa ao exercício do poder acusatório.³¹

O titular deste poder é pré-estabelecido pelo legislador que distingue as situações em que a iniciativa para o oferecimento da ação penal ficará nas mãos de um órgão público ou, então, do particular. As opções traduzem políticas criminais. Por vezes, é o interesse público que sobressai. Em outras, o sistema reconhece a proeminência dos interesses privados, deixando nas mãos do particular a escolha entre deflagrar ou não a ação penal. A questão não suscita dúvidas quando as hipóteses são claramente definidas, como é o caso da ação penal de iniciativa pública incondicionada, exclusivamente privada ou personalíssima. Aliás, em se tratando de ação penal privada exclusiva, a morte do ofendido suscita novos problemas de legitimação decorrentes da observância da linha sucessória.³²

No caso de ação penal privada subsidiária, note-se, a legitimação somente se aperfeiçoa quando verificada a inatividade do órgão público persecutório. Assim, enquanto não verificada a desídia, nem o particular, nem o sucessor terão legitimidade ativa.

Mas, e na hipótese de ação penal de iniciativa pública condicionada? Aqui, como se sabe, o exercício da ação fica dependente de prévias manifestações – requisição do Ministro da Justiça ou representação do ofendido ou de seu sucessor. A legitimação é do órgão público. No entanto, o exercício efetivo da pretensão acusatória fica em suspenso, aguardando a superação das condições que impedem o exercício da ação penal. A problemática suscita muitas dúvidas. Alguns levam a questão para o terreno da possibilidade jurídica do pedido.³³ Outros fazem referência às condições de procedibilidade.³⁴ Aqui importantes são as premissas.

Na verdade, as exigências estabelecidas para a ação penal de iniciativa pública condicionada fixam limites para o exercício da atribuição do poder de praticar atos processuais, que, no caso em particular, conectam-se com o oferecimento da ação penal por parte do órgão acusador público. Não afetam a legitimidade, porquanto esta é pré-existente, resultante da atribuição constitucional e legal, conectada com a imputação jurídico-penal deduzida. Legítimo é o órgão acusador público. A bem da verdade, a exigência de representação ou de requisição obsta o exercício de qualquer atividade persecutória e não apenas o oferecimento da ação penal. Assim, mostram-se mais próximas da possibilidade jurídica do pedido, já que não será possível deduzir-se o pleito acusatório enquanto não superadas aquelas exigências.

A legitimidade passiva, por seu turno, revela uma dimensão de identidade, ou na clássica referência de Buzaid³⁵ a pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da relação processual de natureza condenatória. Ou seja, deve figurar nesse polo a pessoa

³⁰ É por isso que se questiona a validade da distinção entre legitimidade ordinária e extraordinária. Ver, para tanto: BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 104.

³¹ Por isso, alguns autores preferem o uso da expressão legitimação já que esta indica a atribuição de poder para a realização de atos jurídicos processuais. Nesse sentido: MORAES, Maurício Zanoide de, op. cit., p. 197-205.

³² Conforme art. 31 do CPP.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 192-193; BADARÓ, Gustavo, op. cit., p. 102.

³⁴ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 130.

³⁵ BUZAIID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 89.

que foi revelada pelas provas e pelos elementos informativos colhidos como a provável autora. Assim, se se apurar a diversidade de identidades, instalado está o problema da ilegitimidade passiva. Aqui é importante uma observação. A legitimidade passiva não se confunde com o substrato mínimo probatório, vale dizer os indícios de autoria. Esta é uma questão que envolve a justa causa. O problema é de identidade entre a pessoa revelada pelos indícios e aquela contra quem é dirigida a ação penal de natureza condenatória.³⁶ Exemplo ocorre quando o provável autor fez uso de documentos falsos quando de sua identificação, maculando, deste modo, a pertinência subjetiva passiva da ação penal condenatória.³⁷

Assim, a problemática do menor de dezoito anos não perpassa pela ilegitimidade. Se há uma conexão entre o fato imputado e o menor, ao menos em tese, haveria pertinência subjetiva passiva, entendida como vinculação provável autor/fato. A bem da verdade, o menor não pode figurar como acusado por impedimentos logicamente anteriores os quais envolvem a possibilidade jurídica do pedido que, por sua vez, relaciona-se com a possibilidade de procedência da ação com a imposição de sanção penal.

