

**Walter Nunes da Silva Júnior**  
**Olavo Hamilton**

# **DIREITO E LINGUAGEM** **NAS DECISÕES CRIMINAIS**

Caio Vanuti Marinho de Melo

Fernando Wallace Ferreira Pinto

Gabriel Lucas Moura de Souza

Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo

Julyana Monya de Medeiros Veríssimo da Nóbrega

Letícia Oliveira Mesquita

Maria Beatriz Maciel de Farias

Natália Galvão da Cunha Lima Freire

Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade

Sêmely Clície Rodrigues Batista Lira

Walter Nunes da Silva Júnior

Wilde Maxssuziane da Silva Sousa



# **DIREITO E LINGUAGEM NAS DECISÕES CRIMINAIS**

**Walter Nunes da Silva Júnior**  
**Olavo Hamilton**  
*(Organizadores)*

**DIREITO E LINGUAGEM NAS DECISÕES CRIMINAIS**

Caio Vanuti Marinho de Melo  
Fernando Wallace Ferreira Pinto  
Gabriel Lucas Moura de Souza  
Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo  
Julyana Monya de Medeiros Veríssimo da Nóbrega  
Letícia Oliveira Mesquita  
Maria Beatriz Maciel de Farias  
Natália Galvão da Cunha Lima Freire  
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade  
Sêmely Clície Rodrigues Batista Lira  
Walter Nunes da Silva Júnior  
Wilde Maxssuziane da Silva Sousa



Copyright © 2019  
All rights reserved.

## **OWL – EDITORA JURÍDICA**

Rua Princesa Isabel, 888, Cidade Alta  
Natal-RN  
Brasil  
CEP 59.025-400.  
editora@owl.etc.br • www.owl.etc.br

### **CONSELHO EDITORIAL**

Bruno Ernesto Clemente  
Carlos Wagner Dias Ferreira  
Edilson Pereira Nobre Júnior  
Francisco Barros Dias  
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti  
Francisco Marcos de Araújo  
Hallyson Rêgo Bezerra  
Humberto Henrique Costa Fernandes do Rêgo  
Marcelo Alves Dias de Souza  
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas  
Marcelo Neves  
Marco Bruno Miranda Clementino  
Maria dos Remédios Fontes Silva  
Olavo Hamilton  
Paulo Afonso Linhares  
Walter Nunes da Silva Júnior

Direito e linguagem nas decisões criminais /  
Walter Nunes da Silva Júnior, Olavo Hamilton (orgs.)  
– Natal : OWL, 2019.  
306p.

ISBN: 978-1653354542

1. Linguagem. 2. Decisões criminais

## Sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>7</b>
<b>Abolição acadêmica da linguagem criminológica punitivista.....</b>	<b>13</b>
<i>WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR</i>	
<b>O simbólico no processo penal brasileiro .....</b>	<b>53</b>
<i>OLAVO HAMILTON</i>	
<b>Sistema acusatório “à brasileira” .....</b>	<b>77</b>
<i>WILDE MAXSSUZIANE DA SILVA SOUSA</i>	
<b>(Re)construção do discurso empregado na <i>emendatio libelli</i> e o princípio da ampla defesa .....</b>	<b>117</b>
<i>LETÍCIA OLIVEIRA MESQUITA</i>	
<b>O discurso jurídico sobre a colaboração premiada e a (ir)renunciabilidade do direito ao silêncio .....</b>	<b>151</b>
<i>CAIO VANUTI MARINHO DE MELO</i>	
<i>JULYANA MONYA DE MEDEIROS VERÍSSIMO DA NÓBREGA</i>	
<b>Duração razoável do processo: uma análise jurisprudencial e doutrinária do tempo no processo penal.....</b>	<b>185</b>
<i>SÊMELY CLÍCIE RODRIGUES BATISTA LIRA</i>	
<b>Direito e linguagem: uma análise sobre o princípio fundamental à intimidade na jurisprudência brasileira .....</b>	<b>215</b>
<i>MARIA BEATRIZ MACIEL DE FARIAS</i>	
<b>Análise crítica e empírica sobre a linguagem empregada na dosimetria .....</b>	<b>235</b>
<i>GABRIEL LUCAS MOURA DE SOUZA</i>	
<i>GUILHERME DE NEGREIROS DIÓGENES REINALDO</i>	
<i>NATÁLIA GALVÃO DA CUNHA LIMA FREIRE</i>	
<b>Prisões versus direito de liberdade: linguagem no direito criminal e o duplo caráter dos direitos fundamentais .....</b>	<b>269</b>
<i>FERNANDO WALLACE FERREIRA PINTO</i>	



## **Apresentação**

Antes de qualquer outra consideração, uma indagação se impõe: Por que e para quê a edição deste livro? A razão de ser deste livro, a ser publicado nas versões impressa e eletrônica, é divulgar as reflexões sobre o discurso jurídico fomentadas com o desenvolvimento, durante o período de agosto de 2018 a maio de 2019, do Projeto de Pesquisa *O direito criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva*, criado no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte –UFRN sob o título *Direito e linguagem nas decisões judiciais: problemas da construção da linguagem na aplicação da pena e nas decisões do Supremo Tribunal Federal*.

O Projeto de Pesquisa em referência está sob a Coordenação Científica do Professor Walter Nunes da Silva Júnior, integrando como colaboradores Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade, Caio Vanuti Marinho de Melo, Fernando Wallace Ferreira Pinto, Gabriel Lucas Moura de Souza, Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo, Lucely Ginani Bordon, Maria Beatriz Maciel de Farias, Sêmely Clície Rodrigues Batista Lira e Wilde Maxssuziane da Silva Sousa. Participaram ainda desse primeiro ciclo do projeto, na qualidade de voluntários, Letícia Oliveira Mesquita, Julyana Monya de Medeiros Verissimo da Nobrega, Ívinna Ellionay Alves dos Santos, Leticia Maciel Emerenciano e Natália Galvão da Cunha Lima Freire.

## APRESENTAÇÃO

Tem sido frequente a crítica quanto à recorrência da utilização nas decisões judiciais de termos que indicam excessos e abusos na motivação, revelando um acolhimento acrítico da dicção normativa do Código de Processo Penal, sem levar em consideração a mudança de modelo do sistema criminal, a partir da edição da Constituição de 1988. A pesquisa tem em mira esquadrihar essa problemática.

Nesse passo, a pesquisa que serviu de base para a elaboração deste livro foi levada a efeito no escopo de compreender de que modo a linguagem empregada na motivação das decisões exerce influência sobre o resultado dos julgamentos e como isso tem o condão de revelar a compreensão do Direito criminal por parte de quem é o porta-voz do discurso jurídico. O objetivo geral foi investigar o uso de linguagem dissonante com os princípios que expressão os direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico. Quanto aos objetivos específicos, a finalidade da pesquisa se concentrou em (i) identificar a linguagem empregada em sentenças e votos nos processos criminais, abrangendo decisões da jurisdição de base até as prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal; e (ii) evidenciar a importância do discurso jurídico, com recorte no ambiente criminal.

Com a utilização dos recursos das metodologias exploratória e explicativa, tomou-se como ponto inicial a pesquisa bibliográfica relacionada ao tema, seguida pela coleta de decisões proferidas a partir do ano de 2018. Como recorte metodológico da abrangência da pesquisa, nesse primeiro ciclo do projeto, decidiu-se por examinar como se comporta, quanto à temática, os órgãos de primeiro e segundo graus das justiças estadual e federal no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Diante da dificuldade na coleta das sentenças, no ponto, a investigação científica se conteve ao espaço da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, com o exame das decisões exaradas no ano de 2018. Como os processos são eletrônicos, o agrupamento dos dados foi realizado no Sistema Judicial Eletrônico – PJe, por meio do acesso com o perfil de advogado. Houve muita dificuldade na identificação do material de interesse para a pesquisa, na medida em que, conquanto eletrônico, o sistema não disponibiliza ferramenta com expressão de busca para permitir a seleção dos casos. Diante disso, primeiramente, o grupo de pesquisa solicitou à vara a relação dos processos julgados em 2018, a fim de que, de posse dos números dos processos, fossem pesquisadas as sentenças. O acervo dos dados coletados foi dividido entre os pesquisadores, tendo cada um produzido relatório identificando os pontos de interesse para o estudo.

Já a tarefa referente à análise crítica dos acórdãos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal de Recursos foi deveras facilitada, diante da possibilidade de realizar buscas na página eletrônica do Conselho da Justiça Federal por meio das mais diversas expressões. A pesquisa foi feita especificamente no espaço identificado como *Jurisprudência Unificada*. Nessa parte não houve delimitação temporal, sendo feita a seleção livremente com a utilização de expressões de busca previamente discutidas e aprovadas pelo grupo, mas com a recomendação de que fosse conferida preferência aos acórdãos mais recentes. Essa recomendação quanto à jurisprudência atualizada foi observada pelos pesquisadoress, uma vez que a seleção automatizada por meio de palavras na página eletrônica do Conselho da Justiça Federal apresenta os resultados em ordem cronológica decrescente, ou seja, das mais novas para as mais antigas.

Quanto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, a jurisprudência foi pesquisada no site do respectivo órgão jurisdicional e mediante busca no google.

Os dados coletados foram escrutinados em reuniões presenciais e por meio de grupo virtual, para fins de crítica das evidências reunidas, em busca de explicações e soluções para a problemática.

O presente livro é uma coletânea de 9 (nove) textos que formam e revelam o conjunto da pesquisa realizada pelo grupo de pesquisadores. Os conteúdos estão assim organizados:

(i) *Abolição acadêmica da linguagem criminológica punitivista*, escrito por Walter Nunes da Silva Júnior.

(ii) *O simbólico no processo penal brasileiro*, escrito por Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade.

(iii) *Sistema acusatório “à brasileira”*, escrito por Wilde Maxssuziane da Silva Sousa.

(iv) *(Re) Construção do discurso empregado na emendatio libelli e o princípio da ampla defesa*, escrito por Letícia Oliveira Mesquita.

(v) *O discurso jurídico sobre a colaboração premiada e a (ir) renunciabilidade do direito ao silêncio*, Caio Vanuti Marinho de Melo e Julyana Mony de Medeiros Veríssimo da Nóbrega.

(vi) *Duração razoável do processo: uma análise jurisprudencial e doutrinária do tempo no processo penal*, escrito por Sêmelely Clície Rodrigues Batista Lira.

(vii) *Direito e linguagem: uma análise sobre o princípio fundamental à intimidade na jurisprudência brasileira*, escrito por Maria Beatriz Maciel de Farias.

(viii) *Análise crítica e empírica sobre a linguagem empregada na dosimetria*, escrito por Gabriel Lucas Moura de Souza, Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo e Natália Cunha Lima.

(ix) *Prisões versus direito de liberdade: linguagem no direito criminal e o duplo caráter dos direitos fundamentais*, escrito por Fernando Wallace Ferreira Pinto.

Conquanto a leitura isolada de cada um deles permita a compreensão de uma das partes do âmbito da pesquisa, reunidos em livro eles compõem um todo, facilitando a visão holística dos mais diversos aspectos pertinentes à linguagem utilizada no trato das questões criminais submetidas ao Judiciário.

Esperamos que a pesquisa aqui apresentada e enriquecida pela visão crítica empregada nos textos escritos represente contribuição importante para despertar a importância do exame do discurso jurídico, a fim de identificar o seu *poder*, revelando os valores pessoais e ideológicos do juiz (intuições, personalidade, preferências, pré-conceitos e mesmo preconceitos), concepções políticas, institucionais e influências sociais, exercidas notadamente pelos meios de comunicação e pelas mídias sociais em geral.

Boa leitura!

**Natal-RN, 09 de dezembro de 2019.**

**Walter Nunes da Silva Júnior**  
**Juiz Federal, Professor da UFRN e Coordenador do Projeto de Pesquisa**



## **Abolição acadêmica da linguagem criminológica punitivista**

*Walter Nunes da Silva Júnior<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O referencial normativo do sistema criminal brasileiro foi forjado sob a regência da Constituição de 1937, apresentando um viés punitivista, a partir da concepção de um processo penal de modelo misto com forte sotaque inquisitivo, que não se coaduna com a nova ordem instaurada com a Constituição de 1988. A partir dos métodos exploratórios e explicativos, esse estudo foi elaborado com suporte no Projeto de Pesquisa *O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva*, intitulado *Direito e linguagem nas decisões judiciais: problemas da construção da linguagem na aplicação da pena e nas decisões do Supremo Tribunal Federal*, tendo como escopo revelar como o discurso jurídico judicial e normativo precisa se alinhar ao perfil do Estado Democrático-Constitucional, que tem os direitos fundamentais como a espinha dorsal do ordenamento jurídico. A linguagem no ambiente criminal, conquanto tenha experimentado certo alinhamento com a doutrina humanística, ainda necessita avançar para se desapegar do *punitivismo* e estabelecer relação mais coerente com um sistema jurídico fulcrado na dignidade da pessoa humana. Propõe-se a alteração da *linguagem criminológica* consistente, a

---

<sup>1</sup> Juiz Federal, Mestre e Doutor, Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Coordenador do Projeto de Pesquisa *O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva*, Coordenador do Projeto de Pesquisa projeto de *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte*, Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte.

realização de uma verdadeira *abolição acadêmica* do viés punitivista e dissociado da ideia humanística do discurso jurídico, a partir de trabalhos desenvolvidos pela academia em geral.

**Palavras-chave:** Linguagem punitivista. Estado democrático constitucional. Abolição acadêmica.

## ABSTRACT

The normative framework of the Brazilian criminal system was forged under the 1937 Constitution, presenting a punitive bias, based on the conception of a mixed model criminal process with a strong inquisitive accent, which is not consistent with the new order established with the Constitution. Based on exploratory and explanatory methods, this study was elaborated with support in the Criminal Law Research Project as a constructive normative body of the protection system of fundamental rights and guarantees, in the subjective and objective perspectives, aiming to reveal how the legal judicial and normative discourse needs to align with the profile of the Democratic-Constitutional State, which has fundamental rights as the backbone of the legal system. Language in the criminal environment, while experiencing some alignment with humanistic doctrine, still needs to move forward to detach itself from punitivism and to establish a more coherent relationship with a legal system based on the dignity of the human person. It is proposed the alteration of the consistent criminological language, the realization of a true academic abolition of the punitivist bias and dissociated from the humanistic idea of legal discourse, from works developed by the academy in general.

**Keywords:** Punitivist language. Constitutional democratic state. Academic abolition.

## 1. Introdução

O ambiente jurídico *deve ser compreendido como um universo linguístico*, pelo que precisa afinar-se com a dimensão humanística

provocada pela Constituição (STRECK, 2001). Para todos os efeitos, o Direito é linguagem e assim, necessariamente há de ser concebido, isto é, nas *significações linguísticas em que se constitui e exprime* (STRECK, 2001, p. 62). Essa necessidade de modificação substancial da linguagem jurídica traz consequência mais premente na seara criminal, certamente o espaço jurídico em que a prática forense e a jurisprudência mais se revelam impregnadas de discursos jurídicos desalinhados com a deontologia da linguagem, fomentados por um paradigma normativo forjado sob a batuta da Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história institucional. Cabe lembrar que essa Carta foi alvitrada para conferir legitimidade ao Golpe de Estado patrocinado por Getúlio Vargas, servindo de pano de fundo para a instauração de um Estado autoritário, com forte concentração de poder nas mãos do chefe do executivo, em detrimento de garantias previstas para os cidadãos.

Para se ter noção mais concreta desse aspecto, os Códigos Penal e Processual Penal foram editados sem passar pelo Congresso Nacional, uma vez que foram inseridos no nosso ordenamento jurídico, respectivamente, por meio dos Decretos-Leis nº s 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e 3.689, de 3 de outubro de 1941, na época em que o Parlamento estava fechado. Ou seja, o processo penal que tem um histórico de instrumento de afirmação dos direitos essenciais da pessoa humana não foi objeto, sequer, de debate no parlamento brasileiro<sup>2</sup>.

Os nossos dois Códigos criminais, ainda hoje em vigor, foram elaborados no contexto de todos esses ingredientes políticos internos.

---

2 Se o Legislativo não teve a possibilidade nem mesmo de discutir sobre o projeto dos Códigos Penal e Processual Penal, muito menos a sociedade em si.

Ademais, foram inspirados na legislação penal italiana de 1930, que seguia a ideologia *fascista*. Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, por exemplo, o ministro Francisco Campos revela a ideologia que orientou a sua confecção<sup>3</sup>. No pressuposto de que os réus possuíam um *extenso catálogo de garantias e favores*, o então ministro arrematou que era necessário ajustar as leis processuais no desiderato de servirem de instrumento a *maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem* (CAMPOS, p. 6). Para tanto, julgava Francisco Campos necessário que fosse “... abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”, pois, segundo ele, não era pertinente “... continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.” Esse foi, segundo as próprias palavras assacadas na exposição de motivos, “... o critério que orientou a elaboração do presente projeto do Código” (CAMPOS).

Mostrando a sua afinidade com a ideologia que comandava a Itália fascista, na exposição de motivos, Francisco Campos fez referência ao ministro italiano Arturo Rocco quando este advertiu, ao apresentar o projeto de reforma processual penal da Itália – que findou, sob o comando da corrente Técnico-Jurídica, sendo transformado no Código de 1930 –, que algumas das medidas “... certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas

---

<sup>3</sup> Nada mais correta a posição da doutrina que não identifica a exposição de motivos como elemento interpretativo. De todo modo, senão para outros fins, a exposição de motivos se apresenta como um fragmento histórico de fundamental importância para identificar o perfil ideológico do legislador. Nesse particular, Francisco Campos, com a sua apurada verve literária, com rara felicidade, não só sumariou, com profundidade, os aspectos técnicos da nova codificação, como sublinhou o traço político-ideológico – nada democrático, muito pelo contrário – embutido no projeto.

deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente” (CAMPOS, p. 6).

Nota-se, portanto, que a inspiração dos Códigos Penal e de Processo Penal ainda vigentes não vieram do movimento liberal que marcou o surgimento da Escola Clássica deduzida juridicamente por Carrara, partindo da premissa de que o sistema penal era o instrumento mais importante para a proteção dos direitos individuais, servindo, por conseguinte, antes de tudo, como uma forma de limitação do dever/poder de punir do Estado<sup>4</sup>. Na linha de ação das Escolas Positiva e do Tecnicismo Jurídico, o sistema criminal brasileiro deveria ser uma ferramenta qualificada para servir à repressão do Estado. Força repressiva passava a ser o norte dos novos Códigos. Esse traço ideológico está evidenciado na linguagem empregada na redação dos dispositivos e escancarada, em cores vivas, com a própria nomenclatura empregada para designar a legislação criminal. Os Código Criminal e de Processo Criminal passaram a ser denominados, respectivamente, Códigos Penal e de Processo Penal. Ou seja, a legislação não cuidava mais do crime em si. Mas, sim, da pena. São *códigos penais*, ou seja, instrumentos para a aplicação de sanção, que servem e se prestam para a punição, não para a defesa. Com essa ideia, a finalidade do processo passa a ser, a partir daí, descobrir a *verdade*, a chamada *verdade real* – verdade que ontologicamente não existe. Nesse desenho, o que importa para o processo, e especialmente para o juiz, é descobrir a verdade, sendo irrelevante o meio empregado: *os fins justificam os meios*. Em outras palavras, é o *vale tudo*

---

<sup>4</sup> Aqui se quer ressaltar que a responsabilização penal se trata antes de um *dever* do que de um *poder*. Esse dever é o chamado *dever de proteção (eficiente)* que decorre da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 126-130)

*processual*, a fim de descobrir a verdade. É o *punitivismo* em sua essência, imanente na linguagem criminal que se materializa com a crença de que o sistema criminal *combate* o crime – como se uma guerra fosse.

Como se nota, o referencial normativo do nosso sistema criminal não é dos melhores. É preciso *desconstruir* a ideia que deu origem ao Código de Processo Penal, tendo em mira a *construção* de um sistema criminal com o perfil do Estado Democrático-Constitucional, cujo marco regulatório é a Constituição de 1988.

O texto aqui apresentado foi concebido com a adoção dos métodos exploratório e explicativo, tendo como suporte o Projeto de Pesquisa *O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva*, criado no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, possui como objetivo geral aprofundar o estudo sobre o sistema criminal tendo em conta o paradigma de um ordenamento jurídico que tem como espinha dorsal os direitos fundamentais e, dentre outros específicos, analisar sob a ótica constitucional as decisões judiciais. Afinal, a nova ciência processual penal custodiada pelo respeito à dignidade da pessoa humana como imperativo lógico da Constituição de 1988, reclama a alteração profunda da sua linguagem, diante da necessidade de sua adequação a esse princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro.

O propósito deste estudo é identificar a contaminação do discurso jurídico com o ranço autoritário e policialesco impregnado no Código de Processo Penal. Para tanto, no item 2, será feita uma análise das decisões que foram objeto de exame pelo grupo de pesquisadores tendo como recorte metodológico três critérios: (i) temporal, circunscrevendo-se a pesquisa a

examinar as decisões judiciais proferidas no ano de 2019; (ii) temático, ocupando-se apenas das decisões judiciais que versaram sobre a duração razoável do processo, o princípio acusatório, a ampla defesa, (c) a inviolabilidade da intimidade e a prisão processual; e (iii) funcional, com estudo apenas em relação às decisões proferidas pela 2ª. Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

No item seguinte, é realizada a abordagem dogmática da importância e razão de ser de se laborar para adequar o discurso jurídico empregado ao desenho constitucional, particularmente quanto a sua conformação à cláusula da dignidade da pessoa humana, ademais sugestões para a correção de distorções discursivas quanto ao tratamento dispensado a princípios sensíveis que adornam o sistema jurídico criminal, a partir de uma leitura densa dos direitos fundamentais. Em primeiro momento, cuidar-se-á de esmiuçar as consequências de se adotar o modelo de Estado Democrático de Direito para, daí, após fazer consideração sobre os elementos que identificam os seus fundamentos, focar o estudo no preceito da dignidade da pessoa humana. No item 3.3, será debatida a dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado, independentemente de quem ele seja e mesmo do tipo de crime a ele imputado ou pelo qual venha a ser condenado.

Por fim, abordar-se-á a problemática referente à linguagem jurídica no ambiente criminal, relacionando-a com o valor expressado na cláusula da dignidade humana, catalogado como um dos pilares do Estado Democrático brasileiro.

## 2. Casos analisados

A pesquisa foi realizada com foco nas decisões proferidas pela 2ª Vara da Justiça Federal do Estado do Rio Grande do Norte, pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. A ideia era abranger as decisões do primeiro grau tanto da Justiça Federal no Estado do Rio Grande do Norte quanto da Estadual. No entanto, houve dificuldade em relação à coleta dos dados, razão pela qual a pesquisa se circunscreveu, quanto ao primeiro grau, à 2ª Vara Federal, que possui competência privativa quanto aos crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro e financeiros, ademais de conhecer de outras matérias criminais por distribuição. O escopo foi observar o discurso jurídico empregado quando da abordagem de temas pertinentes ao sistema acusatório, à duração razoável do processo, à ampla defesa, à inviolabilidade da intimidade, à prisão processual e à dosimetria da pena.

A pesquisa levada a efeito evidenciou que a linguagem empregada nas decisões é apenas simbólica<sup>5</sup>, prestando-se à função de encobrimento de uma práxis jurídica que não se coaduna com um sistema criminal embasado na concretização dos direitos fundamentais.

Quanto ao princípio acusatório<sup>6</sup>, a pesquisa revelou que, em algumas sentenças da 2ª. Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, o juiz, com suporte no art. 283 do Código de Processo Penal, se utilizou do

---

<sup>5</sup> Essa abordagem se encontra na parte do livro escrita por Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade, intitulada *O simbólico na linguagem do sistema de justiça criminal*.

<sup>6</sup> As evidências sobre essas assertivas estão na parte do livro escrita por Wilde Maxssuziane da Silva Sousa, sob o título *Sistema acusatório “à brasileira”*.

instituto da *emendatio libelli* para condenar o acusado pela prática de crime mais grave do que o apontado na peça acusatória. De outra banda, chamou a atenção o registro em acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte da afirmação de que a nossa legislação não adota o sistema acusatório *puro*, o que implicou no arremate de que o nosso modelo é *impuro* ou *misto*. Ou seja, esse discurso exala que o cenário jurídico atual não seria diferente daquele da concepção originária do Código de Processo Penal. Em síntese, é perceptível que até mesmo o Supremo Tribunal Federal possui uma posição ambígua em relação ao princípio acusatório, o que restou de todo evidenciado com a instauração de ofício de inquérito para apuração das chamadas *fakes news*, o que confere azo a que se identifique aquilo a ser denominado *sistema acusatório à brasileira*. Esse traço *inquisitivista*, em verdade, denota a ausência de coesão quanto à sedimentação do viés garantista da seara criminal e, a um só tempo, a aderência ao pensamento *punitivista* oriundo de nossa herança sociocultural.

No que diz respeito ao princípio da ampla defesa, o foco da pesquisa se ateve ao comportamento discursivo quanto à aplicação acrítica da *emendatio libelli*<sup>7</sup> prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal, muito embora já se verifique, em alguns julgados, a preocupação em estabelecer novos paradigmas sobre essa questão, a partir da compreensão quanto à incidência do princípio da não surpresa no ambiente criminal. Nada obstante, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, a questão ainda não mereceu

---

<sup>7</sup> As constatações a esse respeito estão na parte do livro escrita por Letícia Oliveira Mesquita, sob o título *(Re)Construção do discurso empregado na emendatio libelli e o princípio da ampla defesa*.

atenção mais densa sobre a ofensa ao princípio da ampla defesa quando não se confere guarida ao princípio da não surpresa.

A análise em volta da aplicação do instituto da colaboração premiada é analisada a renúncia ao direito ao silêncio como efeito das tratativas como uma ofensa ao direito à ampla defesa<sup>8</sup>, sendo feito o apontamento de que a negociação no ambiente criminal tem sido aceita na jurisprudência sem atentar para as restrições a direitos fundamentais, com o viés apenas de instrumento indispensável para a punição. Não há a consideração de que a colaboração premiada, em sua essência, é um meio de defesa, uma forma de o agente, sem embargo de colaborar com a realização da justiça, nos termos do art. 144, caput, terceira parte, da Constituição, no ponto em que deixa consignado que a segurança pública é *responsabilidade de todos*, serve essencialmente para que o agente tenha minorada a sua punição, o que pode alcançar, até mesmo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o perdão ou a imunidade.

Conquanto a Emenda Constitucional nº 45, de 2005, tenha incluído a duração razoável<sup>9</sup> do processo no rol dos direitos fundamentais, os dados coletados na pesquisa sinalizam para a adoção da posição doutrinária de que, em verdade, não existe prazo máximo para o encerramento do trâmite processual, o que não parece ser a melhor solução, pois a mera existência de uma investigação ou processo tem o condão de arranhar a imagem e a

---

<sup>8</sup> Os dados sobre essa nuance da pesquisa estão na parte do livro desenvolvida por Caio Vanuti Marinho de Melo e Julyana Mony de Medeiros Veríssimo da Nóbrega, no texto intitulado *O discurso jurídico sobre a colaboração premiada e a (ir)renunciabilidade do direito ao silêncio*.

<sup>9</sup> Os dados que conferem respaldo a essa afirmativa estão na parte do livro escrita por Sêmely Clície Rodrigues Batista Lira, sob o título *Duração razoável do processo: uma análise jurisprudencial e doutrinária do tempo no processo penal*.

honra do investigado ou acusado, isso sem falar nos problemas de ordem psicológica suportados por quem é submetido a esse tipo de situação.

Em relação ao princípio da inviolabilidade da intimidade<sup>10</sup>, as decisões analisadas evidenciam que a quebra dos sigilos fiscais e bancários exige o argumento de que a medida se mostra efetivamente *necessária e adequada*. O realce fica mais por conta das posições do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no que pertine ao entendimento sobre a desnecessidade de prévia autorização judicial para fins da flexibilização dos sigilos fiscal e bancário, nas hipóteses expressamente previstas em lei, entendimento reafirmado pela Suprema Corte no final deste ano. Aqui não se identificou no discurso jurídico contradição com o postulado da dignidade da pessoa humana, mas se observa, em alguns casos, pelo menos sob o viés discursivo, a inclinação para um perfil punitivista no desiderato de justificar a invasão da privacidade da pessoa investigada sem respaldo em decreto jurisdicional.

O discurso empregado nas decisões abordando a dosimetria da pena<sup>11</sup>, observa-se a necessidade de colmatar a lacuna existente quanto à abordagem metodológica das circunstâncias judiciais plasmadas no art. 59 do Código de Processo Penal, concentrando-se a problemática com mais intensidade nas categorias pertinentes às análises nos julgados da personalidade do agente e quanto a sua conduta social, na medida em que

---

<sup>10</sup> Os dados pesquisados para amparar essas afirmações estão escrutinados na parte do livro trabalhada por Maria Beatriz Maciel de Farias, sob o título *Direito e linguagem: uma análise sobre o princípio fundamental à intimidade na jurisprudência brasileira*.

<sup>11</sup> Os dados da pesquisa quanto à dosimetria da pena estão na parte do livro escrita por Gabriel Lucas Moura de Souza, Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo e Natália Galvão da Cunha Lima Freire, sob o título *Análise crítica e empírica sobre a linguagem empregada na dosimetria*.

não há parâmetros consistentes para esse fim e mesmo elementos informativos nos autos para tanto, sem descurar que o exame da personalidade de alguém reclama perícia, o que não é feito.

Por fim, ainda em consonância com a pesquisa levada a efeito, agora em relação à a prisão preventiva<sup>12</sup>, a jurisprudência não se mostra a mais afinada com um sistema de nuance garantista, notadamente quanto ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, na medida em que são encontradas justificativas esposadas em decisões judiciais escoradas na hipotética existência de um *in dubio pro societate* ou mesmo situações que a fundamentação para suprimir o direito de liberdade se faz de forma genérica, sem apoio em dados empíricos concretos a evidenciar a necessidade dessa medida cautelar extrema.

Esse estado de coisas, escancarado na pesquisa, reafirma a necessidade de se ter presente que o sistema jurídico brasileiro experimentou uma virada copérmica com a edição da Constituição de 1988, na medida em que os direitos fundamentais passaram a ser a espinha dorsal de nosso ordenamento normativo. O Código de Processo Penal, editado em 1941 sob a regência da Constituição de 1937, precisa ser relido e compreendido com suporte na nova ordem jurídica. O exegeta, notadamente o julgador, não pode se deixar levar pelo discurso normativo forjado dentro da realidade punitivista e ditatorial pretraçada pela Constituição de 1937.

O mais grave é que, mesmo algumas leis ou dispositivos legais editados já sob a batuta da Magna Carta atual se encontram eivados do viés

---

<sup>12</sup>As evidências sobre essas assertivas estão na parte do livro escrita por Fernando Wallace Ferreira Pinto, sob o título *Prisões versus direito de liberdade: linguagem no direito criminal e o duplo caráter dos direitos fundamentais*.

rechaçado pela nova ordem, circunstância que evidencia ainda mais quão relevante é o cuidado acadêmico sobre essa temática, no desiderato de liderar movimento no sentido de abolir essa linguagem criminológica punitivista.

### **3. Estado democrático de direito-constitucional**

No escopo de espancar o discurso jurídico – aqui incluídos o judicial e o normativo – imprescindível tomar como ponto de partida a premissa de que o sistema criminal há de ser compreendido dentro do paradigma do Estado democrático de direito-constitucional, o qual gravita em torno dos direitos fundamentais. Se o viés anterior era punitivista, agora se revela garantista.

Nesse cenário, os direitos fundamentais, consagrados na Norma Maior de 1988, são a versão moderna das declarações de direitos que se encontram normatizadas em um determinado sistema jurídico, mediante a sua positivação em forma de enunciados de raiz principiológica, enxertados no próprio texto constitucional. Foram germinados dos chamados direitos naturais e, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, possuem características universais, de modo que eles não são apenas aqueles que estão expressamente declarados na Constituição. Apresentam-se como o esteio do Estado Democrático de Direito e animam o intérprete a enxergar o Estado que assim se constitui como um lídimo Estado Democrático de Direito Constitucional. Os direitos fundamentais, vazados em forma de princípios, assumem função hegemônica no sistema jurídico, passando a deter força normativa. Ostentam a posição de normas de potência máxima.

O que o texto constitucional brasileiro deixa claro é que não se trata apenas de um Estado de Direito. Mas de um Estado democrático, o que implica dizer que é vazado na ideia da igualdade, pluralidade, respeito e proteção às minorias. Em suma, isso quer dizer que os direitos fundamentais devem ser efetivamente tutelados, cujo núcleo essencial é a dignidade da pessoa humana. E isso alterou substancialmente as bases nas quais o Estado brasileiro se encontrava fincado. Ora, naturalmente que o princípio da igualdade, por exemplo, em uma Constituição democrática como a de 1988, possui um alcance bem mais elástico do que aquele sob a batuta da Constituição de 1937, a despeito de guardar a mesma dicção normativa<sup>13</sup>. Isso sem falar que os contornos do direito à ampla defesa, nesse novo contexto, são bem mais alargados. Questões aparentemente simples, como o direito do acusado de sentar ao lado de seu advogado, no sentido de poder participar ativamente de sua defesa, antes inimaginável, sob a nova roupagem jurídica, apresenta-se como verdade dogmática. O mesmo se diga quando ao direito do investigado ou acusado de não ser conduzido coercitivamente para fins de prestar interrogatório, medida prevista no art. 260 do Código de Processo Penal, mas que não se coaduna com o princípio *nemo tenetur se detegere*, pelo que o dispositivo em foco não restou recepcionado pela Constituição de 1988<sup>14</sup>.

---

13 Isso sem levar em consideração, ainda, a pertinente doutrina de BOBBIO (A era dos direitos, 1986) quanto à historicidade dos direitos fundamentais, o que faz com que o alcance de alguns preceitos seja limitado pela conjuntura social e política de um determinado momento, enquanto outros que, em épocas anteriores, não eram sequer possíveis de serem imaginados, depois se tornem por demais evidentes e mesmo imprescindíveis.

<sup>14</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento em 9 de outubro de 2019 da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144, declarou a não recepção da condução coercitiva (Disponível em

Com efeito, o arcabouço democrático confere, desenganadamente, maior magnitude e amplitude à declaração dos direitos fundamentais, dando ensejo, no mínimo, a uma interpretação mais extensiva, sob um viés liberal e garantista de maior envergadura.

Forte na doutrina de JORGE MIRANDA, para quem os princípios possuem função ordenadora, de modo que servem de critério de interpretação e integração no desiderato de conferir coerência geral ao sistema jurídico, seguindo essa orientação metodológica, JOSÉ AFONSO (Curso de direito constitucional positivo, 1991, p. 85) assoma que

A afirmativa de que a “República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito” não é uma mera promessa de organizar esse tipo de Estado, mas a proclamação de que a Constituição está fundando um novo tipo de Estado, e, para que não se atenha a isso apenas em sentido formal, indicam-se-lhe objetivos concretos, embora programáticos, que mais valem por explicitar conteúdos que tal tipo de Estado já contém ...

Assim, pelo que esposado acima, a compreensão dos direitos fundamentais exige, necessariamente, que sejam observadas as premissas interpretativas que são fornecidas pela própria estrutura constitucional, manifestada, sobretudo, com a declaração solene de que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Dessome-se dessa assertiva constitucional que os direitos fundamentais devem ser contextualizados na perspectiva de um Estado Democrático-Constitucional. No caso brasileiro, a tarefa do exegeta, de certa forma, torna-se facilitada, porquanto, embora polissêmica e vaga a expressão Estado Democrático de Direito, o constituinte cuidou de estabelecer sobre quais fundamentos (art.

---

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341445389&ext=.pdf>. Acesso em 03/12/2019.) Vide também a ADPF 395.

1º, I a V e parágrafo único) e objetivos (art. 3º, I a IV) se desenham as linhas mestras da política a ser desenvolvida pelo ente estatal para se adequar à nomenclatura em foco.

Por conseguinte, não só o sistema democrático serve para orientar o intérprete como igualmente os fundamentos e os objetivos do Estado brasileiro pinçados no texto constitucional se prestam para tal. Contribuem, ainda, para a efetiva compreensão da temática em foco, os princípios estampados no art. 4º da Constituição, na medida em que, no seu inciso II, ficou promulgado que, nas relações internacionais, dar-se-á a prevalência dos direitos humanos, preceito que, obviamente, não o compromete nesse sentido apenas no trato de ordem internacional, mas, outrossim, nas questões internas, principalmente quando se percebe que esse dispositivo, em sua essência, confunde-se com o respeito à dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da nossa República Federativa.

Sob esse viés político, o processo penal, mais do que um conjunto ordenado de normas com as quais se tem em mira estabelecer a verdade com a conseqüente absolvição ou responsabilização do acusado, é um instrumento que serve à dedução, em um caso concreto, do pensamento criminal, cuja atenção há de ser voltada ao sentido protecionista, tanto nas perspectivas subjetiva quanto objetiva dos direitos fundamentais. Por meio da ação penal, mais do que a mera dedução do direito de punir, o Ministério Público, em nome da sociedade, coloca em ação a política criminal do Estado, a fim de concretizar, na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais, cumprindo, assim, com o seu dever de proteção. Do mesmo modo, para além da simples apreciação do caso concreto, o juiz, ao apreciar a pretensão acusatória, guia os seus passos de acordo com a política criminal

gizada no ambiente constitucional. Até porque no sistema democrático a judicatura é um cargo político também representativo, de modo que o juiz, no exercício de sua função, atua em nome do povo (SILVA JÚNIOR, 1999, p. 71). Não exerce um poder que é dele. Afinal, se o poder é do povo, e em seu nome é exercido por meio de representantes, tem-se que a função jurisdicional, embora desempenhada pelo juiz, pertence ao povo, e em atenção a ele deve ser executada. O juiz é apenas o representante do povo, pois afora na hipótese do tribunal do júri, é ele quem exerce o poder jurisdicional. O que se quer dizer com isso é que a decisão judicial se faz no exercício da atividade jurisdicional, razão pela qual deve ser técnica e formal e prestada com a utilização de linguagem que deve estar em consonância com a deontologia da linguagem, evitando-se, ao extremo, expressões chulas, gírias, gracejos, preconceitos etc.

Por outro lado, o Processo Penal, a par de ser visto como uma garantia dos direitos fundamentais, única forma de legitimar o uso da força do Estado na pretensão persecutória, deve ser construído, igualmente, de acordo com o sistema democrático-constitucional. Até porque, se o nosso sistema é o democrático-constitucional, a própria política criminal, na qual se insere a ação legislativa a respeito da elaboração do sistema criminal em si, deve fazer homenagem a essa orientação.

Tendo em consideração essa compreensão, o Ministério Público age em nome da sociedade, fazendo com que, mediante a persecução penal, o agente que tenha malferido o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra ou ao patrimônio de outrem seja responsabilizado pelos seus atos, porém com o amplo respeito aos direitos fundamentais. O processo penal, assim, é uma forma de atuação política cujo esteio é a cidadania, seja sob a

visão de garantia dos direitos fundamentais, seja quanto ao locus legítimo para a participação do indivíduo na formação da vontade funcional do poder jurisdicional<sup>15</sup>.

Mostra-se indispensável, assim, que o exegeta se desapegue da concepção originária do Código de Processo Penal, a partir mesmo de seu modelo. O único modelo de processo penal compatível com a nova ordem constitucional é o acusatório, o que, porém, não vem sendo devidamente observado, conforme revela a pesquisa. Ainda há um pensar arraigado ao ranço autoritário e punitivista da versão primeira do código, que encontra como sustentação um pensamento inquisitivista, a ponto de se identificar o que se pode denominar sistema acusatório à brasileira. Conceber a possibilidade de se condenar alguém quando o Ministério Público, o *dominus litis*, pede a absolvição, é entender um processo que não contempla partes, sendo o juiz o senhor do processo, enfeixando em suas mãos o poder de acusar e julgar.

Esse olhar para o problema criminal compromete o conjunto das garantias estabelecidas na nova ordem jurídica instaurada com a Constituição de 1988, notadamente em relação à ampla defesa, o que restou, igualmente, sobremaneira evidenciado na pesquisa aqui levada a efeito, em razão do tratamento acrítico dispensado aos institutos da *emendatio libelli* e da colaboração premiada, com a aceitação da renúncia ao direito ao silêncio, sem qualquer *distinguish* quando aquilo que diz respeito propriamente ao

---

<sup>15</sup> Por *vontade funcional*, entenda-se o livre-arbítrio do juiz quanto a sua decisão, pautada pelos parâmetros estabelecidos na Constituição.

que é imputado ao acusado e ao que ele sabe sobre o comportamento de parceiros na empreitada criminosa.

### **3.1 Fundamentos do sistema Democrático-Constitucional**

Na raiz do Estado Democrático-Constitucional subjaz a ideia de que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social, e não de mera conformação do status quo. PAULO BONAVIDES (Curso de direito constitucional, 1993, p. 18), esgarçando a diferença básica entre o Estado de Direito, que se caracterizou pela preocupação em realçar a separação entre os poderes, e o Estado Democrático de Direito, que ele chama de novo Estado de Direito, adiciona que este “... pertence aos direitos fundamentais e primordialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais; é mais o Estado da legitimidade do que propriamente o da legalidade em sua versão clássica.” O sistema democrático-constitucional, assim, é aquele que se embasa na legitimidade e que ostenta como bem jurídico maior tutelado os direitos fundamentais. Nesse panorama, a essência do Estado de direito não se comprime na ideia do cumprimento dos princípios formais da legalidade e da independência e do equilíbrio entre os poderes constituídos, mas, antes de tudo, em um Estado que pauta o seu agir político com esteio no reconhecimento e proteção do exercício dos direitos fundamentais, nas dimensões objetiva e subjetiva, que se constituem, em uma palavra, direitos das liberdades<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Sobre esse tema, conferir (RABENHORST, 2001).

De todo modo, o constituinte, no desiderato de estabelecer os pontos auxiliares ao desenho do perfil democrático-constitucional do Estado brasileiro, cuidou de esmiuçar, na própria Constituição, os fundamentos desse sistema jurídico. Nessa intenção, foram pinçados como princípios fundamentais do nosso sistema democrático-constitucional a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a regra da representatividade (art. 1º, caput e parágrafo único, da Constituição).

Se a premissa maior para o enquadramento dos direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico é a consideração de que eles devem ser entendidos como inseridos na perspectiva de um sistema democrático-constitucional, tem-se como evidente a importância de esquadrihar o alcance, dentro da seara do Direito Processual Penal, desses princípios fundamentais da nossa democracia, tal como restou preceituado na Constituição. Assim, é necessário contextualizar, dogmaticamente, os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do sistema democrático-representativo como institutos jurídico-constitucionais do processo penal, a fim de que sejam compreendidos como normas dirigentes da compreensão do alcance dos próprios direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988.

Aqui, o foco da atenção é quanto à cláusula da dignidade da pessoa humana que, em essência, representa o núcleo duro dos direitos fundamentais. A dignidade humana resta arranhada quando qualquer um dos direitos fundamentais não é respeitado em sua porção mínima, apresentando-se como uma regra de tratamento a ser observada não apenas

materialmente, como igualmente no discurso jurídico em si. Em consequência, mesmo uma decisão judicial que absolva o acusado ao argumento de que existente vício processual a ponto de gerar nulidade, o uso da linguagem há de conferir tratamento consoante a dignidade da pessoa humana. Ou seja, a circunstância em si de uma decisão ser absolutória ou deferir algum pedido da defesa, por si só, não legitima um discurso que exorbita da deontologia da linguagem. Para além disso, os dispositivos legais devem ser lidos e interpretados tendo como farol a escorreita compreensão do que significa a dignidade da pessoa humana.

Isso é de vital importância especialmente no direito criminal, ambiente em que se lida com as mazelas humanas mais evidentes, despertando a eclosão de variadas emoções e a manifestação de preconceitos e pré-conceitos com despreço à cultura humanística.

### **3.2 Dignidade da pessoa humana**

A história da humanidade, relatada para demonstrar a evolução da vida em sociedade, não é contada sem que se faça referência às barbaridades praticadas contra o homem<sup>17</sup>. No estágio atual da civilização, é desnecessário ressaltar-se na Constituição a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado democrático-constitucional, pois a ideia da dignidade como um valor a ser cultivado na sociedade parece ser mais do que evidente. Mas é importante essa consagração no texto constitucional, porque uma Constituição é escrita tendo como meta estabelecer princípios permanentes, valores que devem ser homenageados

---

<sup>17</sup> Sobre o tema, conferir o ótimo trabalho de autoria de EDUARDO RAMALHO RABENHORST.

independentemente do momento sociopolítico, muito embora se reconheça que, com o passar do tempo, eles possam variar quanto ao alcance, mas não em relação à essência.

O próprio exame da evolução das correntes filosóficas na formação do Direito Criminal revela que o respeito à dignidade da pessoa humana não é uma ideia que nasceu impregnada na mente das pessoas. Foi uma conquista realizada pela humanidade por meio da luta para a afirmação do respeito aos direitos do homem, de modo que este fosse colocado como o fim das coisas – como acentuava a filosofia kantiana – e não o mero meio para a consecução de objetivos.

A dignidade humana não representa apenas uma ideologia, pois tem um fundamento específico, ainda que seja difícil a filosofia identificá-la com precisão. Em ótimo trabalho a esse respeito, RABENHORST (Dignidade humana e moralidade democrática, 2001) faz um bosquejo histórico da declaração de direitos do homem para adiante extrair a ideia do princípio da dignidade humana e relacioná-la com a moralidade democrática. O doutrinador expõe, com acerto, que a dignidade humana não se revela como um mero conceito descritivo, porém como o próprio ethos da moralidade democrática. De fato, ao problematizar a ideia da dignidade humana, adverte RABENHORST (Dignidade humana e moralidade democrática, 2001, p. 40) que sobrevive discussão acesa entre os filósofos acerca da definição desse valor.

A problemática reside em justificar a afirmação de que todos os homens possuem um valor de dignidade humana único. Em outras palavras, cabe indagar se todos os homens, independentemente de suas qualidades,

são dignos ou merecem ser tratados com a mesma dignidade<sup>18</sup>. Assim, resta saber se aquele que pratica um crime deve merecer consideração idêntica, em relação aos seus direitos, à que é devida ao homem honesto. Em outras palavras, nos domínios do processo penal, parece inquietante perquirir a validade da presunção de que todos os homens são dignos, que todos eles são constituídos de uma dignidade comum. É ético e jurídico dar proteção a quem se mostra, mediante condutas as mais torpes possíveis, refratário aos valores sociais cultuados por meio das normas de convivência? O discurso jurídico deve respeitar a dignidade humana de quem pratica um crime hediondo contra uma criança?

A filosofia antiga, professada por expoentes como ARISTÓTELES e PLATÃO, por exemplo, conquanto falasse em democracia e no tratamento digno ao homem, acreditava em uma sociedade hierarquizada em consonância com as qualidades dos indivíduos. Por isso mesmo, a democracia ateniense era aristocrática, na medida em que o gozo das liberdades e o exercício da cidadania somente eram reconhecidos às pessoas do sexo masculino, filhos de atenienses, não usufruindo desses direitos as mulheres, os escravos e estrangeiros. Se é certo que a declaração universal dos direitos do homem tem como germe o direito natural pinçado na filosofia grega, não menos correto é afirmar que este só foi visto como um valor igualitário entre os homens com as teorias jusnaturalistas modernas, iniciadas a partir dos estudos de HUGO GRÓCIO<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Em qualquer conversa informal entre amigos, independentemente da classe social e do grau de instrução, sempre terá alguém que dirá ser favorável ao ditado inaceitável de que *bandido bom é bandido morto*.

<sup>19</sup> A teoria política de LOCKE, que tanto influenciou BECCARIA, tendo como ponto de partida a doutrina de GRÓCIO, defendia uma reserva de espaço individual, inerente a todo ser humano, como espécie de direito natural.

Na explicação religiosa, verberada na doutrina cristã, a dignidade do homem repousava na consideração de que ele tinha sido criado à imagem e semelhança de Deus<sup>20</sup>. Com a secularização do pensamento humanístico, os catedráticos passaram a defender que a dignidade humana promana da própria natureza do ser humano e é dela indissociável. Não é sobrenatural como algo posto pela vontade de Deus, mas como uma imposição da pura razão humana. Complementando essa concepção, justifica-se a dignidade humana como um direito inerente a todas as pessoas, porém sem com isso passar a ideia de que o igualitarismo de sua manifestação se dê em função de sua categoria ontológica, mas sob a perspectiva de uma conquista histórica das sociedades democráticas.