9. Conclusões

1. O pensamento liberal clássico, fundado na limitação do poder punitivo e no controle dos excessos, reforça a importância do juízo de admissibilidade da acusação, o qual envolve uma filtragem das acusações manifestamente infundadas ou mesmo daquelas desprovidas de utilidade.

2. As condições da ação que não se confundem com os requisitos formais da peça acusatória constituem importante mecanismo para o exercício do controle judicial da atividade acusatória.

3. A transposição automática, para o processo penal, de conceitos construídos para operatividade no processo civil não é a adequada e não se mostra funcional. No núcleo do processo penal, repousa a instrumentalização do poder estatal revelado pela imposição de sanções penais. Assim, o conflito que se expressa pelo processo penal envolve o choque de interesses públicos da mais alta dimensão: poder-dever punitivo e liberdade. Assim, ainda que admissível uma base comum para as diferentes atividades processuais – civil, penal e trabalhista –, as condições da ação penal condenatória exigem um olhar específico que transcenda uma visão generalizante.

4. São condições da ação penal: a justa causa, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes, nesta ordem.

5. É pela justa causa que se inicia a trajetória de análise das condições da ação penal condenatória. A sua compreensão passa pelo exame da imputação. Esta, por sua vez, envolve a imputação fática (narração) e imputação jurídica (classificação jurídico-penal). A justa causa é um selo de plausibilidade frente à narrativa fática e de viabilidade da imputação jurídica.

³⁶ Por isso que não se concorda, integralmente, com a lição de LOPES JÚNIOR, Aury, (Re)pensando as condições da ação processual penal desde as categorias jurídicas próprias do processo penal, in: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.), *Ciências penais e sociedade complexa*, Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 92-93, quando faz uma vinculação entre legitimidade passiva e probabilidade de autoria. Estudo mais aprofundado do autor sobre o tema é encontrado em: *Fundamentos do processo penal – introdução crítica*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 211-254.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 199.

6. A plausibilidade supõe aderência da narrativa à realidade. Supõe, assim, a demonstração da materialidade (ocorrência do fato material) e indícios de autoria (probabilidade de vinculação com os fatos). É, em linhas gerais, o quadro probatório mínimo para sustentação da pretensão acusatória.

7. A viabilidade jurídica conecta-se com os procedimentos de adequação penal típica e os desvalores da ilicitude e da culpabilidade. A narrativa deve preencher os elementos que compõem o conceito formal de crime. Deve encontrar adequação a um modelo tipológico. A tipicidade, ainda que provisória, é indutora da ilicitude e da culpabilidade.

8. A possibilidade jurídica do pedido – e não da causa de pedir – supõe a dedução de pretensão que esteja amparada pelo ordenamento jurídico. Assim, quando o *ius puniendi* é extinto por algum fator, o pedido será juridicamente impossível. Mas, para além da carência da ação, impõe-se a declaração judicial da extinção da punibilidade, justamente para se evitar a reiteração futura de acusações ou de qualquer atividade persecutória fundada nos mesmos fatos;

9. A ação penal condenatória ajuizada contra menor de 18 (dezoito) anos também escancara o problema da possibilidade jurídica do pedido. Os menores infratores não estão sujeitos ao poder punitivo que é alimentado pelo direito penal. Daí a impossibilidade de formulação de pedido que envolva a aplicação do *ius puniendi*.

10. A perspectiva da necessidade inserida no campo do interesse de agir tem pouca aplicabilidade no processo penal em face da imperatividade da jurisdição penal. Não há possibilidade de se aplicar a sanção penal senão pela via processual, o que torna o processo, a princípio, sempre necessário. No entanto, em se tratando de crimes de menor potencial ofensivo, o recurso à ação penal e às vias tradicionais de persecução somente será necessário quando superados os mecanismos alternativos de solução do conflito penal.

11. O interesse-utilidade também encontra aderência no processo penal, mesmo em regimes estruturados pela perspectiva da obrigatoriedade da ação penal como o nosso. O exemplo mais evidente é dado pelo reconhecimento da inutilidade do provimento final, diante das perspectivas que são dadas pelos termos da imputação apresentada. Nesse caso, a avaliação do interesse toma por base os fatos delineados pela acusação. Afinal, é esta a narrativa que justifica a movimentação da máquina processual e é sobre ela que recai o juízo de admissibilidade.

12. A noção de adequação é esvaziada no processo penal que não contém em seu desenho a multiplicidade de ações que são encontradas no processo civil.

13. Quanto à legitimidade, a condição encontra especial importância em sua dimensão ativa diante dos diferentes regimes abraçados pelo legislador na regulamentação das iniciativas acusatórias. Quanto à legitimidade passiva, não se pode confundir com o juízo de probabilidade de autoria, o qual se prende à justa causa. Trata-se, em realidade, da identidade entre o provável autor e aquele que ocupará o polo passivo da relação processual.

Referências

- ALMEIDA, Joaquim Canuto de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937.
- ÁLVARIZ, Alejandro E. El control de la acusación. *Revista Latinoamericana de Política Criminal, Ministerio Público: Pena y Estado*, Buenos Aires, v. 2, n. 2, p. 15-33, 1997.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUZUID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penale*. Tradução de Santiago Sentís Melendo: Buenos Aires: Bosch, 1953. v. 2.
- CHIOVENDA. Giussepe. L'azione nel sistema dei diritti. In: CHIOVENDA. Giussepe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- FAUSTIN, Hélié. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*. 2. ed. Paris: Henri Plon, 1866.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 69, p. 179-199, nov./dez. 2007.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1.
- _____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- _____. L'azione nella teoria del processo civile. In: *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950. v. 2.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal – introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. (Re)pensando as condições da ação processual penal desde as categorias jurídicas próprias do processo penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.). *Ciências penais e sociedade complexa*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 79-100.
- _____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa na ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: EDUSP, 1976.

Cumprimento de medida de segurança antes do trânsito em julgado: inadmissibilidade

Paulo Eduardo de Almeida Sorci
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

A recente decisão no HC 126.292/SP, do Supremo Tribunal Federal, finalmente alterou a interpretação firmada por maioria (sete votos a quatro) no HC 84.078/MG (2009) quanto ao descabimento da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, pese embora praticamente todos os Entes da Federação, na prática, há muito admitissem o processo de execução provisória da pena.

A despeito das acaloradas críticas que se sucederam ao “novo posicionamento” da Corte Suprema, também sobrevieram notas de louvor pela nova efetividade dada à Justiça Penal nacional, agora nivelada ao primeiro mundo, que bem sabe distinguir e equilibrar presunção de não culpabilidade e efetividade da jurisdição penal.

Certo e mais importante que toda essa discussão é dizer o óbvio: pouquíssimos condenados provisórios *miseráveis* virão a ser presos exclusivamente em razão da nova interpretação do Pretório Excelso, afinal, a grande maioria deles já cumpria pena provisoriamente, porque simplesmente não lhes foi facultado recurso em liberdade, circunstância que, per si, sempre constituiu o sumo fundamento para o início da execução da pena em todo o território nacional.

Assim, é bem de ver, o Supremo apenas harmonizou uma situação fática preexistente, para a qual não podia mais fechar os olhos! É dizer, oficializou a execução provisória para aquele condenado que não pode, nunca pode, de forma alguma, recorrer em liberdade, tamanha a presença dos requisitos legais justificadores da prisão.

Na suma, o Pretório Excelso oficializou aquilo que já vinha admitindo desde 2003, ano em que editadas as Súmulas 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*”), ambas no sentido de pressupor hipóteses de execução provisória de sentenças penais condenatórias.

Entretanto, essa mudança de orientação não engloba, *s.m.j.*, a medida de segurança, que é o tratamento aplicado aos inimputáveis que cometem um delito penal e que, sabidamente, não é pena, porquanto não pressupõe culpabilidade, mas, periculosidade.

Em 9 de março de 2010, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça aprovou e instituiu, no âmbito do Poder Judiciário, o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal e também aprovou o Manual Prático de Rotinas para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, traçando as diretrizes no campo da execução das medidas de segurança.