Sob essa consideração, a igualdade da dignidade humana entre os homens não se sustenta em uma paridade ontológica dos membros da espécie humana que compõem o grupo social, mas sim em termos sociológicos e históricos (RABENHORST, 2001, p. 44). Acrescenta RABENHORST (Dignidade humana e moralidade democrática, 2001, p. 45) que “Nesta perspectiva, os homens fariam parte de uma mesma comunidade moral e gozariam dos direitos dela resultantes simplesmente porque assim decidimos (ou conseguimos) que fosse.” Em outras palavras, seria resultante do próprio pacto social, assim como é o seu núcleo, que compreende a própria declaração de direitos. Forte nessa compreensão, o citado autor deduz que a dignidade humana constitui o fundamento da moralidade democrática (RABENHORST, 2001, p. 45), o que permite

---

<sup>20</sup> Essa explicação teológica não satisfaz aos céticos, ademais de encontrar dificuldades diante do pluralismo dogmático das muitas religiões (cristianismo, islamismo, budismo etc).

concluir que se mesmo dentro de uma comunidade moral e democrática existem e convivem patifes e párias, eles devem ser respeitados no espaço que diz respeito a sua dignidade humana, mesmo que eles não reconheçam o valor dos outros indivíduos, pois “... isso não nos autoriza a negar-lhes este mesmo valor.” (RABENHORST, 2001, p. 41)<sup>21</sup> Nessa parte, RABENHORST se impressiona com o fato de as pessoas do povo, fomentadas por aquilo que ele chama de visão taliônica da punição, professarem a ideia de que quem foi cruel deve merecer a mesma sorte de tratamento. Isso se explica como uma forma natural de defesa. Quem tem notícia de algum crime, geralmente raciocina como se fosse a própria vítima da ocorrência. No entanto, racionalmente, o máximo que se pode fazer, quando alguém pratica um crime, por mais hediondo que ele seja, como sublinha RABENRHORST, é puni-lo de acordo com as regras e em respeito à dignidade humana.

Sendo um valor inerente ao homem, todas as pessoas possuem o mesmo direito de defender os seus bens jurídicos e de ser tratadas com idêntica consideração e respeito, como forma de preservação de sua dignidade humana. Naturalmente que não há precisão quanto a essa dimensão igualitária da dignidade humana entre todos os homens, até porque não há exatidão sequer quanto ao conteúdo ontológico desse preceito. Essa característica é intrínseca aos princípios, posto que eles são polissêmicos, com um núcleo que sofre variações de acordo com o campo

---

<sup>21</sup> Por isso, é procedente a advertência para que as questões criminais sejam analisadas mais com a inteligência do exegeta voltada para a possibilidade de ele ter sido o autor da ação do que na condição de vítima.

em que eles são chamados para interagir e mesmo das peculiaridades de uma situação concreta.

RABENHORST (Dignidade humana e moralidade democrática, 2001, p. 45), refletindo sobre o alcance da igualdade como instrumento de reconhecimento da aplicação do princípio da dignidade humana a todas as pessoas, reconhece que esse princípio não possui um conteúdo preciso, mas deve ser entendido como uma espécie de regra de prudência. A impossibilidade de identificar-se, no princípio da dignidade humana, um núcleo ontológico denso lança a falsa aparência de sua pouca imperatividade, porquanto, em verdade, resulta das múltiplas questões filosóficas que permeiam a sua fundamentação e que permitem, por isso mesmo, nas mais variadas situações da vida, determinadas pelas circunstâncias políticas, históricas, culturais e sociais, um leque abrangente de opções para que seja sopesado o alcance do seu conteúdo<sup>22</sup>.

Conquanto se aceite, e mesmo se reconheça, que a dignidade humana seja antes uma realidade sentida do que demonstrável<sup>23</sup>, consigne-se que essa cláusula, matriz da moralidade democrática – como quer RABENHORST –, projeta-se por meio da declaração dos direitos humanos, no plano normativo interno, plasmada nas Constituições na qualidade de

---

<sup>22</sup> Registre-se, com apoio na lição de HABENHORST (Dignidade humana e moralidade democrática, 2001, p. 46), que a “dignidade humana não é uma propriedade observável e que, como tal, não pode ser provada ou negada sobre bases meramente fáticas.”

<sup>23</sup> Assim é com muitas categorias jurídicas. A justiça, por exemplo, é algo que faz mais parte do sentimento do que da demonstração. Merece recordação que a expressão *sentença* vem do latim *sentire*. Isso tem razão de ser, pois o juiz, ao contrário do que se pode imaginar, não elabora o seu raciocínio de forma cartesiana, de modo a isolar o fato, compreendê-lo e, daí sopesá-lo com a norma para, enfim, formar a sua convicção.

direitos fundamentais e, na seara internacional, por meio das convenções internacionais.

### **3.3 Dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado**

Se hodiernamente o respeito à dignidade humana é algo que se mostra indissociável à ideia de democracia, esta mesma nem sempre foi vista como o melhor regime de governo e sequer era mencionada na Constituição de 1967. Ademais, no instante em que, explicitamente, se coloca a dignidade humana como um princípio fundamental da democracia brasileira, esse preceito serve para afastar qualquer discurso jurídico tendente a justificar um tratamento desfocado dos valores imanentes a esse enunciado a quem pratica o crime<sup>24</sup>.

Cabe lembra que a Escola Clássica, a primeira doutrina criminal, surgiu como uma filosofia-política a ser observada no exercício da persecução criminal, no desiderato de que o ser humano fosse tratado de uma forma digna, com o respeito aos seus direitos essenciais. O Estado Democrático estruturado tendo como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, reforça a ideia de que o exercício do poder político tem como parâmetro os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado brasileiro espraia-se em diversos direitos fundamentais, a exemplo daquele que estabelece a proibição da tortura e do tratamento desumano ou

---

<sup>24</sup> Muito embora o preceito constitucional que ressalta como um dos fundamentos do sistema democrático-constitucional do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana, nas mais das vezes, principalmente nas classes política e jurídica, emergem discursos fortes clamando pela adoção de medidas mais contundentes no trato da criminalidade, muitas das quais não se confortam com a essência do preceito em destaque.

degradante (art. 5º, III); exige tratamento condigno àquele que está respondendo a inquérito ou a processo penal e, enfim, torna defesa a exposição do agente a situações vexatórias. Antes de acusado pela prática de um crime, o agente, no contexto do Estado que tem como princípio fundamental a dignidade humana, é visto como um cidadão que deve ser tratado com humanidade. Até porque, como salienta CARNELUTTI (*As misérias do processo penal*, 1995), é imperioso ter presente que quem comete o crime é um homem e a pena que deve lhe ser aplicada incidirá sobre a sua pessoa, que é constituída de carne e osso, além de sentimentos, e que o coração é a parte mais sensível e adequada para orientar a cabeça.

A preocupação humanística é a tônica de todo e qualquer processo penal instaurado sob a batuta de um Estado Democrático-Constitucional e não se encerra com o reconhecimento da culpa do agente. Mesmo após a condenação, ainda assim, por mais hediondo que tenha sido o crime praticado, o condenado há de ser tratado de forma civilizada, com respeito a direitos que fazem parte da sua condição humana<sup>25</sup>. Os organismos internacionais, de há muito, não se têm contentado em traçar normas de respeito à dignidade humana apenas no sentido de proteger os que não são nem podem ser, à falta do trânsito em julgado de uma sentença criminal condenatória, considerados culpados<sup>26</sup>. Por mais vil que tenha sido o crime,

---

<sup>25</sup> Observe-se que essas preocupações quanto ao tratamento carcerário estavam presentes já no pensamento de BECCARIA e mereceram esboço doutrinário mais denso com a obra de JEREMY BENTHAM, mais especificamente na sua *Teoria das penas legais*. Todavia, a fundamentação maior do *penitenciarismo* veio a lume com as ainda atuais propostas de JOHN HOWARD, formuladas em seu livro *The State of Prisons in England and Wales*, escrito no ano de 1776.

<sup>26</sup> A comunidade internacional, preocupada em fazer aplicar as premissas dos direitos humanos aos presos, já em 1929, por meio da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, propôs o disciplinamento das normas básicas no tratamento dispensado nos cárceres. Revistas as sugestões, em 1934, a Liga das Nações Unidas as aprovou.

mesmo condenada, a pessoa não perde a sua condição humana, nem mesmo a de cidadão<sup>27</sup>.

Por fim, cabe acrescentar que a Constituição, no art. 5º, X, como um dos aspectos da preservação da intimidade, assegura a inviolabilidade da honra. Esse direito à integridade moral ou à reputação tem como escopo resguardar a pessoa de vexames, humilhações e constrangimentos. Tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa ostenta na sociedade, assim como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal, sendo esta correspondente não apenas em relação à consideração alheia, mas quanto ao sentimento da própria pessoa. Com a imposição do respeito à honra alheia, tem-se a pretensão de estabelecer um nível ético elevado nas relações sociais, no desiderato de tornar defesa a proliferação da malquerença no interior da sociedade<sup>28</sup>. Essa tutela jurídica

---

Finalmente, em 1954, logo após a Segunda Guerra, sob o influxo da reumanização do Direito Criminal, a ONU, no I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado em Genebra, ratificou as propostas, intitulando-as de *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos*.

<sup>27</sup> Nos termos da Constituição de 1988 (art. 15, I) – repete uma tradição de nosso constitucionalismo –, o condenado tem os seus direitos políticos suspensos enquanto durarem os efeitos da condenação. Sob uma determinada perspectiva, essa é uma escolha política que merece crítica, pois suprime a capacidade de aquele participar ativamente do processo democrático, perdendo o direito de voz na sociedade, não tendo, por conseguinte, como agir por si na defesa dos direitos que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico. O mais correto é dizer que o condenado – não o preso – não perde a sua condição de cidadão, pois ele tem apenas suspensos os seus direitos políticos, aqui entendidos somente quanto ao direito de votar e de ser votado. Para todos os efeitos, ele continua cidadão e, como tal, há de ser tratado.

<sup>28</sup> No plano das relações interpessoais, o Código Penal tem por irrelevante a circunstância de a pessoa merecer ou não as palavras assacadas contra ela, no instante em que se preocupou em estabelecer como conduta ilícita o comportamento de quem lança palavras contra outrem com a finalidade de injuriá-la. Nesse caso, para a caracterização do crime, não é necessário que as afirmações sejam falsas, sendo suficiente a vontade deliberada em injuriar, diferentemente do tratamento dispensado aos crimes de calúnia e difamação, para os quais – em relação ao segundo apenas em algumas hipóteses –, admite-se a exceção da verdade.

à intimidade não pode ser sonogada apenas com o discurso acríptico de que a medida se mostra necessária para se chegar ao descobrimento da verdade – o que não é a finalidade em si do processo, diga-se, até porque impossível de ser alcançada efetivamente –, assim como deixa transparecer os dados apresentados pela pesquisa.

No ambiente do processo criminal, o direito à honra solidifica a ideia de que o acusado ou mesmo o condenado, por mais hediondo ou torpe que tenha sido o crime praticado, deve ser tratado com a dignidade inerente à condição humana, razão pela qual não se admite tratamento pejorativo ou que, de alguma forma, venha a constrangê-lo.

### **3.4 Linguagem jurídica no ambiente criminal**

A identificação do viés de um sistema jurídico passa necessariamente, para além do exame da Constituição, pela leitura da legislação criminal, mais especificamente, dos Códigos Penal e Processual Penal. Se esses diplomas legais são rígidos e possuem a marca da repressão, sem valoração maior aos direitos fundamentais, o sistema criminal estará em descompasso com um ambiente democrático. A linguagem normativa do sistema, estreme de dúvidas, revela a sua essência e, de outra banda, influencia o discurso jurídico. O referencial normativo se faz refletir nas decisões judiciais. Observe-se a expressão liberdade provisória. Ela é própria da ideologia impregnada na redação originária do Código de Processo Penal, que tinha como regra a prisão, pois, ademais da prisão preventiva obrigatória, a sentença penal condenatória de primeiro grau, por si só, autorizava o recolhimento ao cárcere, quando não se tratava de crime afiançável. Na medida em que é

cláusula pétrea a vedação da prisão perpétua e a Constituição de 1988, mercê do princípio da presunção de não culpabilidade, realçou que a prisão é uma medida cautelar, a regra é a liberdade, não sendo correto dizer que esse direito seja provisório. Em verdade a prisão em si, seja ela definitiva ou processual, sempre será por tempo determinado, enquanto a liberdade – em certo sentido – é eterna, podendo ser suprimida apenas por determinado espaço temporal, em suma, não superior a 30 (trinta) anos.

Para além dessa problemática gerada pelo referencial normativo, a cultura da prisão impregnada na sociedade, no sentido de que justiça no ambiente criminal só se faz mediante a punição, que consiste em determinar que alguém seja colocado na prisão – e ainda que o cumprimento seja no regime fechado –, fomenta o emprego de discurso jurídico que não está em compasso com arquétipo do Estado de Direito Constitucional.

Expressões tão ao gosto de alguns policiais, e mesmo de certos integrantes do Ministério Público e da magistratura, como elemento, delinquente e meliante – identificou-se a utilização dessa expressão em uma das decisões –, por exemplo, são pejorativas e não se coadunam com uma linguagem de cunho democrático, centrado na valorização da dignidade humana.

A ciência processual penal custodiada pelo respeito à dignidade da pessoa humana, sem embargo de orientar-se ao estabelecimento de uma essência humanística desse ramo do Direito, exige a alteração profunda da linguística, diante da necessidade de sua adequação a esse princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro. LUIS ALBERTO WARAT (O direito e sua linguagem, 1995, p. 67) leciona que o homem, ao emitir uma

mensagem, além dos seus propósitos, reproduz, igualmente, uma concepção de mundo, daí por que se identifica, nela, uma função dominadora, “... destinada a refletir sobre os propósitos sociais da linguagem, sobre o poder dos discursos.” (WARAT, 1995, p. 67)

Certamente, os juristas e filósofos, estrangeiros e nacionais, sempre se ocuparam em afirmar a íntima relação entre Direito e linguagem, colocando o tema como um dos pontos principais da doutrina jurígena. STRECK confirma que a questão da linguagem sempre ocupou a mente dos filósofos, podendo ser atribuída ao escrito Crátilo, de Platão, no ano de 388 a.C, a primeira obra de filosofia nessa área (Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma abordagem hermenêutica da construção do Direito, 2001, p. 111). Todavia, a análise linguística – observa RIBEIRO DANTAS (Reclamação constitucional no direito brasileiro, 2000, p. 39) –, que antes se continha nas investigações sintática e semântica, alargou-se, com a evolução da Semiótica, para uma terceira dimensão, a pragmática, que é a parte que trata “... dos efeitos comportamentais da comunicação, isto é, as relações entre os signos e seus intérpretes ou usuários, bem como do discurso e seus agentes, o meio onde ocorre, as possíveis interferências que à vista disso podem sofrer, etc.” A linguagem utilizada nas decisões judiciais reflete fatores extrajurídicos como valores pessoais e ideológicos do juiz (intuições, personalidade, preferência, pré-conceitos e mesmo preconceitos), concepções políticas, institucionais e mesmo influências sociais, como as exercidas pela mídia<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Art. 4º da Lei Orgânica da Magistratura – Loman: “Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.”

No ponto, em notável estudo sobre o tema, WARAT (O direito e sua linguagem, 1995, p. 65) ensina, após fazer as distinções pertinentes à linguagem do positivismo lógico kelseniano e a filosofia da linguagem ordinária, que os signos linguísticos sofrem mutação no processo de conhecimento e que toda expressão utilizada, para a sua plena compreensão, precisa ser examinada não só tendo em conta o dito, mas também o calado. Isso se dá porque, alerta, “A mensagem nunca se esgota na significação de base das palavras empregadas.” (WARAT, 1995, p. 65)

O discurso jurídico na seara criminal, mais do que em qualquer outra área do Direito, descortina o perfil ideológico do agente e do sistema jurídico em si e sente-se que, embora, nos últimos tempos, tenha havido alinhamento maior da linguagem com a doutrina humanística, ainda há muito a se avançar no escopo de estabelecer uma coerente relação daquela com um sistema jurídico que tem como esteio a dignidade da pessoa humana, o que implica uma revisitação mais aprofundada quanto à nomenclatura de diversos institutos do processo penal a partir mesmo da própria denominação escolhida para significar esse ramo do saber<sup>30</sup>.

Em suma, a dignidade da pessoa humana, como regra hermenêutica que serve para orientar a investigação da inteligência dos direitos fundamentais, quer dizer, na seara processual criminal, que o acusado é um sujeito de direitos, não sendo apenas um objeto de investigação, ao qual se reconhece o interesse legítimo de contrapor-se à pretensão acusatória ou condenatória do Estado que, conquanto necessária e indispensável para o

---

<sup>30</sup> A expressão Processo Penal evidencia uma ideia repressiva desse ramo do Direito, cuja preocupação maior é com a pena.

(r)estabelecimento da segurança pública, não pode ser exercida sem que essa gama de direitos essenciais seja respeitada, até mesmo quanto ao tratamento linguístico.

Aqui, essa postura democrática da linguagem jurídico-penal se aproxima de uma das variantes do movimento abolicionista. Em síntese, o movimento abolicionista possui duas posturas bem definidas, uma que nega a legitimidade de atividades desenvolvidas na organização cultural e social da justiça criminal e outra com a qual não se propõe abolir, propriamente, o sistema criminal, mas sim a maneira de olhar da e para a justiça criminal. Esse movimento propõe uma nova maneira de olhar para a justiça criminal, a partir da modificação da linguagem criminológica, que precisa adequar-se aos valores emanados do preceito da dignidade humana.

Sob essa ótica diretiva do movimento abolicionista, o que se sugere é uma radical modificação da linguagem criminológica. Nessa vertente, procura-se atingir as organizações que estão por trás da justiça criminal, mais especificamente as universidades, os departamentos de Direito, as ciências criminais e sociais em gênero. Refere-se propriamente a uma abolição acadêmica, com profunda modificação do discurso empregado no tratamento do assunto. HULSMAN (Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, 1997, p. 191) justifica essa postura ao argumento de que a justiça criminal se vale de uma linguagem punitivista que se crê, por parte de seus atores e do público em geral, coerente com a realidade criminológica, mas, ao contrário, o discurso oficial oculta as situações-problema (crime) e a criminalização (MATHIESEN, 1997), em virtude de acreditar na errada suposição de que de fato existe uma realidade ontológica do crime, o que não é verdade, pois as condutas criminalizadas

pelo legislador não se distinguem, em sua própria razão de ser, de outros eventos proibidos, dolorosos ou ameaçadores (HULSMAN, 1997, p. 195).

Quanto a isso parece não haver dúvida, até porque, como realidade propriamente dita, o crime existe apenas no sentido figurativo que lhe é emprestado<sup>31</sup>. Por isso mesmo, com carradas de razão, NILS CHRISTIE (Civilidade e estado, 1991, p. 247-249), outro arauto da corrente abolicionista, em linguagem contundente, afirma que o crime não existe, ele é criado através de processos sociais que dão sentido aos atos. Essa versão abolicionista pretende uma (re)construção conceitual do assunto, que deve principiar ante a constatação de que o crime não tem uma razão de ser ontológica diferente de outros comportamentos proibidos, justificando-se, por conseguinte, a substituição do conceito comportamento criminoso ou criminalizável pela de situação problemática. Como consequência, isso torna o ambiente da investigação científica mais saudável, mais desapegado dos preconceitos que o tema suscita e mais distante das influências que a emoção recalitra em se fazer sentir, sem falar, claro, no viés democrático dessa linguagem.

Muitas dessas ideias da corrente abolicionista, como se vê, são plenamente aceitáveis dentro de uma política criminal arejada e democrática, centrada em buscar melhor compreensão e tratamento ao fenômeno criminoso, e servem, naturalmente, como guia para o realinhamento do discurso argumentativo empregado nas decisões judiciais.

Como observado na pesquisa levada a efeito e objeto deste capítulo, a linguagem criminal escrita – no discurso oral isso é ainda mais

---

<sup>31</sup> *Esse pensamento se alinha à posição de DURKHEIM.*

acentuado – revela-se dissonante com o paradigma de Estado Democrático Constitucional, não sendo raro o emprego de expressões pejorativas ou que exprimem preconceito. As entrevistas na televisão dos agentes oficiais que lidam com a matéria – notadamente policiais e membros do Ministério Público – revelam essa realidade. Ademais, infelizmente, ainda é prática comum, nos debates levados a efeito no tribunal do júri, observarem-se os excessos verbais contra a pessoa do acusado, dispensando-se a este o tratamento mais vil possível, a fim de, assim, conseguir suscitar a ira contra ele por parte do corpo de jurados. Essa é uma técnica recorrente, que precisa ser coibida e, em verdade, abolida pelos profissionais do direito.

#### **4. Conclusão.**

O exame das decisões exaradas nas jurisdições de primeiro e segundo graus (2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, Tribunal Regional Federal da 5ª Região e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte) e dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) denota que o discurso judicial, influenciado pela dicção normativa do Código de Processo Penal, ainda está atrelado à ideia de um sistema normativo de viés punitivista, em que a finalidade processual é encontrar a verdade.

Há de se ter em mente que o Código de Processo Penal foi editado à imagem e à semelhança da Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história constitucional, sob o viés punitivista, a partir de um modelo misto com forte sotaque inquisitivo, que não se coaduna com a nova ordem jurídica experimentada com a vinda a lume da Constituição de 1988.

Em compasso com a Constituição de 1988, os direitos fundamentais passam a ser a espinha dorsal do ordenamento jurídico, de modo que o Código de Processo Penal – e, claro, mesmo leis processuais penais mais recentes –, precisa ser relido e compreendido sob as lentes dessa classe de direitos, tendo como norte que o modelo do sistema mudou para o acusatório, o único compatível com o Estado democrático-constitucional, perfil de estado proclamado logo no art. 1º, caput, da Magna Carta.

Dentre os fundamentos do Estado Democrático-Constitucional merece destaque especial, para o ambiente criminal, a dignidade da pessoa humana, a fim de revelar que todos e exatamente todos, independentemente da torpeza ou hediondez do crime praticado, merecem ser tratados com a mesma dignidade, não sendo aceitável a manutenção de atuação seletiva, em que as pessoas de camadas mais pobres e que não tiveram as mesmas oportunidades, sejam vistas como inimigas que precisam ser neutralizadas para a proteção dos homens de bem.

A linguagem empregada no discurso em geral revela uma concepção de mundo, pelo que aquela que é utilizada no discurso jurídico – especialmente o judicial, mas que se identifica igualmente na linguagem normativa – reflete fatores extrajurídicos como valores pessoais e ideológicos do juiz (intuições, personalidade, preferência, pré-conceitos e mesmo preconceitos), concepções políticas e institucionais e mesmo influências sociais, como as exercidas pela mídia.

A linguagem jurídico-penal, no contexto de um Estado Democrático-Constitucional, implica na necessidade de alteração da maneira de olhar da e para a justiça criminal, a partir da modificação da

linguagem criminológica, que há de estar em compasso com os valores exalados do preceito da dignidade humana.

Essa modificação do discurso há de ser de forma radical, especialmente na academia, mediante, entre outras iniciativas, o desenvolvimento de pesquisas a respeito, tendo em mira alcançar uma verdadeira abolição acadêmica, no sentido de conscientizar a sociedade em si, o que abrange especificamente os operadores dos meios de comunicação social e das mídias sociais em geral, quanto à inadequação da postura indiferente ao problema alheio e à necessidade de que todos sejam tratados conforme o valor da dignidade humana, sendo rechaçado e criticado o discurso escrito ou oral que exorbita dessa máxima, independentemente de seu porta-voz – policiais, políticos, membros do Ministério Público e juízes.

## Referências

- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1986.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CAMPOS, F. **Código de processo penal**. 41 ed. ed. [S.l.]: Saraiva.
- CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Connan Editora, 1995.
- CHRISTIE, N. Civilidade e estado. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**, n. IBCCrim, 1991.
- DANTAS, M. N. R. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

HULSMAN, L. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**, n. IBCCrim, 1997.

MATHIESEN, T. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**, n. IBCcrim, 1997.

RABENHORST, E. R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SILVA JÚNIOR, W. N. D. **Poder judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura**. Natal. 1999.

SILVA JÚNIOR, W. N. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. ed. Natal: OWL, 2015.

SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

STRECK, L. **Hermenêutica jurísc(a) crise: uma abordagem hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WARAT, L. A. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.



## O simbólico no processo penal brasileiro

*Olavo Hamilton<sup>1</sup>*

### RESUMO

A linguagem jurídica que se extrai de muitas decisões judiciais em processos criminais revelam uma subversão das funções do próprio processo penal, destinado que é à proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos individuais. Tal inversão de valores ocorre sob o argumento da busca pela efetividade do poder estatal de punir. Revela-se, então, o caráter simbólico do processo penal brasileiro, notadamente em seu aspecto de confirmação da capacidade de ação do Estado. As funções manifestas (proteção de direitos individuais) são encobertas pela realização de efeitos simbólicos, dissimulados na linguagem empregada.

**Palavras-chave:** Legislação simbólica. Processo penal brasileiro. Confirmação da capacidade de ação do Estado.

### ABSTRACT

The language that is extracted from many court decisions in criminal cases reveals a subversion of the functions of the criminal process itself, designed to protect the dignity of the human person and individual rights. Such inversion of values occurs under the argument of seeking the effectiveness of state power to punish. Thus, the symbolic character of the Brazilian criminal process is revealed, notably in its aspect of confirming the State's capacity for action. Manifest functions (protection of individual rights) are

---

<sup>1</sup> Advogado, Conselheiro Federal da OAB, Mestre em Direito Constitucional (UFRN), Doutor em Direito (UnB), Professor Adjunto da Faculdade de Direito (FAD) da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), Membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB, Coordenador da Especialização em Direitos Humanos da Faculdade de Direito (FAD) da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

obscured by the realization of symbolic effects, disguised in the language used.

**Keywords:** Symbolic Legislation. Brazilian criminal process. Confirmation of the State's capacity for action.

## 1. Introdução

Em cada um dos capítulos da presente obra coletiva, restou evidenciado como a linguagem das decisões criminais podem mitigar direitos e garantias individuais e, inclusive, violar a dignidade da pessoa humana. Em casos tais, há uma subversão do processo penal moderno, cuja função corresponde à preservação da dignidade da pessoa humana e à proteção dos direitos fundamentais daquele que se encontra submetido a uma acusação penal.

Os capítulos deste livro expõem os resultados da pesquisa coletiva em uma linha coerentemente uniforme, no sentido de que essa subversão às funções do processo penal cumprem o papel de tornar a persecução mais eficiente quanto ao desempenho do poder estatal de punir. A par disso, é importante saber se da aplicação do processo penal brasileiro se realizam funções simbólicas, em detrimento das funções manifestas de garantia, numa relação de ocultamento produzida, em parte, pela linguagem empregada na concretização das normas processuais.

Para tanto, toma-se como objeto de pesquisa as conclusões obtidas por cada um dos autores e das autoras da presente obra, que se debruçaram sobre decisões criminais exaradas no Sistema de Justiça Criminal brasileiro.

Embora tais capítulos não tenham tratado do caráter simbólico do processo penal, seus achados são de grande valia à análise que se propõe. Antes, porém, importante marcar o que se trata por legislação simbólica e sua tipologia clássica.

## **2. Legislação Simbólica**

São muitas as acepções que o termo “simbólico” pode assumir nas mais diversas áreas do conhecimento e da produção científica. Assim, faz-se importante advertir que tal adjetivação, quando dirigida à legislação, não se confunde com o sentido filosófico abrangente, no qual, segundo Ernst Cassirer (2012), sugere os mecanismos de intermediação entre o sujeito e a realidade. Também não guarda relação direta com a concepção simbólica da estrutura social, apresentada como móvel ideológico e legitimador do sistema político, de onde se extraem expressões como “poder simbólico” e “violência simbólica”, conforme Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron (2011). Nem mesmo se coaduna ao sentido de “meios de comunicação simbolicamente generalizados”, típico da teoria dos sistemas, enquanto mecanismo de diferenciação e formação de unidade de cada sistema social (LUHMANN, 2007). Da mesma forma, não se refere ao simbólico na perspectiva da lógica, qual seja a distinção entre linguagem artificial e ordinária. O simbólico que se associa à legislação é um problema de distinção entre suas variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas, de forma a identificar seu significado latente e manifesto, bem como a relação de preponderância e sobreposição desempenhada entre ambos (NEVES, 2011).

Assim, por legislação simbólica se compreende aquela que, carecendo de condições objetivas à realização de seu programa finalístico, exerce o papel de concretizar realidade distinta da enunciada pela própria norma ou, ainda, de mero veículo transmissor de determinados padrões valorativos à coletividade, simulando desempenhar função instrumental. Enquanto símbolo, cumpre o encargo de confirmar valores coletivos, demonstrar a capacidade de ação do Estado ou de adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios – a clássica tipologia proposta por Harald Kindermann (1988).

Em sentido negativo, refere-se à legislação não efetiva; em sentido positivo, serve para alcançar seus objetivos manifestos, ainda que de forma expressiva e de modo comunicativo. Assim, em ambas acepções, a legislação simbólica tem na efetividade um componente avaliativo, crítico (HAMILTON, 2019).

A par das pesquisas sobre o tema, Harald Kindermann (1988) o sistematizou a partir de três perspectivas, apresentando a legislação simbólica como: a) confirmação de valores sociais; b) demonstração da capacidade de ação do Estado; e c) adiamento da solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios.

Desde logo, importante pontuar o aspecto distintivo de cada uma. Assim, o que marca a legislação simbólica, na acepção de confirmação de valores sociais, é sua função predominante de impor padrões culturais representativos de um peculiar grupo, em detrimento dos demais, não obstante às dificuldades de tornar concreto, efetivo, o cumprimento do arquétipo reconhecido pela norma, a concreção de seu programa finalístico (HAMILTON, 2019).

Caracteriza-se como legislação-álibi, por sua vez, se cumpre precipuamente a função de demonstrar a capacidade de ação do Estado (produção de efeitos latentes), apresentando insuperável déficit de instrumentalidade em relação ao programa que ela, a norma, propõe-se a cumprir (função manifesta).

Por outro lado, será simbólica, enquanto compromisso dilatatório, a norma que desempenha predominantemente a função de adiar a solução de conflitos sociais (efeitos latentes), ainda que inexequível ou inefetiva quanto ao programa finalístico que anuncia (função manifesta), numa relação de sobreposição dessa em detrimento desta (HAMILTON, 2019).

A marca da legislação simbólica “destinada primariamente à afirmação de valores sociais” é a sua função de “diferenciar grupos e os respectivos valores e interesses” (NEVES, 2011, p. 35). Quando esses grupos sociais disputam a certificação de determinados símbolos que lhes são relevantes e levam esse debate para o campo legislativo, a luta se torna “feroz e amarga” (KINDERMANN, 1988, p. 230). Muito frequentemente, o que se impõe ao Estado, enquanto ente legiferante, é um marco a respeito de conflitos sociais em torno de valores. Nessas circunstâncias, os grupos envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados padrões veem na vitória legislativa um reconhecimento da superioridade ou predominância social de sua concepção de mundo, sendo-lhes (ainda que inconscientemente) secundária a eficácia normativa da lei em referência (NEVES, 2011), ou mesmo sua efetividade.

Em casos tais, a legislação pode ser entendida como um procedimento cerimonial e ritualístico, a fim de sancionar as normas sociais. A lei simbólica é um gesto no sentido de glorificar o valor de um grupo em

detrimento dos outros, transmitindo a mensagem que sua cultura é dominante e a outra, subalterna. A lei, obviamente, influencia o comportamento social. O grupo vitorioso que impôs a legislação simbólica é, então, fortalecido pela norma. Seus componentes estão livres para seguirem sua cultura sem a interferência estatal. A cultura do grupo subordinado, por outro lado, é estigmatizada. Essa estigmatização é relevante para o comportamento social. Alguns assumirão o estigma e se sujeitarão à cultura dominante, enquanto outros manterão seu comportamento, inserindo-se, assim, em subculturas (KINDERMANN, 1989) transgressoras.

Dessa forma, a direção a ser tomada no processo legiferante é determinada pela “moral dos atores” (KINDERMANN, 1988, p. 230), que influenciam a atividade legislativa no sentido de tornar formalmente proibidas aquelas condutas que não se coadunam com seus preceitos, assim como permitidos, ou mesmo obrigatórios, os comportamentos concordes, atendendo suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo (NEVES, 2011).

Nessa “modalidade de legislação simbólica, faz-se a diferenciação entre grupos sociais e seus respectivos valores, prestigiando-se mais uns que aos outros” (COSTA JÚNIOR, 2011, p. 142). A “luta contra todos os vícios”, por exemplo, integra a “moralidade dos puritanos”, de forma que eles estão ordinariamente “lutando pela proibição jurídica da prostituição [...] do livre mercado da pornografia, álcool e drogas” (KINDERMANN, 1988, p. 230), como meio de afirmar seus valores sociais e sobrepujar aqueles que lhes são antagônicos ou incompatíveis.

Aliás, um clássico exemplo no estudo da legislação simbólica é, justamente, a *National Prohibition Act of 1919*, nos Estados Unidos da América, que se convencionou chamar de “lei seca”. À época, os defensores da criminalização do álcool não estavam propriamente interessados em sua efetividade, senão, principalmente, em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de *status*. É que, nos conflitos entre protestantes (pretensamente nativos), defensores do Proibicionismo, e católicos (imigrantes), contrários à proibição, a vitória legislativa teria funcionado simbolicamente, a um só tempo, como ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores, sendo menos relevantes os seus efeitos práticos (GUSFIELD, 1986). Aos que defendiam a criminalização do álcool “bastava a produção de um único efeito latente: a confirmação de sua crença de que as práticas nele descritas eram erradas. Pouco importa que tal ato normativo não tenha produzido o efeito instrumental declarado – interromper o uso e comercialização de bebidas alcoólicas” (COSTA JÚNIOR, 2011, p. 142).

Nessa instância de legislação simbólica, em que as normas são utilizadas como marcadores de posição, os efeitos reais do direito serão ainda menos relevantes para os grupos em disputa (SUNSTEIN, 1996). Isso se verifica, inclusive, nos debates sobre as disposições que se quer enunciar na lei. Nesse sentido, Rob Schwitters (2016, p. 55) exemplifica que as “preferências por punições mais severas não serão afetadas por evidências empíricas que indiquem sua ineficácia” e, no que é especificamente pertinente ao debate sobre a legalização/proscrição da eutanásia, assevera que os grupos conservadores, apoiados em argumentos éticos, não mudarão sua posição se as evidências mostrarem que a proibição incrementa a prática

(clandestina) da eutanásia. O contrário também pode se afirmar como verdadeiro – grupos progressistas também não mudariam rapidamente de opinião a partir de dados empíricos que demonstrassem ser a proibição da eutanásia conducente à humanização do paciente.

Referido atributo simbólico da lei, enquanto confirmação de valores sociais, não significa o total esvaziamento de seu predicado instrumental, mas evidencia a hipertrofia do aspecto latente. À caracterização, prescinde-se de intencionalidade quanto ao déficit instrumental, sendo despicienda até mesmo a subjetiva previsibilidade do fracasso quanto aos objetivos declarados. A produção de efeitos colaterais também é irrelevante. O que marca a legislação simbólica, na acepção de confirmação de valores sociais, é sua função de impor padrões culturais representativos de um peculiar grupo, em detrimento dos demais, não obstante as dificuldades de tornar concreto, efetivo, o cumprimento do arquétipo reconhecido pela norma, a concreção de seu programa finalístico (HAMILTON, 2019).

Denominada legislação-álibi (KINDERMANN, 1988), enquanto demonstração da capacidade de ação do Estado, o objetivo da lei simbólica é obter, confirmar ou reforçar a confiança da sociedade no governo ou, de um modo geral, no próprio Estado e seu sistema jurídico-político. Muitas vezes, sob pressão direta, o Estado cria normas para satisfazer as expectativas dos cidadãos, ainda que sem o mínimo de condições de efetivação das respectivas leis. Busca-se alijar as pressões políticas, apresentando o Estado como sensível às exigências e expectativas do público (NEVES, 2011).

O álibi do Estado consiste, justamente, em apresentar um diploma legal como meio de resolução do problema que incomoda a coletividade,

motivo de pressões sociais, confirmando a ideia de comprometimento estatal com a causa e, sobretudo, reforçando a confiança no governo. Situações desse tipo são corriqueiras nos períodos eleitorais, por exemplo, em que

[...] os políticos prestam conta do seu desempenho, muito comumente, com referências à iniciativa e à participação no processo de elaboração de leis que correspondem às expectativas do eleitorado. É secundário, então, se a lei surtiu os efeitos socialmente “desejados”, principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas. Importante é que os membros do parlamento e do governo apresentem-se como atuantes e, portanto, que o Estado-Legislator mantenha-se merecedor da confiança do cidadão. (NEVES, 2011, p. 37)

Segundo Harald Kindermann (1988, p. 234), há uma série de motivos para a criação de um álibi na forma de lei. Um dado importante é desempenhado pelo “horizonte temporal” diferenciado que se aplica à atividade dos políticos responsáveis pela estrutura da democracia representativa. Leis que significam “mais do que meras correções superficiais, precisam de maior tempo antes de estarem aptas a serem classificadas como bem ou malsucedidas”. No entanto, o “sucesso ou o insucesso na política são avaliados em outro ciclo temporal, bem mais curto”. Promulgada a lei, “governo e maioria parlamentar devem provar o seu sucesso dentro de um período legislativo. Essa prova é, muitas vezes, difícil de fornecer”. Nesse breve período avaliativo, tanto é complicado demonstrar a ocorrência de êxitos tangíveis como, demonstrando-se, que podem ser reivindicados pelo governo em questão. Ainda segundo o autor, é bem mais fácil e rápido convencer o público sobre as “boas intenções” governamentais, sendo grande a tentação de agir nesse sentido. A prova da

boa intenção é justamente a promulgação de leis que prometem enfrentar o problema. Até mesmo a oposição participa dessa “encenação” quando, embora discordando da medida, adere ao debate, questionando, justamente, a capacidade e boa intenção do governo. Assim, a discussão fica situada menos na solução empírica, bem-sucedida ou definitiva dos problemas, e mais na opinião se o governo tem ou não boa intenção na edição da lei. Esse é o mecanismo pelo qual “a legislação se torna um álibi” (KINDERMANN, 1988, p. 234).

É nesse sentido que afirma Marcelo Neves (2011, p. 39) ser a legislação-álibi decorrente “da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador”. O legislativo é impelido a “editar um ato normativo para, simbolicamente, responder a uma pressão que é exercida sobre ele” (COSTA JÚNIOR, 2011, p. 144).

Essa pressão sobre o processo legislativo, referida também por Harald Kindermann (1988), é externada, no mais das vezes, pelos meios de comunicação social como denúncia de inadequação do ordenamento jurídico, a qual a classe política não se atentou ou, para atender a interesses diversos, prefere permanecer inerte. Com a intensificação do clamor público por mudança, apresenta-se como resposta a promulgação de lei, mesmo que suas normas sejam inexecutáveis (COSTA JÚNIOR, 2011) ou inefetivas, o que “não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos” (NEVES, 2011, p. 39).

Nessa encenação, conforme Harald Kindermann (1988, p. 237), participam todos, “numa alienação que parece ser equivalente a uma

performance teatral. Como no teatro, têm-se também o auditório. Enquanto os políticos, mais ou menos talentosos, encenam um drama impressionante”, o público se envolve atentamente na audiência. Nesse palco, “os juristas parecem ser os menos importantes”, desempenhando um melancólico papel coadjuvante, mas, ao mesmo tempo, conveniente – “triste, porque parecem ser as vítimas mais lamentáveis dos intercâmbios políticos; conveniente, pois, enquanto espectadores passivos, não podem ser responsabilizados quanto ao conteúdo e qualidade do desempenho”.

Em casos tais, a política se converte em espetáculo (BARATTA, 2004), no qual é possível, então, conceber o Estado como imbuído de uma dimensão teatral, cerimonial e simbólica, cuja representação fica a cargo de seus próprios agentes, enquanto personagens. Existe, portanto, uma perspectiva significativa e semiótica no desempenho da atividade estatal (GUSFIELD, 1986). Esse conteúdo simbólico, por óbvio, também é reivindicado pelo sistema de justiça. É o que se pretende, na visão de Clifford Geertz (1973, p. 13), segundo o qual “pelo simples ato de fornecer um modelo, um parâmetro, uma imagem irretorquível da existência civilizada, o tribunal molda o mundo ao seu redor a, pelo menos, uma aproximação de sua própria excelência. A vida ritual do tribunal geralmente é paradigmática, não meramente reflexiva, da ordem social”.

Tratando-se especificamente de política criminal, por exemplo, a “grande parte das intervenções penais punitivas da contemporaneidade, antes de buscar responder ao problema da criminalidade em si, presta-se precipuamente a diminuir as inquietações populares diante da insegurança” (CALLEGARI e WERMUTH, 2010, p. 75). Aliás, as “simples ampliações dos limites penais máximos e mínimos são uma medida de política penal

simbólica que não contribui muito para seu objetivo” (HASSEMER, 2007, p. 149), senão para exibir vigor e ideias à opinião pública.

No entanto, convém esclarecer, essa forma de manipulação ou de ilusão que resguarda o sistema político contra outras opções, não raro, é engodo que ludibria o próprio ator legiferante nessa função predominantemente ideológica. A complexidade do problema e da dinâmica social pode produzir nos líderes políticos, como habitualmente produz, o engano de que a tarefa legislativa se presta eficazmente ao enfrentamento da questão. A representação simbólica pode ou não ser consciente – e, na verdade, tanto mais inconsciente, mais eficaz será como símbolo, ao passo que menos prática como instrumento.

Os atores políticos não são apenas produtores, mas também vítimas das interpretações simbólicas produzidas na sociedade. Isso porque a sociedade moderna se caracteriza pela alta complexidade e por uma crescente taxa de mudança e contínua transformação. A implicação disso é que os indivíduos perdem o senso de orientação, o ponto referencial, incrementando a dificuldade na avaliação de símbolos e rituais. Como resultado, os atores políticos e a classe dominante não estão imunes à consequente perda de realidade. A legislação se torna uma fábrica de ilusão, não só para as pessoas que nela devem acreditar (KINDERMANN, 1988), mas também em quem as produz.

Nesse sentido, o engano é a expressão do prejuízo em que se encontra o sistema decisional público, decorrentes das disfunções que envolvem a estrutura política e comunicativa da sociedade. O déficit da tutela real dos bens jurídicos, a transparecer sua carência instrumental, é compensado pela criação, dirigida ao público, de uma ilusão de segurança e

de um sentimento de crença no ordenamento e confiança nas instituições, cuja base concreta se torna cada vez mais fragilizada (BARATTA, 1994). É a perda da realidade manifesta da legislação denunciando seu caráter simbólico.

Desse engano resulta a inaptidão da norma para cumprir o programa finalístico que enuncia, de cuja inefetividade cria-se o perfeito ambiente para que se produza outra norma, também em caráter simbólico, substituindo a anterior na missão de enfrentar o problema, com a promessa de fechar as lacunas instrumentais, descurando-se de seu próprio déficit, em um círculo vicioso difícil de ser quebrado.

Mais uma vez, importante grifar que, por mais evidentes os aspectos subjetivos produtores do engano e da ilusão no processo legislativo, para distinção da legislação simbólica, enquanto legislação-álibi, o que se deve ter em conta são as qualidades objetivas da norma. Importa a função, não a intenção. Portanto, caracteriza-se como tal, se cumpre predominantemente a função de demonstrar a capacidade de ação do Estado (produção de efeitos latentes), não obstante apresentar insuperável déficit de instrumentalidade em relação ao programa que ela, a norma, propõe-se a cumprir (função manifesta).

Na legislação simbólica, enquanto compromisso dilatatório, os conflitos entre grupos sociais não são resolvidos por meio do ato normativo, que, porém, será aprovado em certo consenso entre os interessados, exatamente em razão da perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo, portanto, não se funda precipuamente no conteúdo do diploma normativo, senão no adiamento da solução do dissenso para um futuro indeterminado (NEVES, 2011). Ou seja, “o compromisso consiste numa

fórmula dilatória, que satisfaz todas as exigências contraditórias e, de forma ambígua, torna não decididas as controvérsias” (KINDERMANN, 1988, p. 239).

Ainda não munidos da força necessária para fazerem prevalecer seus interesses, os grupos, em disputa por determinado direito ou categoria jurídica, optam por adiar a resolução do conflito, pactuando diploma normativo de pouca instrumentalidade, cujo conteúdo será, em momento posterior incerto, objeto de nova disputa, seja pela elaboração de outro comando legal ou por meio da interpretação do texto posto, que lhe constitua mais favorável e exequível.

A legislação simbólica, enquanto fórmula de compromisso dilatório, tem o efeito básico de adiar conflitos políticos, sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A conciliação em torno do texto legal implica a manutenção do *status quo* por meio de encenação dos grupos divergentes, dirigida ao público espectador (NEVES, 2011).

Esse pacto em torno do texto simbólico, no mais das vezes, ocorre de forma velada, em que as partes interessadas não admitem ou revelam às contrapartes estarem postergando a resolução do conflito social, mas assim o fazem na perspectiva de solução futura.

No entanto, não obstante os dados subjetivos envolvidos, tais como interesses de grupos sociais em conflito, compromisso dilatório, consenso, dentre outros, o que caracteriza este tipo de legislação simbólica, mais uma vez, são suas qualidades objetivas. Ou seja, o elemento identificador não é a vontade do legislador e das congregações envolvidas, senão a função que a norma desempenha. Portanto, será simbólica, enquanto compromisso dilatório, se desempenha predominantemente o papel de adiar a solução de

conflitos sociais (efeitos latentes), ainda que inexequível ou inefetiva quanto ao programa finalístico que anuncia (função manifesta), numa relação de sobreposição daquela em detrimento desta, tenha ou não sido elaborada com essa finalidade.

### **3. O Processo Penal brasileiro enquanto confirmação da capacidade de ação do Estado**

A finalidade da persecução criminal e todo o seu sistema de garantias é, em última análise, a preservação da dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos fundamentais daquele que se encontra submetido a uma acusação penal. Seria um instrumento de contraposição, visando o equilíbrio, ao poder punitivo estatal, em proteção aos direitos individuais. Nessa perspectiva, o processo penal mais serve ao cidadão do que ao Estado, mais se destina à afirmação de garantias do que ao exercício do poder de punir. Enquanto conjunto de regras, destina-se à concretização do programa finalístico enunciado na Constituição Federal, sobretudo quanto ao reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais, com destaque à liberdade, intimidade, inviolabilidades e dignidade da pessoa humana (fundamento da própria república).

Todos os capítulos desenvolvidos ao longo da presente obra tratam da linguagem própria do processo penal brasileiro, revelada nas decisões criminais de diferentes instâncias do judiciário. Das conclusões apresentadas em cada um dos capítulos, embora não tenha sido este o objeto específico da pesquisa, revelam-se o caráter simbólico na linguagem do Sistema de Justiça Criminal e, por consequência, do próprio processo penal

brasileiro. Se o processo penal é um instrumento de garantias (função manifesta), sua aplicação encobre seu real sentido, o da confirmação da capacidade de ação do Estado (função simbólica) no *enfrentamento* do problema da violência e no exercício do poder punitivo.

Conforme Walter Nunes da Silva Júnior, no capítulo *Abolição acadêmica da linguagem criminológica punitivista*, concebido sob a égide da Constituição de 1937, o Código de Processo Penal vigente tinha por escopo garantir maior eficiência da ação repressiva do Estado contra a delinquência, sendo essa a linguagem, até hoje, preponderantemente utilizada nas decisões criminais. Tal linguagem ainda está atrelada à ideia de um sistema normativo de caráter punitivista, em que o objetivo do processo é encontrar a verdade, que não se amolda à ordem jurídica instaurada com a Constituição Federal de 1988. Nesse ambiente, mais que os direitos e garantias fundamentais, o desempenho da norma processual penal privilegia fatores simbólicos, como valores pessoais e ideológicos do magistrado, com primazia às instituições, personalidade, preferência, concepções pré-concebidas, preconceitos, juízos políticos, influências sociais e midiáticas.

O *sistema acusatório 'à brasileira'* é denunciado no capítulo desenvolvido por Wilde Maxssuziane da Silva Sousa, segundo a qual se pode observar no Brasil a existência de um “sistema acusatório diferenciado”, viciado, em prejuízo à própria noção do que se convencionou chamar de sistema acusatório, referendado pelo Sistema de Justiça Criminal que, embora o reconheça, com todas as suas implicações para o processo penal, permite, por exemplo, a condenação do acusado ainda que sua absolvição tenha sido requerida pelo Ministério Público (titular da ação penal), bem como a instauração de

investigação de ofício (e exercício dessa investigação) pelo Supremo Tribunal Federal – o que jamais poderia se coadunar com a mais básica noção de sistema acusatório. Mais uma vez o manifesto (garantias do sistema acusatório) é encoberto pelo simbólico (práticas inquisitoriais), como forma de confirmar a capacidade de ação do Estado.

Já no capítulo *(Re)construção do discurso empregado na emendatio libelli e o princípio da ampla defesa*, desenvolvido por Leticia Oliveira Mesquita, demonstra-se que, na maioria dos casos, a *emendatio libelli* é realizada em violação à ampla defesa, sem a intimação do acusado para manifestação específica e providências quanto à inovação da acusação, bem como a reabertura da instrução, quando pertinente. Em casos tais, as garantias da ampla defesa e do contraditório, ínsitas ao Processo Penal (funções manifestas), são mais uma vez sobrepujadas pela necessidade de um procedimento que assegure eficiência ao poder punitivo estatal (função simbólica), oculta pela linguagem empregada nas decisões judiciais.