De logo, é perceptível, a execução provisória revela-se inviável diante do que foi estatuído pelo Plano de Gestão para o Funcionamento das Varas Criminais e de Execução

Penal, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu em seu item 4.1.1., *in verbis*:

Tratando-se de medida de segurança, a guia de internação (ou internamento) será expedida após o trânsito em julgado definitivo da sentença ou acórdão, observados os requisitos do artigo 173 da lei de Execução Penal, não se concebendo internação de pacientes provisórios em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. (grifo nosso)

Conflita, ainda, em idêntico grau, com a elucidação contida no item 2.2.1.1. do Manual de Rotinas para o Funcionamento das Varas Criminais e de Execução Penal, do Conselho Nacional de Justiça, que assim textualizou:

No caso de medida de segurança consistente em internação, a guia de internação será expedida após o trânsito em julgado da sentença absolutória imprópria ou acórdão, se houver, e após a inclusão do paciente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. (grifo nosso)

Portanto, não sem razão, o Conselho Nacional de Justiça desaconselhou expressamente a adoção da execução provisória da medida de segurança de internação, e tal orientação parece estar perfeitamente ajustada com a ordem legal vigente sobre execução de medida de segurança e, por outro lado, mais consentânea com a realidade de superlotação existente nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do país.

Em primeiro lugar, no pertinente ao aspecto legal, é forçoso rememorar o forte entendimento jurisdicional de que não há suporte legal para a aplicação provisória de medida de segurança e conseqüente recolhimento *precário* de paciente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, visto que a Lei nº 7.209/84, que modificou o Código Penal, não repetiu a regra do art. 80 do Código de 1940. Com essa abolição também ficaram revogados os artigos 378 e 380 do Código de Processo Penal. Esse fundamento, por si só, revela temerária a admissão da hipótese de execução provisória de medida de segurança.

Afora mais, o estado constitucional de inocência para o portador de transtorno mental, que está sujeito a sentença penal absolutória imprópria, é obrigatoriamente distinto daquele inerente à pessoa acusada de um delito, afinal, os portadores de transtorno mental não estão sujeitos à prova da culpabilidade.

Em outras palavras, a superveniência de absolvição imprópria não perfaz efetivo juízo de culpabilidade, portanto, não fundamenta o início da execução da medida de segurança, devendo assegurar-se ao paciente o pleno direito de acesso, em liberdade, ao Tribunal de Apelação, salvo medida cautelar decretada ante excepcional perigo a terceiros ou ao próprio paciente.

Portanto, para a execução de medida de segurança há que se exigir a ocorrência de coisa julgada, isto é, sentença firme e delimitada, possível apenas com o esgotamento do direito de defesa em sua plenitude.

Ainda no campo legal, não há como se olvidar do cânon inscrito no artigo 171 da Lei no 7.210/84, que condiciona a expedição da guia de internação (ou internamento) ao trânsito em julgado da sentença.

A razão maior, mais do que jurídica, é fática: a admissão da execução provisória de medida de segurança de internação arruinará ainda mais o deficiente serviço de saúde prestado em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Estado de São Paulo, problemática, aliás, brasileira, e não só paulista.

Ora, são incomparáveis pena privativa de liberdade e medida de segurança, afinal, nesta última não se contempla a expiação de castigo, já que por ela é visada exclusivamente a recuperação do doente mental infrator.

E aqui um outro fator determinante para a não adoção da execução provisória para a hipótese de internação: a estrutura do sistema prisional difere brutalmente da estrutura “manicomial”; enquanto a prisional não encontra limitação legal para sua ampliação, justamente por isso é que se possibilitou a implantação da execução provisória das penas privativas de liberdade, a manicomial está orientada pelas diretrizes da Lei nº 10.216/01 (Lei *Antimanicomial*), que reformulou o modelo de atenção à saúde mental, antes com foco no tratamento prestado exclusivamente em instituição hospitalar manicomial, doravante com enfoque para uma rede de atenção psicossocial, a ponto de impedir a construção de novos “manicômios judiciários”.

Como há tempo se entendeu:

Já não mais estabelece o art. 96 do CP, com a redação da Lei nº 7.210/84, que a internação do inimputável seja obrigatoriamente realizada em manicômio judiciário. Foi esta humanizada em consonância com os próprios objetivos a que visa, no sentido de que a Justiça Penal há de procurar recuperar o inimputável, e não simplesmente aplicar-lhe um castigo (STF – HC – Rel. Min. Aldir Passarinho – RT 616/387).

Em verdade, hodiernamente, ante as disposições da Lei nº 10.216/01, a rigor, sequer se poderia contemplar o recolhimento de agentes infratores portadores de transtorno mental não julgados definitivamente em estabelecimentos prisionais, notadamente em “depósitos de loucos”. Deveriam, como pacientes que são, sujeitar-se a tratamento terapêutico dispensado por profissional habilitado a oferecer esta ou aquela terapia, e isto através da rede pública ou conveniada ao SUS.