No mesmo sentido é o *discurso jurídico sobre a colaboração premiada e a irrenunciabilidade do direito ao silêncio*, tema tratado por Caio Vanuti Marinho de Melo e Julyana Monya de Medeiros Veríssimo da Nóbrega. Segundo os autores, mais uma vez em nome da eficiência estatal, o instituto é aplicado de forma acrítica pelo judiciário, cuja concretização, muitas das vezes, ocorre sem atenção às possíveis violações aos direitos fundamentais, decorrentes da dinâmica da colaboração premiada. Referida *eficiência* seria aferida pelo número de condenações decorrentes de sua aplicação, não do desempenho de garantias fundamentais típicas do processo penal. A renúncia ao direito ao silêncio, ainda segundo os autores, confirmaria esse argumento, posto que inconstitucional, mas amplamente

aceita no Sistema de Justiça Criminal a partir dessa linguagem acrítica e utilitarista. Uma vez mais a função manifesta do processo penal é sobreposta pela função simbólica de confirmar a capacidade de ação do Estado, cuja linguagem desempenha o papel de dissimular essa relação de preponderância.

Sobre a duração razoável do processo, também se pode afirmar como discurso que conduz a uma manifestação do caráter simbólico do processo penal brasileiro. Sêmely Clície Rodrigues Batista Lira, que tratou em capítulo sobre tal garantia, advoga a necessidade de se estabelecer um limite temporal para o Estado conduzir a persecução criminal, como forma de limitar o seu poder punitivo e compatibilizar o processo penal com o modelo constitucional garantista típico do Estado Democrático de Direito. Isso porque a doutrina do *não prazo* possibilita uma abordagem punitivista em que a liberdade (que devia ser garantida pelo processo penal) é sobrepujada pela efetividade (função simbólica), atuando a linguagem utilizada nas decisões judiciais como forma de ocultar esse efeito latente.

Da análise sobre o princípio fundamental à intimidade na jurisprudência brasileira, sob o prisma da linguagem do direito, capítulo que coube à Maria Beatriz Maciel de Farias, é possível extrair o desempenho da função simbólica de confirmar a capacidade de ação do Estado a partir da aplicação do processo penal, que se extrai das decisões criminais, na mitigação da inviolabilidade da intimidade, direito fundamental, a pretexto de descoberta da verdade e maior eficiência do processo. Essa contradição, em que o processo atua na violação de direito fundamental, quando deveria protegê-lo, é dissipada por uma linguagem punitivista e utilitarista que subverte a função manifesta do processo, dando preponderância ao efeito

latente de eficiência, no sentido de confirmar a capacidade de ação do Estado.

E da *análise crítica e empírica sobre a linguagem empregada na dosimetria* da pena, capítulo que coube a Gabriel Lucas Moura de Souza, Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo e Natália Galvão da Cunha Lima Freire, é possível extrair que o simbólico, enquanto confirmação da capacidade de ação do Estado, se manifesta no preenchimento inadequado de uma lacuna na abordagem metodológica da dosimetria da pena, especialmente em sua primeira fase. À falta de critérios de fácil objetivação, sobra um vasto campo de subjetividades, representadas por termos como *culpabilidade, personalidade, conduta social, comportamento da vítima etc.*, quase sempre utilizadas em desfavor do réu e em nome do poder de punir.

No mesmo sentido, do texto cuja escrita coube a Fernando Wallace Ferreira Pinto, revela-se o simbólico no esforço discursivo das decisões judiciais pesquisadas em exceder os limites da proporcionalidade para aumentar penas e mitigar garantias na decretação de segregação cautelar. A função declarada de proteção sendo sobreposta pela função latente de eficiência do sistema.

#### **4. Conclusão**

Tomando por base as pesquisas consubstanciadas ao longo da presente obra coletiva, é possível afirmar, com segurança, que o processo penal brasileiro cumpre preponderantemente a função simbólica de confirmar a capacidade de ação do Estado, em detrimento da função

declarada de garantir a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, sobretudo daquele que se ache acusado em um processo criminal. A linguagem jurídica atua, nesse contexto, como artifício de ocultação dessa relação entre latente e manifesto.

É possível que do desempenho do processo penal brasileiro outras funções simbólicas estejam sendo realizadas, inclusive em posição de preponderância sobre os efeitos manifestos de garantias individuais, tais como confirmação de valores sociais e/ou adiamento da solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios. Tais aspectos não foram objeto da presente pesquisa, que demandaria uma análise mais aprofundada do próprio Sistema de Justiça Criminal, manifesto não só nas decisões criminais, mas na atividade legiferante e nos sistemas políticos de pressão social.

## Referências

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. Contribución para una teoría de la legislación. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, 6, 1989a. 385-403.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. Sociología jurídica y ciencia de la legislación. In: BERGALLI, R. **El Derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica**. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989b. p. 41-70.

BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, 1994. 5-24.

BARATTA, A. Introducción a la criminología de la droga. In: BARATTA, A. **Criminología y sistema penal: compilación in memoriam**. Tradução de

Mauricio Martínez. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, Euros Editores, 2004. p. 112-138.

BOURDIEU, P.; PASSERON, J.-C. **A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino.** Tradução de Reynaldo Bairão. 5a. Edição. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. Â. D. **Sistema penal e política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CASSIRER, E. **Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana.** Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

COSTA JÚNIOR, E. C. **A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro: direito e política.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DE ROOS, T. **Grimmig spiegelbeeld: ontwikkelingen in de strafwetgeving in de laatste decennia.** Tilburg: Tilburg University Press, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, XXXV, n. 103, enero - abril 2002. 409-447.

DWYER, J. P. The Pathology of Symbolic Legislation. **Ecology Law Quarterly**, 17, n. 2, mar. 1990. 233-316.

GEERTZ, C. **The interpretation of cultures.** New York: Basic Books, 1973.

GUSFIELD, J. R. **Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement.** 2nd Edition. ed. Urbana, Chicago: University of Illinois Press, 1986.

HAMILTON, O. **Drogas: criminalização simbólica.** Natal: OWL Editora Jurídica, 2019.

HASSEMER, W. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: RAMÍREZ, J. B. **Pena y estado: función simbólica de la pena**. Tradução de Mauricio Martínez Sánchez. Santiago de Chile: ConoSur, 1995. p. 23-36.

HASSEMER, W. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOMMERDING, A. N.; LYRA, J. F. D. D. C. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

KINDERMANN, H. Symbolische Gesetzgebung. In: GRIMM, D.; MAIHOFER, W. **Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie)**. Opladen: Westdeutscher Verlag, v. 13, 1988. p. 222-245.

KINDERMANN, H. Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung. In: VOIGT, R. **Symbole der Politik, Politik der Symbole**. Opladen: Lese Verlag & Budrich, 1989. p. 257-273.

LUHMANN, N. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Herder, 2007.

NEVES, M. D. C. P. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 04, 2005.

NEVES, M. D. C. P. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NOLL, P. **Gesetzgebungslehre**. Hamburg: Rowohlt, 1973.

POORT, L. **Consensus & controversies in animal biotechnology: an interactive legislative approach to animal biotechnology in Denmark, Switzerland, and the Netherlands**. Den Haag: Eleven International Publishing, 2013.

POORT, L.; VAN BEERS, B.; VAN KLINK, B. Introduction: Symbolic Dimensions of Biolaw. In: POORT, L.; VAN BEERS, B.; VAN KLINK, B.

**Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw (Legisprudence Library)**. Switzerland: Springer, v. 4, 2016. p. 1-15.

SCHWITTERS, R. How Law Matters: Sociological Reflections on the Symbolic Dimension of Legislation. In: POORT, L.; VAN BEERS, B.; VAN KLINK, B. **Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw (Legisprudence Library)**. Switzerland: Springer, v. 4, 2016. p. 55-69.

STRECK, L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma abordagem hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNSTEIN, C. R. On the expressive function of law. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 144, maio 1996. 2021-2053.

TYLER, T. R.; WEBER, R. Support for the death penalty; instrumental response to crime, or symbolic attitude? **Law & Society Review**, 17, n. 1, 1982. 21-46.

VAN DER BURG, W.; BROM, F. W. A. Legislation on ethical issues: towards an interactive paradigm. **Ethical Theory and Moral Practise**, 3, 2000. 57-75.

VAN KLINK, B. **De wet als symbool. Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (diss. Tilburg)**. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998.

VAN KLINK, B. Symbolic Legislation: An Essentially Political Concept. In: POORT, L.; VAN BEERS, B.; VAN KLINK, B. **Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw (Legisprudence Library)**. Switzerland: Springer, v. 4, 2016. p. 19-34.



## **Sistema acusatório “à brasileira”**

*Wilde Maxssuziane da Silva Sousa<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O presente capítulo é resultado de estudos realizados no projeto de pesquisa denominado “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”. Por meio da investigação do conteúdo de decisões judiciais, foi feita uma análise crítica da adequação do discurso jurídico-criminal e a sua compatibilização às regras e aos princípios constitucionais, especificamente no que se refere ao princípio acusatório. Em um primeiro momento, serão relatados os dados levantados durante a pesquisa realizada nas sentenças e acórdãos analisados. Depois serão apresentados aspectos dogmáticos necessários para posterior discussão dos conteúdos das decisões e análise de possíveis afrontas ao princípio acusatório. Por fim, resta evidenciada a ocorrência de graves violações ao princípio acusatório.

**Palavras-chave:** Direito criminal. Princípio acusatório. Jurisprudência.

### **ABSTRACT**

This article is the result of studies carried out in the research project entitled “Criminal Law as a normative body of the protection system of fundamental rights and guarantees, in the subjective and objective perspectives”. By investigating the content of court decisions, a critical analysis was made of the appropriateness of criminal-legal discourse and its compatibility with constitutional rules and principles, specifically as regards the accusatory

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Constitucional (2018.2 até a presente Data) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito (2008.1) pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Especialista em Direito Constitucional (2010) pela Universidade Anhaguera-Uniderp. É assessora jurídica ministerial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Integrante do projeto de pesquisa “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva” e, atualmente, do projeto de “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte”, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

principle. At first, the data collected during the research carried out in the judgments and judgments analyzed will be reported. Then, dogmatic aspects necessary for further discussion of the decision contents and analysis of possible affronts to the accusatory principle will be presented. Finally, there is evidence of serious violations of the accusatory principle.

**Keywords:** Criminal law. Accusatory principle. Jurisprudence.

## 1. Introdução

O presente capítulo é resultado de estudos realizados no projeto de pesquisa denominado “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”.

A pesquisa buscou realizar estudos do Direito Criminal à luz dos direitos e garantias fundamentais, por meio da investigação das decisões judiciais em sua linguagem e dosimetria, assim como, realizar uma pesquisa jurisprudencial acerca dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, foi feita a análise das sentenças da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, e dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, nos anos de 2018 e 2019. E aqui serão apresentados os resultados relacionados ao princípio acusatório.

Dessa maneira, a proposta do trabalho é realizar uma análise crítica da adequação do discurso jurídico-criminal e a sua compatibilização às regras e aos princípios constitucionais, especificamente no que se refere ao princípio acusatório.

No primeiro ponto, serão relatados os dados levantados durante a pesquisa realizada nas sentenças e acórdãos analisados, elencando, por meio de tabelas, os processos nos quais foram identificados que a sentença/acórdão abordou algum aspecto do princípio e/ou sistema acusatório.

Na sequência, serão apresentados elementos dogmáticos necessários para posterior discussão dos conteúdos das decisões e análise de possíveis afrontas ao princípio acusatório. Dentre eles, a diferenciação entre sistema acusatório, misto e inquisitivo, e também sobre o papel do Ministério Público.

Por fim, serão apresentados os resultados da pesquisa que revelam que, embora tenha ocorrido evolução da jurisprudência no Brasil no sentido de aplicar as garantias existentes no sistema acusatório, ainda há a ocorrência de graves violações ao princípio acusatório no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2. Relato dos dados da pesquisa**

Para dar cumprimento ao definido no projeto de pesquisa, foram analisadas as sentenças proferidas pela 2ª Vara Federal do Estado do Rio Grande do Norte, nos anos de 2018 e 2019, bem como realizadas buscas nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a fim de identificar decisões que abordem o princípio e/ou sistema acusatório, ou dando fiel cumprimento ou para violá-lo. Neste item, serão apresentados os dados coletados ao longo da pesquisa.

SISTEMA ACUSATÓRIO “À BRASILEIRA”

Quanto às sentenças da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, foram identificadas 12 (doze) nas quais pode-se extrair a aplicação do princípio acusatório em suas fundamentações. São elas as elencadas no quadro a seguir:

<b>Número do Processo</b>	<b>Assunto</b>
0002709-61.2014.4.05.8400	Desacato e calúnia. Prescrição e improcedência. Reconhecimento pelo MP de que um dos crimes não ocorreu
0002882-85.2014.4.05.8400	Autarquia federal. Colaboração premiada
0000292-82.2007.4.05.8400	Obtenção mediante fraude, financiamento em instituição financeira. Aplicação de Emendatio Libelli e acolhimento parcial da pretensão punitiva
0806608-92.2018.4.05.8400	Roubo e Organização Criminosa. Pedido do MPF para absolvição de um dos crimes. Emendatio libelli e Associação Criminosa
0005732-59.2007.4.05.8400	Sonegação Fiscal. Acusação que não demonstrou a intenção do acusado em suprimir ou reduzir o tributo devido. Parcial procedência da acusação.
0008261-12.2011.4.05.8400	Estelionato majorado (art. 171, caput e § 3º, do Código Penal). Elemento subjetivo do autor analisando em decorrência do seu comportamento passivo em razão das provas apresentadas pela acusação.
0801287-13.2017.4.05.8400	Crime de responsabilidade. Prefeita. Emendatio Libelli
0801474-84.2018.4.05.8400	Crime de uso de documento falso. Absolvição sumária. Pedido do MPF. Sistema acusatório
0802003-06.2018.4.05.8400	Crime de falsificação de documento público e uso de documento falso. Absolvição sumária. Pedido do MPF. Sistema acusatório. Mesmo o magistrado não concordando com a inexistência de crime
0802409-61.2017.4.05.8400	Omissão de receita. Absolvição sumária. Pedido do MPF. Sistema acusatório
0001911-66.2015.4.05.8400	Falsificação de documento público. Emendatio Libelli

0002376-75.2015.4.05.8400	Estelionato previdenciário. Procedência da condenação. Ausência de fixação de valor para reparação em razão dos prejuízos causados, em decorrência de não haver pedido nesse sentido na peça acusatória.
---------------------------	--

Destas 12 (doze) sentenças, em um total de 4 (quatro) o princípio acusatório foi aplicado em razão do emprego da *emendatio libelli*, ou seja, o magistrado deu nova definição jurídica ao fato, devidamente descrito na denúncia, ainda que importando em aplicação de pena mais grave. Já em outras 5 (cinco) sentenças o Ministério Público requereu a absolvição sumária do acusado, ou reconheceu que um dos crimes inicialmente imputados ao réu não ocorreu, sendo que em um deles também foi aplicada a *emendatio libelli*. Em 1 (uma) sentença restou evidenciado o uso do princípio acusatório em decorrência da colaboração premiada. Em 1 (um) processo, o magistrado entendeu pela aplicação do princípio acusatório, porque a acusação não demonstrou a intenção do acusado em suprimir ou reduzir o tributo devido, havendo parcial condenação do acusado. Já em outro, o elemento subjetivo do autor restou configurado em decorrência do seu comportamento passivo diante das provas apresentadas pela acusação. Na última sentença, embora tenha ocorrido a procedência da condenação, o magistrado não fixou valor para reparação em razão dos prejuízos causados, em razão de não haver pedido nesse sentido na peça acusatória.

Nas buscas no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, foram identificados 5 (cinco) acórdãos que fazem menção ao princípio/sistema acusatório. Estes estão especificados na tabela a seguir:

SISTEMA ACUSATÓRIO “À BRASILEIRA”

Número do Processo	Assunto
2017.015148-8	Tráfico de drogas. Pedido do MP para desclassificação para o crime de uso. Não acatamento pelo Tribunal
2018.010336-3	Roubo majorado em concurso formal. Pedido de absolvição do MP. Delação extrajudicial dos corrêus. Não acatamento pelo Tribunal.
2019.000102-4	Tráfico de drogas. Pedido de absolvição pelo MP. Não acatamento pelo Tribunal.
2019.000514-9	Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo. Aplicação da <i>Emendatio Libelli</i> .
2019.000600-0	Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Pedido de absolvição pelo MP. Não acatamento pelo Tribunal.

Observa-se que todos os acórdãos foram proferidos em apelações criminais e os recorrentes são os denunciados. Em 4 (quatro) delas, na primeira instância, o Ministério Público havia pedido o reenquadramento em crime menos grave ou a absolvição sumária do réu, na fase de alegações finais, e, mesmo assim, o magistrado *a quo* proferiu sentença mantendo o crime mais grave e/ou condenando o acusado. O posicionamento do TJRN foi no sentido de que o sistema processual pátrio não adotaria o sistema acusatório puro. Portanto, na esteira do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não haveria nulidade quando, diversamente do requerido, em alegações finais, pelo Ministério Público, o magistrado reconhece a responsabilidade do réu, ou o faz por infração penal mais grave do que aquela que, ao final da instrução, entendeu o *Parquet* por ser a adequada ao comportamento do acusado. Já em 1 (um) dos processos, o magistrado *a quo* teria aplicado o instituto da *emendatio libelli* e o acórdão do TJRN manteve.

Nas buscas realizadas nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça foram identificados um total de 38 (trinta e oito) processos que citam o princípio/sistema acusatório. Conforme listagem abaixo:

<b>Número do Processo</b>	<b>Assunto</b>
AgRg no RHC 113646/PA	Homicídio qualificado. Indeferimento de prova. Inocorrência de cerceamento de defesa.
RHC 88570/PE	Inquérito Policial. Aplicação de verbas federais. Tramite direto do IP entre o Ministério Público e a Polícia. Possibilidade.
RHC 110547/MG	Tráfico de drogas. Impetração de Habeas Corpus. Parecer favorável do MP. Obrigatoriedade de Acolhimento. Inexistência.
AgRg no AgRg no AREsp 1289926 / RS	Crimes ambientais. Inclusão de corréus na denúncia. Cerceamento de defesa. Inocorrência.
HC 489521/RS	Crimes de violação sexual mediante fraude e estupro. Não há nulidade quando o magistrado alerta o MP sobre possível aditamento da denúncia.
HC 400532/PR	Crimes contra a Administração Pública. Investigado com foro por prerrogativa de função. Não há necessidade de prévia autorização do Judiciário.
AgRg no HC 360357/SC	Não há nulidade quando o magistrado intima o Ministério Pública para aditar a denúncia.
AgRg no AREsp 860959/MS	Corrupção passiva. Possibilidade de realização de diligências para formação do convencimento do magistrado.
RHC 84426/DF	Corrupção passiva. Determinação de ofício de interceptação telefônica pelo juiz na fase pré-processual penal. Requerimento pode ser feito pela autoridade policial
HC 421315/PE	Prefeito municipal. Investigado com foro por prerrogativa de função. Não há necessidade de prévia autorização do Judiciário.
AgRg no REsp 1622310/SP	Determinação de diligências de ofício pelo juiz. Possibilidade. Produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento.

SISTEMA ACUSATÓRIO “À BRASILEIRA”

HC 434476/SP	Roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave. <i>Emendatio libelli</i> . O réu se defende dos fatos descritos na incoativa e não da capitulação jurídica apresentada pelo Ministério Público.
RHC 92847/PR	Imparcialidade do juiz. Qualificadora narrada na inicial e não imputada. MP instado a se manifestar. Aditamento da inicial. Réu se defende dos fatos.
PET no Inq 818/DF	Inquérito. Competência originária. Pedido de arquivamento. Exaurimento da linha investigativa. Elementos de convicção. Não obtenção. Prescrição da pretensão punitiva estatal. Mérito. Exame. Possibilidade. Demonstração inequívoca. Ausência. Pedido de arquivamento parcialmente deferido.
RHC 109807/RN	Tráfico de drogas. Não compete a este Superior Tribunal determinar a forma ou o conteúdo da inicial acusatória.
AgRg no REsp 1573829/SC	Homicídio no trânsito. Produção de prova de ofício. princípios da verdade real, do impulso oficial e da persuasão racional (livre convencimento motivado)
AgRg no AREsp 1345004/RS	Homicídio culposo na direção de veículo. Autoria. Presunção. Descabimento. Inversão indevida do ônus acusatório. Era ônus da Acusação - e não da Defesa – efetivar diligências no sentido de constatar o real condutor do automóvel. Entretanto, o Parquet nem sequer tentou localizar a pessoa mencionada na aludida identificação funcional. Nulidade declarada.
AgRg no Inq 1088 / DF	Em virtude da adoção do sistema acusatório, o Ministro Relator exerce, por decorrência de sua imparcialidade, o papel de mero supervisor da fase inquisitorial, cuja atividade consiste e restringe-se ao exercício da função de garantias de direitos fundamentais, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a <i>opinio delicti</i> do Ministério Público. Precedentes.
AgRg no AREsp 1207246 / DF	Fraude à licitação. Investigado autoridade com foro por prerrogativa de função. Desnecessidade de prévia autorização do Poder Judiciário.
AgRg no HC 446942 / SC	Dosimetria. Readequação da fundamentação pelo tribunal. Reformatio in pejus. Não ocorrência. Cognição da apelação. Ausência de prejuízo efetivo.
AgRg no HC 369207 / MS	Exploração de prestígio, tráfico de influência e corrupção passiva. Nulidade. Ausência. Necessidade de provas requeridas pelo parquet estadual.

WILDE MAXSSUZIANE DA SILVA SOUSA

RMS 55901 / SP	Indeferimento para figurar como assistente de acusação por não estar incluído no rol do art. 268 do CPP.
RHC 102457 / SP	Corrupção passiva e quadrilha. Oitiva de testemunha indicada de ofício pelo juízo. Consonância com o princípio da busca da verdade real.
HC 160901 / GO	Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. Inocorrência de nulidade em razão do magistrado ter participado, na fase de investigação, sem papel ativo, na colheita do depoimento.
HC 446764 / PI	Furto reiterados. Diversas vítimas. Decretação de prisão preventiva sem representação da autoridade policial ou requerimento do ministério público. Ausência de violação ao sistema acusatório.
HC 444843 / SP	Roubo majorado. Manifestação do ministério público. Pela absolvição. Não vinculação do julgador
AgRg no AREsp 925669 / MT	Dupla tentativa de Homicídio qualificado. Motivo fútil. Uso de meio cruel e emprego de Recurso que dificultou a defesa das vítimas. A simples menção na decisão de pronúncia da ocorrência de possível dolo eventual, que não constava na peça acusatória, não configura violação.
HC 439958 / SP	O Ministério Público, ao emitir parecer como custos legis, não se transmuta em parte da relação processual, razão pela qual não vincula o julgador ante a natureza opinativa da manifestação ministerial, sob pena de violar a própria imparcialidade do juiz, não havendo falar-se em ofensa ao sistema acusatório
HC 430803 / RJ	Tráfico de drogas. Alegações finais do ministério público. Pedido de absolvição. Condenação. Ausência de violação ao princípio acusatório.
HC 446896 / SP	Roubo circunstanciado. Pedido de absolvição do ministério público em alegações finais. Condenação. Infração ao sistema acusatório. Inexistência.
HC 329128 / PI	Corrupção passiva. Inquérito policial instaurado. Envolvimento de autoridade com foro por prerrogativa de função. Desnecessidade de prévia autorização do poder judiciário.

SISTEMA ACUSATÓRIO “À BRASILEIRA”

AgRg no REsp 1692637 / SC	Iniciativa instrutória do juiz. Compatibilidade com o sistema acusatório. É possível que o magistrado, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique em ilegalidade. 2. É legítima a abertura de vista ao Ministério Público quando a defesa argúi questão preliminar nas alegações finais em homenagem ao princípio do contraditório, inexistindo nulidade sobretudo se o parquet não aventa questão nova.
RHC 59593 / MA	Fraude à licitação. Procedimento Investigatório instaurado pelo ministério público. Envolvimento de Autoridade com foro por prerrogativa de função. Desnecessidade de prévia autorização do Poder Judiciário.
REsp 1658752 / MG	Estatuto da criança e do adolescente. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Laudo toxicológico definitivo juntado após a sentença. Apelação exclusiva da defesa. Tribunal a quo suscitou nulidade de ofício. Ofensa ao sistema acusatório.
RHC 42111 / RO	Indeferimento de substituição de testemunhas. Violação ao sistema acusatório. Nulidade absoluta. Não ocorrência. Ausência de demonstração de prejuízo
AgRg no HC 404228 / RJ	Inquérito policial para apurar a suposta prática de crimes ambientais e de estelionato. Investigados com foro por prerrogativa de função. Desnecessidade de prévia autorização do Poder Judiciário.
AgRg no RHC 69711 / PE	Tráfico e associação para o tráfico de drogas e corrupção de menor. Ausência do ministério público na audiência de instrução. Oitiva de testemunhas de acusação. Violação ao sistema acusatório. Nulidade absoluta. Não ocorrência. Ausência de demonstração de prejuízo.
AgRg no HC 374643 / SP	Roubo qualificado. O Ministério Público, ao emitir parecer como custos legis, não se transmuda em parte da relação processual, razão pela qual não vincula o julgador ante a natureza opinativa da manifestação ministerial, sob pena de violar a própria imparcialidade do juiz, não havendo falar-se em ofensa ao sistema acusatório.

Analisando os 38 (trinta e oito) acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que apenas em 2 (dois) houve decisão do Superior Tribunal de Justiça afirmando violação ao princípio acusatório, sendo um decorrente da inversão do ônus da prova e outro em razão do Tribunal de

Justiça *a quo* ter decretado a anulação da sentença condenatória e determinado o retorno dos autos ao primeiro grau, quando houve recurso apenas da defesa. Em outros 31 (trinta e um) processos o STJ entendeu não existir violação ao referido princípio: 1 (um) em caso de deferimento de pedido de prova feito pelo Ministério Público; 2 (dois) indeferimento de pedido de provas feito pelo réu; 1 (um) tramitação direta do inquérito policial entre polícia e Ministério Público; 3 (três) em casos de parecer favorável do Ministério Público em habeas corpus, sob a justificativa que, na qualidade de *custus legis*, a atuação do *Parquet* é meramente opinativa; 4 (quatro) magistrado determinou a intimação do Ministério Público para verificar a necessidade aditamento da denúncia; 6 (seis) desnecessidade de autorização prévia do Poder Judiciário para instauração de procedimento investigatório em caso de autoridade com foro por prerrogativa da função; 5 (cinco) processos em que o juiz determinou a produção de provas de ofício; 2 (dois) processos nos quais ocorreram a *emendatio libelli*; 1 (um) no qual ocorreu mudança da fundamentação da sentença pelo tribunal, desconfigurando a *reformatio in pejus*; 1 (um) processo no qual o magistrado estava presente durante colheita do depoimento na fase pré-processual; 1 (um) decretação da prisão preventiva sem representação da polícia ou requerimento do Ministério Público, por se tratar de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva; 3 (três) processos com manifestação do Ministério Público pela absolvição, mas que o magistrado determinou a condenação, por entender o STJ que não vincula o julgador; 1 (um) no qual houve intimação do Ministério Público para se manifestar sobre preliminares arguidas pela defesa apenas nas alegações finais; 1 (um) ausência do Ministério Público na audiência de instrução e o magistrado fez

as perguntas. Os outros 5 (cinco) processos se referem a outros tipos de situação: 1 (um) indeferimento parcial de arquivamento de inquérito policial; 2 (dois) tratam do papel do Judiciário no processo penal; 1 (um) aborda a legitimidade para figurar como assistente de acusação.

Por fim, em consulta aos acórdãos do Supremo Tribunal Federal foram localizados 12 (doze) processos nos quais se identificou que foi abordado o princípio e/ou sistema acusatório, especificados na tabela a seguir:

Número do Processo	Assunto
RHC 155427 AgR	Parecer do MP, em segundo grau, como <i>custus legis</i> pela absolvição do acusado. Decisão do Tribunal pela reforma da sentença para condenar o acusado. Inocorrência de violação ao sistema acusatório.
Inq 4660	Inquérito Policial. O relator deve determinar o arquivamento do inquérito, quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito
AO 2275	Mais da metade dos membros do tribunal de justiça do estado do rio grande do norte impedidos. Competência do supremo tribunal federal. Acordo de colaboração premiada. No recebimento da denúncia, não há que se falar em juízo condenatório, com base apenas no depoimento dos colaboradores.
AO 2057	Mais da metade dos membros do tribunal de justiça do estado do rio grande do norte impedidos. Competência do supremo tribunal federal. Acordo de colaboração premiada. No recebimento da denúncia, não há que se falar em juízo condenatório, com base apenas no depoimento dos colaboradores.
Inq 4458	Inquérito. Arquivamento pelo relator em caso de manifesto constrangimento ilegal. Colaboração premiada. Necessidade de corroboração mínima das declarações. Falta de suporte fático-probatório para prosseguimento das investigações. Ausência de prazo razoável. Constrangimento manifestamente ilegal.

Inq 4420	Inquérito. O relator deve determinar o arquivamento do inquérito, quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito
AP 996	Corrupção passiva e lavagem de dinheiro. 1. Prazo sucessivo à acusação e assistente para alegações finais. Procedimento necessário em razão da prerrogativa de intimação pessoal do ministério público federal. Quebra do tratamento isonômico não configurado. Prova pericial. Pretensão deduzida a destempo. Indeferimento. Imprescindibilidade não demonstrada. Cerceamento de defesa incorrente. Testemunha defensiva contraditada. Quebra da paridade de armas. Pessoa denunciada por fatos semelhantes no inquérito 3.980. Interesse notório na resolução da causa penal. Vício não configurado.
Inq 4633	Inquérito. Denúncia. Lavagem de dinheiro e associação criminosa. Juízo de admissibilidade. 1. Acesso a acordo de colaboração premiada. Avença inexistente. Indeferimento. 7. Diligências no inquérito policial. Pretensões dirigidas ao relator. Princípio acusatório. Análise inviável. Cerceamento de defesa não configurado.
AP 883	Impossibilidade de condenação fundada somente em elementos informativos obtidos na fase do inquérito policial não corroborados em juízo. Observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ação penal improcedente.
ADI 4693	Constitucional. Sistema constitucional acusatório. Ministério público e privatividade da promoção da ação penal pública (cf, art. 129, i). Inconstitucionalidade de previsão regimental que possibilita arquivamento de investigação de magistrado sem vista dos autos ao parquet. Medida cautelar confirmada. Procedência
HC 157306	Audiência de apresentação. Não reserva espaço cognitivo acerca do mérito de eventual ação penal, sob pena de comprometer a imparcialidade do órgão julgador. 5. A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal, porquanto a atuação do judiciário na fase pré-processual somente se revela admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados
HC 152752	Matéria criminal. Execução provisória da pena. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação

Dos 12 (doze) processos localizados, 3 (três) são recursos em habeas corpus, 2 (dois) ações originárias, 4 (quatro) inquéritos, 2 (dois) ações penais e 1 (um) ação direta de inconstitucionalidade. Em um dos processos de habeas corpus, o acórdão do STF foi no sentido de não ocorrer violação ao sistema acusatório quando o Tribunal de Justiça decide contrário ao parecer do Ministério Público na função de *custos legis*; no outro habeas corpus, o STF abordou que a atuação do judiciário na fase pré-processual somente se revela admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados; e em outro, que é possível que o magistrado determine a execução provisória da pena, mesmo sem pedido da acusação, em razão da execução provisória ser regida por critérios de oficialidade. Em três inquéritos, o acórdão do STF decidiu que o relator deve determinar o arquivamento do inquérito, quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito, principalmente em caso de excesso de prazo da investigação. Já em um dos inquéritos, o STF decidiu que não há cerceamento de defesa no indeferimento de requerimento para diligências no inquérito policial dirigido ao relator, quando deveria ter sido dirigido à autoridade policial. Nas duas ações originárias, ocorreram acordos de colaboração premiada e o STF se manifestou no sentido de que no recebimento da denúncia, não há que se falar em juízo condenatório, com base apenas no depoimento dos colaboradores, devendo existir nos autos outros elementos de prova. Em uma das ações penais foi negada a existência de quebra da isonomia, em razão de ter sido concedido prazo sucessivo à acusação e assistente para

alegações finais, visto este ser procedimento necessário em razão da prerrogativa de intimação pessoal do Ministério Público Federal; na outra ação penal foi destacada a impossibilidade de condenação fundada somente em elementos informativos obtidos na fase do inquérito policial não corroborados em juízo. No que se refere à ADI, o STF entendeu por sua procedência, em razão da previsão em regimento de Tribunal de Justiça que possibilita arquivamento de investigação de magistrado sem vista dos autos ao *Parquet*.

Neste item, não poderíamos deixar de citar o Inquérito (INQ) 4781, instaurado pela Portaria GP 69/2019, assinada pelo presidente do STF, ministro Dias Toffoli, em 14 de março de 2019, cujo objeto é realizar “investigações sobre notícias fraudulentas (*fake news*), ameaças e outros ataques feitos contra a Corte e seus membros”<sup>2</sup>. Embora nele ainda não conste acórdão, sua análise é de fundamental importância para discussões sobre aplicação do princípio acusatório na atualidade pelo Judiciário brasileiro.

### **3. Discussão/Elementos dogmáticos**

Para melhor compreensão do princípio acusatório e possibilidade de maiores discussões sobre os resultados obtidos nas pesquisas realizadas nas sentenças da 2ª Vara da Justiça Federal do Rio Grande do Norte e nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, do

---

<sup>2</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=406357>. Acesso: 30/10/2019.

Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é essencial tecer rápidas considerações sobre o princípio acusatório e o papel do Ministério Público no sistema acusatório.

### **3.1 O princípio acusatório**

Historicamente, conforme preleciona o Professor Walter Nunes, são conhecidos três modelos ou sistemas processuais penais: o inquisitivo, o misto e o acusatório. O sistema acusatório teria sido o primeiro e predominou até o Século XII. Sendo substituído pelo sistema inquisitivo, o qual vigorou de forma absoluta ao longo do tempo, especialmente na Europa, até o Século XIII, e em alguns países chegou a se estender até o Século XIX. Na sequência, o inquisitivo foi sendo moldado com os ideais do sistema acusatório, dando origem ao denominado sistema misto. Após a Segunda Guerra mundial, com a busca pela valorização dos direitos fundamentais, iniciou amplo movimento pelo retorno do sistema acusatório (SILVA JÚNIOR, 2019).

Entende-se que o sistema acusatório teria iniciado na Grécia Antiga, em decorrência da participação dos cidadãos gregos, tanto no exercício da acusação, como no da jurisdição. No mundo antigo, o processo penal era predominantemente acusatório, sendo a acusação imprescindível. Naquela época, cabia ao acusador, que, nos casos de ação privada, era o ofendido ou, nas hipóteses de ação popular, poderia ser qualquer pessoa, apresentá-la por escrito, acompanhada das respectivas provas. No entanto, muitos problemas aconteceram neste primeiro momento da história, como a impunidade do criminoso ou a existência de acusações falsas, por exemplo. Assim, a partir

do século XII houve um predomínio do sistema inquisitório (SANT'ANNA, 2008).

Diante desse quadro, observa-se que o sistema, no início, era eminentemente acusatório, possuindo a vítima e a sua família o completo domínio da iniciativa do procedimento. Tal situação permaneceu, até mesmo, depois que a aplicação da pena passou a ser monopólio estatal. Porém, aos poucos, foi aumentando, cada vez mais, a participação de um representante do Estado na persecução dos crimes mais graves. Sendo que esta função passou a ser desempenhada, a partir do Século XII, de forma crescente, pelo juiz, até a implantação concreta do sistema inquisitório, com a consequente perda de espaço da ação privada. Após o ápice do sistema inquisitivo no Século XVI, iniciou-se o declínio do sistema inquisitorialista, até que, no Século XVIII, consolidou-se a instituição do Ministério Público e, com ele, o sistema acusatório tal como ele é hoje concebido pela maioria dos países (SILVA JÚNIOR, 2019).

Interessante elencar, para nosso estudo, características que diferenciam os três sistemas processuais penais. No sistema inquisitivo, temos que o processo tem início sem a necessidade de provocação por parte de pessoa distinta do juiz e não existe separação entre o órgão acusador e o órgão julgador. É um sistema com forte identidade com o Estado absolutista, no qual não havia um processo propriamente dito, mas apenas um ritual, sem as regras relativas ao devido processo legal (SILVA JÚNIOR, 2019).

Não há como estudar esta evolução histórica, e busca pelo devido processo legal, sem citar que Beccaria defendia, em seu livro “Dos Delitos e das Penas”, ainda em 1764, que “o soberano não pode reunir, em suas mãos, o poder de acusar e julgar, sendo ‘necessário, portanto, que um

terceiro julgue a verdade do fato” (BECCARIA, 2003). Dessa forma, o sistema acusatório seria a única forma de garantir um julgamento imparcial.

Já o sistema misto, tem como característica que, como regra, a iniciativa do processo seja conferida ao órgão a quem é conferida a legitimidade para propositura da ação penal. Contudo, é permitido que a iniciativa do processo, em alguns casos, seja de ofício pelo juiz, sendo atribuídas a ele diversas funções que não são típicas da atuação judicante. Além disso, é atribuído privilégios ao Ministério Público (SILVA JÚNIOR, 2019).

Nesse ponto, importante trazer a lição de Aury Lopes Jr, que entende não existir um sistema misto no Brasil, preferindo a seguinte definição: “Nós preferimos fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório, para não induzir ninguém em erro” (LOPES JR., 2010). Ou seja, seria um sistema inquisitivo com a participação do Ministério Público. Nessa mesma esteira é o posicionamento de Jacinto Coutinho, visto que, no seu entender, não há e nem pode haver um princípio misto, porque desconfiguraria o próprio sistema. Portanto, pelo princípio unificador, só se pode admitir um sistema inquisitório ou acusatório (COUTINHO, 2001).

Assim, não basta se ter uma cisão inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, para depois, ao longo do procedimento, seja permitido ao juiz assumir papel ativo na procura da prova ou mesmo na prática de atos típicos da parte acusadora (LOPES JR., 2013).

Por seu turno, o sistema acusatório ou acusatório puro, é aquele em que a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de exercer a pretensão punitiva e, embora não retire do

juiz a atribuição de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinhem com a equidistância a ser tomada quanto aos interesses das partes (SILVA JÚNIOR, 2019).

Importante assinalar um aspecto sobre a gestão da prova pelo juiz no sistema acusatório. Frise-se que os sistemas acusatórios-inquisitórios não podem ser confundidos com os modelos *adversarial system* (sistema de partes) e o *inquisitorial system*, os quais se relacionam com os poderes instrutórios do juiz durante o processo.

Configura-se o modelo *adversarial system* nos ordenamentos jurídicos em a postura do juiz é eminentemente passiva na área da iniciativa probatória, existindo primazia das partes na determinação do processo e na produção das provas. É um sistema próprio dos países anglo-saxônicos, a exemplo do direito norte-americano. Já no *inquisitorial system*, a produção da prova compete preferencialmente ao juiz, com o objetivo de que proposta a demanda pela parte, o processo caminha por impulso oficial. Tal modelo se difundiu pela Europa continental e países influenciados, a exemplo de França e Suíça (GRINOVER, 2005).

Portanto, um sistema acusatório pode adotar o modelo *adversarial system* ou o *inquisitorial system* na respectiva procura da prova pelo juiz durante a fase processual (GRINOVER, 2005)<sup>3</sup>.

Dando continuidade à diferenciação entre sistema acusatório e sistema inquisitivo, verifica-se que o sistema inquisitivo não tem lide e o

---

<sup>3</sup>Para mais informações sobre os sistemas aplicáveis à iniciativa instrutória do juiz no processo penal, sugere-se a leitura do livro “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal” e do texto “O pomar e as pragas”, ambos de autoria de Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Ministério Públicos não é parte. Já no sistema acusatório há lide e o Ministério Público é parte (SILVA JÚNIOR, 2019). Assim, o Ministério Público pode pedir a absolvição do réu e, mesmo que culpado, pedir a melhor solução jurídica, a exemplo do acordo de colaboração premiada<sup>4</sup> e do acordo de não persecução penal<sup>5</sup>.

Abaixo trazemos quadro que resume vários pontos de divergência entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, que podem ser extraídas das lições do Professor Walter Nunes (SILVA JÚNIOR, 2019) e também em artigo publicado por Eduardo Ribeiro Moreira e Margarida Lacombe Camargo (CAMARGO; MOREIRA, 2017):

Sistema acusatório	Sistema inquisitivo
<b>Diferenças primárias</b>	
Separação das funções: Ministério Público faz a acusação e é <i>custus legis</i> ; polícia judiciária e defesa resguarda interesses do réu	Juiz responsável pelas funções de investigar, acusar e julgar
Há contraditório e ampla defesa	Não há contraditório e ampla defesa
Direito penal do fato: avalia unicamente a ação praticada, indistintamente – seja o autor qual for – e com critérios preenchidos em lei	Direito penal do autor: subjetividade; o réu é objeto do processo, avaliações recaem sobre sua conduta pregressa e seu estado de espírito (arbitrariedade e incertezas)
Provas devem ser mensuradas sem valoração entre elas; devem obedecer a critérios legais	Pesos distinto para as provas; confissão como rainha das provas

<sup>4</sup>Recomenda-se a leitura do texto de Pedro Henrique Carneiro Fonseca, intitulado “A delação premiada”.

<sup>5</sup>Para aprofundamento do tema: Acordo de não persecução penal (2019): Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018, da Editora Juspodivm. E o artigo “Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro”, René Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari

Presunção de inocência: direito ao silêncio	Princípio de culpa: réu deve provar sua inocência (permanecer calado era sinal de culpa)
<b>Sistema acusatório</b>	<b>Sistema inquisitivo</b>
<b>Diferenças secundárias</b>	
Oferecimento da denúncia pelo MP	Permitia denúncia anônima
Retribuição, proporcional e humana, seguida da justificativa de recuperação do indivíduo	Justificativa da pena: correção do criminoso; não há limitação para os tipos de penas aplicáveis e pelo seu tempo de duração
Prisões pré-executórias são excepcionais e devem preencher requisitos autorizativos	Prisões são meios habituais de garantia
<b>Diferenças controvertidas:</b>	
Oralidade	Escrito
Aberto ao público	Sigiloso
Verdade que cada um pode dar, respeitadas as regras formais	Verdade real: justifica as ações dos magistrados

O princípio acusatório é um dos princípios fundamentais do processo penal brasileiro e, embora não conste de forma expressa na Constituição de 1988, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, porque é único que se coaduna com o Estado Democrático. Ademais, o Código de Processo Penal adota o sistema misto, mas, com a promulgação da Constituição em 1988, ele precisa ser lido sob a concepção do sistema acusatório, com todas as suas consequências<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup>Para mais informações: PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1999; COUTINHO, Jacinto de Miranda. Lide e Conteúdo do Processo Penal. Paraná, Editora Juruá, 1998.

Existem vários resquícios do sistema misto no Código de Processo Penal brasileiro, tal como a questão simbólica do assento do Ministério Público em audiência<sup>7</sup> e os magistrados ainda tem função persecutória (atuação anômala do juiz): representação para instauração de inquérito policial; não concordância com o arquivamento de inquérito policial (inconstitucionalidade do art. 28, CPP); juiz pode condenar, mesmo com o Ministério Público pedindo absolvição (inconstitucionalidade do art. 385, CPP); *mutatio libelli*, no qual o juiz provoca o ajuizamento da ação penal em relação a um fato criminoso que não foi objeto da denúncia ou alteração da pretensão acusatória, a fim de que seja dada nova definição jurídica ao fato (revogado parcialmente art. 384, caput, parágrafo único, CPP).

Não obstante, muito já se evoluiu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a aspectos do sistema misto presentes no Código de Processo Penal. Dentre eles, merece destaque a questão dos poderes investigatórios na fase preparatória à ação penal. Conforme destacado pelo Professor Walter Nunes, embora ainda exista críticas quanto a permanência da capacidade postulatória da polícia, o Supremo Tribunal Federal já declarou a ausência de privatividade da polícia para a investigação dos crimes até, finalmente, restar consolidada a posição dos poderes investigatórios do Ministério Público no julgamento do Recurso Extraordinário 593727 (SILVA JÚNIOR, 2019).

Um dos aspectos que mais gera divergências no que se refere ao papel do magistrado no sistema acusatório, é sua atuação na fase de instrução, ou seja, na fase pré-processual, visto que violaria a

---

<sup>7</sup>Tramita no STF a ADI nº 4768, ainda pendente de julgamento.

imparcialidade. Autores como o Professor Walter Nunes entendem que o sistema acusatório proibiria o juízo de instrução (SILVA JÚNIOR, 2019). Assim, uma alternativa seria um juiz de garantias, para a fase de investigação, e outro juiz para a fase processual, que não estaria contaminado com as medidas cautelares deferidas na fase pré-processual<sup>8</sup>.

Para o Professor Walter Nunes, o modelo acusatório previsto na Constituição de 1988 implica a adoção de um sistema: 1) simplificado; 2) transparente/publicidade; 3) oral; 4) de partes (Ministério Público concebido como parte a assim tratado na relação processual; 5) observância das garantias constitucionais do acusado, especialmente em relação; 5.1) à defesa efetiva; 5.2) ao direito ao silêncio; 5.3) à presunção de não culpabilidade; 5.4) nulidade das provas obtidas por meio ilícito; e, 5.5) preservação da imparcialidade do juiz, afastando-o das atribuições reservadas para o Ministério Público (SILVA JÚNIOR, 2019).

Nesta rápida abordagem, é possível verificar o grau de importância do princípio acusatório e a sua repercussão na atuação do judiciário e do executivo, principalmente do Ministério Público dentro do poder-dever de punir do Estado.

Para compreensão da legitimidade para persecução criminal perante o Judiciário, é importante também conhecer o surgimento do Ministério Público até chegar a sua formulação atual. O que será feito no próximo item deste trabalho.

---

<sup>8</sup>Sobre este tema, importante a leitura do livro “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, de Luigi Ferrajoli.

### 3.2 Origem e evolução do Ministério Público

De acordo com a Constituição, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

Para entender o estágio atual em que o Ministério Público se encontra, é importante conhecer suas origens e evolução, até o momento atual, em que é considerado um órgão do Estado, e não do governo, nem do Poder Executivo, e possuidor de diversas garantias para desempenhar funções, em juízo ou fora dele, em defesa dos interesses da sociedade (MAZZILI, 2002).

Há divergências sobre as origens do Ministério Público. Alguns autores entendem que este surgiu há mais de quatro mil anos, no *magiaí*, que seria um funcionário do rei no Egito; já outros encontram os primeiros traços na Antiguidade clássica, na Idade Média, ou no direito canônico (MAZZILI, 2002).

Não obstante, a maior parte da doutrina acredita que sua origem foi a partir dos procuradores do rei do velho direito francês<sup>9</sup>. Sendo que a Revolução Francesa teria estruturado mais adequadamente o Ministério Público, conferindo garantias aos integrantes desta instituição. Contudo, foram os textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França conhece na atualidade (MAZZILI, 2002).

---

<sup>9</sup>A Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, é considerado o primeiro texto legislativo a tratar concretamente sobre os procuradores do rei, mas os procuradores já existiam antes.

É a partir desta influência francesa que o Ministério Público é por vezes chamado de *Parquet*. A origem desta expressão (*Parquet* = assoalho) para denotar a instituição Ministério Público vem da tradição francesa dos procuradores do rei que, antes de adquirirem condição de magistrados e terem assento a seu lado, no estrado, tiveram assento sobre o assoalho da sala de audiências.

O Ministério Público brasileiro evoluiu a partir do Direito português (Ordenações Afonsinas, Tít. VIII, Liv. I; Ordenações Manuelinas, Tít. XI e XII, Liv. I; Ordenações Filipinas, Tít. XII, XIII, XV e XLIII, Liv. I). No entanto, é pacífico na doutrina que a instituição não surgiu de repente, num só lugar, por força de algum ato legislativo, mas sim de forma lenta e progressiva, de acordo com os avanços históricos (MAZZILI, 2002).

Dessa forma, com o nascimento e o aumento da complexidade do Estado, ao final da Idade Média, os soberanos começaram a regulamentar tribunais para difundir a Justiça em seu nome. Com o objetivo de equilibrar a progressiva autonomia dos tribunais, que poderiam contrariar os interesses da Coroa, os reis instituíram procuradores para promover a defesa de seus interesses, com possibilidade até de recorrer (MAZZILI, 2002). Em decorrência disso, é que se veem as ordenanças da Idade Média, como as da França ou de Portugal, como origem da instituição Ministério Público.

Já a origem da expressão Ministério Público, em sentido genérico, referindo-se aos que, de qualquer maneira, exerciam uma função pública, já existia em textos romanos clássicos. Por outro lado, referindo-se a uma instituição, a expressão *ministère public* começou a ser utilizada, primeiro, quando os procuradores do rei da França falavam de seu próprio ofício, e, depois, passou a constar nos provimentos legislativos do século XVIII, ora

para designar as funções próprias daquele ofício público, ora para referir-se a um juiz específico, incumbido do poder-dever de exercitá-lo, ora, enfim, para dizer respeito ao seu ofício. *Ministério* provém do vocábulo latino *manus* e dos derivados ministrar, ministro, administrar, vindo daí, portanto, a ligação inicial aos agentes do rei (*les gens du roi*), pois estes seriam a mão do rei (MAZZILI, 2002).

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira vez que um texto constitucional disciplinou de forma orgânica o Ministério Público, com as primeiras regras referentes às suas autonomias, funções, garantias e vedações (MAZZILI, 2002).

Hugo Nigro Mazzili destaca, na área criminal, que o Ministério Público recebeu na Constituição a tarefa de promover a ação penal pública, sem prejuízo da permissão de instaurar investigações administrativas; também conferiu o controle externo da atividade policial; permitiu requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial e impôs o dever de indicar os fundamentos jurídicos das manifestações processuais (MAZZILI, 2002). Além dos destaques na área cível, Hugo Nigro Mazzili continua ressaltando que foi destinado ao Ministério Público a defesa do próprio regime democrático e foi imposto o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (MAZZILI, 2002).

Outra característica que merece destaque, é que o constituinte de 1988 conferiu um elevando status constitucional ao Ministério Público, sendo este considerado por alguns autores como um quarto Poder (VALADÃO, 1973), em razão de ter-lhe conferido garantias especiais e ao

desvinculá-lo dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Para alguns doutrinadores, a previsão contida no art. 129, inciso I, da Constituição, que prevê competir ao Ministério Público, privativamente, a ação penal pública, denota a implantação no Brasil do sistema acusatório<sup>10</sup>.

Outro aspecto importante para nossas discussões, são os poderes investigatórios na fase preparatória à ação penal, de acordo com o sistema acusatório. Nesse sentido, o dever-poder de responsabilizar, criminalmente, as condutas é dividido em três partes: 1) a que diz quais são os crimes e qual deve ser a pena (Legislativo); 2) a que pede a condenação e aponta a sanção que deve ser imposta quando ocorre o fato definido como crime (Executivo); 3) a que julga se, realmente, o caso é considerado crime e diz qual é a medida adequada para solucionar a questão (Judiciário).

Já a atuação do Poder Executivo é dividida em dois momentos: 1) preparatória ou investigatória e 2) a postulatória (pretensão acusatória) perante o Judiciário. Em regra, a fase preparatória ou investigativa cabe à autoridade policial (erroneamente chamada de polícia judiciária). E a pretensão acusatória em juízo é privativa do Ministério Público.

Destaque-se que a autoridade policial conserva parcela de capacidade postulatória, visto que, quando precisa realizar diligências, que somente são possíveis com autorização judicial, ela pode pedir diretamente ao magistrado a determinação da providência: medidas para apuração e acautelatórias, como prisão preventiva (conveniência da instrução seria a

---

<sup>10</sup> Para mais informações sobre a importância do Ministério Público no sistema acusatório, sugere-se a leitura do livro “Ministério Público – Organização, representações e trajetórias” de Bruno Amaral Machado.

única cabível na apuração). Por outro lado, inexistente exclusividade das investigações, conforme já assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 593727.

Desta forma, já temos o arcabouço dogmático necessário para as discussões relativas às decisões pesquisadas.

### **3.3 Discussão sobre os dados da pesquisa**

Analisando os dados coletados durante a pesquisa, verifica-se de um lado evoluções jurisprudenciais quanto a aplicação do princípio acusatório no Brasil, e de outro lado, percebe-se um arraigado apego a aspectos existentes no sistema misto e até mesmo no sistema inquisitivo.

Dentre as sentenças da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte estudadas, merecem destaque aquelas nas quais ocorreu *Emendatio Libelli*, ou seja, o magistrado deu nova definição jurídica ao fato, devidamente descrito na denúncia, ainda que importando em aplicação de pena mais grave, visto que o denunciado deve se defender dos fatos e não do tipo penal. Entendimento este que é referendado pelos Tribunais Pátrios, principalmente Superior Tribunal de Justiça. Também se percebe uma valorização ao princípio acusatório nas sentenças nas quais o Ministério Público pediu a absolvição do acusado por um ou por todos os crimes e houve o acolhimento pelo magistrado. Sendo bem emblemática a decisão no Processo nº 0802003-06.2018.4.05.8400, que trata do crime de falsificação de documento público e uso de documento falso, no qual o Ministério Público requereu a absolvição sumária do réu em razão da inexistência do crime e o juiz sentenciante, mesmo não concordando com a

inexistência de crime, absolveu o denunciado. Outra sentença interessante, na qual não foi dado privilégio a atuação do Ministério Público ou Fazenda Pública, é a sentença do processo 0002376-75.2015.4.05.8400, que trata de estelionato previdenciário, que, embora tenha condenado o acusado, não fixou o valor para reparação em razão dos prejuízos causados, em decorrência de não existir pedido nesse sentido na peça acusatória.

Por outro lado, nos poucos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte nos quais há menção ao princípio e/ou sistema acusatório, percebe-se mais a ocorrência de violação a este princípio, do que a sua proteção, visto que em quatro dos cinco processos há pedido do MP, em alegações finais, para desclassificação de crime mais grave para crime menos grave ou absolvição do réu, mas o Tribunal de Justiça não acolhe o pedido, mantendo a sentença condenatória, por entender que existe o livre convencimento motivado do juiz nestes casos e porque o Brasil não adotaria o sistema acusatório puro.

Infelizmente, o posicionamento do TJRN segue o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, como se pode perceber dos acórdãos analisados.

De todos os trinta e oito acórdãos do Superior Tribunal de Justiça dos anos de 2018 e 2019 nos quais foram identificados a aplicação do princípio acusatório, apenas em dois casos foi reconhecida a violação ao direito fundamental: AgRg no AREsp 1345004 / RS e REsp 1658752 / MG.

O AgRg no AREsp 1345004 / RS trata de homicídio culposo na direção de veículo. O STJ entendeu que houve inversão indevida do ônus acusatório, visto que a autoria do crime teria sido presumida. Assim, houve declaração de nulidade da condenação. Já no REsp 1658752 / MG, que trata

da aplicação do Estatuto da criança e do adolescente em caso de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, foi identificada a juntada de laudo toxicológico definitivo aos autos após a sentença condenatória, sendo que ocorreu apelação apenas da defesa, mas o Tribunal *a quo* suscitou nulidade de ofício e determinou o retorno dos autos ao primeiro grau para nova sentença. O STJ entendeu que houve ofensa ao sistema acusatório e determinou que o Tribunal *a quo* se manifestasse sobre o mérito da apelação da defesa.

Nos outros casos, o STJ não verificou a ocorrência de violação ao princípio acusatório quando do indeferimento de pedido de provas da defesa; decisão do Tribunal *a quo* contrário a parecer favorável do Ministério Público, na qualidade de *custus legis*, para soltura de acusado, por entender que é meramente opinativo e não vinculativo; o juiz determinar a intimação do Ministério Público para averiguação quanto a necessidade de aditamento da denúncia; tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a polícia; nos casos de investigação em que o investigado tem foro por prerrogativa de função não há necessidade de prévia autorização do Judiciário; realização de diligências de ofício pelo magistrado, em razão de serem necessárias para formação de seu livre convencimento; aplicação da *Emendatio libelli*; deferimento de provas pedidas pelo *Parquet* estadual.

Quanto à produção de prova de ofício pelo magistrado, há de se ter muita cautela com o discurso de que são decorrentes da aplicação do princípio da verdade real, do impulso oficial da persuasão racional (livre convencimento motivado). Ora, se com as provas nos autos a acusação não foi capaz de comprovar a culpabilidade do acusado, o juiz não deve

determinar a produção de prova de ofício com esta finalidade, porque o ônus é da acusação. Situação contrária é quando há a possibilidade de uma prova, que ainda não foi produzida, demonstrar a inocência do acusado. Neste caso sim, seria possível o magistrado determinar a produção desta prova, sem a violação ao princípio acusatório.

No processo PET no Inq 818 / DF, que trata de um inquérito, houve pedido de arquivamento pelo Ministério Público, mas foi determinado apenas o arquivamento parcial, por entender que não houve demonstração inequívoca pelo Ministério Público da prescrição da pretensão punitiva estatal. Assim, mesmo sem elementos hábeis a uma acusação, o STJ entendeu que o Ministério Público deveria permanecer com a investigação, em evidente afronta ao princípio acusatório.

Já no AgRg no Inq 1088 / DF, o STJ declarou que, em virtude da adoção do sistema acusatório, o Ministro Relator exerce, por decorrência de sua imparcialidade, o papel de mero supervisor da fase inquisitorial, cuja atividade consiste e restringe-se ao exercício da função de garantias de direitos fundamentais, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público.

No AgRg no HC 446942 / SC, houve readequação da fundamentação da dosimetria pelo Tribunal *a quo*, mas que o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela inocorrência da *reformatio in pejus*, estando dentro da esfera da cognição da apelação e que não houve prejuízo efetivo. Já no RMS 55901 / SP houve o indeferimento de pessoa jurídica para figurar como assistente de acusação, por não estar incluída no rol do art. 268 do CPP.

Merece destaque também o HC 160901 / GO, que trata de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, no qual o STJ entendeu pela inocorrência de nulidade em razão do magistrado ter participado, na fase de investigação, sem papel ativo, na colheita do depoimento da vítima.

Outra situação emblemática e passível de discussões, é a do HC 446764 / PI, que trata de furtos reiterados e diversas vítimas, no qual a defesa alega que houve decretação de prisão preventiva sem representação da autoridade policial ou requerimento do ministério público. Contudo, o STJ entendeu que não houve violação ao sistema acusatório, porque foi realizada a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva.

Uma situação de clara afronta ao princípio acusatório, praticada pelo Superior Tribunal de Justiça, é a não declaração de nulidade das decisões que condenaram os acusados, mesmo com pedido de absolvição pelo Ministério Público: HC 444843 / SP; HC 430803 / RJ; HC 446896 / SP<sup>11</sup>.

E outra, tão grave quanto, ocorreu no AgRg no RHC 69711 / PE, que trata de tráfico e associação para o tráfico de drogas e corrupção de menor, no qual, mesmo com a ausência do Ministério Público na audiência de instrução, houve a oitiva de testemunhas de acusação, e o STJ entendeu pela não afronta ao sistema acusatório, em razão de não ter sido demonstrado prejuízo pelo acusado. Ora, é evidente que, se o magistrado neste caso não fizesse o papel da acusação, as testemunhas de acusação não seriam ouvidas e não poderiam ser utilizadas para formação de seu

---

<sup>11</sup>Sobre o tema, cristalina é a explanação de Aury Lopes Jr. no texto “Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?”.

convencimento quanto a culpabilidade do denunciado. Assim, é cristalino o prejuízo para a defesa.

A análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal também não demonstram que aquela Corte esteja muito empenhada na consolidação do sistema acusatório no Brasil. Dos doze acórdãos identificados, verificou-se decisão no sentido de que parecer do Ministério Público, no segundo grau, como *custus legis*, pela absolvição do acusado, não vincula o Tribunal; nos inquéritos policiais, o relator deve determinar o arquivamento do inquérito, quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito;

Nas Ações Originárias AO 2275 e AO 2057, que foram para o STF em razão de mais da metade dos membros do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte terem se declarados impedidos, houve acordo de colaboração premiada e o STF, ao declarar o recebimento das denúncias, reiterou que não há que se falar em juízo condenatório, com base apenas no depoimento dos colaboradores, devendo existir nos autos outros elementos de prova.

Por seu turno, na Ação Penal 996, o STF determinou que não há violação ao tratamento isonômico das partes, quando é concedido prazo sucessivo à acusação e assistente para alegações finais, e prazo único para defesa, visto ser este um procedimento necessário em razão da prerrogativa de intimação pessoal do Ministério Público Federal.

Seguindo o mesmo entendimento, no Inquérito 4633, não houve afronta ao princípio acusatório, porque ocorreu o indeferimento, pelo

relator, do pedido de diligências no inquérito policial, porque o pedido deveria ter sido dirigido à autoridade policial.

Já no HC 152752, que aborda a execução provisória da pena, o STF se posicionou no sentido de que não há necessidade de pedido expresso da acusação para o início da execução provisória, em razão ser a execução provisória regida por critérios de oficialidade (art. 195, lei n. 7.210/84).

Por outro lado, merece aplausos o acórdão proferido nos autos da Ação Penal 883, quando declara a impossibilidade de condenação fundada somente em elementos informativos obtidos na fase do inquérito policial não corroborados em juízo, por inobservância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. E também no acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4693, porque ratificou que o Ministério Público detém a privatividade da promoção da ação penal pública (cf, art. 129, i), declarando a inconstitucionalidade de previsão regimental de Tribunal de Justiça que possibilitava o arquivamento de investigação de magistrado sem vista dos autos ao *Parquet*. E, por fim, o acórdão proferido no HC 157306, que trata da audiência de apresentação, constando que esta não reserva espaço cognitivo acerca do mérito de eventual ação penal, sob pena de comprometer a imparcialidade do órgão julgador e que a separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal, porquanto a atuação do judiciário na fase pré-processual somente se revela admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados.

Da análise dos acórdãos pesquisados, observa-se uma grande tendência dos Tribunais Superiores em manter poderes aos magistrados no que se refere à persecução penal, permitindo que estes, mesmo com

manifestação do Ministério Público pela absolvição do denunciado, mantenham as condenações. Outro ponto chocante, é a análise superficial quanto a produção de provas de ofício pelos magistrados.

Percebe-se que, embora haja evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em alguns aspectos, como declaração do poder investigatório do Ministério Público, acima já tratado, e a desnecessidade de autorização do judiciário para iniciar investigação de autoridades com prerrogativa de foro, há claros retrocessos recentes.

Um caso evidente, que não poderia deixar de ser citado neste estudo, em razão da sua grande relevância, e das repercussões futuras que terão no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é a instauração, de ofício, no âmbito do Supremo Tribunal Federal de inquérito para apuração de “*fake news*”.

O referido inquérito (Inq 4781) foi aberto, de forma genérica e sem objeto definido pelo Supremo, em março deste ano, a pedido do presidente da Corte, ministro Dias Toffoli, e que designou como relator o ministro Alexandre de Moraes. Ao que consta, o inquérito foi instaurado para apurar a disseminação de notícias falsas, acusações caluniosas e ameaças contra os ministros da Corte<sup>12</sup>.

Além de determinar a instauração de investigação de ofício, o que já seria absurdo por si só, a investigação está sendo presidida pelo julgador, que também é uma das possíveis vítimas das “notícias falsas, acusações

---

<sup>12</sup>Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/14/toffoli-anuncia-inquerito-para-apurar-noticias-fraudulentas-que-ofendam-a-honra-do-stf.ghtml>. Acesso em: 28/10/2019.

caluniosas e ameaças”, em um claro retorno ao sistema inquisitivo do período do Estado absolutista<sup>13</sup>.

Não temos ainda como analisar o impacto desta investigação no âmbito do STF em outras decisões do judiciário brasileiro, mas esperamos que o Colegiado daquela Corte, ao analisar este inquérito, possa ser restabelecer o sistema acusatório, com a divisão de atribuições entre órgão julgador e órgão de acusação.

#### **4. Conclusão**

Importante frisar mais uma vez que, embora não tenha sido declarado de modo expresse na Constituição de 1988 que o Brasil adotou o sistema acusatório, ele é o único que se coaduna com o Estado Democrático de Direito implantado no País após o período ditatorial.

Assim, em conjunto com os demais direitos fundamentais existentes no texto constitucional, de forma expressa ou não, o princípio acusatório é um dos direitos fundamentais que regem o Direito Criminal brasileiro. Nesse sentido, mesmo o Código de Processo Penal contendo resquícios do sistema inquisitivo/misto, sua leitura deve ser feita à luz do sistema acusatório.

Nessa esteira, compete privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal pública, nos termos do disposto no art. 129, inciso I, CF, sendo ele o detentor da legitimidade para a persecução criminal

---

<sup>13</sup>Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/16/alexandre-de-moraes-autoriza-busca-de-arquivos-digitais-no-inquerito-que-investiga-ofensas-a-ministros-do-stf.ghml>. Acesso em: 28/10/2019.

perante o Judiciário. Não obstante sua importância, que alguns autores consideram como o quarto Poder, ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, é imperioso reforçar que, no âmbito do processo penal, ele deve ser tratado como parte e não com privilégios.

Compete à acusação, durante a instrução processual penal, comprovar a culpabilidade do denunciado, não se coadunando com o princípio acusatório a inversão do ônus para a defesa ou que o julgador diligencie no intuito de “ajudar” a acusação. Por isso é tão temerário que o Superior Tribunal de Justiça não tenha identificado nulidade na continuação de audiência de instrução para oitiva das testemunhas de acusação sem a presença de membro do Ministério Público, sendo que o magistrado fez este papel fazendo perguntas às testemunhas.

Por outro lado, é um claro insulto ao princípio acusatório que os Tribunais Superiores permitam que os julgadores condenem em processos nos quais tem manifestação do Ministério Público, na fase de alegações finais, pedindo a absolvição do acusado.

Portanto, da análise dos julgados objeto da pesquisa, com a exceção das sentenças da 2ª Vara da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, foram identificadas diversas situações de afronta ao princípio acusatório.

Sendo assim, foi demonstrada a importância do objeto da pesquisa para compreender o quanto ainda são falhas as decisões dos Tribunais Pátrios, principalmente dos Tribunais Superiores, no que se refere à aplicação do princípio acusatório. Uma situação emblemática, é a instauração de inquérito de ofício pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que designou um ministro para presidir as investigações, inclusive com várias decisões cautelares e sem participação do Ministério Público.

Por todo exposto, percebe-se no País a existência de um sistema acusatório diferenciado, que poderíamos chamar de sistema acusatório “à brasileira”, no qual sua Corte Constitucional reforça em diversos julgados que no Brasil vigora o sistema acusatório, com todas as suas repercussões na seara criminal, mas que, ao mesmo passo, determina a instauração de investigação de ofício, e quem preside a investigação é o julgador do processo e também é a vítima do suposto fato delituoso investigado. Um total absurdo jurídico que só reforça a necessidade da academia se manter ativa e atenta no seu papel de pesquisa, devolvendo para a sociedade conhecimento, que é ferramenta essencial na defesa dos nossos direitos fundamentais.

## Referências

BARROS, Dirceu Francisco; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renne do Ó (Coord.). Acordo de não persecução penal (2019): Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CAMARGO, Margarida Lacombe; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Sistemas processuais penais à luz da Constituição. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2016, vol. 97, p. 73-88.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Lide e Conteúdo do Processo Penal. Paraná, Editora Juruá, 1998.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 317, abril/2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18), jan./jul.2005, p. 15-26.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro. A delação premiada. De jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 10, jan/jun 2008, p. 247-266.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional – vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>. Revista Consultor Jurídico, 2014. Acesso em: 29/10/2019.

MACHADO, Bruno Amaral. Ministério Público: Organização, Representações e Trajetórias. Curitiba: Juruá, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1999.

SANT'ANNA, Gisélle Maria Santos Pombal. Breve análise dos sistemas processuais penais. Revista Prolegis, 2008. Disponível em: <https://www.prolegis.com.br/breve-an%C3%A1lise-dos-sistemas-processuais-penais/>. Acesso em: 29/10/2019.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Natal: OWL, 2019, prelo.

VALADÃO, Alfredo. Ministério Público: quarto poder do Estado, e outros jurídicos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

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

\_\_\_\_\_. O pomar e as pragas. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 188, julho/2008, p. 02-03.

**(Re)construção do discurso empregado na *emendatio libelli* e o princípio da ampla defesa**

*Letícia Oliveira Mesquita*<sup>1</sup>

**RESUMO**

O predomínio de uma concepção acrítica no que diz respeito ao tratamento, sobretudo, jurisprudencial da *emendatio libelli*, posta ao artigo 383 do Código de Processo Penal Brasileiro, torna imprescindível e urgente o seu estudo pormenorizado a partir de uma Teoria Constitucional do Processo Penal, em especial análise diante do princípio da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal). Nesta senda, este trabalho vislumbra observar o conteúdo das falas presentes nos atuais – e simultaneamente velhos – discursos jurídicos e redimensioná-los, num estudo do “Direito Criminal como corpo normativo do sistema de proteção dos direitos fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”. Para isso, buscou-se, por razões metodológicas e diante da pretensão de se estudar Direito e linguagem, perquirir as decisões da Justiça Federal local e regional e dos Tribunais Superiores relativas ao tema em questão, observando as perspectivas de evolução (ou não) de seu tratamento e as implicações desta situação. Assim, de início, é feita uma análise de decisões, partido-se, após, para o estudo crítico pormenorizado do discurso empregado, que se faz necessário e, por outro lado, não pode prescindir da averiguação dos atuais posicionamentos dos magistrados e tribunais brasileiros.

**Palavras-chave:** *Emendatio libelli*. Ampla defesa. Sistema acusatório.

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro voluntário, na modalidade de iniciação científica, do Projeto de Pesquisa “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”.

## ABSTRACT

The predominance of an uncritical conception regarding the mainly jurisprudential treatment of the *emendatio libelli*, as set out in article 383 of the Brazilian Criminal Procedure Code, makes its detailed study based on a Constitutional Theory of Criminal Procedure indispensable and urgent. special analysis on the principle of broad defense (article 5, item LV, of the Federal Constitution). In this way, this work aims to observe the content of the speeches present in the current - and simultaneously old - legal discourses and to resize them, in a study of “Criminal Law as a normative body of the system of protection of fundamental rights, in the subjective and objective perspectives”. For this, it was sought, for methodological reasons and facing the pretense of studying Law and language, to inquire the decisions of the local and regional Federal Justice and the Superior Courts related to the subject in question, observing the perspectives of evolution (or not) of its treatment and the implications of this situation. Thus, in the beginning, an analysis of decisions is made, after which the critical study of the discourse employed, which is necessary and, on the other hand, cannot dispense with the investigation of the current positions of the Brazilian magistrates and courts.

**Keywords:** *Emendatio libelli*. Broad defense. Accusatory system.

## 1. Introdução

O instituto da *emendatio libelli* está descrito, no nosso ordenamento jurídico, através da redação do artigo 383 do Código Processual Penal. A regra é a de que “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha que aplicar pena mais grave”.

Denota, em síntese, que, não obstante frente ao mesmo substrato fático da imputação deduzida na inicial acusatória (denúncia ou queixa-crime), pode o juiz condenar o acusado em delito de tipificação diversa da

apontada, em princípio, pela acusação, até mesmo nas situações em que lhe seja agravada a pena.

Trata o texto legal de raciocínio decorrente dos velhos brocardos *iura novit cúria e narra mini factum, dabo tibi ius*. Em suma, traduzem eles que o acusado, no processo penal, defende-se de fatos e não do direito (princípio da consubstanciação), já que não tem o conhecimento técnico para tal. Isso posto, dados os fatos ao juiz, entregaria esse último o direito, que pode ser, inclusive, diferente daquele indicado, geralmente, pelo Ministério Público. É o que também se chama de princípio da livre dicção do direito.

Na abordagem da problemática, é comum a referência doutrinária a três formas de aplicação da *emendatio libelli* pelo juiz, são elas: *emendatio libelli* por defeito de capitulação; *emendatio libelli* por supressão de elementar e/ou circunstância; e *emendatio libelli* por interpretação diferente (LIMA, 2012).

A *emendatio libelli* por defeito de capitulação concerne à situação na qual o juiz profere sentença condenatória ou decisão de pronúncia em conformidade exata com o fato descrito na denúncia ou na queixa, contudo reconhece que tal fato se amolda a dispositivo penal distinto daquele que constou na inicial. Exemplo seria quando o acusado é denunciado por roubo, mas, por equívoco, é capitulada essa infração, na denúncia, como o artigo 147 do Código Penal (crime de ameaça), podendo o juiz, na sentença, condenar pelo crime descrito (roubo), esclarecendo, porém, que se trata de conduta que tem enquadramento no artigo 157 do Código, cuja pena, evidentemente, é maior do que a relativa ao artigo equivocadamente atribuído na denúncia (AVENA, 2011).

Na *emendatio libelli* por supressão de elementar e/ou circunstância, a seu turno, tem-se uma nova capitulação do fato em função da não comprovação, durante a fase de instrução processual, de todas as circunstâncias ou elementares enunciadas à peça acusatória. A valer, deve-se aceitar que, *in casu*, há uma supressão fática, que acaba por resultar na mudança da tipificação.

Por fim, com relação à *emendatio libelli* por interpretação diferente, trata-se da mais correntemente observada e que traz maiores problemas a esta pesquisa. É aquela na qual não se altera a imputação fática constante da peça acusatória, porém, em sede de sentença, o juiz interpreta tal substrato fático de maneira a conferir tipificação diversa da atribuída pelo Ministério Público ou pelo querelante.

As situações de *emendatio libelli*, nessa toada, conforme Lopes Jr. (2017), acabam por representar certa relativização da regra da correlação, pela qual deve permanecer inalterada a imputação exposta na exordial acusatória até a sentença. Se alterada a tipificação posta na condenação, é certo que não deixa a sentença de consolidar uma acusação diferente daquela inicialmente projetada à inicial da ação penal. Com isso, deve-se provocar discussão mais aprofundada a respeito dos princípios informadores da regra da correlação no processo penal, inclusive a ampla defesa, em detrimento da reprodução acrítica dos postulados tradicionais resumidos ao *iura novit cúria* e ao *narra mini factum, dabo tibi ius*.

É nessa toada que, fixadas as basilares condições teóricas para entendimento do tema, proceder-se-á ao exame do seu tratamento jurisprudencial, para, na sequência, buscar questionar os pressupostos fundantes da interpretação vigente a respeito do instituto, a qual, nos termos

que se verá, ainda é permeada pelos brocardos citados, os quais não mais se alinham, de pronto, à Constituição de 1988.

Preliminarmente, esclareça-se que, desde o princípio, foi definido o âmbito da Justiça Federal local e regional e dos Tribunais Superiores como alvo, visto que suas plataformas de decisões eram e são as mais acessíveis. Quanto ao intervalo de tempo da pesquisa, pretendia-se, inicialmente, averiguar as decisões do ano de 2019, as quais, por diversas vezes, eram poucas, daí ter-se partido para o ano de 2018 em dadas situações.

No que tange à Justiça Federal, observou-se maior facilidade de acesso às decisões da 2ª Vara Federal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, em que foram verificados todos os processos sentenciados no ano de 2018, diante da insuficiência dos relativos a 2019, selecionando-se aqueles importantes a este tema. Desses, resultaram 06 (seis) sentenças úteis e metodologicamente insertas nesta pesquisa analisadas.

Já no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, foram 12 (doze) os documentos julgados em 2019 constantes dos resultados da pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal, a partir dos termos “*emendatio libelli*”, examinados.

No Superior Tribunal de Justiça, foram 18 (dezoito) acórdãos atinentes ao tema vistos a partir, também, da inserção dos termos “*emendatio libelli*” no campo de pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal, referentes ao intervalo de tempo de 2019.

No Supremo Tribunal Federal, novamente, procedeu-se à inserção dos termos referidos no campo de pesquisa de jurisprudência do respectivo *site*, encontrando-se, somados os anos de 2018 e 2019, apenas 02 (duas) decisões que abordavam o instituto nas perspectiva aqui estudada.

## 2. Relato dos dados da pesquisa

Passando propriamente à análise suprarreferida, tem-se que, das 06 (seis) sentenças úteis e metodologicamente insertas nesta pesquisa e analisadas no âmbito da Justiça Federal local, 03 (três) limitaram-se a uma aplicação acrítica e literal do que disciplina o artigo 383, do Código Processual Penal. Nestas decisões, é repetitiva e unânime a menção ao princípio do *jura novit cúria*.

Em síntese, há a aplicação da *emendatio libelli* sem qualquer ressalva a eventuais prejuízos à defesa, sendo um caso em que a nova definição jurídica parte do crime do artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 01/67, para o crime de peculato (artigo 312 do Código Penal)<sup>2</sup>; outro em que o delito inicialmente arguido era esse último, mas a condenação operou-se nas penas do artigo 155 (furto), § 4º, incisos II e IV, do Código Penal<sup>3</sup>; e outro em que o Ministério Público Federal havia atribuído aos denunciados o crime de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal), mas, em alegações finais, acrescentou a majorante da associação criminosa armada (artigo 288, parágrafo único, do Código Penal)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Justiça Federal no Rio Grande do Norte. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Processo nº 0006007-03.2010.4.05.8400**. Julgamento em: 09. maio. 2018. Disponível em: <<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?signedIdProcessoTrf=18827db3e0159a4e936cf1b37c98dbce#>>. Acesso em: 30. out. 2019.

<sup>3</sup> BRASIL. Justiça Federal no Rio Grande do Norte. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Processo nº 0808790-22.2016.4.05.8400**. Julgamento em: 24. ago. 2018. Disponível em: <<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=f636be5b9263ae95292ba7aca409c96b>>. Acesso em: 30. out. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. Justiça Federal no Rio Grande do Norte. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Processo nº 0801265-18.2018.4.05.8400**. Julgamento em: 24. ago.

Existiram, no entanto, outras 03 (três) decisões que fogem um pouco ao comumente aplicado no tema.

Em uma delas, a capitulação dada, em princípio, aos fatos, correspondia ao delito de organização criminosa (artigo 2º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 12.850/13), e, ao cabo da instrução, concluiu-se que os fatos mais amoldavam-se ao tipo de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal)<sup>5</sup>.

*In casu*, porém, o juízo ressaltou a aplicabilidade do artigo 10 do Código de Processo Civil, entendendo que, em que pese já deduzidas as razões finais, a alteração da capitulação, de ofício, não implicaria em grande surpresa, visto que “a diferença entre o delito de organização criminosa e o crime de associação criminosa (art. 288, do Código Penal) é basicamente gradual, sendo aquele primeiro crime mais complexo do que este último”, de maneira tal que a defesa em relação à ocorrência de organização criminosa necessariamente englobaria as possibilidades de defesa relativas ao crime de associação criminosa.

Em outra sentença analisada, não obstante a utilização do mesmo argumento descrito acima, não foi operada a *emendatio libelli*<sup>6</sup>. Na situação

---

2018. Disponível em: <<https://pje.jfn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcesoDocumento=caae46f7b3855356e2b9ba556017a7b7>>. Acesso em: 30. out. 2019.

<sup>5</sup> BRASIL. Justiça Federal no Rio Grande do Norte. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Processo nº 0806608-92.2018.4.05.8400**. Julgamento em: 05. out. 2018. Disponível em: <<https://pje.jfn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcesoDocumento=f6339a2d9d6921d7d13e872806b928f9>>. Acesso em: 30. out. 2019.

<sup>6</sup> BRASIL. Justiça Federal no Rio Grande do Norte. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Processo nº 0003867-88.2013.4.05.8400**. Julgamento em: 18. set. 2018. Disponível em:

em apreço, o magistrado destacou que, embora tenha a acusação pleiteado a condenação apenas nas penas do artigo 157 do Código Penal (roubo), com suas respectivas majorantes referentes ao uso de arma de fogo e ao concurso de agentes, caberia também a resposta pelo delito de uso de arma de fogo permitida (artigo 14 da Lei nº 10.826/03), já que, por óbvio, também teria havido constrangimento às pessoas que estavam no interior da agência com tal instrumento. Em razão do princípio da não surpresa, contudo, decidi por somente citar que a nova imputação poderia ser deduzida por meio do ajuizamento de outra ação penal.

Por fim, tem-se uma sentença em que se chegou a discutir a viabilidade da *emendatio libelli*, mas decidiu-se por não a operar<sup>7</sup>. Cuida-se de situação em que o Ministério Público Federal imputava crime de responsabilidade a uma ex-prefeita (artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67), mas que não ficou demonstrado o desvio em proveito próprio ou alheio, de modo que não se logrou êxito em provar as elementares do crime. Descreveu o juízo que eventualmente poderia a conduta amoldar-se à previsão do inciso III do mesmo artigo imputado pelo acusador, que prevê a mera aplicação indevida das verbas. Entretanto, concluiu o juízo sentenciante que não se verificariam efeitos práticos na *emendatio libelli*, pois, conforme a nova pena máxima atribuída, o crime já estaria prescrito.

---

<<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=be23bdf63822d9eabc5402a2e69adb0e>>. Acesso em: 30. out. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. Justiça Federal no Rio Grande do Norte. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Processo nº 0801287-13.2017.4.05.8400**. Julgamento em: 21. mar. 2018. Disponível em:

<<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=951edd0e2077becc5c4c8cf84fd330f4>>. Acesso em: 30. out. 2019.

As decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em seu turno, cuidam do tema de modo extremamente superficial, muitas vezes, sem enfrentar a alegação de necessidade de intimação da defesa, sob pena de nulidade por afronta ao princípio da ampla defesa. Mais frequente é a discussão sobre qual tipo melhor se adequa aos fatos do que propriamente a reflexão sobre os prejuízos ocasionados à defesa quando não sabe ela de qual classificação jurídica se defende.

Foram doze os documentos julgados em 2019, constantes dos resultados da pesquisa de jurisprudência no *site* do Tribunal, a partir dos termos “*emendatio libelli*”, examinados. Dessas decisões, chamou atenção um acórdão em julgamento de apelação cível, no qual rebateu-se a preliminar de nulidade de sentença levantada em função de ter-se operado *emendatio libelli* traduzida no fato de a denúncia ter enquadrado a conduta do apelante no tipo penal embrenhado no artigo 171, § 3º, do Código Penal, resultando na condenação pela prática de conduta estampada no artigo 313-A<sup>8</sup>.

No *decisum* em questão, citava-se que:

O fato, aliás, é corriqueiro, não ocorrendo nenhuma nulidade por não ter o acusado sido ouvido, cuidando-se a possibilidade de enquadramento no art. 383, do Código de Processo Penal. O importante e fundamental é que o fato é um só, este sim, o fator importante, que não sofreu alteração alguma, de modo a não causar nenhum prejuízo à defesa desse acusado. Ademais, o enquadramento, adotado na r.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Segunda Turma. **Apelação Criminal nº 15031**. Relator: Desembargador Federal Vladimir Carvalho. Julgamento em: 08. jan. 2019. Publicação em: DJe 25. jan. 2019. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/InteiroTeor/publicacoes.jsp?numproc=00004723520154058201>>. Acesso em: 30. out. 2019.

sentença, se constitui em matéria a ser enfrentada no final, acaso os apelos não sejam providos (BRASIL, 2019, *online*).

Na sede do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se ser comum a fundamentação de que, no sistema processual penal brasileiro, o réu defende-se da imputação fática, e não da imputação *iuris*, justificando-se, por exemplo, a inclusão de uma qualificadora, pelo magistrado, sem implicância na nulidade da sentença<sup>9</sup>. Em outra situação, falou-se em mera correção, aduzindo-se que, quando a denúncia descreve todas as elementares do tipo, o juiz pode corrigir eventual equívoco<sup>10</sup>. Desse modo, sedimenta-se a inviabilidade de observar-se, tratando-se de *emendatio libelli*, o procedimento de aditamento do artigo 384 do Código Processual Penal, a respeito da *mutatio libelli*, quando se muda também a imputação fática<sup>11</sup>.

Um trecho emblemático trazido nas decisões pode ser assim transcrito:

Não houve qualquer alteração da descrição fática contida na denúncia, mas tão somente da definição jurídica do fato imputado. Desse modo, de rigor a aplicação do instituto da *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal - CPP, não havendo falar em aditamento da

---

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **AgRg no AREsp nº 1330731**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 04. jun. 2019. Publicação em: DJe 14. jun. 2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201801784207&dt\\_publicacao=14/06/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801784207&dt_publicacao=14/06/2019)>. Acesso em: 30. out. 2019.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **AgRg no AREsp nº 1464770**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgamento em: 14. maio. 2019. Publicação em: DJe 20. maio. 2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201900715882&dt\\_publicacao=20/05/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900715882&dt_publicacao=20/05/2019)>. Acesso em: 30. out. 2019.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **AgRg no AREsp nº 1422251**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: 23. abr. 2019. Publicação em: DJe 30. abr. 2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201803416290&dt\\_publicacao=30/04/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803416290&dt_publicacao=30/04/2019)>. Acesso em: 30. out. 2019.

denúncia ou abertura de vista à defesa para integração do contraditório (BRASIL, 2019, *online*)<sup>12</sup>.

Ainda no que tange à *emendatio libelli*, são poucas as decisões do Supremo Tribunal Federal que incrementam os debates sobre o tema. A Suprema Corte limita-se a reafirmar o posicionamento da maioria dos tribunais, mas abordando a problemática de maneira ainda mais insuficiente.

Das 05 (cinco) decisões observadas, somados os anos de 2018 e 2019, novamente por meio da inserção dos termos “*emendatio libelli*” no campo de pesquisa de jurisprudência do respectivo *site*, foram somente 02 (duas) as que abordaram o instituto pela perspectiva aqui estudada e sem qualquer reflexão crítica.

Em julgamento recente, de junho de 2019, reiterou-se que, em se tratando do instituto da *emendatio libelli*, não há de se falar em nulidade ou afronta ao princípio da correlação<sup>13</sup>. Do mesmo modo, em julgamento um pouco anterior, de março de 2018, mais uma vez a Corte restringiu-se a definir a *emendatio* e a afirmar que, não transbordando os fatos utilizados à imputação deduzida na denúncia, o STF possui entendimento pela possibilidade de realização de *emendatio libelli*<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Habeas Corpus nº 482106**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: 21. maio. 2019. Publicação em: DJe 03. jun. 2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201803226640&dt\\_publicacao=03/06/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803226640&dt_publicacao=03/06/2019)>. Acesso em: 30. out. 2019.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus nº 1565333**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em: 28. jun. 2019. Publicação em: DJe 31. jul. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750262470>>. Acesso em: 30. out. 2019.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus nº 134872**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 27. maio. 2019. Publicação em: 08. out. 2019. Disponível em:

### 3. Abordagem crítica e dogmática dos dados

Pois bem. Como já mencionado, o entendimento da problemática perpassa pela revisitação dos princípios informadores da regra da correlação, para que, enfim, se possa questionar as concepções acriticamente reproduzidas em nosso ordenamento.

As ditas concepções podem resumir-se no que outrora, brevemente, aduziu Tourinho Filho (2007, p. 869-870):

[...] se o Juiz conhece o direito, evidente que a errada classificação do crime feita na denúncia ou queixa não constitui obstáculo à prolação de sentença condenatória, ainda que a pena a ser imposta seja mais grave. Afinal de contas o réu não se defende da capitulação do fato, mas do próprio fato. **Na denúncia ou queixa o acusador expõe o fato.** Se estiver errada sua capitulação, nem por isso deve o Juiz anular o processo, tal como acontecia anteriormente, mesmo porque o que se exige é a correlação entre o fato contestado e a sentença. **A parte pergunta, o Juiz responde.** A parte narra o fato, o Juiz diz qual a lei a ser aplicada. *Narra mihi factum, dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). [...] Citado, **o réu vai defender-se da imputação que lhe é feita, e não da sua capitulação** (grifos acrescidos).

Similarmente, a extensa maioria das decisões descreve que impera o relevo dos fatos à condenação, que o princípio da correlação diz respeito apenas aos fatos e não a tipificação e que é desnecessária a aplicação do contraditório, já que suficiente o pronunciamento do juiz. Progressivamente, todavia, vão ser derrubadas as premissas nas quais se fundam essas conclusões.

---

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401055>>. Acesso em: 30. out. 2019.

De início, é de saber-se que, em que pese alguns resquícios inquisitivos no ordenamento jurídico<sup>15</sup>, há de se concluir que o constituinte de 1988 optou por assentar o sistema acusatório como modelo processual penal a ser, por óbvio, espreado a toda a legislação infraconstitucional.

A escolha em referência resulta da dicção dos artigos 129, inciso I (que atribui privativamente ao Ministério Público a propositura das ações penais de iniciativa pública, separando, portanto, as funções de acusar e julgar); 5º, incisos LIII, LIV, LV, LVII (que consagram os princípios do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e da presunção de não culpabilidade); e 5º, inciso LX, associado ao 93, inciso IX (que consagra publicidade dos atos processuais), todos da Constituição. Prontamente, já se percebe que são várias as decorrências da opção constitucional.

Sobre esse sistema:

A separação das funções de acusador, defensor e julgador representa o mais importante pressuposto, verdadeira essência do sistema acusatório, decorrente da regra *nullum iudicium sine accusatione*, uma das maiores garantias do julgamento imparcial, pois o julgador ne procedat ex officio. Nenhuma parte tem preponderância sobre a outra, cabente ao acusador provar os fatos acusados, o que, evidentemente, não vincula o julgador. (POZZER, 2001, p. 31)

Portanto, já se extrai, preliminarmente, o princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat ex officio*) do sistema acusatório. É que ele só ganha claros contornos, no processo penal, quando se supera o modelo inquisitivo e se atribui ao Ministério Público, órgão distinto do Judiciário, a função de

---

<sup>15</sup> O Código de Processo Penal de 1941 foi editado na regência da Constituição de 1937, a dita “Constituição Polaca”, inspirada na polonesa, de influências fascistas, assinalada pelo golpe de Getúlio Vargas e pela demasiada ampliação dos poderes do Executivo federal.

acusar. Ao juiz, então, restou vedado o exercício do direito de ação, que, desse modo, reservou-se, de regra, ao Ministério Público.

Chega-se ao ponto, com isso, de entender que, desse preceito, por sinal, deriva não só a ideia de que o juiz não pode iniciar um processo, mas também a de que ele não pode prover sem que haja pedido (*nullum iudicium sine accusatione*) nem diversamente do que foi pedido (*ne eat iudex ultra petita partium*), que não é outra coisa senão a correlação entre acusação e sentença. Em vista disso, a inércia da jurisdição e, de outra banda, o direito de ação atribuído ao Ministério Público são alguns dos princípios vigentes, nesse sistema acusatório constitucional, a referir-se à regra da correlação.

Importa a questão à problemática da *emendatio libelli* justamente em função de, nos casos de sua ocorrência, acabar o juiz por condenar o acusado em tipificação diversa da inicialmente apontada pelo órgão acusador, ou seja, acaba por prover diversamente do que foi pedido. Nesse ponto, adentra-se no debate em torno de qual seria o objeto do processo penal, ou melhor, de se a ideia da imputação como sendo objeto do processo penal engloba apenas fatos ou também sua tradução jurídica, isto é, sua tipificação.

Inobstante não se pretenda tecer novos contornos dogmáticos ao tema, é certo que não se pode considerar como desprovida de relevância a tipificação penal dos fatos, o que desemboca, ao menos, numa reanálise da problemática, de maneira um pouco mais crítica, a questionar minimamente se, diante do caso concreto, estaria o julgador agindo nos moldes do sistema acusatório ou ainda atraído pelo ranço inquisitório.

A principal evidência dessa necessidade de atribuição de importância à tipificação penal está no artigo 41 do Código Processual

Penal. O dispositivo em questão elucida, *ipsis litteris*, que “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. A “classificação do crime” é a estipulação do dispositivo legal que descreve o fato criminoso, isto é, o tipo, sendo mais adequado, no trato do direito penal, o uso do termo “tipificação”.

Ora, diante do enunciado, não se pode extrair relevo apenas das alegações de fato trazidas na ação penal, como corriqueiramente se faz e se deixou antever dos posicionamentos jurisprudenciais elencados. Se o próprio Código de Processo Penal exige a tipificação, certamente não o faz em vão.

Passando adiante, tem-se que, pelo princípio do contraditório, também não são suficientes as alegações de que basta à acusação expor os fatos e ao juiz dar o direito, Há um constante antagonismo entre a posição do acusador e a do acusado, a qual se dinamiza, notadamente, pelo contraditório, ou seja, no binômio informação/reação, para que possa sobrevir a síntese da sentença.

É por isso que aduz Lopes Jr. (2017, p. 889) ser “reducionismo pensar o princípio da correlação (ou congruência) no binômio acusação-sentença, pois não se pode admitir a decisão acerca de matéria não submetida ao contraditório”.

Nessa dimensão, Silva Jr. (2019) acentua não se poder perder de vista o fato de a sentença, nos casos de *emendatio libelli*, pautar-se em argumento novo, que não foi objeto de debate pelas partes. Assevera que não parece ser razoável surpreender o acusado com fundamento de parte

substancial da sentença, o que já foi, aliás, ponto extremamente controvertido no processo civil, pelo que emergiu o artigo 10 do Código Processual Civil de 2015, preceituando que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Cuida-se do princípio da não surpresa, espécie de derivação do contraditório, que, com ainda mais razão deveria incidir sobre o processo penal, já que lida ele com a sanção mais gravosa do nosso ordenamento, qual seja, a imposição da pena privativa de liberdade, bem como envolve uma debilidade estrutural, em função não das condições econômicas e sociopolíticas do acusado, mas por ocupar ele a posição de “réu”, adversa em relação ao Ministério Público (nos casos de ação penal pública, claro) – que, apesar de, no modelo democrático, não possuir a função de órgão meramente acusador, não deixa de dispor do aparato estatal em seu favor.

Desse modo, a aplicação do princípio da não surpresa, com a correspondente intimação das partes para a manifestação a respeito da eventual nova tipificação atribuída aos fatos, seria uma alternativa à compatibilização do artigo 383 do Código de Processo Penal com o sistema processual penal constitucionalmente adotado.

A questão, por mais óbvia que seja, enseja controvérsias, porque o contraditório ainda é entendido apenas em relação a fatos, a provas. Contudo, igualmente merece menção nas questões de direito, como a tipificação. Podem surgir ao aplicador problemas não solucionáveis com facilidade, tais como, o concurso aparente ou real de normas, os conflitos de lei no tempo e no espaço, a necessidade de compatibilidade entre a norma

e a Constituição, a variedade de interpretações a respeito de um mesmo texto de lei etc., pelo que, no exercício provocativo do (dever do) contraditório, o juiz mitiga o empecilho encontrado, angariando elementos que lhe convençam e desprendam de eventuais preconceitos, apercebendo-se que, muitas vezes, eles só são satisfatoriamente informados pelas partes.

E não só isso, é verdade que, no processo penal, o contraditório vai além dessa mera paridade de armas. Sobreleva o princípio da ampla defesa, mais um princípio informador.

A Constituição de 1988 cuidou disso ao artigo 5º, inciso LV, dispondo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Repare-se que não só foi assegurada a ampla defesa, mas os meios e recursos a ela inerentes, bem como que, no âmbito do processo penal, o constituinte assegurou essa ampla defesa apenas ao acusado, enquanto, no processo civil, o fez a ambos os litigantes.

A ampla defesa – destaque-se – abrange a autodefesa (ou defesa privada) e a defesa técnica (ou defesa pública). Nesse sentido, é fato que, na esfera criminal, aponta com enorme relevo a autodefesa, contrariamente ao ambiente cível, mas ela sozinha não basta.

Diz-se que compreende a autodefesa: (1) o direito de o acusado ser cientificado dos atos processuais; (2) o de estar presente às audiências; (3) e o de falar nos autos, concretizado, majoritariamente, pelo direito ao interrogatório ou direito de audiência (SILVA JR., 2015).

No entanto, igualmente valiosa é a defesa técnica. Assim, é lógico que o juiz não vai perguntar ao acusado se praticou a conduta descrita em determinado artigo de lei, citando seu número (TOURINHO FILHO, 2007),

mas isso não porque o acusado só se defende de fatos, mas em razão de não ter ele o conhecimento técnico para defender-se das questões jurídicas, pelo que sobrevém a defesa técnica.

Esse desdobramento da ampla defesa, no processo penal, é indisponível, estabelecendo o artigo 261 do Código Processual Penal que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Diferente, como sabido, é no processo civil, em que o réu pode mostrar-se revel e, na maioria das vezes, ter a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em seu desfavor (artigo 344 do Código Processual Civil), ao passo que, no processo criminal, não sendo apresentada a resposta à acusação no prazo legal, “[...] o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias” (artigo 396-A, § 2º, do Código de Processo Penal).

Ainda, é insuficiente ao respeito da exigência da ampla defesa por uma defesa técnica a mera oportunização de defesa (defesa formal), devendo ela ser efetiva e, ainda, eficiente (defesa substancial).

A efetividade materializa-se, primordialmente, quando se nomeia defensor dativo ou defensor público, já que não pode o acusado, em absolutamente nenhuma hipótese, ficar sem defesa. É o que garante a Constituição ao artigo 5º, inciso LXXIV, preceituando que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” e o artigo 133, *caput*, quando cuida da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Já a eficiência impõe que essa defesa realmente mostre serviço no processo, não sendo garantida somente *pro forma*, daí a Súmula nº 523 do Supremo

Tribunal Federal, pela qual a falta de defesa, no processo criminal, gera nulidade absoluta, e a defesa deficiente gera nulidade relativa.

À evidência, exige-se ao acusador a indicação da classificação jurídica não somente por motivos de competência ou de verificação de possíveis cautelares, de possibilidade de *sursis* processual, nem do procedimento a ser adotado, mas também e, precipuamente, para que o acusado prepare sua defesa, já que ela não versa apenas sobre fatos, e sim sobre fatos e seus aspectos jurídicos. Aí está a relevância da exigência da tipificação já na denúncia ou queixa, bem como a necessidade de, ao menos, intimar-se a defesa para ter ciência da nova tipificação que lhe pode ser imposta.

Por isso, não pode o juiz, de plano, contrariamente ao constatado na imensa maioria dos casos julgados ora trazidos, modificar repentinamente a tipificação sobre a qual se debruçou todo esse maquinário.

#### **4. Alternativas ao procedimento vigente**

Nessa etapa, em primeiro lugar, há de se distinguir o tratamento que se entende adequado a cada tipo de situação de *emendatio libelli* mencionado à introdução das presentes explicações.

Assim, quanto à *emendatio libelli* por defeito de capitulação, não há motivos para não admiti-la, essa, sim, cuida, em verdade, da mera correção de um erro, a qual deve ser providenciada, inclusive, ao primeiro contato do juiz com os autos. Ora, se o acusador debruça-se, durante toda a peça exordial, sobre um tipo, discriminando todas as suas elementares e, ao cabo, pronuncia artigo que não corresponde ao delito pretendido, obviamente que

cometeu um equívoco, devendo o magistrado, imediatamente, saná-lo, até porque “Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo [...]” (artigo 251 do Código Processual Penal).