E nada obsta que a imposição do tratamento terapêutico ocorra independentemente da expedição de guia provisória, mediante conversão da “prisão cautelar”, fundada unicamente na periculosidade do agente, em internamento cautelar, o que se faria com fundamento no Art. 4º da Lei nº 10.216/01, afinal, é do texto legal que o juiz, em casos tais, dará preferência ao tratamento ambulatorial, somente determinando a internação “quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (Art. 4º, *caput*).

Como se infere, a solução depende da implementação de políticas públicas que visem mecanismos de atenção integral à saúde mental como, por exemplo, a criação de unidade hospitalar para tratamento aos doentes mentais “provisórios”.

Em sendo assim, ousa-se afirmar, não se aplica o julgado recente do Supremo Tribunal Federal às medidas de segurança, ao menos até que inteiramente garantido – ao paciente – o duplo grau de jurisdição. Do contrário, estar-se-á admitindo a execução provisória da medida de segurança de internação, e a tendência natural, nesta hipótese, é de brutal agravamento da situação de falta de vagas para o alienado mental recolhido cautelar ou processualmente.

O problema, inegavelmente existente, deve encontrar solução outra, a exemplo da criação de Juízo de Direito Privativo e Especializado no processamento de autos de medida de segurança, que, em São Paulo, reexaminando grande parte dos casos sob sua competência, obteve a diminuição do número de pacientes que aguardavam “presos” a obtenção de vaga para inclusão em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, entre maio de 2009 e fevereiro de 2010, de 350 para 159 pacientes.

Por outro argumento, não se compreende o fazer tábula rasa às claras disposições da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, também conhecida como “Lei da Reforma Psiquiátrica”, cuja *mens legis* é inteiramente fundada no caráter excepcional do tratamento compulsório a ser prestado ao portador de transtorno mental, quanto mais no caso de “paciente provisório”, ou seja, aquele sem a sentença firme, como aquele que recorre da sentença absolutória imprópria e pode vir a ser absolvido pelo Tribunal.

Ademais, sob igual prisma, não se justificaria a admissão de execução provisória das medidas de segurança indistintamente, sem qualquer diferenciação para as hipóteses de crime punível com mera detenção, em que o agente estará sujeito ao tratamento ambulatorial (art. 97 do CP).

Nesse campo, tudo deve operar com proporcionalidade constitucional, daí porque nunca se concebeu, por exemplo, a execução provisória da pena substitutiva a que alude o artigo 44 do Código Penal.

Decerto, vale repisar, a rica experiência deste Estado de São Paulo com a admissão da execução provisória das “penas privativas de liberdade” pelas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, disseminada que foi para tantos outros Tribunais, não pode ser simplesmente transportada para o campo das medidas de segurança.

Os institutos e seus sujeitos são diversos e as consequências absolutamente distintas.

O imputável que cumpre pena privativa de liberdade provisoriamente e depois vem a ser absolvido pelo Tribunal não é equiparável ao agente tido equivocadamente por doente mental.

E a experiência revela que não são raros os casos de pessoas avaliadas de forma imprecisa na fase de cognição, quando são afirmadas inimputáveis e, posteriormente, em fase de execução, são dadas “inexplicavelmente” por imputáveis.

Disso decorre que, em se admitindo uma internação provisória em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de pessoa não portadora de doença mental, estar-se-á submetendo tal agente ao risco irreversível de passar a portar forçosamente um transtorno mental, proveniente da medicação compulsória invariavelmente aplicada aos seus frequentadores.

Não é possível a aplicação provisória de medida de segurança, cabendo substituí-la, quando os recursos extra-hospitalares comuns se mostrarem insuficientes, pela custódia preventiva de internação, com a remoção do agente para estabelecimento adequado que, em conformidade com o § 2º do Art. 4º da Lei nº 10.216/01, deverá oferecer assistência integral ao portador de transtorno mental que aguarda o julgamento de seu recurso, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológica, ocupacional e de lazer.

Cabe ao Poder Judiciário exigir ações concretas à implantação de unidade própria para o correto recolhimento dos infratores portadores de transtorno mental.