A esse respeito, em que pese topograficamente situado o artigo 383 do Código de Processo Penal, aquele que cuida, em nosso ordenamento, da *emendatio libelli*, no “Título XII – Da sentença”, não há outro entendimento racional que não a correção, de pronto, pelo juiz, do equívoco cometido pela acusação.

Na *emendatio libelli* por supressão de elementar e/ou circunstância, da mesma forma, não há maiores problemas.

É certo que ocorre nos casos de crimes complexos, isto é, aqueles compostos pela junção de dois ou mais crimes – como o crime de roubo (artigo 157 do Código Penal), que pode ser a junção de um crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal) com o de furto (artigo 155 do Código Penal), comprovando-se apenas um deles; ou nas situações de incidência do princípio da especialidade, em que há um tipo genérico a necessariamente abranger a situação descrita em tipos específicos – como o feminicídio (artigo 121, inciso VI, do Código Penal), que não deixa de ser um homicídio (artigo 121, *caput*, do Código Penal), mas em situação especial; ou, ainda, quando se vê caso de um crime fim e um crime meio, tal qual o estelionato (artigo 171 do Código Penal) e o uso de documento falso (artigo 304 do Código Penal), respectivamente, sendo absorvido o último pelo primeiro (princípio da consunção).

Nessas situações, é lógico que as possibilidades de defesa pelos crimes mais abrangentes abarcam necessariamente as de defesa pelo crime menos complexo, pelo crime menos especial e pelo crime meio. Daí ser

lícito concluir, desde que o magistrado assim argumente em sede de sentença, pela ausência de prejuízo à defesa. É plenamente plausível que, com o fim da instrução, não restem demonstradas todas as elementares ou circunstâncias demandadas pelo primeiro tipo, mas que configurem os fatos residuais um novo delito (menos complexo, menos especial e meio).

É o que Lopes Jr. (2017) chama de “redução da imputação por ausência de provas”, explicando que ocorre em tipos penais decomponíveis, de modo que, sendo afastada uma elementar por ausência de provas, há mera condução para a atipicidade relativa, já que possível a condenação por outro delito.

Trata-se exatamente do exemplo trazido em um dos julgados referidos, no qual a imputação inicial era pelo delito de organização criminosa (artigo 2º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 12.850/13), e, ao cabo da instrução, concluiu-se que os fatos mais amoldavam-se ao tipo de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal)<sup>16</sup>.

A sentença em apreço, magistralmente, afastou qualquer possibilidade de tipificação pelo crime de organização criminosa, porquanto restaram nos autos apenas 03 (tres) acusados, tendo o próprio Ministério Público Federal requerido a absolvição daquele que seria o quarto. No entanto, reconhecendo as possibilidades de prejuízo à defesa, destacou que a situação enfrentada era peculiar, já que poderia haver a desclassificação para o delito de associação criminosa sem acarretar surpresas à defesa, já

---

<sup>16</sup> BRASIL. Justiça Federal no Rio Grande do Norte. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Processo nº 0806608-92.2018.4.05.8400**. Julgamento em: 05. out. 2018. Disponível em: <<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=f6339a2d9d6921d7d13e872806b928f9>>. Acesso em: 30. out. 2019.

que o novo tipo demandaria apenas a união antecedente de pelo menos 03 (três) pessoas, como nos autos, de modo estável, para o cometimento de crimes, sendo sua diferença para o crime de organização criminosa apenas gradual.

Todavia, outras situações há em que a mudança da tipificação não é tão fácil, não se tratando de simples erro ou de mera decomposição do tipo inicial, sendo vastas, principalmente, as ocorrências de *emendatio libelli* em razão apenas da interpretação jurídica sobre os fatos, ou seja, os casos de *emendatio libelli* por interpretação diferente.

Seria o caso hipotético de os acusados terem dado um “tranco” na vítima, ao que alguns de seus objetos caíram ao chão e eles aproveitaram para realizar a subtração, calhando em sentença por roubo (artigo 157 do Código Penal), quando a inicial atribuía o crime de furto (artigo 155 do Código Penal). É clarevidente que a defesa desenvolvida durante o processo em face apenas da conduta de “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” não engloba a de “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”.

Ou, ainda, em situações tênues de distinção entre calúnia, injúria e difamação. Pozzer (2001) exemplifica os enormes prejuízos trazidos à defesa com a situação de uma acusação de cometimento do crime de injúria (artigo 140 do Código Penal), ao passo que a condenação sobrevém pelos crimes de calúnia ou difamação (artigos 138 e 139 do Código Penal). Se correta fosse a capitulação inicial, o acusado poderia valer-se da exceção da verdade, com possibilidades de absolvição, ou da retratação, a qual

viabilizaria a isenção de pena (artigos 138, § 3º; 139, parágrafo único; e 143, todos do Código Penal).

Ha, também, o exemplo da situação em que o Ministério Público imputa ao acusado a ocorrência de crime continuado (artigo 71 do Código Penal), quando a jurisprudência entende que dadas circunstâncias, em verdade, não configuram as mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução etc., sendo aplicável, na espécie, o cúmulo do concurso material (artigo 69 do Código Penal), mais gravoso ao acusado (SILVA JR., 2019).

Ora, são nítidas as situações de prejuízo à defesa. Se, por um lado, não há dúvidas de que o acusado – o indivíduo propriamente dito – se defende de fatos e não de números de artigo, por outro, também sabe-se que a tipificação incorreta dos fatos lhe prejudica a defesa, dado que não pode ser ela uma simples defesa, mas uma ampla defesa, a envolver inexoravelmente a defesa técnica.

Nesses casos, a doutrina já vem, minimamente, apontando a necessidade de garantia do contraditório.

Lima (2017) leciona que se impõe a manifestação das partes na hipótese de possível alteração da capitulação jurídica atribuída aos fatos. Completa argumentando o autor (2017, p. 1033) que “Se é verdade que o princípio do *iuria novit curia* confere ao juiz a possibilidade de alterar a classificação dos fatos constantes da peça acusatória, também não é menos verdade que o princípio do contraditório lhe impõe a comunicação prévia às partes”, inclusive nas ocasiões de tomadas de decisão de ofício, sempre evitando que sejam elas indevidamente surpreendidas no momento da sentença.

Badaró (2019) de modo bem semelhante, endossa que o princípio do contraditório exige que, antes da prolação de sentença, dando definição jurídica diversa aos fatos constantes da denúncia ou queixa, o juiz convide as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma qualificação jurídica diversa.

Malan (2003), em tom um pouco diverso, é pela aplicação do contraditório, mas de sorte postergada, traduzido, para o autor, na intimação das partes para manifestarem-se após a aplicação da *emendatio libelli*. Argumenta que o fato de o código não assim dispor não impede a sua aplicação, uma vez que há de se interpretar o dispositivo de maneira lógico-sistemática.

Lopes Jr. (2017), numa conjunção dos entendimentos, já diz que dois caminhos podem ser adotados: (1) a consulta prévia às partes em nome do princípio constitucional do contraditório, em que seriam elas convidadas a esclarecer o juiz sobre a possível reclassificação do fato; ou, (2) se não houver consulta prévia, a intimação das partes após a *emendatio libelli*, para que, em nome do contraditório, conheçam e se manifestem sobre a nova classificação jurídica do fato.

Silva Jr. (2019), a seu turno, adverte que as alternativas propostas ao juiz são: (1) a de determinar as intimações sucessivas do Ministério Público e da defesa, para que complementem as suas razões finais, tendo em vista a possibilidade de desclassificação da conduta pela aplicação da *emendatio libelli*; ou (2) o julgamento do processo sem a aplicação da *emendatio*, especialmente quando se tratar de acusação pelo cometimento de mais de um delito, com a consequente absolvição em relação ao crime capitulado de forma equivocada.

Pozzer (2001), por sua vez, chega a citar que é pela adoção de um único procedimento, preceituando que, em casos de alteração da acusação, seja fática ou legal, deve ser permitido o aditamento, renovando-se a defesa.

Examinado as opiniões, quanto à aplicação postergada do contraditório, não se visualiza qualquer justificativa razoável. Se o magistrado percebe, somente na sede da sentença, que os fatos aludidos mais amoldam-se a outro tipo penal, deve intimar, de plano, as partes a respeito de tal intento, em razão não apenas do contraditório, na sua derivação relativa ao princípio da não-surpresa, mas, sobretudo, diante da premência de garantia da ampla defesa, pelo que poderá o acusado apontar novas teses frente ao tipo penal invocado.

Ora, se a função dessa providência, determinada por tais princípios, é justamente a de que o juiz considere o aduzido pelas partes e, em especial, pela defesa, proceder a tal medida após até eventual condenação mostra-se completamente descabido. Aliás, cabe ao juiz demonstrar que agiu na estreita dicção da lei e não ao acusado evidenciar que sofreu este ou aquele prejuízo.

Sabe-se que a tradicional visão do contraditório como a ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de contraditá-los, hoje, é tida em contornos muito mais críticos. A parte não mais é objeto do pronunciamento judicial e não tem a ingênua oportunidade de contraditá-los. Ela deve, de fato, intervir construtivamente no processo e o juiz deve propiciar essas condições, pois apenas assim proferirá decisão legítima.

Fala-se em livre convencimento motivado – exigência, aliás, positivada constitucionalmente ao artigo 93, inciso IX –, porque há progressiva imposição da consignação das justificações de escolhas pelo

juiz. No Estado Democrático, só se concebe a intromissão estatal na vida das pessoas se com fundamentos demonstrados e pautados na ordem jurídica a qual o próprio Estado submete-se.

Daí, até no processo civil, exigir-se que as partes possam influir na decisão previamente (princípio da não surpresa – artigo 10 do Código Processual Civil).

Portanto, inconcebível a intimação das partes após a prolação da sentença em que já se tenha realizada a *emendatio libelli*.

No que tange à alternativa de intimação prévia, mostra-se realmente sedutora, podendo as partes complementarem suas razões antes da prolação da sentença que eventualmente promova a *emendatio libelli*. Sem dúvidas, é caminho razoável em face das considerações da economia processual e da necessidade de garantia da ampla defesa constante do outro lado da moeda.

Contudo, não se pode olvidar que, dando conta o juiz da possibilidade de *emendatio* somente após a instrução, acaba por não permitir que sejam as elementares do novo tipo confrontadas às oitivas das testemunhas e ao interrogatório do acusado, visto que já ocorridos. Nessa esteira, há se de admitir que casos vão existir em que as novas elementares, em que pese até descritas à denúncia ou à queixa, não restaram comprovadas e trabalhadas na ocasião da audiência de instrução e julgamento, já que não abordadas à época.

É diante disso que parece crível a dita percepção de Pozzer pela possibilidade de observância do aditamento também ao instituto da *emendatio libelli*.

Citado aditamento é expressamente previsto para a *mutatio libelli*, aquela pela qual, no curso da instrução processual penal, surgem novas

provas quanto a elementares ou circunstâncias de crimes, as quais podem não estar contidas na denúncia, mas importem na alteração do substrato fático da imputação. Dessa sorte, o artigo 384 do Código Processual Penal estabelece a necessidade de aditamento pelo Ministério Público, com posterior continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

A esse respeito, é importante sobrelevar que houve forte alteração do tratamento do tema pela Lei nº 11.719/2008. Anteriormente à reforma, o aditamento em questão poderia ser provocado pelo juiz, já que poderia ele “baixar o processo”, a fim de que promovesse o Ministério Público o aditamento, a configurar uma verdadeira iniciativa de ação penal por parte do magistrado, uma ação penal de ofício, a qual não se coaduna ao sistema acusatório, aqui já elucidado. Hoje, é atribuição exclusiva e espontânea do *parquet* o aditamento da denúncia.

Era a redação legal decorrência do ranço inquisitório, que partia da premissa de que a atividade probatória tinha por objetivo a completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade, ao que o juiz era dotado de amplos poderes instrutórios.

No sistema acusatório, de sedimento constitucional, o juiz, ao contrário, deixa a atividade probatória às partes. Com efeito, a finalidade do processo, como diz Badaró, “não é uma ampla e ilimitada busca da verdade, mas a verificação da ocorrência ou não de uma hipótese fática imputada pelo acusador, dentro dos limites legais e epistemológicos que balizam a atividade probatória com vistas à reconstrução histórica dos fatos” (2019, p. 168).

Por esse raciocínio, tendo em vista o sistema acusatório, os princípios informadores da regra da correlação e a evolução legislativa sobre o tema, igualmente não cabe ao magistrado arvorar-se à posição de inquisidor e comandar eventual instrução probatória demandada em certos casos de *emendatio libelli*.

Ao julgador não mais se atribuem os amplos poderes instrutórios de outrora, diversamente, só são aceitos em caráter excepcional, subsidiário e supletivo em relação à atuação das partes, como dispõe o inciso II, do artigo 156, do Código Processual Penal, viabilizando a determinação, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, da realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. E pontue-se que, não raro, vozes levantam a inconstitucionalidade de referido artigo, a exemplo de Lopes Jr. (2017).

Nessa toada, não requerida a renovação da instrução pelo próprio acusador, nas estritas hipóteses concretas de sua necessidade em casos de *emendatio libelli*, ao juiz não é dado fazer suas vezes, só restando a absolvição do acusado em face do tipo penal imputado à exordial acusatória, uma vez que ele não corresponde aos fatos.

Em referência a tal opção, cabe ressaltar o aduzido por Silva Jr. (2019) em relação à formação da coisa julgada. Sendo a absolvição quanto a um dos crimes efetivada pela impossibilidade de aplicação da *emendatio libelli* de ofício, não fica vedada a possibilidade de nova ação penal com suporte nos mesmos fatos, mas desde que utilizada a tipificação que se designou mais adequada.

Pelo mesmo motivo, a propósito, qual seja, o zelo pelo sistema acusatório e pelos princípios informadores da regra da correlação (inércia

da jurisdição, contraditório e ampla defesa), não se compatibiliza à Constituição de 1988 o artigo 385 do Código Processual Penal, quando elenca que pode o juiz reconhecer agravantes que não tenham sido alegadas pelo Ministério Público. Muito menos poderia, então, o juiz promover incremento de qualificadora não apontada pelo acusador, tal qual em exemplo de caso julgado trazido<sup>17</sup>, ou, ainda, majorante, igualmente vista<sup>18</sup>. Faltando a dedução dessas acusações pelo *parquet*, alguém fará suas vezes, e, se foi o juiz quem atribuiu a agravante, a majorante ou a qualificadora, certamente ele buscará instruir o processo para assim condenar.

No mais, ressalte-se que, com fins de evitar o impasse sobre a imposição de contraditório ou não e até de nova instrução, não se vislumbra qualquer impedimento para que sejam advertidas as partes sobre a *emendatio libelli* já desde a admissibilidade da ação penal, ou mesmo no saneador, ou até antes da audiência de instrução e julgamento.

Como já pincelado, a localização topográfica da *emendatio libelli* sugere que seja ela efetivada só na sentença. Porém, os parágrafos do artigo 383 do Código de Processo Penal já mitigam tal conclusão, ao permitir, ou melhor, determinar a aplicação do instituto quando, da nova definição

---

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **AgRg no AREsp nº 1330731**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 04. jun. 2019. Publicação em: DJe 14. jun. 2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201801784207&dt\\_publicacao=14/06/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801784207&dt_publicacao=14/06/2019)>. Acesso em: 30. out. 2019

<sup>18</sup> BRASIL. Justiça Federal no Rio Grande do Norte. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Processo nº 0801265-18.2018.4.05.8400**. Julgamento em: 24. ago. 2018. Disponível em: <<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=caae46f7b3855356e2b9ba556017a7b7>>. Acesso em: 30. out. 2019.

jurídica, resultar possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo e de mudança de competência.

A essas hipóteses, Malan (2003) acrescenta a relativa à restrição de algum direito fundamental do denunciado, explicando que, havendo excesso de acusação que modifique o procedimento a ser adotado e inviabilize a aplicação de instituto jurídico de repercussão direta ou indireta no *jus libertatis* do acusado, deve-se promover liminarmente a *emendatio*.

Sobre isso, no entanto, há grande incerteza conceitual, pois tudo, no processo penal, pode implicar no *jus libertatis* do acusado. Além do mais, não há maior restrição a direito fundamental do que a restrição à ampla defesa gerada nos casos em que se opera a *emendatio libelli* somente em sentença, em função de tipificação jamais deduzida nos autos – portanto implícita e imprevisível – e proveniente da cabeça do julgador – ou seja, com retalhos inquisitivos. Assim, é concebível entender que sempre será possível essa antecipação do momento da *emendatio*.

Por fim, em análogo raciocínio ao desenvolvido por Souza (2016), em cada situação mencionada, de mera supressão de elementar ou circunstância, de necessidade de intimação das partes e de eventual imprescindibilidade de nova instrução, é ônus do Estado-juiz demonstrar que não são acarretados prejuízos à ampla defesa quando intentar proceder à *emendatio libelli*. Isso, pois, como já dito, engloba ela a defesa técnica, que se debruça, sobretudo, em face do tipo, e à defesa técnica deve ser viabilizada, inclusive, a instrução probatória em face da tipificação pela qual eventualmente venha o acusado a ser condenado.

Em síntese, retome-se que a defesa pode, por vezes, voltar-se, única e exclusivamente, ao combate da adequação típica (alegação de atipicidade

do fato por ausência de elemento normativo do tipo; ausência de norma complementar à norma penal em branco; absoluta impropriedade do objeto material do crime etc.), sendo relegados os fatos naturalísticos a plano secundário (MALAN, 2003).

É certo que, tal qual assevera Badaró (2019) a tese defensiva que determina a relevância ou a irrelevância de um dado fático integrante do objeto do processo. Entretanto, o ônus de evidenciar que, frente às possibilidades de defesa, não houve prejuízo ao acusado pela não intimação das partes para manifestação ou apenas pela intimação das partes sem a renovação da instrução é do Estado-juiz, aquele que deve zelar pelo devido processo legal, direito fundamental que limita a atuação estatal.

Eis a interpretação conforme a Constituição aplicável ao tema.

## 5. Conclusão

A discussão em torno da *emendatio libelli*, por envolver princípios constitucionais elementares, como o sistema acusatório, a inércia da jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, não se contenta pela reprodução acrítica dos brocardos *iura novit cúria e narra mini factum, dabo tibi ius*, os quais ainda imperam no tratamento jurisprudencial do tema.

É certo que a disciplina do Código Processual Penal é insuficiente, perfazendo o instituto a redação de um breve artigo, enquanto a problemática é muito mais complexa que a criatividade do legislador. Por outras vias, no entanto, não é aceitável que os tribunais e magistrados brasileiros colmatem a genérica lacuna legal com reverberações atrasadas, quando premente se faz a afirmação do modelo constitucional, capaz, sim,

de dar as balizas demandadas na abordagem da problemática. Se é verdade que há insuficiente disciplina legislativa, mais verdade é que não há um mínimo estudo constitucional da *emendatio libelli*.

Portanto, de grande valia é o esforço no sentido de implementação minimamente crítica do disposto ao artigo 383 do Código Processual Penal, tendo sido essa a pretensão do presente trabalho acadêmico, o qual sedimentou algumas linhas a se seguir para a constitucionalização do tema e para a constitucionalidade da interpretação do referido artigo.

Ficou clara a preocupação especial quanto ao princípio da ampla defesa, evidenciando-se construtivamente que os limites semânticos do tipo importam, sobremaneira, a tal princípio. Embora o processo penal acabe por concretizar o poder-dever de punir do Estado, sabe-se que o processo, em si, existe e é, no âmbito criminal, irrenunciável, para a proteção do acusado, para viabilizar a defesa. Logo, sendo inegável que o juiz conhece o direito e deve aplicar a sanção jurídica para os fatos comprovados, também o é que o processo jamais pode esquecer essa vocação de defesa dos direitos fundamentais do acusado e, num Estado Democrático, dos indivíduos como um todo.

Como visto, situações existem em que se justifica a *emendatio libelli* sem quaisquer outras providências, contudo, outras há, e são a maioria dos casos julgados enxergados, em que é necessário ao Estado-juiz demonstrar que não violou a ampla defesa, para o que é viável, claro, a já timidamente – e doutrinariamente – reconhecida necessidade de intimação das partes para prévia manifestação, concretização do moderno princípio surgido no âmbito cível da não surpresa. Bem como, ao acusador, por vezes, é imperioso renovar a instrução criminal, já que sedimentada toda ela, em

dadas ocorrências, em tipo penal diverso do que se intenta promover a condenação.

Na mesma toada de respeito aos preceitos constitucionais, igualmente não se visualizou qualquer impedimento para a antecipação da *emendatio libelli* em relação ao corriqueiro momento da sentença.

Com isso, espera-se que satisfatoriamente tenha sido logrado o objetivo da pesquisa de análise de dados realizada, combinada com o seu exame crítico.

## Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. v. 2.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001.

SILVA JR., Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. Natal: OWL, 2015.

\_\_\_\_\_. **Reforma tópica do processo penal:** inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 3. ed. Natal: OWL, 2019

SOUZA, Gabriel Lucas Moura de. **As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional:** (re)análise dos princípios informadores. 2016. 104 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 869-870.

## **O discurso jurídico sobre a colaboração premiada e a (ir)renunciabilidade do direito ao silêncio**

*Caio Vanuti Marinho de Melo<sup>1</sup>*

*Julyana Monya de Medeiros Veríssimo da Nóbrega<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

Este capítulo é resultado da pesquisa efetuada no âmbito do projeto “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”. No qual foi feita uma análise crítica da do discurso judicial sobre os direitos e garantias fundamentais do processo penal. O objetivo foi averiguar se as decisões judiciais refletiam um compromisso com as garantias encartadas na Constituição, sobretudo no tocante às que refletem na prática da colaboração premiada. Para isso foram colhidas noventa decisões de todas as instâncias do Judiciário, com posterior análise sobre como elas tratavam a questão da renúncia ao direito ao silêncio. Dessa forma, vemos que não há muita discussão sobre o assunto, sendo a renúncia aplicada acriticamente pelos tribunais, o que passamos a questionar no decorrer do texto.

---

<sup>1</sup> Advogado criminalista. Assistente da Coordenação Regional do IBCCrim (2018). Mestrando em Direito Constitucional (2018.2 até a presente Data) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante do projeto de pesquisa “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva” e, atualmente, do projeto de “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte”, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

<sup>2</sup> Advogada. Integrante do projeto de pesquisa “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva” e, atualmente, do projeto de “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte”, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Discurso Judicial. Direito ao Silêncio. Colaboração Premiada.

## **ABSTRACT**

This paperwork comes as the result of the research taken on the project “Criminal Law as the constructive normative body of the protection system of fundamental rights and guarantees, in both subjective and objective perspectives”. In which a critical analysis of the judiciary speech about fundamentals rights and guarantess in criminal procedural was made. The purpose was to verify wether the judicial decisions reflected a commitment to the guarantees caved in the Constitucion, mostly regarding those concerning the practice of award collaboration. To this end, ninety decisions from all the instances of the judiciary were collected and later analyzed on how they adressed the issue of renouncing the right to silence. Thus, it could be verified that there is no discussion on this subject, whereby the renouce is applied uncritically by the courts, which is questioned throughtout this text.

**Keywords:** fundamental rights. Judiciary speech. Right to silence. Plea Bargaining.

## **1. Introdução**

A correta compreensão de qualquer fenômeno jurídico passa por uma análise do conteúdo das decisões judiciais sobre o assunto a ser tratado. Entretanto, vemos que muitas pesquisas se limitam a estudar o dispositivo das decisões e pouco se aprofundam em como se dá o discurso jurídico em nosso ambiente judiciário. O preenchimento da moldura normativa é tortuoso e denuncia nossa mentalidade inquisitorial que sobrevive às reformas legislativas e, por vezes está incrustada na própria redação dos diplomas normativos.

Partindo desse pressuposto nos desafiamos a analisar decisões sobre o instituto da colaboração premiada. A Lei 12.850, de 2013, é um claro exemplo das legislações efficientistas, que tratam o número de condenações como indicador de uma suposta eficiência do sistema penal mesmo que isso signifique uma restrição à direitos fundamentais. Por outro lado, vemos que o Judiciário tem sido acrítico a vários termos da lei, perpetuando um discurso jurídico que não pode ser normalizado sob pena de banalização da barbárie discursiva que, logo menos saíra dos noticiários das megaoperações para adentrar nos corredores dos fóruns e delegacias.

Para isso foram analisadas decisões judiciais da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Natal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Os processos da 2ª Vara foram disponibilizados pela própria vara a partir de uma lista com os processos julgados no ano de 2018. Quanto as decisões dos demais tribunais, essas foram pesquisadas por mecanismos de pesquisa de jurisprudência de cada tribunal.

Um dos incômodos que entendemos que deva ser compartilhado com a comunidade acadêmica é a utilização do termo “renúncia do direito ao silêncio” que é utilizada à exaustão nas decisões em apreço. Essa terminologia advém do próprio texto legal que irá dizer no seu art. 4º, §14º que: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”

Uma primeira interpretação ao dispositivo conduz à interpretação de que o acusado, ao decidir colaborar, não estaria mais acobertado por esse direito constitucional de forma perene, não podendo voltar a exercitar o seu

direito ao silêncio, visto que a lei, junto à renúncia, adiciona a necessidade do compromisso de dizer a verdade.

Estaríamos assim, diante de uma flagrante inconstitucionalidade, ao menos a *prima facie* do dispositivo legal e das decisões judiciais que o aplicam acriticamente. Desta forma, o objetivo desta pesquisa é analisar se há é realmente possível a renúncia ao direito ao silêncio e compromisso de dizer a verdade no âmbito da colaboração premiada, tendo como parâmetro as balizas da teoria dos direitos fundamentais e de um processo penal democrático, comprometido com tal classe de direitos.

Dessa forma, em um primeiro momento, destinamos nossa atenção a esmiuçar as situações processuais em que foram encontradas referências à renúncia ao direito ao silêncio e ao compromisso de dizer a verdade nas decisões analisadas. Em seguida, serão questionadas as bases da colaboração premiada e do discurso legislativo e judicial que a fundamenta, averiguando se é possível fundamentá-la a partir dos direitos fundamentais encartados na Constituição. Por fim, veremos qual é a posição do colaborador no processo penal, vendo se é realmente necessário que este renuncie ao direito ao silêncio e se é constitucional o compromisso de o acusado dizer a verdade, bem como quais seriam as consequências da mentira ou silêncio do acusado que resolveu colaborar com o sistema de justiça, a partir de uma análise de compatibilidade constitucional da renúncia ao direito ao silêncio.

## **2. Relato da pesquisa das decisões judiciais sobre a colaboração premiada**

A colaboração premiada é um instituto recente no ordenamento jurídico brasileiro, a par de ter sido prevista desde 1990 com a Lei de Crimes Hediondos, o tratamento genérico e inexistente quanto ao procedimento parece ter inibido a utilização deste recurso pelo Ministério Público e órgãos policiais. Só com a edição da Lei 12.850, de 2013, é que houve uma preocupação com a parte processual da colaboração, fixando limites e procedimentos para a sua utilização, bem como significou um passo para o triunfo da justiça criminal negocial no processo penal brasileiro (VASCONCELLOS, 2017, p. 73). Esse se tornou o marco legal, aplicável a todos os casos em que se realize uma colaboração premiada, mesmo que prevista em outro diploma legislativo, a exemplo da Lei de Lavagem de Dinheiro (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 154).

O contexto apresentado é de ampla expansão da chamada “justiça crimina negocial”, com o aumento das hipóteses de aplicação do instituto pelo Legislativo e a aplicação acrítica da legislação vigente pelo Judiciário, denotando, segundo Michelle Barbosa de Brito (2018, p. 84) a finalidade de estabelecer um processo penal marcado pela eficiência, mesmo que com o sacrifício de direitos fundamentais.

Nessa conjuntura é que insere nossa análise das decisões judiciais a respeito da temática da colaboração premiada. Começamos pelas decisões do primeiro grau de jurisdição, dentre as setenta e oito decisões analisada, três tratavam especificamente de casos sobre colaboração premiada, todos no contexto de uma mesma operação policial, que investigava crimes de dispensa de licitação, corrupção ativa e passiva e peculato em que foram

firmados acordos de colaboração premiada, inclusive com a não aplicação dos benefícios do acordo de colaboração pelo não cumprimento do delator.

Em um primeiro momento, deve-se destacar que as decisões demonstram que o magistrado considera o instituto da colaboração premiada como uma manifestação do direito à defesa. Essa não parece ser a posição dos tribunais superiores que, no julgamento do paradigmático HC 127.483/PR, decidiram que o acordo de colaboração premiada tem natureza jurídica de negócio jurídico processual.

Ao nosso ver, a posição do magistrado parece mais adequada à realidade do instituto da colaboração. Se quisermos empreender uma compreensão completa do instituto o seu reconhecimento enquanto manifestação do direito de defesa se torna imperiosa.

O outro ponto que foi por nós destacado é o uso repetitivo em todas as decisões que há renúncia expressa ao direito ao silêncio. Por mais que essa seja a expressão utilizada pela Lei 12.850, de 2013, estamos diante de um direito constitucional e a mera menção de um dispositivo infraconstitucional não é capaz de conduzir à restrição completa de um direito garantido em norma de superior hierarquia.

Com esse incômodo em mente, passamos a investigar se havia alguma espécie de apreciação crítica deste dispositivo nos demais graus de jurisdição. Utilizando das ferramentas de busca de jurisprudência dos sites dos tribunais percebemos que não havia quaisquer referências à renúncia ao direito ao silêncio ou ao compromisso de dizer a verdade do réu colaborador.

O método consistiu em utilizar o termo “colaboração premiada” como filtro inicial para a busca de decisões. Posteriormente, se utilizou a

ferramenta de busca do navegador *google chrome*, aplicando como filtros os termos “direito ao silêncio”, “dizer a verdade”, “renúncia”, “silêncio” e “verdade”. Como já dito, não houve qualquer referência à temática em nenhum dos tribunais em que foi aplicada essa metodologia. Foram dezessete acórdãos no Tribunal Regional da 5ª região, vinte e um no Superior Tribunal de Justiça e quarenta e seis no Supremo Tribunal Federal.

Diante da absoluta falta de referência a respeito da renúncia ao direito ao silêncio nos acórdãos do ano de 2018, passamos a utilizar uma segunda ferramenta de pesquisa, o Corpus 927, projeto desenvolvido pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), em parceria com o Superior Tribunal de Justiça e que compila decisões vinculantes do STF e do STJ, e a jurisprudência do STJ.

O sistema de pesquisa do Corpus 927 é feito por letra de lei, logo, para a nossa pesquisa filtramos as jurisprudências constantes sobre o art. 4º da Lei 12.850/13, que prevê o instituto da colaboração premiada. Posteriormente, foram aplicados os filtros acima citados no que resultou na identificação de três decisões do STJ que tratam de alguma forma sobre a renúncia do direito ao silêncio.

O primeiro acórdão analisado foi o do julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial de nº 209.069 – SP, de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz. O caso não tratava exatamente sobre situação em que houvera celebração de acordo de colaboração premiada, mas de caso em que o agravante interpôs recurso especial, sob o fundamento, não exclusivo, de que fora indeferida oitiva de testemunha, arrolada pela defesa, na fase de preparação do processo para julgamento em plenário. Acontece que a testemunha que foi indeferida era corré no

processo, mas quanto a ela o feito foi desmembrado para a Justiça Militar e extinto em virtude da extinção de punibilidade.

Basicamente, o relator defendeu a impossibilidade da oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, em razão da incompatibilidade entre o direito ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade. Neste contexto que utiliza o exemplo da colaboração premiada, como exceção a essa regra, pois haveria renúncia ao direito ao silêncio, por expressa disposição legal.

Já no Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 48.825/SP, de relatoria da ministra Regina Helena Costa, fora discutido se decisão administrativa disciplinar depende de uma decisão criminal sobre a existência de suposto crime contra a administração pública. Ademais, se discutiu se seria possível a aplicação, por analogia, no processo administrativo disciplinar, dos efeitos da colaboração premiada celebrada no âmbito do processo penal, a fim de ensejar penalidade mais branda que a demissão a bem do serviço público.

Argumentou a relatora que os benefícios decorrentes da colaboração são apenas os apontados taxativamente pela Lei 12.850/13 e à Administração cabe cumprir o princípio da legalidade, o que impossibilitaria a concessão de benefícios não previstos na legislação.

Entretanto o ponto mais relevante é o trecho que transcrevemos abaixo:

Outrossim, cumpre assentar que, a teor do art. 4º, caput, e § 14, da Lei n. 12.850/13, o investigado ou acusado, ao decidir contribuir com a persecução penal, confessa a prática do ilícito, renunciando ao seu direito ao silêncio e prestando o compromisso de dizer a verdade. À vista disso, aguardar o deslinde da ação penal para a imposição de sanção ao Agravante, importa inequívoca ofensa aos valores morais e

éticos que, por imposição constitucional, devem ser almejados pela Administração Pública, porquanto manter-se-á nos quadros funcionais do Município de São Paulo, servidor público que, por força da celebração de acordo de delação premiada, confessadamente praticou ilícito penal. (BRASIL, 2017)

Como se vê a relatora utilizou o argumento que a colaboração premiada, por incidir em renúncia ao direito ao silêncio, serve de confissão da prática do ilícito, impossibilitando a manutenção do acusado nos quadros da Administração Pública, sob pena de violação do princípio da moralidade administrativa.

Por fim, temos o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de nº 378.353/PR, cujo relator é o ministro Nefi Cordeiro. O recurso em comento requeria nulidade de julgamento pelo Tribunal do Júri, em razão de o depoimento de testemunha arrolada pela defesa ter sido coletado na qualidade de informante. Sustenta o relator que a diferença de valor da prova colhida, como informante ou testemunha, com ou sem compromisso de dizer a verdade, é matéria de ponderação judicial, não ensejando nulidade absoluta. Utiliza para reforçar o seu argumento, outro caso também de sua relatoria (RHC 75.856/SP), em que foi utilizado o mesmo entendimento, mas aplicado à caso no qual coautor do fato criminoso fora denunciado em processo diverso e foi ouvido como testemunha no processo do recorrente.

Vemos então que a disposição do art. 4º, §14, da Lei 12.850/13 tem sido extremamente danosa para o ambiente processual penal brasileiro. Para além da consideração acrítica do instituto, como ocorreu no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial de nº 209.069 – SP e do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de nº 378.353/PR. O

compromisso de dizer a verdade do colaborador tem sido utilizado também como argumento de reforço para a aplicação de sanções administrativas relacionadas a supostos crimes cometidos pelo colaborador, antes mesmo da formação de culpa pelo órgão jurisdicional, em clara ofensa ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Como se vê, a renúncia ao direito ao silêncio acaba por gerar inúmeros danos ao discurso jurídico penal, para além dos danos diretos ele serve de argumento para aqueles cuja mentalidade ainda está presa nos calabouços do processo penal inquisitorial.

### **3. Os fundamentos da colaboração premiada e a necessidade de seu filtro pelo devido processo legal**

Se a nossa primeira conclusão parcial é a de que o discurso jurídico é acrítico ao que foi legislado sobre a renúncia ao direito ao silêncio e, em um segundo momento, também utiliza essa previsão para prejudicar o acusado, o que se percebe é que há uma legitimação do Judiciário sobre o legislado. Dessa forma, torna-se imperativo investigar quais os fundamentos de política criminal serviram para a criação da colaboração premiada, uma vez que estes tem sido ratificados, pelo discurso jurídico judicial.

Como já foi aludido acima, o berço da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo foi a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), nas razões do projeto de Lei que a originou fica bem claro qual o fim que se pretende atingir: “reforçando o *ius puniendi* do Estado e munindo a autoridade de instrumentos hábeis à contenção da criminalidade violenta” (BITTAR, 2011, p. 93).

Para além disso, vale rememorar a tramitação *sui generis* dessa lei, que teve tramitação de apenas 34 dias no Senado e de 2 dias na Câmara Federal, para a aprovação de um substitutivo (PIMENTE, 2011, p. 2). A votação fora tão apressada que tiveram deputados que tomaram conhecimento da proposição por leitura dinâmica e outros que disseram tinham “todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo (sic) sob a ameaça de, hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do seqüestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir adiamento da votação.” (INSTITUTO LATINO-AMERICANO PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELIQUENTE, 2005, p. 5).

Toda essa emergência legislativa, claramente influenciada pela mídia, foi uma resposta a extorsões mediante sequestros cometidas contra empresários na época, sendo um dos exemplos do movimento de Lei e Ordem no Brasil (BRITO, 2018, p. 52).

Dessa forma, temos que a colaboração premiada surge no nosso ordenamento jurídico a partir de uma legislação de reação, pautada pelo critério da eficiência. Essa tendência eficientista permanece na Lei 12.850/13, como vemos nesse trecho do parecer do relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, sobre as razões da nova legislação de combate ao crime organizado:

Acrescente-se, por mim, que, no mérito, o Projeto indiscutivelmente faz avançar a legislação pátria no combate às organizações criminosas. Assim, vai ao encontro do clamor da esmagadora maioria da sociedade brasileira, honesta, trabalhadora e cansada de assistir ao avanço do crime organizado em nosso país sem que os agentes do Estado disponham de uma legislação moderna que viabilize a punição exemplar daqueles que se associam com técnicas e

estruturas cada vez mais refinadas para a prática de delitos.  
(CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012)

Fica evidente que a preocupação do Legislativo era a de tornar o processo mais efetivo, considerando eficiência como sinônimo de mais punições, além de apelar para um populismo penal evidente (“clamor da esmagadora maioria da sociedade...”).

Marco Polo Levorin (2018, p.142), identifica que a colaboração premiada evidencia quatro tendências de políticas criminais antigarantistas: expansionismo penal, funcionalismo sistêmico radical, inimigo penal e emergência penal. A colocação beira a perfeição, realmente a colaboração premiada vem como um instrumento de expansão do direito penal, a partir de uma legislação de emergência, buscando apaziguar o pânico coletivo e legitimar a atuação do sistema penal, pelo endurecimento dos mecanismos de repressão. Os próprios registros do processo legislativo acima citados demonstram isso, entretanto, não vemos isso como uma manifestação do famigerado direito penal do inimigo.

O direito penal do inimigo é, segundo a definição de Silva Sánchez (2002, p. 55) a terceira velocidade do Direito Penal, a que combina a imposição de pena de prisão ou eliminação de direitos e garantias penais e processuais. Seria um direito aplicado àqueles que se afastam, permanentemente do Direito, demonstrando sua inaptidão para o cumprimento das normas jurídicas (GOMES, 2019, p.1).

Sendo assim, a identificação da colaboração premiada encontra duas objeções. A uma, como pode-se dizer que alguém que colabora com o Estado, aceitando uma punição, mesmo que reduzida, pelo ilícito cometido demonstra descompromisso com o ordenamento jurídico? A duas, não há

eliminação de direitos e garantias do colaborador, quando muito ele compromete-se em não as exercer ou elas se apresentam de modo diverso na dinâmica da colaboração.

Superada essa questão, fazemos alusão ao estudo de Michelle Barbosa de Brito (2018, p. 126-143), no qual foram colhidas 150 decisões a respeito da delação premiada<sup>3</sup>, nos tribunais superiores e em onze tribunais estaduais espalhados nas cinco regiões do país. Nele foi feito um formulário para averiguar se as decisões faziam alusão às consequências da aplicação da delação premiada aos direitos fundamentais, questionavam a compatibilidade constitucional do instituto, analisavam o preenchimento de requisitos legais para a concessão de benefícios e se havia um discurso atento à questão da eficiência da delação premiada para o combate do crime por meio das informações fornecidas pelo delator.

Constatou-se então que 149 das 150 decisões não fazia alusão alguma às consequências da delação nos direitos fundamentais e nenhuma questionava a compatibilidade constitucional do instituto. Por outro lado, a grande maioria das decisões analisam os requisitos legais e a eficiência da delação (BRITO, 2018, p. 132). Com isso a autora concluiu que os tribunais têm seguido o discurso de eficiência no combate ao crime, sem a preocupação com os efeitos nos direitos fundamentais (BRITO, 2018, p. 133).

No entanto, essa noção de eficiência que fundamenta colaboração premiada não é a melhor se coaduna com os princípios do Estado

---

<sup>3</sup> Pelo fato de a pesquisa ter sido realizada entre os anos de 2011 e 2012, a Lei 12.850/13 ainda não havia sido promulgada, ou tinha pouco tempo de vigência, de forma que neste trecho preferimos utilizar o termo “delação premiada” por ser o referenciado na legislação vigente à época.

Democrático de Direito. A eficiência no processo penal é medida de acordo com a finalidade que lhe é atribuída, sendo que existem três correntes fundamentais sobre qual o fim almejado pelo processo: assegurar a defesa do acusado, permitir aos órgãos de persecução a apuração da verdade e a punição dos autores de infrações penais ou obter um resultado justo que se legitime pelo procedimento adequado, isto é, aquele que assegure o exercício de direitos e garantias constitucionais(FERNANDES, 2008, p. 24-25).

Ao que nos parece, a terceira posição é a que mais se coaduna com a configuração constitucional alinhada em 1988, limitando o poder de punir do Estado e equilibrando as situações processuais entre as partes. Colocar a finalidade do processo somente na punição dos agentes, desvirtua todo o complexo de valores encartados na Constituição e abre espaço para que sejam efetuadas restrições desmedidas aos direitos fundamentais.

Ressalta-se também a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na definição da finalidade do processo penal. Uma vez que ela é “o fundamento, a origem e o ponto comum entre os direitos fundamentais” (NOVELINO, 2018, p. 293), dessa forma ressignificamos a própria noção de eficiência. Um bom exemplo disso é a questão da celeridade do procedimento, que sob a ótica da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, não se presta a fomentar punições mais rápidas, mas a garantir que o acusado receba uma decisão em tempo razoável e que acabe o martírio que é ser réu, além de buscar respeitar a posição da vítima, dando-lhe a devida atenção (SANTOS JÚNIOR, 2013, p.362).

Dessa forma, há de se questionar se haveria como adequar a colaboração premiada aos ditames do Estado Democrático de Direito, a

submetendo ao crivo dos direitos fundamentais, em especial do devido processo legal, entendido aqui como o conjunto de garantias processuais afirmadas historicamente para assegurar ao acusado meios para se defender (FERNANDES, 2008, p. 11).

Para isso, o primeiro passo é reconhecer que a decisão de colaborar faz parte da estratégia defensiva do acusado e suprimi-la, a pretexto de protegê-lo, parece uma contradição insuperável. Se a colaboração premiada é um meio de defesa, como pode-se defender a sua inconstitucionalidade, por violar direitos fundamentais, dentre eles, o de ampla defesa?

Para nós a questão se situa em outra seara, visto que a sua configuração enquanto meio de defesa não pode ensejar uma aplicação irrestrita ou desmedida. Primeiramente, porque a colaboração impõe uma forma de coerção ao acusado, mesmo que legítima, lhe é inerente e a experiência internacional já demonstra preocupação de ela seja a causa da condenação de diversos inocentes (TURNER, 2017).

Além disso, a lógica da colaboração coloca o acusado em posição processual extremamente desfavorável se rescindida, pois ao abdicar de exercer o direito ao silêncio se coloca ao lado da acusação, sendo o responsável por apresentar provas que irão fundamentar a sua condenação, em clara restrição à regra probatória decorrente do princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, podemos estabelecer alguns limites para a aplicação do instituto. Em um primeiro momento, não se poderia negociar cláusulas que violem a lei ou sejam expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico. Outro ponto de contenção é a o próprio princípio da dignidade humana, a fim de impedir que o acordo ultrapasse limites mínimos da

comunidade jurídica, em determinado contexto espaço-temporal (MENDONÇA e DIAS, 2017, p. 131).

Com isso, pretendemos exercer o constrangimento epistemológico (STRECK, 2002, p. 8) que hoje é inexistente no tocante à colaboração premiada, como ficou demonstrado acima. É preciso que reconhecer que esse é um instrumento submetido a limites impostos pela ordem constitucional, não podendo ser aplicado de forma acrítica ou desenfreada. Há uma necessidade proeminente de pautarmos o discurso pela ótica dos direitos fundamentais, os magistrados e membros do legislativo devem ter o ônus discursivo. Sob este referencial teórico que pretendemos encarar a problemática da (ir)renunciabilidade do direito ao silêncio.

#### **4. A (ir)renunciabilidade do direito ao silêncio**

Os direitos fundamentais, para serem caracterizados como tais, de acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 12), devem constatar a presença de três elementos, quais sejam: o Estado – um aparelho de poder centralizado que domina determinado território, e impõe decisões por meio de suas extensões –; o indivíduo – enquanto sujeito de direitos –; e o texto normativo regulador da relação entre o Estado e o indivíduo. Estes elementos, por seu turno, só restaram reunidos a partir da segunda metade do século XVIII – em razão de textos de Declarações de Direitos que enunciavam e garantiam, pela primeira vez, direitos fundamentais.

Na ordem constitucional brasileira, estes têm papel fundamental no âmbito do Estado constitucional – estando intimamente ligados e sendo considerados limites ao poder estatal. Os mencionados direitos são, nesse

sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático (SARLET, 2011, p. 59).

Considerando que os direitos fundamentais só poderão aspirar eficácia em um autêntico Estado constitucional, para além da função de limitação de poder, admite-se que estes são critérios para a legitimação do poder estatal.

Para Pedro Adamy (2018, p. 175), tem-se a admissão de que a renúncia é a situação para a qual o titular do direito fundamental, por expressa manifestação de vontade, “renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas por determinado direito fundamental, ou consente em que o Poder Público ou outro particular restrinja ou interfira mais intensamente neste direito”.

A partir dessa conceituação, então, extrai-se os elementos necessários à caracterização deste instituto. Tendo isto em vista, assevera-se ainda que quando o referido titular promove a renúncia, há redução na efetividade ou grau de alcance das garantias previstas pelo direito fundamental.

Nesse interregno, tem-se que na renúncia o indivíduo cria um vínculo jurídico por meio do qual se compromete a não utilizar um direito fundamental perante as entidades públicas, bem como vincula-se ao não exercício de determinados poderes que integram esse direito.

Considerando os pressupostos relativos à renúncia, tem-se a disposição da capacidade civil, uma vez que deve o indivíduo possuir maturidade decisória suficiente para compreender o alcance e as consequências advindas dessa escolha. Todavia, mesmo que haja

maturidade para assimilar o que poderá ser perdido a partir da renúncia, o renunciante não apreende todas as consequências ensejadas.

Ademais, destaca-se igualmente como pressuposto a titularidade do direito fundamental para que possa haver a renúncia deste. À vista desse pressuposto, admite-se que não pode haver renúncia de direito a partir de terceiro, uma vez que o ato renunciatório pertence tão somente à esfera de interesses do próprio titular.

Em seguida, admite-se como pressuposto a manifestação de vontade do indivíduo, no sentido de admitir a renúncia ao seu direito constitucionalmente garantido. Esta, que é um ponto fulcral para a liberdade no Estado Democrático de Direito, deve ser inequívoca para que haja validade.

Findos os pressupostos atribuídos à possibilidade de renúncia, fala-se demasiadamente que é necessário que haja a geração de um benefício ao renunciante, mesmo que indireto, importando melhorias em suas condições individuais. No entanto, avulta-se a necessidade do estabelecimento de limites absolutos, tal como a dignidade da pessoa humana, a qual é inerente ao indivíduo. Para tanto, alude Pedro Adamy (2018, p. 181) que “é necessário que fique claro que os benefícios oferecidos não têm aptidão de garantir legitimidade a previsão da renúncia”.

Não obstante o exposto, tem-se o brocardo latino *volenti non fit injuria*, o qual resume a ideia de que havendo consentimento não há injustiça. Todavia, a aplicação deste, hodiernamente, tem se tornado deveras restrita. E isto decorre da percepção de que o consentimento não gera validade imperativa, considerando-se nesse sentido a possibilidade da ocorrência de prejuízo ao indivíduo.

Ante o aludido, pode-se dizer que a renúncia perpetrada em uma relação entre indivíduos pode ocorrer (considerando a relação como simétrica); mas, quando o Estado adentra essa relação, há uma presunção de assimetria entre as partes envolvidas (ADAMY, 2018), devendo assim ter limites restringindo essa relação.

Dentre as muitas classificações doutrinárias relativas aos direitos fundamentais, diz-se que estes são imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis (também chamados de irrenunciáveis), o que, conjuntamente, constitui uma proteção de intangibilidade aos direitos tidos como essenciais a uma vida digna, conforme preceitua André de Carvalho Ramos (2017, p. 97). Estes, por sua vez, são so representantes da liberdades públicas, concretizando os ideários de liberdade, igualdade e dignidade.

Nesse contejo, diz-se que os direitos fundamentais impõem ao Poder Público vedações à ingerência, a fim de demonstrar a sua essencialidade e inerência à condição humana. Assim, primeiramente, os Poderes Judiciário e Executivo estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais, não precisando sequer esperar a sua regulamentação, e isto pareceu tão óbvio ao legislador que este não declarou o vínculo de forma expressa (MARTINS, 2012).

Considerando a autonomia da vontade, que é uma mitigação à inviolabilidade dos direitos fundamentais, tem-se que o indivíduo não pode dispor do exercício desse direito se houve violação à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, há muito é destacado o caso do arremesso do anão, na França. Neste, o Conselho de Estado Francês entendeu por bem limitar a autonomia de vontade do indivíduo em razão da violação da dignidade da

pessoa humana; de igual forma, prosta-se a renúncia aos direitos fundamentais em sede de colaboração premiada (BARROSO, 2010).

Impende destacar, no entanto, que há doutrina, notadamente Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 140-142), contrária a ideia de irrenunciabilidade de direitos fundamentais, sustentando que o direito é uma faculdade e não uma obrigação. Por isso, diz-se que o exercício dos direitos depende da vontade de seu titular. Ao revés do exposto, todavia, salienta que é problemática a renúncia desses direitos quando há pressão de terceiros, que fazem depender da renúncia certos benefícios.

Os autores destacam, então, que avaliação acerca da licitude da exigência de renúncia somente pode ser atribuída após exame cuidadoso de cada caso, em que será verificado, pontualmente, as justificativas materiais da limitação e a gravidade da ameaça. Nesse interregno, traz-se a ideia de que a seara criminal tutela os bens mais caros à pessoa, como a liberdade e, por isso, é extremamente sensível a renúncia de um direito fundamental estabelecido previamente.

De forma conexas, os direitos humanos, dos quais são derivados os direitos fundamentais, devem ser usados com instrumento de proteção de todos, independentemente da situação. Dessa maneira, deve o Poder Legislativo elaborar leis para proteção e promoção, com foco sempre na irrenunciabilidade dos direitos humanos, bem como na construção de uma sociedade que os respeite (SARTORI, 2011).

Com vista à compreensão do papel dos direitos fundamentais no Estado moderno de direitos, especificamente em relação ao direito ao silêncio, um dos direitos fundamentais tutelados pela Carta Magna, tem-se que este se consagrou de forma definitiva no Brasil a partir da promulgação

da Constituição Federal de 1988. E, para compreender melhor o instituto, destaca-se o que foi elencado por Denise Caroline Freire e Hessen Handeri de Lima (2017, p. 105):

O aludido princípio ambiciona evitar que o acusado seja submetido a injusto constrangimento durante as investigações, coibindo este venha a ser exposto à aversão social e a um juízo de valor prévio, antes da devida apuração dos fatos, suportando a culpabilidade sem se submeter às regras do Devido Processo Legal, blindando-se, de igual forma, o Princípio Constitucional da Não-Culpabilidade previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal.

Com isto, de acordo com Carlos Alberto Marchi de Queiroz (1996), houve a efetivação do brocardo *nemo tenetur se detegere* que, em outras palavras, traduz a ideia de que ninguém pode ser compelido a auto-acusar-se; colaborando com o Estado-Leviatã, de que falava John Locke, para sua própria condenação.

Nesse contexto, o direito ao silêncio é reconhecido como componente basilar de um modelo processual penal que busque respeitar a dignidade e os direitos da pessoa humana. Por isto, está previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), ou Pacto de São José da Costa Rica – positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678/92. Na CADH, por conseguinte, o direito ao silêncio foi estabelecido no art. 8º, § 2º, "g".

Ainda sobre o direito ao silêncio, impende destacar que este não está mais tão intimamente ligado às liberdades de expressão, políticas e religiosas, não obstante cumpra a importante função de se extrair confissões involuntárias na seara processual penal. Hodiernamente, está relacionado ao princípio da presunção de inocência, reforçando a ideia de que cabe à

acusação provar a responsabilidade criminal do acusado, o qual não está obrigado a revelar o que sabe dos fatos.

Assim, os direitos fundamentais passaram a serem considerados, para além de sua função originária de instrumento de defesa da liberdade individual, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico vigente (SARLET, 2011, p. 60). Há, assim, uma relação de interdependência e reciprocidade entre os direitos fundamentais e a democracia.

Em vista do exposto, urge a necessidade de se falar no instituto da colaboração premiada, o qual foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n. 12.850, de 2013. Este, por sua vez, tem causado controvérsia em razão da possibilidade de o colaborador renunciar o direito ao silêncio, uma vez que se trata de um direito fundamental de caráter inalienável ou indisponíveis.

A renúncia, da forma que está disposta no art. 4º, §14, da Lei 12.850/13, conduz à interpretação de que o acusado não poderia mais exercer esta garantia fundamental visto que a renúncia seria abstrata e geral (MENDONÇA, 2016).

Nesse sentido, não há como o dispositivo sobreviver ao mínimo controle de constitucionalidade. Essa é a posição de Cezar R. Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p.134) e de Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p.323) cuja síntese transcrevemos: “cláusulas contendo renúncias prévias e definitivas ao pleno exercício dos direitos fundamentais são abusivas, ilícitas e inconstitucionais e devem ser repelidas”.

Outro não pode ser o entendimento, pois o direito ao silêncio enquanto consectário do princípio da ampla defesa, consistindo na adoção, pelo imputado, de uma postura inerte perante a persecução criminal, não contribuindo para a formação de provas contra si. Esse comportamento passivo, ou de não-colaboração, por óbvio não pode ser causa para nenhum tipo de gravame na situação jurídica do imputado e, por isso, ele não presta o compromisso de dizer a verdade e nem pode ser sujeito ativo do crime de falso testemunho.

Dessa forma, fica evidente que a renúncia geral e abstrata, como a do art. 4º, §14, afetaria o núcleo essencial do direito ao silêncio. É bem verdade, que o §10, do mesmo artigo, traz a possibilidade de retratação e há quem defenda que ao silenciar-se o colaborador estaria retratando-se tacitamente (SANTOS, 2019, p. 160) e trazendo este argumento para tentar salvar a constitucionalidade do dispositivo (MENDONÇA e DIAS, 2017, p. 134-135).

Entretanto não nos parece suficiente, pois no artigo 19, da Lei 12.850/13 foi previsto o crime de “Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas”.

Como se sabe, o direito ao silêncio não garante ao acusado o direito de mentir, podendo ser responsabilizado penalmente, por denúncia caluniosa, autoacusação falsa e atribuir-se falsa identidade, contudo a mentira para se livrar ou atenuar sua imputação é uma forma de defender-se e, portanto, componente do direito fundamental em apreço (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 509-510).

Logo, por mais que o colaborador que silencie acabe tendo repercussões só sobre a eficácia do acordo. Outro que acabe por acabar por falsear a realidade, não contar tudo o que sabe, ou mesmo se enganar quanto a estrutura da organização criminosa, estará a mercê de uma imputação criminal, além de ter seu acordo rescindido. Como se percebe, há uma grave situação de insegurança jurídica, com essa carta na manga que é dada aos órgãos de persecução penal.

A primeira parte do dispositivo trata de uma espécie de denúncia caluniosa, o que conforme já foi explicado não está abarcada pela garantia do *nemo tenetur se detegere*, contudo a segunda parte que fala em “revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas”.

Essa segunda parte acaba permitindo que colaboradores que sejam punidos ao resolverem se defender e até mesmo em situações nas quais as informações que prestaram não eram corretas. A mera menção de que, para a configuração do tipo, o colaborador deve saber que as informações são inverídicas não impede que ocorram arbitrariedades, facilitando que os órgãos de acusação, além de rescindirem o acordo, acusem o colaborador que não foi eficiente na sua colaboração.

Se por um lado, a extinção deste tipo penal (ou pelo menos da sua segunda parte) possibilitaria que colaboradores prejudicassem a administração da justiça sem serem punidos penalmente. Por outro, a sua previsão é apta à condenação de inocentes, conferindo superpoderes ao Ministério Público. O paradigma garantista é de desconfiança do poder instituído e entre os custos da ineficiência e os custos da injustiça o sistema

penal deve preferir os primeiros, visto que podem ser justificados, ou tolerados com base em teorias da justiça (FERRAJOLI, 2010, p. 196).

Outra defesa da possibilidade de renúncia ao direito ao silêncio é feita por Cibele Benevides Guedes da Fonseca (2017, p. 139-146), sob os argumentos que a uma – pois a renúncia a direitos fundamentais consolida a garantia constitucional da liberdade individual, a duas que a colaboração premiada respeita os limites para eventual renúncia, quais sejam: capacidade, temporariedade, revogabilidade e benefícios proporcionais.

Se podemos dizer que a renúncia ao direito ao silêncio respeita a capacidade – pois só agentes capazes e imputáveis celebram acordos de colaboração – a revogabilidade – já que existe a hipótese de retratação do acordo – e os benefícios proporcionais, a mesma coisa não pode ser dita em relação à temporariedade.

A autora é certa ao dizer que “não se pode renunciar a algo eternamente. Assim, o réu colaborador não abre mão do direito ao silêncio de forma absoluta e permanente”. (FONSECA, 2017, p. 170). Entretanto, a Lei 12.850/13 nos seus §§ 9 e 12, do art.4º, impõe um dever de colaboração permanente com as autoridades, sendo o colaborador obrigado a comparecer sempre que solicitado (SILVA, 2014, p. 57-58). Isso se reflete em cláusulas como a do acordo de Alberto Yussef que dizem que o colaborador deve

cooperar sempre que solicitado, mediante comparecimento pessoal a qualquer das sedes do MPF, as Polícia Federal ou da Receita Federal, para analisar documentos e provas, reconhecer pessoas, prestar depoimentos e auxiliar peritos na análise pericial (Cláusula 10ª, c, acordo na Pet. 5244, STF)

Isso aliados a cláusulas que preveem um dever genérico de colaboração, sem especificar quais são os fatos e deveres objetos da

colaboração (Clausula 10ª §1º, acordo na Pet. 5244 STF), acabam por esvaziar qualquer temporariedade do acordo, estando o colaborador sempre a mercê da persecução criminal.

Em suma, não há argumento hábeis a sustentar a constitucionalidade do art. 4º, §14, da Lei 12.850/13, devendo este ser declarado inconstitucional.

Por outro lado, isso não quer dizer que ao colaborador está autorizado celebrar acordo de colaboração, silenciar-se ou mentir e permanecer recebendo os benefícios concedidos, sem qualquer tipo de consequência. Acontece que essa consequência estará limitada à eficácia do acordo.

Neste sentido, depreende-se que, ao mesmo tempo que o investigado ou acusado confessa a prática delituosa, deixa de exercer seu direito de permanecer em silêncio, o qual foi arduamente adquirido, assumindo o compromisso de ser fonte de prova para a acusação em relação a determinados fatos (LOPES JR., 2017, p. 785).

O silêncio ou a mentira do colaborador é incompatível com a própria lógica da colaboração, não há de se imaginar que quem colabora se nega a prestar esclarecimentos ou mente em suas declarações (CALLEGARI; LINHARES, 2019, p. 104). Isto porque, a confissão do acusado é pressuposto da colaboração (SARCEDO, 2015, p. 1208), logo faz parte método colaborativo que o acusado não exerça o seu direito ao silêncio, o que é muito diferente de dizer que ele está renunciando a este direito.

O ponto fulcral é a consequência que será atribuída nesses casos, infligindo àquele que mente ou se silencia somente a ineficácia do acordo, tendo em vista que ao tomar essa postura, descumpriu com o que foi acordado com o Ministério Público ou órgão policial.

Nesse caso, haverá perda dos benefícios do acordo e se já houver sido proferida a sentença, deverá ser aplicada a que foi fixada primariamente na decisão. Neste sentido Walter Nunes da Silva Júnior (2015, p. 544) defende que o juiz ao sentenciar o colaborador deverá fazer a individualização da pena como se acordo não houvesse, para depois substituí-la conforme os benefícios estipulados no termo de colaboração, de forma que ocorrendo a rescisão do acordo, deve se aplicar imediatamente a pena individualizada.

## **5. Conclusão**

O discurso judicial brasileiro enfrenta dois problemas graves em relação à colaboração premiada. Primeiro, tem se aplicado – com raras exceções – esse instituto de forma acrítica, sem atentar-se às possíveis restrições a direitos fundamentais que possam decorrer da dinâmica da colaboração premiada.

Isso decorre da adoção ou ratificação de uma plataforma utilitarista, de viés eficientista, que permeia, primeiramente, o Legislativo e em um segundo momento o Judiciário. Esse discurso, busca justificar restrições a direitos fundamentais a partir de uma suposta eficiência do processo. Entretanto, eficiência para esta corrente significa número de condenações, o que não é a finalidade do processo no Estado Democrático de Direito

instituído com a Constituição de 1988. A finalidade do processo é a realização de direitos fundamentais.

É necessária a mudança de paradigma no discurso judicial, a fim de que seja pautado pelos direitos fundamentais, sobretudo nos casos de possíveis restrições como acontece com a colaboração premiada. Nessa linha, a legitimidade do instituto não se dá pela sua eficiência como instrumento a serviço da pretensão acusatória, mas pelo seu papel enquanto meio de defesa disponível ao acusado.

Por outro lado, o reconhecimento da colaboração como meio de defesa não a livra de limitações por outros direitos fundamentais, pois a sua aplicação ainda possui o condão de prejudicar o acusado em determinadas situações jurídicas processuais.

A renúncia ao direito ao silêncio prevista na Lei 12.850, de 2013, é inconstitucional, pois se trata de renúncia geral e abstrata a um direito fundamental, não sendo suficiente para aplacar esse vício a possibilidade de retratação, pois tal não é capaz de expungir de afastar os seus efeitos maléficos, daí por que o certo é entender que a eventual mentira ou silêncio do colaborador deve conduzir, tão somente à rescisão do acordo e aplicação da pena individualizada na sentença, se for o caso.

## **Referências**

ADAMY, Pedro. Renúncia a direito fundamental. In: ALVIM, Eduardo; SALOMÃO, George; STRECK, Lênio (org.). **Curso de direitos direito constitucional**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P. 171-184.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e**

**critérios de aplicação.** Disponível em:  
<[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)> Acesso em: 03 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n.12.850/13.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em: 11 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 48925. **Corpus 927.** Brasília, 30 mar. 2017. Disponível em: <<http://corpus927.enfam.jus.br/inteiro-teor/9jr1kdx83gv4>>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

**Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em: 11 out. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Parecer do Relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=E12706E3F89906756D874F52F73F6CFA.proposicoesWebExterno1?codteor=1027084&filename=Tramitacao-PL+6578/2009](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E12706E3F89906756D874F52F73F6CFA.proposicoesWebExterno1?codteor=1027084&filename=Tramitacao-PL+6578/2009)>. Acesso em: 05 nov. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Antônio Scarance. Reflexões sobre as nações de eficiência e de garantismo no processo penal. In: Antônio Scarance Fernandes; José Raul Gavião de Almeida; Maurício Zanoide de Moraes. (Org.). **Sigilo no processo penal, eficiência e garantismo**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 9-28.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FREIRE, Denise Carolina; LIMA, Hassen Handeri de. **A (in)constitucionalidade da renúncia do direito ao silêncio na colaboração premiada**. Revista Científica dos Discentes da FENORD, julho de 2017, p. 82-119.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e análise da Lei 12.850/13**. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **DIREITO PENAL DO INIMIGO (OU INIMIGOS DO DIREITO PENAL)**. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj029698.pdf/consult/cj029698.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

INSTITUTO LATINO-AMERICANO PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. **A Lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal**. São Paulo: ILANUD, 2005. 106p.

LEVORIN, Marco Polo. **Delação premiada: uma abordagem a partir das políticas criminais garantista e antigarantista e da Constituição Federal**. Jundiaí: Paco, 2018.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei nº12.850/2013), *in* **Revista Custos Legis**, vol.4. 2013. Disponível em: < <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view> >. Acesso em 25.out. 2019.

\_\_\_\_\_ ; DIAS, Fernando Lacerda . A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. (Org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. 1ed.Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, v. 1, p. 103-149

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Ed. JusPodivm,2018.

PIMENTEL, A. S. . O jornalismo e a história da Lei de Crimes Hediondos. In: **VIII Encontro Nacional de História da Mídia**, 2011, Guarapuava - PR. Anais do VIII Encontro Nacional de História da Mídia, 2011.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **A amplitude constitucional do direito ao silêncio**. IN: IBCCRIM. Boletim n. 46. 1996.

RAMOS, André. **Curso de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 3 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Sobre o fio da navalha: a justiça criminal entre a eficiência e os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 103, p. 353-382, jul./ago. 2013.

SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *in*: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito penal e processo penal: Processo penal I**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. v.6.

SARTORI, Thiago Luiz. **O Projeto de lei do senado federal n 321/11 em face da irrenunciabilidade dos direitos humanos.** Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10624-O-Projeto-de-lei-do-senado-federal-n-32111-em-face-da-irrenunciabilidade-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 10 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria(constitucional) do processo penal.** 2 ed. rev. ampl. Natal: OWL, 2015.

STRECK, L. L.. Do Pan-principiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 194, p. 7-21, 2012.

TURNER, Jenia Iontcheva. **Plea Bargaining and International Criminal Justice.** 48 U. Pacific L. Rev. 219 (2017). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2924610>. Acesso em 05 nov. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicus Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal.** 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.



## **Duração razoável do processo: uma análise jurisprudencial e doutrinária do tempo no processo penal**

*Sêmely Clície Rodrigues Batista Lira<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O presente capítulo abrange pesquisa que investigou a garantia fundamental à duração razoável do processo penal à luz da Teoria dos Direitos fundamentais. Com foco em analisar o tempo de duração razoável do processo em compasso com o cumprimento dos demais direitos e garantias fundamentais, foram observados o conteúdo, a linguagem e o tempo de duração de alguns processos. No âmbito local, foram analisadas algumas sentenças da Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Natal/RN, na esfera regional, as decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, por fim, também foram observadas algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, com base no estudo da doutrina, analisou-se tal garantia sob uma perspectiva crítica e reflexiva, buscando compreender a sua classificação doutrinária e o conceito para o termo jurídico, além de pinçar a *doutrina do não prazo* e a *prazo fixo*. Ao final, conclui-se pela necessidade de estabelecer um limite temporal para o Estado conduzir o processo penal no tempo, como forma de limitar o seu poder punitivo e compatibilizar o processo penal com o modelo constitucional de processo do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Teoria dos Direitos Fundamentais. Duração Razoável do Processo.

---

<sup>1</sup>Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro colaborador do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e a Linguagem no Direito Criminal. Membro Colaborador dos Projetos de Pesquisa: a) O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva b) Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte. Advogada. Servidora Pública.

## **ABSTRACT**

This article covers research that investigated the fundamental guarantee of the reasonable duration of criminal proceedings in the light of the Theory of Fundamental Rights. Focusing on analyzing the reasonable duration of the process in consonance with the fulfillment of the other fundamental rights and guarantees, the content, language and duration of some processes were observed. At the local level, some judgments of the Second Federal Court of the Judicial Subsection of Natal / RN were analyzed, at the regional level, the decisions of the Federal Regional Court of the 5th Region and, finally, some decisions of the Superior Court of Justice and the Federal Court of Justice. Then, based on the study of the doctrine, this guarantee was analyzed from a critical and reflexive perspective, seeking to understand its doctrinal classification and the concept for the legal term, as well as clamping on the doctrine of non-term and fixed-term. In the end, it is concluded that there is a need to establish a time limit for the State to conduct criminal proceedings in time, as a way of limiting its punitive power and making the criminal process compatible with the constitutional model of the Democratic Rule of Law process.

**Keywords:** Fundamental Rights Theory. Reasonable Process Time.

## **1. Introdução**

Este capítulo compreende o resultado de pesquisa acadêmica realizada no projeto de pesquisa intitulado “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”. Tal projeto, desenvolvido no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, possui como objetivo investigar a presença efetiva dos direitos e garantias fundamentais na prática forense, no âmbito da Justiça Criminal.

Foi realizada análise minuciosa do conteúdo e da linguagem de algumas decisões judiciais. No início da pesquisa, foram encontradas algumas dificuldades em relação a como seria possível ter acesso às sentenças da justiça de primeiro grau. Devido às barreiras encontradas para identificar sentenças da justiça estadual, optou-se pela análise das decisões da Justiça Federal, em especial, da Segunda Vara Federal da Seção Judiciária de Natal/RN.

Assim também, por uma questão de recorte, decidiu-se por examinar as sentenças do ano de 2018. Em seguida, solicitou-se na secretaria da vara a relação dos processos sentenciados no referido ano e a partir do número dos processos, foi possível ter acesso às decisões, realizando a busca de forma individual na consulta pública do Processo Judicial Eletrônico-PJe. As sentenças foram divididas entre os membros do grupo, que fizeram a análise individual e minuciosa de cada uma. Na sequência, foi produzido relatório com os principais aspectos que chamaram a atenção dos pesquisadores.

Já em relação aos Tribunais Superiores, decidiu-se que não havia um limite de tempo específico e que a busca deveria ser realizada nos respectivos sites. Para o tema duração razoável do processo, foi analisada o tempo de tramitação dos processos da 2a. Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e como o assunto é tratado em decisões do Tribunal Federal da 5ª Região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, buscou-se analisar a duração razoável do processo a partir do viés doutrinário. Nesse sentido, foram abordados aspectos relacionados à natureza jurídica, classificação doutrinária e na tentativa de

buscar um conceito para o termo jurídico. Além disso, foram trazidos os principais pontos levantados pela doutrina do *não prazo* e pela doutrina do *prazo fixo*, a fim de que os mais diversos argumentos levantados pelas duas correntes fossem debatidos.

Por fim, toda a análise do tempo no processo penal e os aspectos doutrinários que envolvem o assunto da demora do judiciário foram investigados sob o viés da Teoria dos Direitos Fundamentais e do modelo constitucional de processo que reclama o Estado Democrático de Direito. Assim, observou-se que a razoável duração do processo é entendido como o tempo devido do processo, no qual o processo penal é desenvolvido dentro da lógica de um tempo razoável, resguardando o cumprimento de todos os direitos e garantias fundamentais do acusado, sem que isso represente dilação processual indevida.

## **2. Relatos de dados da pesquisa**

A efetivação da garantia fundamental à duração razoável do processo é um dos desafios judiciário brasileiro, sobretudo, em relação ao processo penal que põe em jogo a honra e a imagem do acusado. A realização de tal preceito constitucional é um dever do Estado, no sentido de que é uma função estatal garantir um processo penal justo, portanto em tempo razoável. É importante observar que o direito de ter julgamento é um direito que faz com que outros direitos dependam de sua realização.

Para que o Estado faça o uso correto do seu aparato punitivo é preciso que o processo penal caminhe à luz da Constituição. Em outras palavras, é necessário que se efetive o direito à duração razoável do

processo, sem que isso prejudique a realização de outros direitos e garantias fundamentais do acusado. Isso porque tanto a violação do direito à duração razoável do processo quando o seu cumprimento às custas da violação de outros direitos, podem macular o processo como um todo, deslegitimando o poder punitivo estatal.

## 2.1 Análise de decisões em primeira instância

No tocante às decisões da 2ª Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Natal/RN, na pesquisa, foram analisados 12 (doze) processos sentenciados no ano de 2018, em relação à duração dos processos na fase de conhecimento.

Foi elaborada uma tabela no intuito de buscar compreender o tempo médio de duração do processo na fase de conhecimento, ou seja, observar o percurso temporal entre o recebimento da denúncia e a expedição da sentença.

Nº do processo	Recebimento da denúncia	Sentença	Média de dias
0806564-73.2018.4.05.8400	21/06/2018	09/10/2018	108
0808163-81.2017.4.05.8400	31/08/2017	27/02/2018	177
0806608-92.2018.4.05.8400	26/06/2018	05/10/2018	99
0807624-81.2018.4.05.8400	20/07/2018	17/12/2018	123
0807741-09.2017.4.05.8400	16/10/2017	08/08/2018	292

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E  
DOCTRINÁRIA DO TEMPO NO PROCESSO PENAL

0807790-50.2017.4.05.8400	25/08/2017	01/03/2018	186
0807954-15.2017.4.05.8400	14/11/2017	27/04/2018	167
0808538-82.2017.4.05.8400	06/09/2017	07/12/2018	91
0808760-50.2017.4.05.8400	22/09/2017	02/04/2018	190
0808790-22.2016.4.05.8400	01/06/2017	24/08/2018	444
0808817-05.2016.4.05.8400	13/12/2016	11/07/2018	568
0809198-13.2016.4.05.8400	19/10/2016	24/07/2018	605

A partir dos números fornecidos por essa tabela, realizou-se uma média aritmética entre os 12 (doze) processos e constatou-se que, do recebimento da denúncia à prolação da sentença, os processos ficam em torno de 254 dias na 2ª Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Natal/RN, o que é, convenhamos, tempo que pode ser considerado razoável, inferior a um ano. Ademais, fazendo-se a somatório do prazo global do processo, o tempo mínimo de duração, na esfera federal, é entre 110 a 187 dias (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 57).

Isso é importante porque a duração razoável do processo compreende a decisão judicial no tempo certo, a máxima dedicação do judiciário e das partes para a resolução do conflito penal no menor tempo possível, sem que isso represente atropelos às garantias fundamentais.

## **2.2 Análise de decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**

A partir da análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, é possível notar que a discussão sobre o direito à duração razoável do processo vem sendo levada a esse tribunal superior, em geral, por meio de *Habeas Corpus* que visam revogar a prisão preventiva por excesso de prazo. Isso porque passado o prazo para o fim da instrução criminal, em geral, o acusado continua preso preventivamente.

Assim, a manutenção da prisão preventiva, após extrapolado o prazo para o encerramento da instrução criminal não demonstra razoabilidade, portanto, devendo ser revogada. Nesse sentido, segue o HC 08029342320174050000 SE; e HC 08029308320174050000 SE.

Em situação ainda mais peculiar se observa no HC 00012076220174050000/PE julgado em 12/10/2017, em que, após dois anos de investigação, o inquérito policial sequer tinha sido concluído. Essa é uma situação de flagrante violação não só a duração razoável do processo, mas também ao lapso temporal disponível para se investigar uma pessoa. No caso em tela, o Tribunal Regional Federal da Quinta Região decidiu pela revogação das medidas cautelares, devido ao excesso de prazo não justificado para concluir a investigação criminal.

## **2.3 Análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o tribunal segue a doutrina da inexistência de prazo específico para a prestação jurisdicional, quando afirma nos *Habeas Corpus* de nº HC

461763 ES 2018/0190569-0, HC 404971 SP 2017/0150098-0, HC 495053 SP, 2019/0054129-5, HC 445890 SP 2018/0087816-3, HC 452103 SP 2018/0126977-9, HC 439302 AL e HC 2018/0049241-7 que a aferição da razoabilidade da duração do processo não se efetiva de forma meramente aritmética. Assim, para a análise do tempo de duração do processo, o Superior Tribunal de Justiça entende que elementos como particularidade da causa e pluralidade de acusados devem ser levados em consideração, além das atividades do órgão jurisdicional.

No mesmo sentido do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, o Superior Tribunal de Justiça tem acolhido acolhido *Habeas Corpus* impetrados por excesso de prazo na instrução criminal, com pedido de revogação da prisão preventiva. Nesse sentido, HC 449391/MG 2018/0109683-7, HC 312719/SP 2014/0341809-0, HC 482974/GO 2018/0327785-8, RHC 109757/AL 2019/0076764-6. No mesmo caminho, também o HC 405243/SP 2017/0151693-8, quando o STJ decidiu pela revogação da prisão preventiva por inércia na fase investigatória. Assim, o excesso de prazo na fase de inquérito também é acolhido para a revogação da prisão preventiva.

Por outro lado, seguindo a súmula 52, encerrada a instrução criminal, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não há mais que falar em constrangimento por excesso de prazo. Nessa tessitura, foi essa a decisão tomada no RHC 95971 SP 2018/0058035-6, demonstrando que a jurisprudência está consolidada, no sentido de que quando encerrada a instrução criminal não há que se falar em *Habeas Corpus* por excesso de prazo que caracterize constrangimento ilegal. Do mesmo modo, conforme decidido no HC 403232 SC 2017/0139445-6, também não é possível

acolher *Habeas Corpus* quando se alega mero excesso de prazo, quando o acusado está em liberdade, mesmo que a instrução ainda não tenha sido concluída.

Outra questão importante vislumbrada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consiste na inviabilidade de examinar a violação à duração razoável do processo diretamente pelos tribunais superiores, ao argumento de que é necessário primeiramente uma análise pelas instâncias inferiores, para que não haja supressão de instâncias. Nesse caminho, RHC 74510 MS 2016/0209114-0 e HC 354897 PB 2016/0110969-4.

#### **2.4 Análise de decisões do Supremo Tribunal Federal**

A duração razoável do processo é um tema relevante e atual nas discussões do Supremo Tribunal Federal. Na esfera penal, os acusados, por meio de seus advogados, estão sempre peticionando em busca da concretização de tal direito. Portanto, essa garantia fundamental vem sendo interpretada e analisada por meio de controle difuso, geralmente, através de *Habeas Corpus* ou Agravos Regimentais.

Outro ponto é que a duração razoável do processo, via de regra, é quase sempre analisada em conjunto com outros princípios e direitos fundamentais, por exemplo, o devido processo legal, o duplo grau de jurisdição, o juiz natural, a celeridade, a eficiência, a economia processual etc.

A ação penal 1006, julgada em 12/06/2018, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, entendeu pela *perpetuatio jurisdictiones* do STF, quando

os autos já estiverem conclusos para julgamento, mesmo que ocorram causas modificativas de competência (interpretação analógica por extensão da ação penal 937- QO). Essa prevalência do foro fixado para julgamento justificou-se pelo princípio da identidade física do juiz, celeridade processual, princípio da eficiência e da duração razoável do processo.

O que se observa, de uma maneira geral, na análise da jurisprudência da Suprema Corte é que os princípios são lançados para fundamentar as decisões, no entanto, por muitas vezes, não são desenvolvidos, são simplesmente mencionados. Essa situação acaba por prejudicar a formação dos precedentes e gera também confusão entre os princípios, a exemplo da duração razoável do processo com a celeridade processual.

Outro ponto importante é a adoção de critérios para o exame de dilações processuais indevidas. O Supremo Tribunal Federal adota os critérios da complexidade da causa, atuação das partes e do Estado/Juiz, para analisar a duração razoável do processo.

Nesse sentido, em 05/11/2014, o RE 839163 QO foi julgado sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, que chamou atenção para a utilização abusiva do direito de recorrer, sendo caracterizada a via recursal com finalidade protelatória, com prejuízo para a duração razoável do processo. Para o relator, quando o judiciário se nega a apreciar recursos dessa natureza, não se está negando à prestação jurisdicional (art. 93, inc. IX, CF). Além disso, afirmou que a decisão deve fundamentar os motivos do convencimento do julgador, mas não, necessariamente, contrapor todos os argumentos apresentados pela defesa via recurso.

No caso da decisão acima, houve uma colisão entre o direito à duração razoável do processo e o direito à ampla defesa. Importante perceber que os direitos fundamentais são relativos, por essa razão, o direito à duração razoável do processo deve ser interpretado de forma harmônica com os outros princípios e garantias fundamentais, no caso referido acima, com o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Importante também destacar que o art. 3º do Código de Processo Penal determina que: "*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*". Então, após a promulgação do Novo Código de Processo Civil, a decisão acima pareceu superada, tendo em vista que, ao estabelecer diretrizes gerais, o Novo Código determinou que o órgão julgador deve apreciar todos os elementos apresentados pelas partes, inclusive, analisando-os ponto a ponto, conforme art. 489, § 1º, IV, CPC. Dessa forma, garantindo o direito a defesa ter toda a sua matéria apreciada, o que representou uma nova leitura do direito ao duplo grau de jurisdição, à ampla defesa e ao contraditório.

Nas impetrações de *Habeas Corpus* por excesso de prazo, quando o paciente está em liberdade, pleiteando-se, apenas, um julgamento mais célere, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal Suprema não têm reconhecido ofensa ao princípio da duração razoável do processo.

Já em relação ao excesso de prazo na prisão preventiva, convém destacar o HC 142177 julgado, em 06/06/2017, que revogou a prisão preventiva em razão do excesso de prazo (duração de mais de sete anos). Além disso, determinou que o Superior Tribunal de Justiça realizasse o

juízo de julgamento do Recurso Especial em até dez sessões. Nessa atuação, o Supremo Tribunal Federal assumiu posição ativa, reconhecendo a mora do Superior Tribunal de Justiça e o dever de prestar um julgamento em tempo hábil.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal avançou no sentido de reconhecer o direito a um julgamento dentro de prazo razoável, quando determinou ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de *Habeas Corpus* específico em prazos estabelecidos. Foi o caso também do HC 136435/PR, julgado em 22/11/2016, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual afirmou-se que o grande volume de processos e as substituições de relatores não poderiam justificar a demora do julgamento, configurando-se tal fato como constrangimento ilegal, negativa do dever de prestação jurisdicional estatal e violação ao princípio da duração razoável do processo.

Assim também, no HC 101473, julgado em 16/02/2016, sob a relatoria do ministro Marcos Aurélio, afirmou que, em decisões colegiadas em que participem juízes convocados em substituição, não há violação ao princípio do juiz natural. E que, inclusive, tais medidas visam dar celeridade e assegurar a duração razoável do processo.

Apesar disso, o Ag.R no HC 154.651/ GO, julgado em 15/06/2018, sob a relatoria do ministro Alexandre de Moraes, estabeleceu que a duração razoável do processo deve ser analisada, considerando o excesso de processos que afogam o judiciário e a complexidade do caso. Dessa maneira, atribuindo a demora do judiciário à quantidade excessiva de processos. E admitindo, nessa construção argumentativa, a não concretização do direito à duração razoável do processo por razões de grande quantidade de processos nos tribunais.

### **3. Abordagem crítica e reflexiva do direito à duração razoável do processo**

A duração razoável do processo é uma garantia fundamental, na qual, segundo o art. 5º, LXXVIII, da Constituição “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, foi responsável por incluir tal direito no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição.

Analisando os antecedentes, é possível observar que o direito à duração razoável do processo<sup>2</sup> foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico, a partir da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil, em 1992. E esse direito encontra-se posto, explicitamente, nos artigos 7 e 8, do referido diploma, possuindo como subtítulos “Direito à liberdade pessoal” e “Garantias judiciais”,

Alguns autores como NICOLITT (2014, p. 37) classificam a duração razoável do processo como direito fundamental. Nas palavras do autor, “Trata-se de um verdadeiro direito subjetivo público, autônomo e de índole constitucional”. No entanto, há outros autores que o classificam como garantia fundamental. Isso porque, na visão dos constitucionalistas<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Ao tratar da duração razoável do processo na ordem constitucional de 1988, (SILVA JR.,2019, p. 53-54) relembra também que, sem constar de forma explícita na redação originária da Constituição de 1988 antes da Emenda n. 45, de 2004, o direito afeto do causado à duração razoável do processo já vinha sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, como direito implícito do nosso sistema constitucional e desdobramento do devido processo legal, além de encontrar respaldo na Convenção Americana de Direitos Humanos.

<sup>3</sup> Os teóricos do Direito Constitucional realizam uma distinção entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, em especial, aqueles que dedicam seus estudos à Teoria Geral dos

há uma distinção entre direitos fundamentais e garantias fundamentais. Assevera MARTINS (2018, p. 82) que “As garantias fundamentais correspondem às disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam prevenir e/ou corrigir uma violação de direitos”.

A Constituição menciona o título da Carta de Direitos Fundamentais como Direitos e Garantias Fundamentais. Então, convém observar essa distinção entre direito e garantia realizada pela doutrina, no intuito de melhor entender a natureza jurídica do preceito constitucional em análise, compreender suas características e seus desdobramentos no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, é importante observar que as garantias fundamentais funcionam como instrumentos responsáveis por efetivar os direitos por elas tutelados. Dessa forma, elas estão sempre ligadas aos direitos fundamentais e asseguram a possibilidade de se exigir do Estado o efetivo cumprimento destes. Na verdade, as garantias fundamentais exercem função protetivo-garantidora dos direitos fundamentais. Aponta SARLET (2009, p. 179 -180) que “(...) a maioria destes direitos-garantia encontram-se vinculada ao direito penal, processo penal e direito processual em geral”.

---

Direitos Fundamentais. Nesse sentido, SILVA (2015, p. 415 - 422) destaca que os direitos fundamentais são bens e vantagens garantidos por lei, ao passo que as garantias fundamentais constituem meios hábeis a garantir esses direitos. Então, as garantias são instrumentos destinados a assegurar o exercício e o gozo dos direitos fundamentais. Já para outros autores a exemplo de CANOTILHO (2003, p. 396), as garantias são também direitos, a pesar de seu caráter instrumental de proteção de direitos fundamentais. Elas representam o direito do cidadão de exigir do Estado o reconhecimento e a proteção de seus direitos. Para BONAVIDES (2008, p. 526 - 532), as garantias fundamentais existem em face da proteção de valores e interesses, desse modo, resguardam os direitos fundamentais frente as atuações desmedidas do Estado. Para esse último autor, as garantias fundamentais fazem efetivos os direitos fundamentais.

Quando se trata da garantia fundamental à razoável duração do processo, a situação é ainda mais peculiar porque o direito a ter um julgamento justo e dentro de um prazo razoável carrega consigo muitos outros direitos. Nesse sentido, LOPES Jr. (2015, p. 75) relembra que “a lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente”.

### **3.1 Classificação doutrinária e o conceito jurídico**

Quando se fala na formulação de um conceito para o termo jurídico duração razoável do processo, é possível observar que também não há um consenso doutrinário sobre o assunto. Para RANGEL (2017, p. 43) compreende uma norma programática. Já no pensamento de NICOLITT (2014, p. 39-40) o termo compreende um preceito jurídico vago e indeterminado. No mesmo sentido, SANTOS (2014, p. 13) diz que a formulação de um conceito depende de construções doutrinárias e da jurisprudência, assim como, deve possuir como “núcleo essencial da garantia o trâmite processual sem dilações indevidas”.

Apesar dessas afirmações, entende-se que o Estado Democrático de Direito inspira o modelo constitucional de processo, no qual é possível construir um conceito de duração razoável não só como o direito a um processo sem dilações indevidas, mas, sobretudo, a um processo que dure o tempo suficiente para assegurar todos os direitos e garantias fundamentais pertencentes ao acusado, sem que isso represente violação ao direito a um julgamento em tempo razoável.

Nessa tessitura, para o modelo constitucional de processo e a garantia fundamental à razoável duração do processo, revela Baracho citado por MARDEN (2015, p. 110) que: “tem-se portanto, a proposta de que o tempo processual seja percebido como tempo devido do processo, ou seja, aquele tempo que o processo precisa para cumprir a sua função, enquanto metodologia de garantia de direitos fundamentais”.

Enfim, em que pese as controvérsias que circulam em torno da razoável duração do processo, tal preceito constitucional possui natureza jurídica de garantia fundamental. Já em relação à formulação de um conceito, embora a doutrina aponte para a impossibilidade de sua formulação, por ser um conceito jurídico vago ou indeterminado. Sob a leitura do modelo constitucional de processo, a duração razoável compreende o tempo de desenvolvimento processual sem dilações indevidas e em que todos os direitos e garantias fundamentais encontrem-se asseguradas ao acusado.

### **3.2 Doutrina do *não prazo* e doutrina do *prazo fixo***

Quando se fala em justiça criminal, a duração razoável do processo parece ser algo ainda mais peculiar, em razão da expectativa gerada pelo acusado por uma sentença definitiva e um resultado final do processo. Assim, a duração razoável do processo é um princípio geral e estruturante da jurisdição. Especificamente no processo penal, ele é ainda mais imperioso porque o processo que se delonga excessivamente no tempo pode torna-se mais doloroso do que a própria sanção material imposta.

Assevera LOPES Jr. (2015, p. 73):

É inegável que a submissão ao processo penal autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção, pois autoriza restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade do domicílio e a própria dignidade do réu.

Dessa forma, a possibilidade de restringir todos esses direitos fundamentais durante o curso de um processo, por si só, já gera constrangimentos ao acusado. E quando o processo se delonga excessivamente, esses constrangimentos são prolongados. Isso porque aguardar o julgamento final em liberdade não livra o condenado das angústias e estigmas de responder a um processo criminal.

Outra questão fundamental quando se fala em duração razoável do processo é analisar como se posiciona a doutrina em relação à contagem dos prazos. Nesse sentido, importa destacar que, quanto ao estabelecimento de um prazo para a duração razoável do processo, a doutrina divide-se em duas grandes correntes, uma defende a doutrina do *não prazo* e a outra a doutrina do *prazo fixo*.

A doutrina do *não prazo* entende que, devido às especificidades de cada caso, não é possível estabelecer um tempo máximo para a duração do processo. Apesar disso, tal garantia possui aplicação imediata, portanto, a inexistência de um prazo estabelecido não pode ser invocada para negar o direito do acusado de ter um julgamento dentro de um prazo razoável. Já a doutrina do *prazo fixo* busca estabelecer um prazo máximo para a duração do processo penal como meio de assegurar uma maior efetividade à garantia fundamental à duração razoável do processo.

### 3.2.1 Doutrina do *não prazo*

A doutrina do *não prazo* originou-se a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (LOPES Jr. 2015, p. 77). Para esse Tribunal Internacional, não é possível estabelecer um prazo fixo para a duração do processo, devido as particularidades de cada caso. Assevera MARDEN (2015, p.111) que para a doutrina do *não prazo* “a duração ideal de cada processo deve ser aferida apenas nos casos concretos”.

Ademais, a doutrina do *não prazo* é uma nomenclatura utilizada para explicar o caso dos países que não estabelecem prazos limites para a duração do processo penal no tempo. Para SANTOS (2014, p. 14), a doutrina do *não prazo* “surge da inviabilidade de determinar, por mero cálculo aritmético, o que é ou não razoável e da necessidade de apontar critérios mínimos para identificar eventuais abusos no tempo de duração do processo.

Atualmente, essa é a corrente majoritária e exerce grande influência na doutrina e jurisprudência de vários países. Por ser a doutrina a que segue o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ganhou grande força no cenário mundial. Convém também ressaltar que essa é corrente a que segue o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Ao defender a doutrina do *não prazo*, destaca MARDEN (2015, p. 111) que (...) “a legislação não deve estabelecer, de maneira genérica, o prazo máximo de duração de um processo; porém, em cada caso individual, é possível verificar se o procedimento foi sujeito ou não as dilações indevidas.”

Além disso, para os defensores dessa doutrina no Brasil, ao longo do Código Processual Penal são encontrados artigos que estabelecem prazos para a duração dos procedimentos. Por exemplo, os artigos. 400, 412 e 531, do Código Processual Penal. Assim, como a Constituição Federal não afirma de forma expressa que a duração razoável do processo deve ser regulamentada por lei específica, para eles não é possível estabelecer um prazo padrão, porque cada processo exigiria um tempo de duração específico, conforme as peculiaridades de cada caso.

Relata LOPES Jr. (2015, p. 77) que a doutrina do *não prazo* é a adotada em nosso país, tendo em vista que o Brasil não estabelece um prazo limite para o processo penal existir no tempo e até mesmo quando o Código Processual Penal estabelece prazos para a realização de determinados atos e procedimentos não há sanções cabíveis em casos de descumprimentos. Assim, para esse autor, *não prazo* significa "ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento".

Para resumir, essa doutrina entende como inviável a possibilidade de estabelecer um prazo fixo para a duração do processo penal por meio de cálculos aritméticos. No entanto, afirma ser possível estabelecer critérios<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup>Os primeiros critérios estabelecidos para identificar se houve dilação processual indevida foram determinados a partir do caso Wemhoff, julgado em 1968 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Nesse julgamento, apreciou-se se houve razoabilidade na prisão cautelar e, conseqüentemente, dilação processual indevida, com base nos seguintes critérios LOPES Jr. (2015, p. 77): "a) duração da prisão cautelar; b) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, à pena fixada e à provável pena a ser aplicada em caso de condenação; c) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral e outros; d) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; e) as dificuldades de investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias etc.); f) a maneira como a investigação foi conduzida; g) a conduta das autoridades judiciais". Esse caso estabeleceu o que ficou chamado de doutrina dos sete critérios, influenciando na doutrina que hoje é utilizada pelo TEDH, a doutrina dos três

capazes de identificar se há ou não dilações processuais indevidas<sup>5</sup>. A doutrina do *não prazo*, apesar de negar a necessidade de estabelecimento de um prazo, defende a aplicação imediata da garantia fundamental à duração razoável do processo, quando identificadas dilações processuais indevidas, com base na aferição de critérios.

Atualmente, os critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal para aferir, no caso concreto, se houve dilações processuais indevidas compreendem complexidade da causa, atuação das partes e do Estado/Juiz. Vale destacar que esses três critérios compreendem os parâmetros atualmente utilizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que inspiram os tribunais brasileiros.

### 3.2.2 Doutrina do *prazo fixo*

Para os defensores da doutrina do *prazo fixo*, a garantia fundamental à razoável duração do processo seria uma norma programática que necessita de regulamentação para ganhar efetividade. Por essa razão, surge a necessidade de estabelecer um prazo máximo para a existência do processo no tempo, a fim de que a norma constitucional não esteja no plano meramente formal e atinja seus fins sociais.

---

critérios básicos, que possui como parâmetros: a) complexidade do caso; b) atividade processual do acusado; c) conduta das autoridades judiciárias.

<sup>5</sup> O termo dilação processual indevida é uma das nomenclaturas utilizadas por LOPES Jr. (2015, p. 76) para caracterizar o processo penal que se delonga excessivamente no tempo. Mas, segundo o autor a nomenclatura mais apropriada seria (de) mora jurisdicional, porque refere-se ao conceito de mora no sentido de dever de adimplemento obrigacional de prestação da tutela jurisdicional devida.

Assim, para essa corrente, deve ser fixado um prazo máximo para a duração do processo e a partir da extrapolação desse prazo tem-se por violado o direito à razoável duração do processo. Nesse sentido, Casara (2004, p. 127-128) afirma que:

O dever legal de se fixar por lei o prazo de duração razoável da relação jurídica deriva da própria natureza do Estado Democrático de Direito. Assim, somente após a manifestação dos representantes do povo, e em obediência aos princípios da legalidade e do devido processo legal, se estará dando integral cumprimento ao estabelecido no diploma de direitos humanos.

Dessa forma, para a doutrina do *prazo fixo*, pouco importa os prazos que se apresentam de forma isolada para determinados atos e procedimentos no Código de Processo Penal, considerando que o que se propõe é a fixação de um prazo máximo para a duração do processo penal como um todo. Além disso, ela encontra fundamentação no princípio da legalidade e defende o critério aritmético da soma dos prazos dos atos que compõem um determinado procedimento até o trânsito em julgado da última decisão, como parâmetro ideal para definir o prazo razoável de existência de um processo penal no tempo.

Então, mesmo que o Código Processual Penal estabeleça os prazos de 30, 60 e 90 dias para o encerramento da instrução criminal nos procedimentos sumário, ordinário e do tribunal do júri, respectivamente, consoante os artigos 531, 400 e 412 do Código Processual Penal, tais prazos são impróprios. Portanto, os descumprimentos não implicariam quaisquer consequências de natureza administrativa, cível ou penal à autoridade judiciária violadora.

Ademais, essa corrente doutrinária não nega a incidência imediata da garantia fundamental à duração razoável do processo, mas tão somente, propõe a fixação de um prazo como caminho para o comando constitucional ganhar efetividade. Então, embora tal norma necessite de regulamentação infraconstitucional para ganhar efetividade, a inexistência de um prazo fixo não pode ser via oblíqua para negar a aplicação imediata de tal garantia fundamental aos casos concretos.

Dessa maneira, é possível compreender que a garantia fundamental à duração razoável do processo encontra problemas para sua efetivação no âmbito da justiça criminal. E, segundo a doutrina do *prazo fixo*, o estabelecimento de um prazo máximo para a existência do processo penal no tempo é um caminho para buscar efetivar a garantia fundamental à razoável duração do processo.

Um importante questionamento levantado por Carlos Marden é a diferença existente entre o tempo processual e o tempo morto. O autor deixa uma crítica à teoria do *prazo fixo* por considerar que existe uma diferença entre a duração do processo e o tempo processual.

Para ele o tempo processual compreende o “o lapso temporal necessário para que sejam realizados os atos processuais essenciais para que o processo (enquanto procedimento em contraditório) atinja a sua finalidade”. Já a duração do processo compreende a soma do tempo processual com o tempo morto, sendo este último o tempo em que o processo está parado e nada acontece, inclusive, o decurso de prazos para a realização de atos que compõe o processo MARDEN (2015, p. 105 - 106).

Apesar da crítica que o autor propõe em relação à maneira como a doutrina do *prazo fixo* pretende chegar a determinação prazo razoável,

através da soma dos atos que compõe o processo, sem considerar o tempo morto ou o tempo em que o processo está parado sem que nada aconteça, para o modelo constitucional de processo, a atuação do Estado deve ter como limite o princípio da legalidade e os direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, mesmo que a soma dos prazos dos atos do processo não seja o melhor critério para estabelecer o tempo de duração razoável do processo, ainda sim a doutrina do *prazo fixo* parecer ser a mais prudente, por enxergar que deve haver limites pré-estabelecidos para que o Estado conduza o processo no tempo.

Nesse sentido, é fundamental considerar que a duração razoável do processo faz parte de um conjunto de garantias mínimas que o Estado deve assegurar aos indivíduos. Dessa forma, para o modelo processual garantista de Ferrajoli, o estabelecimento de limites mínimos para a atuação estatal é tido como próprio desdobramento do Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 2014).

Em outras palavras, olhar para a duração razoável como garantia fundamental que visa limitar o poder punitivo do Estado é compreender sua relação com a legalidade e sua função limitadora. Assim, reconhecendo-a como instrumento necessário e imprescindível para a limitação do poder punitivo do Estado e a proteção os direitos e garantias fundamentais do acusado.

### **3.3 A superação da regra dos 81 dias e a necessidade de estabelecer novos prazos máximos para conduzir o processo penal no tempo**

Em tempos passados, não havia uma definição de qual seria o prazo máximo para a duração razoável do processo e da prisão preventiva. Então, chegou-se a firmar entendimento de que, diante do procedimento adotado na versão originária do Código de Processo Penal, estabelecia o prazo de 81 dias como tempo necessário e suficiente para o encerramento da instrução criminal. Tal regra possuía inspiração na doutrina do *prazo fixo*. Todavia, atualmente, não se encontra mais em vigência, devido à modificação dos procedimentos, com conseqüente alteração dos prazos após a Reforma do Código de Processo Penal de 2008. Destaca SILVA Jr. (2019, p. 54) que: “Naturalmente, a modificação dos procedimentos exige a revisão desse prazo, que há de ser definido, conforme novas regras”.

Na nova sistemática de contagem dos prazos, a distribuição passou a ser automática a partir do Processo Judicial Eletrônico (PJE) e há margem de prazo em dias para o escrivão cumprir as determinações judiciais.

Assim, o prazo máximo para a realização da audiência de instrução e julgamento, no procedimento ordinário, com defensor constituído é de 105 dias. Caso haja necessidade de manifestação do Ministério Público em preliminares ou documentos juntados, o prazo estipulado será de 112 dias. Já se as razões finais não forem realizadas em audiência, tais prazos estendem-se para 131 e 138, respectivamente. Porém, se o patrono da causa for um defensor público ou dativo, tais prazos vão para 115, 122, 146 e 153, respectivamente, (SILVA Jr., 2019, p. 56). Por fim, em caso de ser a competência da Justiça Federal, tais prazos ainda podem se estender,

considerando o prazo específico para a conclusão do inquérito e a possibilidade de sua prorrogação, mesmo quando o indiciado se encontra preso.

Em que pese os prazos estipulados, aduz SILVA JÚNIOR (2019, p. 55) que “Quando são muitos réus e testemunhas, dificilmente, os prazos serão rigorosamente cumpridos. Especialmente quando há necessidade de expedição de carta precatória e rogatória”. Então, apesar dos prazos estipulados, atualmente, conforme demonstrado na análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o Brasil adota a doutrina do *não prazo*, quando a jurisprudência afirma que cada processo deve ser analisado de acordo com as suas peculiaridades, levando em consideração a complexidade do caso e atividade processual das partes e do Estado Juiz.

A regra dos 81 dias e a doutrina do *prazo fixo* foram muito criticadas no Brasil. Sobre esse assunto, ressalta SANTOS (2014, p. 14) que a famosa Teoria do *prazo fixo* “é objeto de críticas severas da doutrina pátria, entendendo a maioria dos juristas que debatem o tema pela inviabilidade de fixação de prazo prévio para aferir a razoabilidade da duração do processo, devendo ser observadas as peculiaridades do caso concreto”.

Porém, é fundamental compreender a necessidade de um limite máximo para o Estado conduzir o processo penal no tempo, analisando o processo penal à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais que contem o poder punitivo do Estado. Talvez, estudar o estabelecimento de um prazo com base na adequação e possibilidade de cumprimento pelo Estado, seja uma saída possível para resolver o problema da indefinição do curso do

processo penal ao longo tempo e a angústia causada pela incerteza na espera dos acusados.

Assim, também é salutar levar em consideração que estabelecer um prazo fora da realidade e sem possibilidade de cumprimento é algo que macula a própria imagem e a credibilidade do judiciário. Consequentemente, estabelecer um prazo impossível de ser cumprido é tornar o judiciário alvo de críticas sobre as quais não há possibilidade de se defender, além de criar uma falsa expectativa de tempo de resposta processual para os acusados e para a sociedade.

Dessa maneira, fixar um prazo limite dentro da lógica de um processo constitucional, no qual seja possível realizar todos os atos processuais em um prazo razoável observando-se o cumprimento dos demais direitos e garantias fundamentais é caminho para buscar não só a efetivação da garantia fundamental à duração razoável do processo, como também a compatibilização do processo penal com a Constituição e a eficiência na atuação do Poder Judiciário<sup>6</sup>.

#### 4. Conclusão

A garantia fundamental à duração razoável do processo exerce grande importância para a jurisdição como um todo, uma vez que

---

<sup>6</sup> Revela SILVA Jr. (2019, p. 54), que a “delimitação da duração razoável do processo serve, ainda, como termômetro para verificar a eficiência da atuação jurisdicional e orientar a elaboração de plano estratégico, para fins de definição de metas a serem atingidas e, até mesmo, para que o Ministério Público, o ofendido e/ou sua família ou próprio acusado reclamem diante de morosidade. No Conselho Nacional de Justiça, em seu Regimento Interno, inclusive, há espécie de procedimento específico para reclamação contra a demora na tramitação do processo”.

compreende um princípio geral da jurisdição e norteia o funcionamento do Poder Judiciário. No processo penal, tal garantia torna-se ainda mais peculiar, uma vez que a simples abertura de um processo penal em desfavor de uma pessoa pode afetar a sua reputação, honra e imagem.

No direito brasileiro, não existe um prazo máximo estabelecido para o Estado conduzir o processo penal no tempo, na medida em que no Código Processual Penal são estabelecidos prazos para prática de atos, mas não para o processo como um todo.

As correntes doutrinárias do *não prazo* e a do *prazo fixo* pouco refletem sobre os pontos cruciais do assunto, como o estudo da lógica do tempo no processo, a questão do tempo morto, a compatibilização da razoável duração do processo com as demais garantias fundamentais e a função de limitar o poder punitivo do Estado.

A pesquisa revela que no Brasil se adota a doutrina do *não prazo* e estabelece como critérios para aferir a duração razoável do processo a complexidade da causa e a atuação das partes e do Estado/Juiz. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e A Corte Interamericana de Direitos Humanos também adotam a Teoria do *não prazo*, o que termina por influenciar muitos países a seguirem o mesmo caminho, sem contudo se refletir quanto à necessidade de se estabelecer um consenso sobre o que seria um prazo como razoável para a duração do processo penal como um todo.

Esse contexto nacional e internacional repercute no enfraquecimento da doutrina do *prazo fixo*, muito embora sob a ótica da Teoria dos Direitos Fundamentais e do modelo constitucional de processo, faz-se necessário que seja fixado um prazo máximo para o Estado conduzir o processo penal, a fim de que abusos sejam coibidos.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

CASARA, Rubens; VASSAL, Mylène. **O Ônus do Tempo no Processo: uma Abordagem à Luz do Devido Processo Legal Intereamericano. Radicalização Democrática – Revista Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia**. n.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convenção\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convenção_americana.htm)> . Acesso em: 22 jul. 2019

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo: **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARDEN, Carlos. **A Razoável Duração do Processo: o Fenômeno Temporal e o Modelo Constitucional Processual**. Curitiba: Juruá, 2015.

NICOLITT, André. **A Duração Razoável do Processo**. 2. ed. ver e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RANGEL. Paulo. **Direito Processual Penal**. 25. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Vivian Cruz dos. **O Princípio da Razoável Duração do Processo**. Rio de Janeiro 27p. Artigo (Pós-Graduação). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (CONSTITUCIONAL) do Processo Penal**. 2ª. ed. Natal: OWL, 2015.

\_\_\_\_\_. **Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinários e sumário, como o novo regimento das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e diversas da prisão)** – 3ª. ed. Natal: OWL, 2019.



## **Direito e linguagem: uma análise sobre o princípio fundamental à intimidade na jurisprudência brasileira**

*Maria Beatriz Maciel de Farias<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

Este capítulo tem como objeto a dissertação sobre o conteúdo da interpretação e aplicação do Direito Criminal, especificamente sobre o direito à intimidade. Tem por justificativa a busca em aprofundar o debate acerca da matéria das decisões judiciais. Analisa, pois, criticamente a adequação do discurso jurídico-criminal e sua compatibilização frente aos preceitos constitucionais. Possui como objetivo estimular a abordagem do Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção de direitos e garantias fundamentais. Teve como método a análise documental, jurisprudencial e observação direta. Chegou-se, por fim, a conclusão que a mitigação do direito à intimidade, como preceito fundamental, deve ser encarada como excepcional, necessitando, em alguns casos desenvolvidos ao longo da pesquisa, de autorização judicial.

**Palavras-chave: Direito criminal. Direito à intimidade. Decisões judiciais.**

---

<sup>1</sup> Advogada, formada em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Integrante da base de pesquisa *Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva*. E-mail: mariabeatrizmaciel1@gmail.com.

## **ABSTRACT**

This article has as its dissertation about the content of the interpretation and application of the Criminal Law, specifically about the right to privacy. Its justification is to seek to deepen the debate on the subject of court decisions. Therefore, it critically analyzes the adequacy of the criminal-legal discourse and its compatibility with the constitutional precepts. Its objective is to stimulate the approach of Criminal Law as a constructive normative body of the protection system of fundamental rights and guarantees. It had as method the documentary analysis, jurisprudential and direct observation. Finally, it was concluded that the mitigation of the right to privacy, as a fundamental precept, should be regarded as exceptional, requiring, in some cases developed throughout the research, judicial authorization.

**Keywords: Criminal Law. Right to intimacy. Court decisions.**

## **1. Introdução**

A legislação criminal encontra-se, algumas vezes, em descompasso com a Constituição. Por se tratar de normativas anterior à própria Carta Magna de 1988 - o Código de Processo Penal é de 1941 e o Código Penal de 1940 -, facilmente se vislumbram instrumentos desconformes, especialmente, com as garantias fundamentais.

Dito isso, entende-se que a atividade de interpretação e aplicação do Direito Criminal deve ser exercida com cautela, sendo um processo constante de lapidação para que se encontre respaldada pelas normas constitucionais.

Isto posto, a presente pesquisa surge da necessidade de um estudo mais profundo sobre o conteúdo das decisões judiciais em confronto com os dados estatísticos fornecidos pelo Poder Judiciário. Consequentemente,

propõe-se realizar uma análise crítica de adequação do discurso jurídico-criminal e sua compatibilização frente aos preceitos constitucionais.

A metodologia utilizada no presente estudo foi a pesquisa exploratória, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Encontra-se baseada, ainda, na análise do discurso empregado pela comunidade jurídico no âmbito do Direito Criminal, em confronto com os dados estatísticos fornecidos pelo Poder Judiciário - especialmente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Para isso, além dos dados fornecidos, será utilizada análise documental, jurisprudencial e observação direta.

O presente capítulo se desdobrará em uma seção que irá relatar as decisões coletadas acerca dos tribunais supramencionados e, em seguida, adentrará no estudo sobre as garantias fundamentais, mais especificamente no direito à intimidade e suas limitações. Será discutido como os tribunais têm se comportado no ano de 2019, particularmente, acerca da quebra de sigilo bancário e fiscal. Em seguida, chegará a conclusão se a jurisprudência nacional está em consonância com a proteção do direito à intimidade.

## **2. Relato dos dados coletados**

A presente pesquisa surgiu em razão do interesse em investigar o conteúdo da linguagem jurídica utilizada no âmbito criminal, sob a ótica da Teoria Constitucional do Processo Penal, mais especificamente, analisando se as Cortes brasileiras protegem ou mitigam o princípio da intimidade.

A análise abarca o estudo do direito criminal sob a vertente dos direitos e garantias fundamentais. Compreende, outrossim, um estudo do direito processual penal e penal como corpo normativo do sistema de proteção dos direitos fundamentais, no qual se pretende investigar as decisões judiciais de alguns tribunais brasileiros.

Foi examinado o desdobramento do princípio da intimidade na interceptação telefônica e na quebra do sigilo bancário. Mais especificamente, foram analisadas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Todas elas foram buscadas por meio de mecanismos de pesquisa de jurisprudência de cada tribunal, tendo feito o recorte de análise direcionado aos anos de 2018 e 2019.

## **2.1 Decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte**

Observou-se nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) que a discussão sobre mitigação do princípio da intimidade ocorria em vários ramos do direito, e não apenas no processo penal e direito penal. Todavia, o objeto da presente pesquisa delimita-se à análise do direito criminal.

Tendo por base a análise de todos os processos de procedimento ordinário sentenciados ao longo de 2018, foi observado que o Tribunal utilizava a quebra de sigilo bancário e fiscal como medida excepcional, de tal forma que se houvesse outros meios de prova a comprovar o que se esperava dentro do processo, o sigilo era negado (vide processos nºs

2018.000192-8, 2015.007338-4, 2016.019427-2, 2017.012088-5, 2017.014948-3 e 2016.015700-9).

Ademais, foi fundamentado que sem decisão judicial, o sigilo bancário não poderia ser decretado, e, se o fosse, seria nulo (processo nº 2017.012088-5). Dessa maneira, os desembargadores entenderam que seria caso de *distinguishing* frente ao julgamento das ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859. Vale destacar que *distinguishing* ocorre sempre que existirem particularidades fático-jurídicas não consideradas no precedente - no caso, o princípio à intimidade.

Foi argumentado que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, permitiu a possibilidade de o Fisco obter sem autorização judicial as informações bancárias relativas ao contribuinte. Entretanto, não seria constitucional a utilização desses fins na persecução penal, visto que esse aspecto não foi contemplado em sede de julgamento da Corte Constitucional. Por mais que a Corte Constitucional tivesse julgamentos permitindo o uso dessas informações em sede criminal, tal entendimento não foi dado de forma vinculante.

Tratando-se, pois, da quebra de sigilo telefônico, o Tribunal analisou (processos nº 2017.005140-1 e 2017.009031-7) essencialmente a legalidade ou não das provas obtidas por esse meio.

## **2.2 Decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**

No que diz respeito às decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, também foram analisadas todas as decisões do ano de 2018, focando a análise para a discussão do princípio da intimidade.

Tem que, de forma geral, não houve muita divergência de entendimento quando comparado ao TJRN – vide processos nºs 00057515520134058400, 08118821720184050000, 08118821720184050000, 08001109120154058203, 00024015920134058400, 08020912420184050000, 00008611420174050000, 00000555920134058102, 200984010012971, 08114798220174050000, 00019304120164058302, 00014037520144058200, 08068587620164050000, 00023889820154058300, 00180328620124058300 e 00004272520174050000.

Curioso foi o caso desse último processo (nº 00004272520174050000), em que a empresa de telefonia, atendendo aos anseios da vítima de furto, fez a quebra do sigilo telefônico sem qualquer autorização judicial. Tal aspecto foi considerado como nulo pelo Tribunal, pois tal empresa não tem legitimidade para atender aos interesses de seus usuários no que tange a mitigação do princípio da intimidade.

Entretanto, o entendimento foi diametralmente oposto quando se analisou o precedente do STF sobre a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Segundo os desembargadores do TRF 5, ao julgar as ADIs, o STF permitiu que as informações fornecidas pelo Fisco pudessem ser utilizadas com fins penais – processos nºs 08030327120184050000, 08115092020174050000 e 08039559720184050000.

### **2.3 Decisões do Superior Tribunal de Justiça**

No que tange às decisões do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que foi seguido o entendimento do STF em julgados esparsos no que diz respeito à constitucionalidade da quebra de sigilo fiscal sem autorização

judicial por parte do Fisco, com finalidade de persecução criminal – processos n<sup>os</sup> 1.753.256/PB, 1.782.101/SP, MS 23.934/MG.

Outrossim, assim como os demais tribunais, foi efetuado exame de legalidade sobre a mitigação da intimidade em variados casos, sendo analisado em cada caso concreto se era realmente necessária e a mais adequada – processos n<sup>os</sup> HC 483.991/SP, HC ° 100.869/SP, 1.785.915/SP e 1.753.256/PB.

## **2.4 Decisões do Supremo Tribunal Federal**

Como último tribunal objeto de estudo da presente pesquisa, tem-se o Supremo Tribunal Federal. São poucas as decisões desta Corte no que diz respeito ao princípio da intimidade no período analisado.

Não houveram maiores novidades frente aos demais tribunais aqui estudados. A quebra de sigilo telefônico sempre tinha como aspecto imprescindível a necessidade de autorização judicial – processos n<sup>os</sup> 1.003 DISTRITO FEDERAL, HABEAS CORPUS 152.836 MATO GROSSO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.052.094 PARANÁ, AG.REG. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 140.754 MINAS GERAIS, AG.REG. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.146.179 SÃO PAULO. Entretanto, quando se tratava de quebra de sigilo bancário e fiscal, o entendimento firmado foi de que não havia necessidade de decisão judicial.

### 3. Considerações sobre os direitos humanos

Os direitos humanos são considerados como um núcleo de direitos essenciais à existência humana com dignidade. No Brasil, várias espécies desse direito foram positivadas constitucionalmente, tendo, assim, ganhado um resguardo maior no documento jurídico com força vinculante máxima no ordenamento nacional.

Deve-se ter em mente, contudo, que tal positivação não ocorreu do dia para noite: a sedimentação dos direitos humanos como normas obrigatórias é fruto da maturação histórica. Outrossim, em que pese a titularidade desses direitos estar relacionada à inerência da condição de ser humano, a positivação dos mesmos ganhou força apenas no século XVIII, por meio da Declaração de Direitos da Virgínia (1776), *Bill of Rights* (1776) e da Declaração Francesa (1789).

Para alguns, a sua concepção está relacionada a origem dos seres humanos e do direito natural estabelecido pela filosofia cristã (MARITAIN, 2001), já para outros, são apenas ideias, princípios abstratos.

Entretanto, independentemente da concepção filosófica justificadora de direitos fundamentais escolhida, defende-se que a positivação ocorreu de forma tardia. Ademais, é importante destacar que ainda hoje há alguns direitos fundamentais que não estão expostos no ordenamento brasileiro ou até no ordenamento nacional de forma explícita, mas que, em que pese a ausência de norma, não devem ser menos protegidos.

De todo modo, nota-se que os direitos fundamentais foram ganhando destaque quando se reconheceu que o indivíduo possui,

primeiramente, direitos, para, em segundo plano, ter deveres perante o Estado (BRANCO, 2014).

Com o passar dos anos e o aprimoramento sobre o estudo dos direitos fundamentais, foi observada uma evolução dos mesmos em gerações/ dimensões, segundo Vasak, e status, defendido por Jellinek.

É certo que os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas sim em períodos variados, atendendo a demanda social de cada época. Tal aspecto levou a teorização dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões.

Válido se faz destacar, *a priori*, que o surgimento de novas gerações não ocasiona a extinção das anteriores, muito pelo contrário: todos eles coexistem.

Isto posto, tem-se que os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles relacionados à liberdade. De forma mais específica, são os direitos civis e políticos. Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda dimensão estão relacionados à igualdade, sendo os direitos sociais, econômicos e culturais. São, pois, direitos de titularidade coletiva. Já os direitos fundamentais de terceira geração, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, estão relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. Por último, os direitos de quarta geração compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo.

A doutrina dos status, por outro lado, ajuda a identificar, de forma abstrata, as providências (comissivas ou omissivas) do Estado em relação

ao indivíduo, classificando os direitos fundamentais de acordo com a relação ideal entre o Estado e o indivíduo em cada situação.

Seja qual for a teoria escolhida, o certo é que há momentos em que se vislumbra a busca por direitos que permitam uma maior liberdade individual, sem a participação estatal, e em outros, há demanda de atuação do Estado.

Dito isto, o presente capítulo busca tratar, especialmente, de um direito fundamental da primeira geração ou status negativo: à intimidade. No ordenamento brasileiro, desde a Carta Imperial de 1824 ele se encontra exposto.

Atualmente, na Constituição Federal de 1988, está presente no art. 5º, inciso X, o qual versa que “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”.

Por fim, a proteção a intimidade possui desdobramentos em vários ramos do direito, sendo, aqui, estudada a sua repercussão no âmbito criminal - abarcando o direito processual penal, penal e criminológico - e constitucional.

### **3.1 O direito fundamental à intimidade**

O homem como ser social, necessita do convívio com outras pessoas. A vida em sociedade, por sua vez, deve resguardar a personalidade do sujeito, o que só é alcançado por meio da proteção à intimidade.

Ademais, se faz importante destacar que alguns doutrinadores brasileiros diferenciam o direito à intimidade do direito à privacidade.

Segundo eles, o segundo seria mais amplo e abarcaria o primeiro. Tal distinção, todavia, se apresenta como corrente minoritária e ordinariamente não repercute em maiores debates.

Dito isso, a intimidade é componente das relações humanas, do desenvolvimento livre da personalidade do ser. Nota-se que seu conceito é impreciso, amplo e abstrato. Para Ferraz Júnior (1992), esse direito é subjetivo fundamental, tendo toda e qualquer pessoa como seu titular - física ou jurídica, nacional ou estrangeira, residente ou em trânsito no país.

Para Arendt (2010), a privacidade está associada à concepção de propriedade, veja-se:

Devemos o pleno desenvolvimento da vida do lar e na família como espaço interior e privado ao extraordinário senso político do povo romano, que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado ao público, mas, ao contrário, compreendeu que esses domínios somente podiam subsistir sob a forma da coexistência.

Tendo essas explanações em mente, se verifica que o conteúdo da intimidade estaria, dessa maneira, relacionado a faculdade de constranger os outros ao respeito, tendo como objeto a integridade moral do titular. Posto de outra forma, tal princípio busca manter o indivíduo livre de observação de outras pessoas, do Estado. De não ter seus assuntos expostos a terceiros, do sigilo dos seus negócios pessoais *latu sensu*.

Ainda, para Silva Júnior (2015), a intimidade teria duas esferas: uma exterior, respaldada na natureza física e material; e outra interior, manifestada apenas no psíquico.

Importante se faz destacar que o princípio em estudo está explicitado em normativa internacional e no direito comparado. Apesar de não ter a palavra “intimidade” expressa no art. XII da Declaração Universal

de Direitos do Homem e do Cidadão, é perceptível que tal dispositivo almejou a sua proteção.

Portanto, por não se tratar de direito absoluto, nem ser passível de renúncia plena, ele possui limitações, as quais, é certo, não podem perder de vista a dignidade da pessoa humana.

### **3.1.1 Mitigações ao princípio da intimidade**

Antes de adentrar no estudo do princípio da intimidade, especificamente, deve-se ter em mente que o direito criminal atual no sistema jurídico brasileiro de forma excepcional. Isso quer dizer que esse ramo possui como dever a proteção dos direitos mais valiosos, sendo utilizado apenas como *ultima ratio*.

Tendo esse aspecto em mente e conforme já exposto, o princípio da intimidade encontra-se no art. 5º, X, Carta Magna. Além disso, no inciso XII está proclamado que é

inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer e para fins de investigação criminal ou instrução processual.

A partir da leitura desse dispositivo, pode-se, erroneamente, interpretar que apenas o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas poderia ser violado. Enquanto os demais sigilos – bancário ou fiscal, por exemplo –, seriam absolutos, não podendo existir qualquer mitigação.

Todavia, essa linha de pensamento está em dissonância com o ordenamento pátrio e os tratados internacionais. Isso porque a premissa é de que nenhum direito fundamental é absoluto, e que no choque de dois os mais direitos, há necessidade de realização do procedimento de ponderação.

Tal exercício propicia a avaliação, *in casu*, da necessidade, adequação e proporcionalidade para que se alcance uma solução com maior respeito aos direitos humanos.

De outra forma, se fosse considerado como inviolável, sem sofrer nenhuma mitigação seja por parte do Estado ou de particulares, seria inconstitucional a interceptação da correspondência de presos, por exemplo. Todavia, não é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Segundo essa Corte, a violação do sigilo deve ocorrer de forma excepcional, com fulcro na segurança pública e da preservação da ordem jurídica, respeitando os parâmetros do art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/1984.

Outra situação é quando há a gravação - seja da voz ou imagem - clandestina, ou seja, sem o consentimento da pessoa, como meio de obtenção de prova em processo criminal.

Em um primeiro entendimento da Corte Constitucional, foi estabelecido que se houver a autorização de quebra por um dos interlocutores da conversa, a prova é considerada como lícita, visto que o sigilo é garantia dada àqueles que participam da conversa. Assim sendo, se algum deles desejar tornar público o conteúdo da mesma, mesmo sem o consentimento do outro há apenas violação moral, e não legal.

Posteriormente, foi entendido que a gravação clandestina está contaminada por ilicitude, em decorrência de invadir a esfera da intimidade do interlocutor que não sabia o que estava ocorrendo de verdade. Passou-se,

ainda, a diferenciar a gravação do seu intuito: se seria meio de defesa ou investigação.

Caso fosse para atingir o primeiro fim exposto anteriormente, a gravação seria aceita, com fundamento na legítima defesa assegurada no ordenamento interno. De forma contrária, em caso de procedimento investigatório sem autorização judicial, a gravação deve ser recusada e considerada ilegal.

No que diz respeito, especificamente, à quebra de sigilo bancário e fiscal, objeto de estudo nas sentenças colhidas e apresentadas no item 2, tem-se que o mesmo se apresenta como uma proteção à intimidade do usuário do serviço prestado pelas instituições financeiras.

Antes de examinar as limitações do sigilo bancário, deve-se ter em mente que essa garantia se traduz em uma obrigação imposta aos bancos e seus funcionários, que abrange movimentações, abertura e fechamento de contas. É, em verdade, um respeito aos negócios e discrição de todos aqueles que lidam com instituições financeiras.

O sigilo garante, assim, que a pessoa não tenha sua situação bancária exposta de forma pública. Por outro lado, à intimidade bancária não pode servir de óbice à fiscalização das atividades financeiras.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, vem-se entendendo ser possível o compartilhamento de informações dos bancos à Receita Federal, fiscos municipais, estaduais e distrital, bem como à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sem a necessidade de autorização judicial. Entendimento esse é respaldado por Silva Júnior, o qual defende não se tratar propriamente de quebra de sigilo bancário, mas sim de transferência de dados sigiloso.

Retomando a possibilidade de quebra de sigilo feita por CPI, é entendido que a mesma deve ocorrer de forma singular, sendo fundamentada a decisão de quebra e proporcional aos fins pretendidos.

Outrossim, também é utilizado como argumento na Corte o fato da Receita Federal ter acesso à declaração de patrimônio total de bens dos contribuintes, estando a movimentação bancária embutida nessas informações.

Já no que tange ao compartilhamento das instituições financeiras diretamente com a polícia, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União (TCU), entende-se que há necessidade de autorização judicial. Excepcionando, é certo, o caso do órgão ministerial requerer informações de contas cuja titularidade é de órgãos e entidades públicas ou no caso do TCU, quando o envio de informações for relativo a operações de crédito originárias de recurso públicos.

Destaca-se que há decisões do STF que permitem o compartilhamento de informações da Receita com o Ministério Público e sem autorização judicial. Dessa forma, tornou-se possível, assim, que tais informações se tornassem prova emprestada no processo penal.

Restava pendente de julgamento o RE 1055941, o qual possui repercussão geral e debateu de forma mais profunda sobre o tema. Antes dele, o presidente da Corte Constitucional, Ministro Dias Toffoli, em julho de 2019, por meio de decisão monocrática, determinou a suspensão nacional de todos os processos judiciais em andamento que versassem sobre o compartilhamento sem autorização judicial e para fins penais, de dados fiscais e bancários dos contribuintes.

Em decorrência dessa decisão, ficaram suspensos, ainda, inquéritos e procedimentos de investigação que foram instaurados sem supervisão do judiciário sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle.

Em 28 de novembro de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu<sup>2</sup> que é legítimo o compartilhamento com o Ministério Público e as autoridades policiais, para fins de investigação criminal, da integralidade dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira, sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário. Com a conclusão do julgamento, foi revogada a liminar deferida pelo relator.

Em outro sentido, defende-se no presente capítulo que a o sigilo bancário é assunto sujeito à proteção da vida privada do indivíduo. Contudo, como todo e qualquer direito fundamental, quando há tensão com o interesse público, em torno de informações relevantes, o controle sobre os dados não deve ficar à mercê da vontade individual.

Por outro lado, defende-se ser inconstitucional a transferência de dados bancários das instituições financeiras para a polícia, Ministério Público e Tribunal de Contas da União - ou dessas instituições para a própria Receita - sem haver qualquer autorização judicial nesse sentido.

---

<sup>2</sup> Conforme tema 990, do Supremo Tribunal Federal, a tese firmada é de que há possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário. *STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público*. Notícia STF, Brasília, 28 de novembro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2019.

Deve-se ter em mente que a quebra de sigilo, especialmente, bancário e fiscal é medida incomum. Só ocorrendo em preservação de outro valor com *status* constitucional. E, quando ocorrer, a medida tem que se mostrar adequada, proporcional e necessária, sendo necessário que o magistrado especifique a informação que deseja obter. Isso tudo, reitera-se, deve ser feito por meio de pedido formulado ao judiciário e não pela simples transferência de informações.

Válido se faz destacar que a medida não precisa ter a oitiva anterior do investigado, mas o mesmo pode se insurgir contra a decisão via *habeas corpus*, por exemplo.

Ademais, em razão dessa medida inusual, deve-se decretar o sigilo do processo. De tal forma que mesmo havendo a quebra de sigilo, não há o vazamento de informações para o público em geral.

#### **4. Conclusão**

A jurisprudência ainda não se encontra uniformizada no que diz respeito a quebra de sigilo bancário e fiscal.

A decisão recente da Corte Constitucional estabelecendo a possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário, mitiga de forma desarrazoada o princípio da intimidade.

Isso porque o âmbito criminal mexe com um dos aspectos que são mais valiosos para o ser humano: a sua liberdade. A atuação do direito

criminal, é, assim, excepcional. Ademais, é apresentado como ramo jurídico de ultima *ratio*, devendo proteger apenas aquele núcleo de direitos mais valiosos.

Qualquer medida que seja capaz de restringir a liberdade do indivíduo – em maior ou menor escala – deve ser adotada visando a proteção de garantias e direitos expostos na Constituição Federal e nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Defender que o compartilhamento de informações bancárias seja feito sem autorização judicial – garantia individual, e assim, cláusula pétrea conforme nosso sistema constitucional – é uma violação do direito da intimidade.

No art. 5º, XII, da Carta Maior, é perceptível que o direito à intimidade pode ser mitigado, entretanto, tal limitação deve estar respaldada em autorização judicial.

Portanto, entender de forma diversa é ir de maneira contrária ao que está exposto no texto constitucional, ofendendo direito fundamental sem respaldo jurídico, mas tão somente a vontade de – possivelmente – condenar alguém, mesmo que essa condenação esteja fundamentada em prova ilícita.

## Referências

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: HC 70.814/SP, UF: 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello, j. 01º/03/1994, DJ 24/06/1994.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de Jurisprudência: Dizer o Direito**. 7. ed. rev. ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. amp. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; e Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 88, 1993.

MARITAIN, Jacques. **Los derechos del hombre**. México: FCE, 1949.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. rev. amp. Natal: OWL, 2015.

**STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público**. Notícia STF, Brasília, 28 de novembro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123>>. Acesso em: 6 de dezembro de 2019.



## **Análise crítica e empírica sobre a linguagem empregada na dosimetria**

*Gabriel Lucas Moura de Souza*<sup>1</sup>

*Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo*<sup>2</sup>

*Natália Galvão da Cunha Lima Freire*<sup>3</sup>

### **RESUMO**

O presente capítulo resulta de um estudo crítico e empírico realizado pelos autores, enquanto membros do grupo de pesquisa “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, a respeito da linguagem empregada na valoração de circunstâncias judiciais, realizando análise de discurso em estudo de casos múltiplos com base em todas as sentenças proferidas pela 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte durante o ano de 2018. Após as explicações metodológicas, realizou-se uma análise sobre a constitucionalidade das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, bem como dos suportes dogmáticos e discussões que permeiam sua utilização. Posteriormente, estes aspectos foram confrontados com os dados que se evidenciaram nas decisões,

---

<sup>1</sup> Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Penal. Bacharel em Direito (UFRN). Professor da graduação e pós-graduação em Direito (UnP/Laureate). Membro do grupo de pesquisa “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva” (UFRN) e “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte” (UFRN).

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional (UFRN), Bacharel em Direito (UFRN). Professor da pós-graduação em Direito (UnP/Laureate). Membro do Grupo de pesquisa “Estado, Direito e Sociedade” (UFRN) e “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”

<sup>3</sup> Bacharel em Direito (UFRN). Pesquisadora no grupo “Para além das escolhas de determinação judicial de pena: entre o dogmático e o empírico” (UFRN). Bolsista voluntária de iniciação científica nos grupos “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte” (UFRN) e “Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva” (UFRN). Young Penalist no grupo brasileiro da Association Internationale de Droit Pénal.

resultando em uma análise de adequação, a partir de cada circunstância, entre os aportes teóricos e a aplicação prática.

**Palavras-chave: Circunstâncias Judiciais. Dosimetria. Linguagem.**

## **ABSTRACT**

This article is the result of a critical and empirical study, performed by the authors as members of the research group “Criminal Law as a constructive normative body of the fundamental rights systems, in its subjective and objective perspective”, regarding the language used in the evaluation of judicial circumstances, conducting multiple case studies based on all the judgments given by the 2nd Federal Court of the Judicial Section of Rio Grande do Norte during the year of 2018. At first, is made an analysis of the constitutionality of the circumstances provided by the Article 59 of the Penal Code, as well as the dogmatic supports and discussions that permeate its use. Subsequently, these aspects were confronted with the data that were evidenced in the decisions, resulting in an adequacy analysis, for each circumstance, between its theoretical foundations and its practical applications.

**Keywords: Judicial Circumstances. Dosimetry. Language.**

## **1. Introdução**

Trata-se de capítulo escrito em decorrência de estudo de campo realizado por pesquisadores do grupo de pesquisa “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, no qual se buscou, através do aprofundamento bibliográfico e da pesquisa empírica, analisar qual o sentido empregado pelo legislador e pela doutrina à cada um dos termos definidos como circunstâncias judiciais que influenciam na fixação da pena-base, bem como em seguida ilustrar sua utilização, em especial,

através do emprego da metodologia de estudo de casos múltiplos, à todas as sentenças condenatórias prolatadas pela 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte entre o período de Janeiro a Dezembro de 2018.

Neste sentido, toma-se como objetivo discutir criticamente o dispositivo legal previsto no art. 59 do Código Penal brasileiro — que versa sobre as circunstâncias que devem ser ponderadas pelo magistrado para fixação da pena-base, na primeira fase da determinação da pena —, sua efetividade como um parâmetro normativo e a sua utilização por parte dos julgadores.

Inicialmente, no tópico “2” deste capítulo, são tecidas explicações sobre a metodologia de análise de discurso em estudo de casos múltiplos, empregada para coleta, sistematização e análise dos dados utilizados como embasamento das discussões aqui tecidas.

Prosseguindo, partir-se-á no tópico “3”, da exposição de motivos do Código Penal e da própria redação dada ao art. 59, que em seguida será confrontada com a produção doutrinária pertinente, especificamente os trabalhos de Salo de Carvalho (2010), Rodrigo Duque Estrada Roig (2015) e Adriano Teixeira (2013).

A relevância deste trabalho se dá em um contexto de crescente discussão sobre a função e real utilidade das penas privativas de liberdade, a qual se evidencia pelo amplo interesse da comunidade acadêmica jurídica na produção científica a este respeito<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Neste sentido, faz-se referência a Gloeckner (2009, p. 209-329), Salo de Carvalho (2010, p. 27-58), Choukr, (2002), Prado (2005, p. 986), dentre outros.

Do ponto de vista aplicado, a discussão sobre a dosimetria da pena pulula como um dos mais enfáticos exemplos de terreno movediço nas sentenças condenatórias. Os parâmetros de aferição diversos encontrados na literatura reverberam na ausência de padronização técnica no dosar da pena enquanto atividade judicial.

Concluiu-se que, apesar da forte crítica doutrinária ao cenário nacional de ausência de metodologia na fixação da dosimetria da pena, as decisões analisadas se afastaram sensivelmente desta realidade, apresentando apenas algumas poucas ocorrências de inidoneidade na fundamentação em comparação com o espaço amostral global.

## **2. Explicações sobre a metodologia empregada**

Além do seu objeto, toda pesquisa científica precisa determinar os métodos que serão empregados para coleta, análise e interpretação dos dados e formação de conclusões e metas de generalização. Essas escolhas metodológicas definem o próprio objeto, na medida em que criam as condições e limitam as possibilidades de análise do fenômeno que se pretende compreender<sup>5</sup>.

Como mencionado na introdução, este trabalho pretende tecer uma análise crítica sobre a linguagem empregada na valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, sobre a constitucionalidade das circunstâncias judiciais em si mesmas, e por fim, discutir o caso prático da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, com o intuito

---

<sup>5</sup> A metodologia de análise de discurso em estudo múltiplo de casos utilizada neste capítulo é adaptação de metodologia empregada por Reinaldo (2019).

de verificar se em alguma medida são incorporados os elementos que violem as premissas da Teoria Constitucional do Processo Penal.

Como será discutido em detalhes ao longo do tópico “3”, primeiramente se obteve junto à secretaria da 2ª Vara Federal uma listagem com todos os processos que teriam sido sentenciados ao longo do ano de 2018. Em seguida, extraiu-se da ferramenta Pje da Justiça Federal (<https://pje.jfm.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>) todas as sentenças condenatórias indicadas na listagem, excluindo-se da análise as quais apresentaram todas as circunstâncias judiciais valoradas como favoráveis ou neutras, tendo em vista que o objeto da pesquisa é o de discutir a linguagem utilizada para valorar como desfavoráveis tais circunstâncias e consequentemente exacerbar a pena-base.

Por último, os pesquisadores confrontaram a construção dogmática sobre a caracterização e constitucionalidade das circunstâncias judiciais, com o teor das sentenças, buscando verificar a utilização de elementos inerentes ao tipo penal ou outros termos incompatíveis com o processo penal sob a égide da Constituição Federal.

Diante disto, o primeiro obstáculo que se colocou foi o da identificação e compreensão daqueles que são considerados os elementos estruturantes de cada um dos oito conceitos utilizados como circunstâncias judiciais. Isto porque, tais elementos desempenharão o papel de categorias de informação<sup>6</sup> que irão guiar as escolhas metodológicas para definição das formas de coleta e análise dos dados.

---

<sup>6</sup> Utiliza-se esta expressão como sinônimo de categorizações teóricas ou categorias conceituais, conforme empregado por Strauss e Corbin (2008), e que nada mais são do que formas de agrupar dados em relação ao seu conteúdo.

Superado este ponto, é preciso determinar quais as formas de apreensão do fenômeno: em outras palavras, quais tipos de métodos, dentre os vários utilizados nas pesquisas qualitativas e quantitativas, serão empregados para produzir dados que sejam pertinentes à análise do objeto, de forma a garantir o máximo de transparência, através da possibilidade de repetição dos procedimentos por qualquer outro pesquisador que deseje refutar ou aprofundar a análise.

Em terceiro lugar, selecionadas as ferramentas metodológicas, é preciso elaborar um recorte do tema a fim de se determinar o espaço amostral da pesquisa. Neste sentido, é difícil, e mesmo impossível, descrever o procedimento de amostragem, sem fazer referência ao projeto de construção progressiva do objeto como um todo (PIRES, 2008, p. 155.).

No caso desta pesquisa, tem-se que seria impossível analisar toda a população pertinente ao objeto, que são as sentenças condenatórias prolatadas pela 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, na medida em que as decisões são produzidas todas as semanas, de forma ininterrupta, portanto, adotar a estrutura aberta de pesquisa significaria adotar um espaço amostral que nunca se encerraria, apesar da saturação das categorias de informação.

Por essa razão, opta-se por uma estrutura de pesquisa convencional ou fechada, no sentido de que se retira da população “P” (todas as sentenças já prolatadas e que ainda serão prolatadas), uma amostra operacional “O” bem definida (todas as sentenças prolatadas entre ao longo do ano de 2018). Constrói-se, portanto, num primeiro momento, os resultados obtidos junto à amostra delimitada previamente, tendo como meta de generalização demonstrar a aplicabilidade destes resultados ao resto da população,

concebendo-se, então, amostra e população como sendo uma relação de *universos variáveis* (PIRES, 2008, pp. 159-165.).

Mas antes de serem aplicados tais procedimentos, é preciso fazer uma análise crítica dos documentos que serão estudados e do contexto social global no qual eles se inserem: o analista precisa identificar a quem aquele documento é destinado, qual sua natureza, bem como não pode prescindir de conhecer e relatar a conjuntura política, econômica, social, cultural, que propiciou a produção de um determinado documento. Tal conhecimento permite compreender os esquemas conceituais de seu ou de seus autores, suas reações, identificar os grupos sociais e locais envolvidos, e as instituições representadas pelos envolvidos (CELLARD, 2008, pp. 299-300).

Em detalhes, tais tarefas e etapas metodológicas se desenvolveram ao longo dos tópicos “3.1” à “3.8”.

### **3. Sobre a incapacidade do artigo 59 do código penal brasileiro em guiar a conduta**

Antes de se adentrar na análise sobre a aplicação das circunstâncias judiciais no exemplo prático da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, tendo em vista que o objetivo é aprofundar a discussão que circunda a aplicação do artigo 59 do Código Penal, tem-se como ponto de partida lógico o próprio dispositivo legal, que versa:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as

cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

De forma objetiva, extrai-se que o dispositivo legal elenca oito circunstâncias que necessariamente devem ser levadas em consideração na fase da dosimetria pertinente à fixação da pena-base, isto é, tratam-se de critérios impositivos. Todavia, apesar da obrigatoriedade da observação destes critérios e de sua relevância para a definição da pena, o dispositivo legal não deixa claro qual o alcance semântico de cada um dos termos pertinentes às circunstâncias judiciais.

Especificamente, da leitura do dispositivo não se torna óbvio para o jurista, muito menos para o cidadão leigo, qual o sentido dado ao termo culpabilidade por exemplo, sobretudo quando se leva em consideração que esta mesma expressão possui um significado próprio na teoria finalista da ação de Hans Welzel (1965) que é adotada pelo código penal brasileiro. Melhor aduzindo, nem mesmo aqueles termos que aparentemente são claros e não seriam capazes de gerar dúvida sobre sua aplicação, como o termo “antecedentes”, na verdade já foi e ainda é objeto de bastante escrutínio, o que se evidencia pela formulação da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que será debatida em maior profundidade no tópico “2.1”.

Além disso, não só não há nenhum outro dispositivo legal dedicado a esclarecer ou definir tais termos, como a própria exposição de motivos do Código Penal é vaga ao tratar do assunto, o que se verifica ao analisar os enxertos que tratam sobre a fixação da pena, mais especificamente, sobre o artigo 59 e sobre as circunstâncias judiciais ali definidas:

50. As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo, elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão "culpabilidade" em lugar de "intensidade do dolo ou grau de culpa", visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator crimínogeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, á vista de sua necessidade e eficácia para "reprovação e prevenção do crime". Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências. Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico.

51. Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59, consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes, incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o *quantum* da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa.

Da análise do enxerto acima, extrai-se que no §51 se explica as três etapas do procedimento de definição da pena, enquanto no §50 se explica

sobre duas circunstâncias judiciais específicas: a culpabilidade — aduzindo “visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena” — e o comportamento da vítima — aduzindo “fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes”.

Estas explicações permitem tão somente a compreensão de que a culpabilidade, no contexto do artigo 59 do Código Penal, faria referência à uma espécie de nível de censura que incidiria na quantidade da pena, não fornecendo qualquer explicação sobre de que forma tal incidência procederia. Quanto ao comportamento da vítima, por outro lado, há uma explicação mais objetiva da intenção do legislador, ao afirmar que se tem como intuito levar em consideração que em certas situações o comportamento do ofendido pode ser um fator que estimula a prática delituosa, mas que igualmente não oferece uma explicação sobre de que forma isto incidiria concretamente na fixação da pena<sup>7</sup>.

Este cenário inevitavelmente impõe ao intérprete recorrer à metaregras de natureza moral e ética, para poder elaborar uma definição precisa do que corresponderiam tais conceitos e as consequências práticas decorrentes dessas conceituações. Isto porque, da forma como está redigida, a norma frustra a sua função de guiar a conduta dos indivíduos, no sentido de que falha em fornecer um critério independente de ação<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Permanecem as seguintes perguntas: esta circunstância apenas poderia ser considerada favorável? Se sim, de que forma, concretamente, repercutiria na pena-base?

<sup>8</sup> Para Scott J. Shapiro, o direito possui um propósito moral que independe dos propósitos morais dos indivíduos envolvidos em sua interpretação e aplicação, justamente por sua

Todavia, o grande empecilho em se recorrer à meta-regras, sobretudo no campo do Direito, é justamente a ausência de metodologia na aplicação delas, fenômeno cuja ocorrência será analisada em detalhes entre os tópicos “3.1” à “3.8”.

### 3.1 Antecedentes

Até mesmo a circunstância judicial denominada “antecedentes”, apesar de semanticamente clara, e de ser uma expressão com a qual a maior parte das pessoas está familiarizada, também provocou e ainda provoca bastante escrutínio entre os intérpretes do Direito.

Em detalhes, “antecedentes”, na língua portuguesa, significa algo que aconteceu em momento anterior, e que inserida no contexto do Direito Penal, pode levar o intérprete à conclusão de que quaisquer eventos penalmente relevantes — como ações penais em andamento e inquéritos policiais —, ocorridos no passado seriam antecedentes criminais

Todavia, a acepção deste termo nestes moldes contradiz de uma só vez duas premissas básicas do sistema.

Primeiramente, a noção de presunção de não-culpabilidade (ou presunção de inocência) estabelece a impossibilidade de um cidadão ser considerado culpado e conseqüentemente sancionado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>9</sup>, isto inclui não só eventual sanção

---

função ser a de guiar a conduta dos indivíduos através da solução de divergências morais, fornecendo um critério independente de ação. (SHAPIRO, 2011, p.216).

<sup>9</sup> Artigo 5º, LVII da Constituição Federal do Brasil.

decorrente da própria ação penal, como também qualquer outra sanção dela decorrente.

Esta lógica, contudo, não foi facilmente incorporada com a promulgação da Constituição Federal, e apenas em maio de 2010, com a edição da Súmula nº 444 pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça — “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-bas” — que efetivamente se verificou uma ruptura com a visão tradicional da doutrina brasileira de que os antecedentes englobariam toda a vida pregressa do indivíduo<sup>10</sup>.

Deve-se ressaltar que apesar da persistência desta discussão até meados de 2010, desde 2000 já havia decisão prolatada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal na qual se afirmava a incompatibilidade entre o dispositivo legal do artigo 5º, LVII da Constituição Federal com a exacerbação da pena apoiada em situações processuais indefinidas<sup>11</sup>, imbróglgio que, todavia, não veio a se encerrar com a edição da Súmula nº 444.

Isto porque, como forma de se adequar ao entendimento sumulado, o próprio Superior Tribunal de Justiça passou a consolidar o entendimento de que condenações alcançadas pelo período depurador de 05 anos podem ser utilizadas para valorar como desfavorável a circunstância dos antecedentes<sup>12</sup>, exacerbando conseqüentemente a sanção.

Daí, exsurge o problema da criação de uma espécie de sanção perpétua condicionada que se manifesta sempre que um indivíduo já

---

<sup>10</sup> Como exemplo, compartilhavam deste entendimento Mirabete (2008, p. 300.), Noronha (1972.) e Bittencourt (2009)

<sup>11</sup> HC STF 79.966/SP

<sup>12</sup> HC STJ 30.211/SP

condenado sofre uma nova condenação, em forma de incremento na pena do crime posterior, o que por sua vez, provoca um conflito com a normatividade do art. 5º, XLVII, “b”, que veda a existência de penas de caráter perpétuo.

O que nos leva à segunda contradição provocada pela incorporação desta noção de antecedentes em nosso sistema, que é a violação à vedação à dupla punição por um mesmo fato penalmente relevante, ou simplesmente, a violação ao princípio *ne bis in idem*, na medida em que o princípio da individualização da pena não permite que a punição dada por um crime, em uma pena, estenda-se a outro, enquanto que a circunstancia judicial nominada “antecedentes” promove justamente isto.

Portanto, por mais que a posição adotada pelos tribunais superiores resguarde a presunção de não-culpabilidade, o mesmo não pode ser dito em relação à vedação ao *bis in idem*.

Neste sentido, as sentenças da 2ª Vara Federal da Secção Judiciária do Rio Grande do Norte analisadas na coleta de dados não destoaram do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, não tendo se verificado nenhuma ocorrência na qual a noção de antecedentes foi valorada como desfavorável em razão de ações penais em andamento ou inquéritos policiais.

### **3.2 Comportamento da vítima**

A análise do comportamento da vítima também é alvo de bastante debate por parte dos intérpretes, sobretudo em razão de sua utilização de forma contrária àquela prevista pelo legislador.

Melhor aduzindo, como já discutido no tópico “3”, no item 50 da exposição de motivos do código penal, esta circunstância é mencionada especificamente, explicando-se que “fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.”.

Da análise do enxerto, percebe-se que o legislador buscava que fosse levada em consideração caso a vítima tenha instigado em alguma medida o cometimento da conduta delitiva, trazendo ainda o exemplo concreto dos crimes contra os costumes, especificamente o “pouco recato da vítima”, circunstância que viria à favorecer o condenado.

Todavia, apesar desta explicação expressamente constar na exposição de motivos, vários intérpretes adotaram o posicionamento de que a inexistência de colaboração ou instigação ao delito por parte da vítima deve ser considerada como circunstância desfavorável ao condenado, e capaz de exacerbar a pena-base, tendo esta matéria chegado até o Superior Tribunal de Justiça que pacificou a questão em termos jurisprudenciais<sup>13</sup>.

Não é o caso da 2ª Vara Federal da Secção Judiciária do Rio Grande do Norte, que não apresentou nenhuma ocorrência com fundamentação desta natureza, em relação ao comportamento da vítima.

Apesar da certa uniformização jurisprudencial a esse respeito, é preciso tecer uma crítica ao tratamento dado pela legislação brasileira à vítima, que como se verifica de forma exemplar na redação do artigo 59 do

---

<sup>13</sup> AgRg no REsp 1.687.304/AL

Código Penal, é vista como mero objeto do processo, do qual se extrai informações relevantes para definição da sanção.

Isso porque, este é o único dispositivo legal que relaciona em alguma medida a vítima à fixação da pena, não havendo qualquer previsão de adequar a sanção aos interesses daquele (a) que foi o (a) principal ofendido (a)<sup>14</sup>.

### **3.3 Personalidade do agente**

Dentre todas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, a noção de “personalidade do agente” certamente figura como a mais problemática, logo ao lado da noção de “culpabilidade”, analisada no tópico “3.1”, na medida em que suas origens remetem à tradição lombrosiana de considerar o indivíduo alvo de persecução penal como pertencente à um grupo sobre o qual pondera uma certa expectativa de cometimento de delitos.

Esta corrente de pensamento que se consolida no final do século XIX, conhecida por Escola Positiva do Direito Penal, tem como base a ideia de periculosidade criminal, tendo se tornado um conceito chave no Direito Penal Moderno, como se verifica pela sua incorporação na legislação brasileira, através do artigo 59 do Código Penal. Ao contrário do Direito Penal Clássico, que se detinha na gravidade do delito e na correspondente punição, a Escola Positiva considera o delito como um sintoma de

---

<sup>14</sup> A previsão legal de pagamento em dinheiro à vítima ou seus dependentes prevista no §1º do artigo 45 do Código Penal só é aplicável às penas restritivas de direitos.

periculosidade, como "índice revelador da personalidade criminal" (CARRARA, 1987, p. 37).

Todavia, além de não haver comprovação científica sobre a premissa da Escola Positiva de que existem indivíduos marcados por alguma condição biológica que os compele a cometer crimes, ambas as turmas do Superior Tribunal de Justiça que lidam com matéria de Direito Criminal possuem entendimento firmado de que condenações, ainda que transitadas em julgado, não servem para aferir a personalidade do agente, que é circunstância que envolve conhecimentos oriundos de outras ciências, como a psicologia e a psiquiatria e demais envolvidas na análise da índole e do caráter<sup>15</sup>.

Neste contexto, no caso da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, houve similitude com o posicionamento do STJ, isto é, no sentido de reconhecer a impossibilidade de valorar como desfavorável esta circunstância quando não existirem nos autos elementos suficientes para definir a personalidade do agente, tendo o relatório de respostas elaboradas pelos pesquisadores apresentado duas ocorrências relacionadas à esta circunstância judicial.

A primeira delas é a vinculada ao processo de numeração 0808163-81.2017.4.05.8400, na qual o pesquisador que respondeu ao questionário apontou como observação o emprego dos termos “boa e má índole” e “desvio de caráter” quando da análise da personalidade. O trecho em análise é o seguinte:

**Personalidade:** Em relação à personalidade na qualidade de circunstância a ser observada na dosimetria da pena, deve-se

---

<sup>15</sup> Como exemplo, verificar o HC 448.236/SP da Quinta Turma julgado em 26/08/2018, e o HC 473.874/MS da Sexta Turma, julgado em 29/02/2019.

analisar as qualidades morais e sociais do agente, a sua boa ou má índole, a maior ou menor sensibilidade ético-social e a existência, ou não, de desvio de caráter, a fim de verificar se o crime há de ser considerado como um episódio acidental na vida do agente. Não existem nos autos elementos suficientes para definir a personalidade do agente.

Este mesmo trecho também se verificou em uma segunda ocorrência, vinculada ao processo de nº 0003670-02.2014.4.05.8400.

Como se percebe, as expressões “boa ou má índole” e “desvio de caráter” são utilizadas em relação à explicação sobre o que deveria ser analisado nesta circunstância judicial e não fazem referência direta ou indireta ao cidadão objeto de persecução penal.

A discussão da dosimetria nestes termos leva ao fortalecimento da noção de que existiriam pessoas com algum aspecto da psique que os coloca em um patamar de inferioridade em relação aos valores morais vigentes, levando à estigmatização destes cidadãos.

Ocorre que este tipo de segregação, como se extrai da exposição de motivos do Código Penal, item 66, era prevista pelo legislador e intencional, na medida em que a noção de boa e má índole consta expressamente no referido documento.

Neste sentido, nos casos em análise, o que as decisões fazem ao utilizarem estes termos é simplesmente reproduzir a linguagem constante da exposição de motivos do código penal ao analisar em abstrato a circunstância de personalidade, e que, apesar de possivelmente segregacionista, foi intencionalmente imposta pelo legislador.

Ante o exposto, conclui-se que de uma maneira geral, as decisões da 2ª Vara Federal não incorporaram em sua fundamentação elementos linguístico que expressam violência e opressão política, com exceção da

análise em abstrato da definição dogmática da circunstância judicial da personalidade do crime, mas que, todavia, encontra-se em harmonia com o previsto na exposição de motivos do código penal e com o emprego da noção de índole na legislação penal brasileira.

Neste sentido, apesar da posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, a realização de perícias de uma maneira geral — incluídos aí os exames multidisciplinares destinados a avaliar a personalidade dos indivíduos acusados de crimes — ainda é uma exigência distante para a maior parte dos estados brasileiros, sobretudo em comarcas do interior<sup>16</sup>.

Além disso, por mais que a posição jurisprudencial majoritária resguarde a necessidade de exames multidisciplinares, é preciso ressaltar que a ideia — estabelecida pelo próprio Código Penal e expressamente ressaltada no item 66 de sua exposição de motivos — de classificar os cidadãos criminalmente de acordo com suas personalidades leva à visão de uma sociedade maniqueísta, zoroástrica<sup>17</sup>, de um lado "os bons" que não possuem a personalidade voltada para o crime, e do outro indivíduos que possuem sua personalidade manchada por algum tipo de condição criminógena inata.

### **3.4 Conduta social**

Assemelhando-se aos questionamentos feitos acerca da personalidade do agente enquanto circunstância passível de valoração, a

---

<sup>16</sup> Página 13 diagnóstico perícia criminal no Brasil. Ministério da justiça. 2012.

<sup>17</sup> Zoroastrismo é uma antiga religião persa, que consiste na ideia principal do dualismo constante entre duas forças, representando a luta entre o bem e o mal.

conduta social enfrenta, em uma análise constitucional das circunstâncias judiciais, diversos dilemas.

Preliminarmente, cumpre rememorar que antes da reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, a conduta social era abrangida pela análise dos antecedentes, razão pela subsistiu, mesmo ao adquirir configuração própria, uma interligação conceitual entre as categorias. A afirmativa encontra suporte no julgamento do RHC 130132 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2016, momento em que a 2ª turma decidiu pela impossibilidade de que antecedentes fossem aptos a influir na análise da conduta social do acusado.

Tamanha contemporaneidade da temática, demonstrando que a dissociação se deu unicamente em plano normativo, é representada pelo julgamento do EAREsp 1.311.636, pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no corrente ano, reafirmando que condenações transitadas em julgado não servem para o desvalor da personalidade ou conduta social, embora assim o tenha entendido a 6ª Turma.

A própria divergência entre as Cortes Superiores, a respeito da idoneidade ou inidoneidade de se invocar condenações como fundamento para o aumento da pena base, através da circunstância em comento, indica a necessidade de revisitação de seu conceito e harmonia com a ordem constitucional.

Um estudo da conduta social, em comparativo com as demais circunstâncias judiciais previstas no Art. 59, CP, permite verificar que, assim como se expôs quanto à personalidade do agente, difere-se por inserir no âmbito de cognição judicial, para fins de dosimetria de pena, aspectos subjetivos. Em outras palavras, faculta, para compor a sanção penal, que

sejam objeto de valoração comportamentos pré e pós-delitivos, apresentando-se como questão problemática em uma determinação da pena proporcional ao fato, nos termos propostos por Teixeira (2015).

Na mesma toada, afirma Santos Júnior (2009), que a partir da circunstância em comento, aceita-se uma tipicidade material, sem exigência do tipo formal, ferindo frontalmente princípios como legalidade, anterioridade e secularização, já trabalhados em momento anterior deste trabalho. Compreende, por consequência, que se trata de categoria inconstitucional, entendimento que aqui se compartilha, pela desconformidade entre sua valoração e um Direito Penal que se refira a condutas concretas, a fatos delituosos.

A preocupação é refletida também no Anteprojeto de Código Penal, elaborado por Comissão presidida pelo Ministro Gilson Langaro Dipp, em 2011, que assim como fizera a Comissão que presidiu Miguel Reale Junior, retira a conduta social do rol de circunstâncias judiciais. O fundamento, para tanto, referia-se justamente à necessidade de objetivação, bem como à dificuldade que tal categoria impõe, em virtude de sua vagueza, a uma correta aferição pelos magistrados.

No período determinado para esta pesquisa, contudo, tais violações não foram identificadas nas sentenças proferidas pela 2ª Vara Federal, ao analisar a conduta enquanto circunstância. Embora ao mencioná-la atribuam conceito subjetivo, afirmando que, nesta ocasião, deve ser examinado “o comportamento do agente no meio familiar, social e profissional”, acertadamente houve separação entre o conceito de antecedentes criminais

e conduta social, o que se evidencia pela afirmativa de que é “irrelevante a circunstância de ter maus antecedentes”<sup>18</sup>.

### **3.5 Culpabilidade**

O termo culpabilidade pode ser considerado um dos mais polissêmicos da dogmática penal. Vieses doutrinários apontam uma tríade conceitual decorrente do aludido conceito jurídico, que ora tem representação principiológica (princípio da culpabilidade), ora figura como categoria do conceito analítico do delito (composto pela imputabilidade, consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa) e, no que interessa ao presente escrito, também é circunstância judicial presente quando da dosimetria da pena.

Pelo primeiro prisma, a culpabilidade aparece como princípio de hierarquia constitucional, funcionando como limite à atividade estatal ao impor que qualquer hipótese de punição requer a configuração da conduta dolosa ou culposa. A culpabilidade, nesse nicho teórico, não indica a estrutura da responsabilidade, mas, ao contrário, impõe uma barreira de proteção em favor do indivíduo, funcionando como condicionante negativa.

A culpabilidade inserta no conceito analítico do delito, ao seu tempo, é tida como aquela em sentido estrito, através da qual verifica-se os pressupostos necessários para autorizar a inflição de pena ao autor de um fato típico e ilícito, questionando se o agente podia ou lhe era exigível agir conforme o direito. Integra a estrutura deste conceito de culpabilidade a

---

<sup>18</sup> Processo Nº: 0001139-69.2016.4.05.8400.

imputabilidade, a consciência da ilicitude, formando, agora, uma condicionante positiva.

Por fim, a culpabilidade exsurge no art. 59, CP como integrante da primeira fase da dosimetria da pena, verdadeira circunstância judicial que inaugura a análise dosimétrica.

Além de polissêmica, a culpabilidade é igualmente fértil quanto às críticas que a circundam. A guisa de exemplificação, Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 282) assevera que a tese da liberdade de vontade imanente ao conceito de culpabilidade – enquanto categoria da teoria tripartite dos elementos do crime - e, por extensão, ao conceito de punição, é indemonstrável. Bem por isso, se a pena pressupõe a culpabilidade e esta, por sua vez, tem por fundamento um dado indemonstrável, então a culpabilidade não pode servir de fundamento da pena.

Especificamente no que concerne ao uso da categoria culpabilidade como circunstância judicial, salta aos olhos o quão movediço é o tratamento dogmático e, também, jurisprudencial do tema. Diante de inúmeras formas de materialização desse conceito na fase dosimétrica, impõe fixar premissa fundante na análise: não deve a culpabilidade funcionar como canal de legitimação de juízos moralizantes do julgador, contrapondo o direito penal do fato e incrementando a sanção criminal voltada ao caráter do agente e sua periculosidade (ROIG, 2015, p. 136).

Como aponta a literatura especializada, em que pese – enquanto regra geral – rechace-se criticamente a concepção de culpabilidade fundada no caráter ou na personalidade do agente, alinhando-se à culpabilidade pelo fato, ainda é viva na linguagem judicial a valoração de situações eminentemente pessoais, que não se vinculam ao ilícito de forma objetiva.

Deste modo, inadequada, diante do exposto, o emprego de expressões linguísticas voltadas à valoração do autor, para além da análise do injusto utilização de trechos como “*sendo obviamente mais reprovável a conduta daquele em que foi depositada a confiança pelos eleitores*” (fl.15)<sup>19</sup>, em referência direta à pessoa do agente.

Convém observar que a confiança dos eleitores, para utilizar a ilustração acima mencionada, é elemento pré-delitivo, ou seja, traduz um episódio pretérito ao injusto e, por tal razão, desconsidera que a culpa pelo fato simplesmente inexistente antes dele e não mais se altera após o mesmo. Daí que narrativas que se valem de episódios pretéritos (antecedentes, vida pregressa, etc.) ou mesmo pós-delitivos (revelia, comportamento processual, postura em audiência, insubmissão, não arrependimento, etc.) não se vinculam ao fato, mas ao autor e, conseqüentemente, devem ser afastadas da quantificação da reprimenda penal.

Outra presença recorrente nos discursos judiciais e doutrinários é a mensuração do dolo e da culpa para fins de aferição da culpabilidade. Expressões como “dolo direto e intenso”<sup>20</sup> guarda relação com o modelo dosimétrico pré-reforma de 1984, quando então a quantificação do dolo e da culpa para efeito de aplicação da pena ainda se fazia presente.

De tal forma, o dolo e a culpa são elementos integradores da estrutura típica, já levados em consideração pelo autor no momento da cominação legal.

Leciona Salo de Carvalho (2014, p. 353) que o advento da teoria finalista da ação gerou a normatização plena da culpabilidade, sendo

---

<sup>19</sup> Processo Nº 0001139-69.2016.4.05.8400.

<sup>20</sup> Processo Nº: 0003692-41.2006.4.05.8400.

extirpados os elementos dolo e culpa, transferidos para a tipicidade – os elementos subjetivos do tipo. E é justamente com a reforma penal de 1984 que se incorporou ao Código Penal Brasileiro as ideias do finalismo, culminando com a modificação explícita do art. 59 (e do sistema de dosimetria da pena).

O novo (pós-1984) artigo 59, caput, substituiu os termos intensidade do dolo e grau da culpa pela categoria culpabilidade. E tal substituição tem razão de ser, não devendo tais significantes serem tomadas como sinônimos. A alteração em comento decorre da virada teórica pela qual passou o referencial normativo aqui trabalhado, agora alinhado ao finalismo penal.

Em suma, a culpabilidade enquanto circunstância judicial acaba por ter seu significado preenchido por juízos que se voltam ao autor do fato, funcionando como *locus* de afronta à secularização<sup>21</sup> e ao direito penal do fato. Ofende-se a secularização, quando, por exemplo, valora-se negativamente a culpabilidade a partir de julgamentos morais (jamais demonstrou arrependimento; mostrou-se indiferente e frio, etc.), visto que tais descrições, além de ordinariamente extraídas de um olhar moral – fora de qualquer embasamento normativo – do julgador, também faz da pena uma reprimenda aos caracteres pessoais do condenado, e não uma pena baseada na proporcionalidade do fato delituoso.

---

<sup>21</sup> A secularização representa, no contexto trabalhado, a separação entre o direito e a moral. Ferrajoli (2012, p. 207) aponta que a partir desse recorte de laicização determina-se que a sanção penal não deve ter fins ou conteúdos morais.

O Superior Tribunal de Justiça tem julgado interessante para ilustrar os contornos que a análise da culpabilidade na dosimetria da pena deve seguir sem se afastar de um direito penal preocupado com o fato.

Nos autos do Habeas Corpus 388005/PE, relatado pelo Min. Ribeiro Dantas, a mencionada Corte Superior frisou que:

A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito. 4. No caso concreto, as instâncias ordinárias constataram que o corréu autor dos disparos realizou o ato de violência com animus necandi, pois, após desferir um tiro, quando a vítima ainda estava no chão, realizou mais dois disparos.

A ilustração acima colacionada deixa claro que a culpabilidade, para ser legitimamente valorada em desfavor do acusado, deve ter sua apreciação pautada por elementos concretos do delito – e não da pessoa do agente – e, a partir dessa premissa, mensurar se na conduta há um incremento capaz de impor maior desvalor na ação ou no resultado do agir criminoso. O fato de realizar inúmeros disparos de arma de fogo, mesmo com a vítima caída, autoriza um acréscimo valorativo no julgamento da conduta, posto que esta se mostrou incrementada por uma situação que foge do núcleo base do tipo (violência), evidenciando maior censurabilidade e, portanto, legitimando o aumento da pena base do acusado.

### 3.6 Circunstâncias do delito

Ainda na redação do artigo 59, CP se extrai a existência de outra circunstância judicial, homônima do gênero e que, por isso, dá-se o nome de circunstâncias em sentido estrito – buscando contrastar com as circunstâncias judiciais que seriam circunstâncias em sentido *lato*.

Tais circunstâncias (do crime, em sentido estrito) buscam possibilitar a valoração de aspectos exteriores do delito, de jaez objetivo, dentre as quais o local do delito e o modo execução. Através desse elemento da dosimetria penal é reconhecido pelo sistema normativo que o fato punível pode ir além da simples figura típica prevista na lei incriminadora, já que a esse fato criminoso se atrelam, não raras vezes, características acessórias que mudam a gravidade da conduta e, conseqüentemente, influirão na resposta sancionadora.

Percebe-se de tal conceituação uma primeira e acertada preocupação exposta por parte da literatura especializada, a saber, o terreno fértil para violações ao princípio penal da vedação ao *bis in idem*.

Como alerta Salo de Carvalho (2013, p. 377) determinadas circunstâncias de tempo, local e forma de agir integram a própria tipicidade objetiva e, conseqüentemente, já tiveram o espaço devido para valoração sancionadora, sendo vedada nova apreciação (com base do art. 59, CP) sob pena de configurar dupla valoração negativa sobre um mesmo fato.

Inclusive é dizer remansoso na jurisprudência pátria que o aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos

inerentes ao tipo penal<sup>22</sup>, o que finda tendo plena aplicabilidade quando da avaliação jurisdicional das circunstâncias em sentido estrito.

Há de se ressaltar, ainda, a impropriedade de eventuais discursos que valoram a circunstância ora enfrentada a partir de dados relativos à conduta posterior do agente (eventual fuga do local do delito ou mesmo revelia processual, por exemplo). Essas hipóteses, como se colhe da doutrina (Roig, 2015, p. 176), não guardam a vinculação causal necessária ao incremento penal, visto que seu suporte fático ocorre após exaurido o evento delitivo e, conseqüentemente, fora do âmbito valorativo disponível ao julgador.

### **3.7 Consequências do delito**

As consequências do crime analisadas quando da primeira fase da dosimetria da pena configuram aquelas – consequências – que, desdobrando-se do ato delituoso, fogem para além do resultado (dano ou perigo de dano) lesivo já previsto como inerente à conduta típica. Há, pois, um incremento lesivo no resultado criminoso.

Saliente-se que toda forma de aumento de pena, e isso inclui a primeira fase da dosimetria da pena, precisa guardar vinculação objetiva com o fato delituoso. Tal afirmativa é importante para sedimentar a impossibilidade de recurso a linhas argumentativas que buscam preencher o conceito de consequência do delito com eventos apartados do fato típico.

---

<sup>22</sup> REsp 1499050/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 09/11/2015

É o que ocorre, por exemplo, com a incorreta vinculação entre as consequências do delito e considerações de ordem preventiva, mormente com o paradigma da prevenção geral negativa, absolutamente discutível no âmbito da teoria da pena. Revela-se inadequado, já que desvinculado à conduta típica objetivamente analisada, o recurso argumentativo a expressões como “sentimento de insegurança social”; “ordem pública” ou qualquer outro elemento que fuja da aplicação da pena enquanto resposta proporcional ao fato.

A literatura especializada vai mais além com a precaução diante da circunstância judicial em comento. Disserta Rodrigo Roig (2015, p. 179) sobre a impossibilidade de o julgador valer-se de consequências do delito que nunca estiveram ao alcance cognitivo do agente do crime.

Comunga-se do pensamento do referido autor, uma vez que a ideia de culpabilidade se desdobra na aversão à responsabilidade objetiva, e, conseqüentemente, na concepção de que o agente do crime só pode ser sancionado por aquilo que estava dentro da sua órbita de previsibilidade.

Incabível, por isso mesmo, imaginar que pode o autor do crime ter sua pena incrementada a título de consequências do delito desfavoráveis em razão da quantidade de filhos deixados pela vítima de um delito de homicídio, ou pela destinação que seria dada aos valores subtraídos ou desviados em certo delito patrimonial, informações estas não sabidas pelo sujeito ativo do crime.

O princípio da culpabilidade, representado pelo axioma garantista *nulla poena sine culpa*, espalha seus efeitos para todo o sistema penal. Não é possível restringir tal garantia secular ao âmbito da teoria do delito, senão ampliá-la para todo o sistema criminal, d’onde se extrai a teoria da pena.

Assim, argumentações que não obedeçam a ideia de culpabilidade devem ser tidas por ilegítimas e, conseqüentemente, incapazes de elevar a pena base do condenado.

### 3.8 Motivos

Embora não tenha se verificado, nas sentenças objeto da presente pesquisa, significativos problemas de linguagem na análise dos motivos enquanto circunstância judicial, sua amplitude requer que sejam feitas considerações pontuais.

Como se buscou demonstrar anteriormente, o *ne bis in idem*, não raro, finda violado na dosimetria da pena, através de um uso descriterioso das categorias previstas no Art. 59, CP. Agravando o problema, a própria relevância dos motivos do crime para aumento da pena base, isoladamente, já representa questão controvertida, uma vez que a jurisprudência não se reporta nessa categoria, como regra, a qualquer elemento do delito, mas a fatores considerados - de maneira subjetiva - reprováveis.

Notadamente, essa maior reprovabilidade ou reprovabilidade geral é vazia de conteúdo, pois não encontra referência nas estruturas básicas do crime, conforme adverte Adriano Teixeira (2015, pg. 139). Trata-se, portanto, de categoria preenchida por um juízo moral, variável de acordo com o julgador, e que se baseia por vezes em circunstâncias internas do agente, inatingíveis, como o ânimo.

É possível verificar, comumente, o uso de expressões como “obtenção de lucro fácil” tidas como aptas a fundamentar um incremento de pena a determinado sujeito, enquanto motivo do delito. No entanto, em um olhar mais atento, se nota que em delitos patrimoniais – onde haverá maior

incidência de tal justificativa – incorrerá o julgador, assim, em *bis in idem*. Isso porque a “obtenção de lucro fácil” é, supostamente, inerente aos tipos penais desta ordem, razão pela qual o incremento de pena constitui dupla sanção por um mesmo fato.

Há, ainda, situações em que se observará *bis in idem* entre os motivos do crime e outras circunstâncias judiciais, como a culpabilidade, especialmente quando confundido com a culpabilidade *stricto sensu*. Arelado a essa questão, o agravamento sancionatório baseado na atitude interna do agente, assim como se demonstrou ao abordar neste capítulo a culpabilidade como circunstância judicial, finda por afastá-lo de uma correta imputação individual do injusto.

Deve-se esclarecer que a motivação do agente não é capaz de indicar a intensidade desse injusto penal, pois representaria, desta maneira, um privilégio a fatores subjetivos, ligados ao sujeito e não ao fato delituoso, enquanto medida de determinação de pena.

Assim como as demais circunstâncias externas ao delito, portanto, os motivos necessitam de uma especial legitimação para que sejam, adequadamente, capazes de influir na pena base. Do contrário, seu uso afasta-se do princípio da proporcionalidade e das limitações ao poder punitivo, constituindo um verdadeiro espaço livre para punição, despido de critérios.

#### **4. Conclusão**

Existe uma lacuna na abordagem metodológica da dosimetria da pena, especialmente em sua primeira fase.

As circunstâncias referentes à personalidade do agente e à conduta social, dada a similitude entre as questões elencadas, destacam-se como as categorias mais problemáticas na primeira fase da dosimetria da pena. Isso em razão da ausência de balizas e de meios para o julgador analisá-las, bem como do próprio conteúdo que permite ser objeto de valoração - aspectos subjetivos do agente, dissociados do fato delituoso, inclusive em uma reflexão temporal – representam verdadeiras violações ao princípio da legalidade, anterioridade e secularização.

Ademais, a dissonância dessas categorias, quando em comparativo com as demais circunstâncias presentes no art. 59 do Código Penal, vem situando-as no centro do debate das Comissões que abordam o Anteprojeto do novo Código Penal brasileiro. Essa situação representa, sem dúvidas, um crescente indicativo do reconhecimento de tais categorias como inadequadas em nosso sistema criminal, posição que se compartilha neste trabalho.

De qualquer sorte, a pesquisa com recorte no ano de 2018 2a Vara Federal, da seção do Rio Grande do Norte, não visualizou maiores problemas quanto ao emprego da linguagem na valoração das categorias supracitadas. As imprecisões verificadas diziam respeito aos vetores ordinariamente estabelecidos, críticas inerentes à existência das categorias.

Por outro lado, de maneira positiva, verificou-se que não há, no recorte mencionado, confusão de conteúdo entre antecedentes, conduta

social e personalidade, muito embora a existência desse conflito subsista de um modo geral, o que se demonstrou através dos recentes debates entre turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Em retomada sintética, os antecedentes do acusado não sofrem o constrangimento epistêmico devido, ignorando discussões como a representação de uma dupla punição pelo mesmo fato e, inclusive, uma eterna repercussão negativa na esfera individual do sujeito, visto não respeitado o período de 5 anos apto a elidir os efeitos da anterior condenação.

Especificamente quanto à culpabilidade, sua polissemia gera terreno fértil para constituir-se mais um canal de julgamentos apartados da ideia de secularização. De tão plurissignificativa, a culpabilidade vem sendo malversada pela jurisprudência pátria, ora veiculando julgamentos pessoais, ora remontando o ideário de culpabilidade como dolo intenso ou culpa grave, anterior à reforma penal de 1984.

Os dados coletados revelam que a linguagem utilizada naquilo que foi objeto de apreciação não destoa, ordinariamente, dos vetores estabelecidos pelos Tribunais Superiores e por parcela mais tradicional da doutrina.

Ocorre, porém, que essa construção jurisprudencial e, igualmente, parcela expressiva da literatura tradicional, não atentam para um caminhar dogmático rumo à maximização do sentido da pena como resposta proporcional ao fato, combatendo as reminiscências de direito penal do autor, através de juízos moralizantes com ênfase no sujeito.

## Referências

CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura. O aparecimento do Manicômio Judiciário no início do Século.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação e Antropologia Social do Museu Nacional da UFRJ. Rio de Janeiro, 1987

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CELLARD, André. A Análise Documental. In: POUPART, Jean et al. **A Pesquisa Qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos.** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral.** 3. Ed. Curitiba: ICPC – Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado.** Salvador: Juspodivm, 2009

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: considerações epistemológicas, teóricas e metodológicas. In: POUPART, Jean et al. **A Pesquisa Qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos.** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, pp. 155.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** Ed. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REINALDO, Guilherme de Negreiros Diógenes. **O Discurso Inquisitivo da Justiça Criminal Potiguar.** 2019. 203 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Constitucional, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/28005>>. Acesso em: 16 ago. 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena: Limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Aplicação constitucional das circunstâncias judiciais. **Revista direito e liberdade**, Mossoró, v. 10, n. 1, p. 191-216., jan./jun. 2009.

STAKE, Robert. **Case Studies**. In N. Denzin Y. Lincoln, Handbook of qualitative research (p. 236-247). Newsbury Park: Sage, 1994, pp. 237.

STRAUSS, Anselm; CORBIN, Juliet. **Pesquisa qualitativa: técnicas e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada**. 2<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Artmed, 2008

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista". Trad. De José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1965.

## **Prisões versus direito de liberdade: linguagem no direito criminal e o duplo caráter dos direitos fundamentais**

*Fernando Wallace Ferreira Pinto<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

Este trabalho tem o escopo de analisar os limites de intervenção na liberdade individual em face da aplicação dos institutos jurídicos referentes às prisões. A problemática de tais medidas jurídicas é atual, sobretudo em vista das recentes modificações de pensionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 engendrou relevo na proteção aos direitos fundamentais, com o direito de liberdade positivado de modo analítico, assegurando a todos o direito de liberdade e permitindo apenas excepcionalmente, sua supressão antes da condenação definitiva. Em tais circunstâncias, surge a imperiosa necessidade de uma abordagem dogmática em torno do direito de liberdade e seus limites diante de sua flexibilização pelo Estado, utilizando-se para tanto, de abordagens concretas e considerações dogmáticas em torno de tais institutos, em face da pesquisa realizada no âmbito do grupo de pesquisa “o direito criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”.

Palavras-chave: Prisão. Liberdade. Direitos Fundamentais.

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando em Direito pela UFRN. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela UNIRN. Bacharel em Direito pela UFRN. Bacharel em História pela UFRN. Pós-graduando em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIRN. Atualmente integrante do grupo de pesquisa "O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva", sob a coordenação do professor Dr. Walter Nunes, no âmbito da UFRN.

## **ABSTRACT**

This paper has the scope to analyze the limits of intervention in the individual liberty in face of the application of the legal institutes related to the prisons. The problem of such legal measures is current, especially in view of the recent pension changes of the Supreme Court on the subject. The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 engendered prominence in the protection of fundamental rights, with the right of liberty analytically affirmed, assuring everyone the right to liberty and only exceptionally allowing its suppression before the final conviction. In such circumstances, there is an imperative need for a dogmatic approach to the right to liberty and its limits in view of its flexibility by the state, using concrete approaches and dogmatic considerations around such institutes in the face of research. carried out within the scope of the research group “criminal law as a constructive normative body of the protection system of fundamental rights and guarantees, in the subjective and objective perspectives”.

**Keywords: Prison. Freedom. Fundamental rights.**

## **1. Introdução**

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro existem diversos tipos de institutos que refletem seus efeitos diretamente na liberdade individual. Dentre esses institutos, tem-se como o escopo do presente trabalho as prisões. O cerceamento da liberdade individual por meio das prisões é o mais direto e gravoso possível dentro do sistema jurídico brasileiro a um indivíduo, além de serem institutos antigos no Brasil.

Diante do Estado Democrático de Direito, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constata-se que houve um aporte ideológico liberal, lastreado na proteção aos direitos

fundamentais, com o direito de liberdade positivado de modo analítico, afetando claramente a comunicação normativa em torno da temática.

A hermenêutica, e as correntes de aplicação interpretativa no contexto apresentado, sofrem os efeitos da positivação constitucional e esmiuçada do direito de liberdade. De tal modo, como regra fundamental, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a todos o direito de liberdade.

Considerando o duplo caráter, ou dupla dimensão, dos direitos fundamentais, constata-se que o mesmo comando normativo pode apresentar uma dimensão jurídica subjetiva e uma dimensão jurídica objetiva, as quais podem ser tratadas como perspectivas, e, tal relação é sempre tensionada, porquanto a dimensão subjetiva se refere à proteção individual e a dimensão objetiva é atrelada à proteção coletiva.

As dimensões de tal modo, tencionam-se: surgindo de um lado um dever de proteção do Estado em prestar segurança à sociedade, e, do outro, o dever de observância, também direcionado ao Estado, na flexibilização dos direitos fundamentais. No âmbito do direito de liberdade, a tensão é evidente, porquanto do outro lado da liberdade se encontra o bem jurídico de segurança coletiva.

Assim, mesmo que o indivíduo potencialmente tenha cometido algum delito, apenas excepcionalmente, por meio de medida processual, por meio da prisão, permite-se a supressão do direito de liberdade antes da condenação definitiva, sem configuração de violação ao princípio da presunção de não culpabilidade ou de inocência.

É de se destacar que dentro da moldura das prisões, atualmente, existem diversas espécies, tais como: prisão em flagrante, prisão temporária

e prisão preventiva. Cabe ainda salientar a chamada prisão após a segunda instância, que se trata do cumprimento provisório da pena imposta por decisão condenatória exaurida em segundo grau de jurisdição, mesmo que pendentes eventuais recursos interpostos às vias extraordinárias (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

Cabe salientar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 albergou e disciplinou a prisão preventiva como medida cautelar e excepcional, à qual somente se deve recorrer quando evidenciada a sua extrema necessidade, pelo que o juiz tem o dever de fundamentar a decisão, expondo a motivação referente à prova da ocorrência do crime e aos indícios suficientes da autoria, bem como em face da presença de um dos fundamentos para a decretação da prisão processual.

Em tais circunstâncias, sublinha-se no que se refere o direito de liberdade, o posicionamento atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, com a retomada, no ano de 2016, do entendimento anterior ao ano de 2009, conforme o julgamento *Habeas Corpus* 126.292, de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki. Tal posição, alinhada pelo Supremo Tribunal Federal, assentou que a presunção de inocência se mantém até a sentença condenatória, bem como diante do julgamento de segundo grau, ocorre a preclusão da matéria fática, e se encerra a jurisdição de partes.

Assim, diante de tais premissas, e considerando-se o critério da proporcionalidade como limite material ao poder estatal de restringir uma área de proteção de um direito fundamental, o presente trabalho procurará analisar as prisões, sobretudo as preventivas, com os seus aspectos

linguísticos de fundamentação nas decisões de decretação da supressão da liberdade.

## **2. Relato dos dados da pesquisa**

Foram analisadas decisões judiciais envolvendo pedido de prisão de algumas Varas Federais da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte (2ª Vara, 8ª Vara, 9ª Vara e 14ª Vara), bem como Tribunal Federal da 5ª Região, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Os processos da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte foram disponibilizados por meio de pesquisa em consulta ao PJE. Quanto às decisões dos tribunais, essas foram pesquisadas por mecanismos de pesquisa de jurisprudência de cada tribunal.

Dentro das diversas espécies de prisão, houve a escolha específica sobre a prisão preventiva, como corte epistemológico de pesquisa, sobretudo por ter relação com o objeto da linha do grupo de pesquisa “o direito criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”.

O parâmetro de pesquisa se deu na busca pelo PJE, no perfil de advogado, com a ferramenta de pesquisa utilizada com o assunto “prisão preventiva”, considerando o lapso temporal do dia 1 de janeiro a 30 de novembro de 2018. Nesses termos, foi possível pesquisar tanto no âmbito da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte (JFRN) como no TRF da 5ª Região.

No que se refere à pesquisa no TRF da 5ª Região, calha registrar que dentre os processos que surgiram com os parâmetros apontados, surgiram 7 feitos que foram originários da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, pelo que foram os escolhidos para análise. Salienta-se que os processos analisados foram todos da espécie *Habeas Corpus* impetrados em face de decisões emanadas da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte.

Em relação às decisões observadas no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, foram pesquisados acórdãos com casos originários do Estado do Rio Grande do Norte, com vistas a possibilitar a pesquisa considerando principais instancias judiciais do ordenamento jurídico brasileiro no tocante à temática.

### **3. Abordagem crítica e dogmática dos dados**

Considerando a pesquisa feita, para tornar o conteúdo das análises inteligível, ou seja, fim de possibilitar o correto entendimento dos institutos jurídicos abordados no presente trabalho se verifica que se mostra necessário considerações dogmáticas em torno do tema.

O cotejo entre a dogmática e a tratativa do direito de liberdade na dinâmica jurídica, ou melhor dizendo, a aplicação do direito na realidade no que tange a supressão da liberdade seja na perspectiva subjetiva ou na objetiva, permite um entendimento aprofundado em torno do tema.

Assim, considerando-se as figuras jurídicas referenciadas no presente trabalho, impõem-se as devidas abordagens dogmáticas, para o efetivo cotejo entre a deontologia e a prática real de aplicação do direito, ou

a ontologia de aplicação jurídica, sobretudo em face dos aspectos linguísticos de comunicação normativa.

### **3.1 Decisões da 2ª. Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte**

Em relação às decisões observadas na Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, tem-se que, a despeito das buscas no PJe terem se fundado com a ferramenta de pesquisa utilizada com o assunto “prisão preventiva”, diversos são os casos concretos que surgiram, e com alguns problemas de publicização, tendo em vista que, em alguns casos não foram encontrados nos autos as fundamentações das decisões de decretação das prisões; tão somente constam nos autos os mandados de prisão preventiva e temporária e a parte dispositiva das decisões de decretação de prisão preventiva, casos que a seguir se elenca.

Nos autos do processo 0800158-33.2018.4.05.840, consta cumprimento de mandado de prisão temporária, no qual, após a audiência de apresentação, diante da manifestação da autoridade policial pelo desinteresse na manutenção da prisão temporária do investigado, revogou-se a prisão temporária aplicada.

Em relação ao processo 0800257-97.2018.4.05.8402 consta representação da autoridade policial para aplicação de prisões preventivas e uma prisão temporária, ainda no curso da investigação, tendo como crime investigado roubo qualificado.

Diferentemente dos processos anteriormente citados, nos autos do processo 0802089-74.2018.4.05.8400 efetivamente consta decisão prolatada pelo juízo da 14ª Vara Federal, pela decretação de prisão

preventiva. O pedido de prisão preventiva foi formulado pelo MPF, no curso do processo penal. Os crimes capitulados na denúncia foram: art. 19, caput, da Lei nº 7.492/1986 c/c art. 71, do Código Penal; art. 171, caput c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal; art. 304, c/c o art. 297, os dois do Código Penal.

Em tal contexto, mister salientar alguns aspectos dogmáticos que permeiam a temática da prisão preventiva, para o devido entendimento crítico acerca do instituto jurídico em comento e análise adequada dos casos apresentados.

O instituto da prisão preventiva pode ser aplicado no curso da investigação policial ou do processo penal, inclusive após a sentença condenatória passível de recurso, devendo a decisão judicial que a decretar ser devidamente fundamentada, a teor, sobretudo, do art. 312 do Código de Processo Penal (CPP).

Nesse sentido, os entes que podem requerer a decretação da prisão preventiva são o Ministério Público e Autoridade Policial – nesse caso, trata-se de representação pela prisão preventiva, cabendo destacar que, na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública, o querelante poderá requerer sua decretação, nos termos do art. 311 do CPP.

A decretação da prisão preventiva é vedada aos crimes culposos, e somente pode ser aplicada nos processos penais em que a capitulação do crime seja referente à pena privativa de liberdade com pena máxima superior a 04 (quatro) anos, tudo em face da exigência do art. 313, I, do CPP. O instituto da prisão preventiva tem como pressuposto o *fumus comissi delicti* (fumaça do cometimento do delito) – substanciado na prova da materialidade do fato, tipificado como crime e indícios suficientes de

autoria, conforme positivado no art. 312 do CPP - e como requisitos ou fundamentos o *periculum libertatis* (perigo de liberdade) – que se refere aos bens jurídicos postos no art. 312 do CPP, quais sejam: a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A razão de ser da prisão preventiva possui base sólida. Isso porque intervém na liberdade individual do sujeito antes do devido reconhecimento de sua culpabilidade por decisão condenatória, apesar de devidamente justificada como medida excepcional, haja vista que, em determinadas ocasiões, a liberdade do acusado compromete substancialmente a aplicação da justiça, uma vez que o mesmo pode, em liberdade, fugir ou mesmo continuar na empreitada criminosa, violando a ordem pública, ou exercer, eventualmente, coação sobre testemunhas, embaraçando o deslinde do processo penal.

Assim, a despeito de a pessoa ter praticado um crime, independentemente de sua gravidade, ela detém o direito de ficar em liberdade, até que exista contra a mesma um título judicial criminal condenatório com trânsito em julgado ou uma decisão da qual não caiba recurso com efeito suspensivo, a menos que se demonstre necessária a prisão preventiva.

Dentro de tal contexto, Aury Lopes (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 633) critica a legislação processual penal em sede de prisão preventiva diante da autorização normativa para sua decretação de ofício pelo juiz, conforme os termos do art. 311 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011. A crítica se lastreia na violação ao sistema acusatório e à garantia de imparcialidade do julgador, porquanto a possibilidade de decretação da

prisão preventiva de ofício denota o aspecto notoriamente inquisitivo do sistema, bem como no uso terminológico no curso “da ação penal”, quando deveria ser no curso “do processo penal”, tendo em vista que a ação penal se trata de um poder político constitucional de invocação da autoridade jurisdicional, conforme o art. 129 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Entretanto, o direito de liberdade e o sistema prisional instituído, a partir da edição do Código de Processo Penal, em 1941, sofreram diversas alterações em decorrência da necessidade de adaptação às ordens constitucionais, diante da ideologia originária, calcada pelo governo de Getúlio Vargas, de conferir ao Estado um instrumento de força para a sedimentação do regime ditatorial.

Em análise da redação originária do CPP, Walter Nunes (SILVA JÚNIOR, 2015, p.571), citando Câmara Leal, consigna que, reproduzindo o texto constitucional de 1937, o CPP de 1941 preconizava originalmente que, exceto na hipótese de prisão em flagrante, o cerceamento do direito de liberdade exigiria ordem escrita.

Assim, a prisão, quando não efetuada em flagrante delito, passou a ser admissível por meio da sentença condenatória, da decisão de pronúncia e do decreto de prisão preventiva. Calha destacar que, em relação aos crimes mais graves, o acusado não teria o direito de responder ao processo em liberdade, bastando, para tanto, que tivesse sido preso em flagrante ou, então, que a pena máxima fosse igual ou superior a 10 (dez) anos.

Desse modo, a regra era que os acusados por crimes mais graves, considerados à época inafiançáveis, respondiam ao processo encarcerados, como medida protetiva decorrente da lei. Nesse contexto, a prisão

preventiva era aplicável, em princípio, apenas em relação aos crimes inafiançáveis.

Na hipótese de crime afiançável, o cerceamento da liberdade individual somente era autorizado nos casos em que o agente fosse vadio, nos termos do ordenamento jurídico vigente, ou houvesse dúvida quanto a sua identidade, bem como no caso em que o agente não fornecesse ou indicasse elementos suficientes para esclarecê-la, ou fosse reincidente específico em crime doloso (art. 313, incisos I e III do CPP, em redação originária).

Desde a origem do CPP de 1941, segundo Walter Nunes (SILVA JÚNIOR, 2015, p.588), a prisão preventiva tinha natureza cautelar, de modo que, para a sua decretação, exigia-se, como é próprio das tutelas de urgência, o *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento do delito) ou probabilidade da condenação, que repousam nos pressupostos da materialidade do fato (tipificado como crime) e da probabilidade da autoria (indícios suficientes da autoria). Contudo, na redação originária do CPP de 1941, esta era a chamada prisão preventiva facultativa.

De tal modo, havia, ao lado da prisão preventiva facultativa, a prisão preventiva obrigatória ou compulsória, nas hipóteses dos crimes com pena cominada igual ou superior a 10 (dez) anos. Tal previsão normativa não constava nas legislações antecedentes, pelo que se constituiu, segundo Câmara Leal (*apud* SILVA JÚNIOR, 2015, p. 588), grande inovação no que se refere ao instituto da prisão preventiva, passando a torná-la obrigatória nos crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior à reclusão por 10 (dez) anos.

Antes da reunificação da competência legislativa para edição de normas processuais pela União, havia sido disciplinada, no Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, no art. 194, a prisão preventiva obrigatória. Tal previsão normativa foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que, conquanto na época os estados tivessem competência para legislar sobre processo, não podiam afastar-se da legislação federal no tocante ao tema referente às restrições à liberdade individual.

A prisão preventiva obrigatória, de tal modo, não tinha natureza cautelar, pois era prevista em face da quantidade da pena máxima estabelecida para o crime, independentemente da demonstração de sua necessidade para resguardar os bens jurídicos tutelados pelo instituto.

Na vigência da Constituição de 1967, ocorreu substancial modificação no direito de liberdade após a entrada em vigor da Lei nº 5.349, de 03 de novembro de 1967, a qual mudou o tratamento dado à prisão preventiva no CPP, sublinhando-se a revogação da chamada prisão preventiva obrigatória.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 albergou e disciplinou a prisão preventiva como medida cautelar, ao positivá-la, no art. 5º, LXVI, que ninguém será levado à prisão, nem nela haverá de ser mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória. De tal modo, tem-se que, adequadamente compatível com o princípio da presunção de não culpabilidade, conforme assevera Walter Nunes (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 589), a prisão processual é medida excepcional, à qual somente se deve recorrer quando evidenciada a sua extrema necessidade.

Assim, na vigência Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o juiz tem o dever de fundamentar a decisão, expondo a motivação referente à prova da ocorrência do crime e aos indícios suficientes da autoria, bem como em face do *periculum libertatis* (perigo de liberdade), que se manifesta com a presença de um dos fundamentos para a decretação da prisão processual.

Em tal contexto, nos termos da Constituição da República Federativa de 1988, o indivíduo, a despeito de eventual crime praticado, não perde o seu direito de liberdade, apenas figura como investigado em inquérito policial ou acusado em processo pena. Desse modo, para que haja cerceamento de sua liberdade, é imperioso que exista pelo menos uma das situações legais que autorizam a prisão preventiva ou temporária.

Em decorrência do ordenamento jurídico engendrado com a Constituição de 1988, verificou-se imperiosa a necessidade de reforma do sistema processual penal como um todo, conforme anota Walter Nunes (2019, p.42). Diante da dificuldade de aprovação de um novo Código de Processo Penal, adotou-se a ideia da “Reforma Tópica”, devidamente analisada por Walter Nunes.

Dentro do contexto da Reforma Tópica do Código de Processo Penal, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, denominada por Walter Nunes (2019) como segunda etapa da Reforma Tópica. A Lei nº 12.403, de 2011, como devidamente analisado por Walter Nunes (2019, p. 48), seguindo as linhas gerais da Reforma Tópica e, no escopo de seguir as diretrizes de diplomas internacionais e da Constituição de 1988, lançou regras cujo escopo é à desconstrução da parte

do Código de Processo Penal mais afim com a sua origem fascista: a referente ao sistema de prisões.

Realizadas tais considerações dogmáticas sobre o instituto da prisão preventiva, impende a análise da pesquisa realizada. No caso em apreço, apesar de se tratar das capitulações jurídicas elencadas no processo penal 0802089-74.2018.4.05.8400, a questão se trata de decretação de prisão preventiva em face da fuga do regime semiaberto, o que remete a outro processo penal em fase de execução penal.

O caso se trata, portanto, de aplicação de prisão preventiva, com o fundamento parcial em fato alheio ao processo penal em comento, qual seja o tombado sob número 0802089-74.2018.4.05.8400. Chama a atenção o uso do brocado *latino in dubio pro societatis*, além da mera remissão ao recebimento e manutenção da denúncia como indicação dos indícios de materialidade e autoria.

No que se refere à fundamentação acerca da necessidade de garantia de aplicação da lei penal, registrou-se que a despeito da citação pessoal do acusado, este não compareceu ao processo para sua defesa, que foi patrocinada por ente público, e, registrou-se igualmente a informação de que o mesmo, estando custodiado por outros crimes, empreendeu fuga do regime semiaberto.

Desta feita, considerando-se que a citação pessoal do acusado efetivamente ocorreu, e, este tendo ciência do processo 0802089-74.2018.4.05.8400 não compareceu nem indicou informações sobre seu paradeiro, soma-se a tal fato sua fuga do regime semiaberto por outros crimes; assim, a fundamentação de necessidade de aplicação da lei penal foi

corretamente aplicada, porquanto não utilizado fato totalmente alheio ao processo como fundamento para tanto.

Entretanto, o uso do brocado *latino in dubio pro societatis*, e a mera remissão ao recebimento e manutenção da denúncia como indicação dos indícios de materialidade apontam para configuração de uma potencial nulidade, em face de ausência de fundamentação, a teor do que dispõe o artigo 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com relação ao processo 0805900-39.2018.4.05.8401, a questão também se trata de decretação de prisão preventiva em face da fuga do regime semiaberto. Salta-se à atenção os fundamentos da decisão, prolatada pelo juízo da 8ª Vara Federal, que se resumem a um parágrafo. Faz-se referência a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, diante da condenação imposta por processo penal, cujo cumprimento da pena foi frustrado em face da fuga, existindo em a necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Em tais termos, revela-se novamente a configuração de uma potencial nulidade, em face de ausência de fundamentação, nos termos do artigo 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No processo 0809395-94.2018.4.05.8400 constata-se que se trata de cumprimento de mandado de prisão para extradição. O mandado foi exarado pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, como relator do feito autuado como prisão preventiva para extradição nº 873. O pedido se tratou de prisão preventiva para extradição, nos termos do artigo 84 da Lei 13.455/2017, encaminhado pelo Escritório Central Nacional da Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL).

Na decisão, faz-se referência a ordem de prisão já existente pelo País do Peru, e aplica-se o Estatuto do Estrangeiro e não o Código de Processo Penal, inclusive citando jurisprudência do STF distinguindo a segregação preventiva prevista no Código de Processo Penal da prisão preventiva para extradição, posto que esta última se trata de requisito de procedibilidade da ação extradicional.

Assim se revela oportuno traçar alguns aspectos dogmáticos em torno da liberdade como princípio e direito considerada dentro e em torno de sistemas jurídicos, sobretudo em face do ordenamento jurídico engendrado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessa senda, Walter Nunes (2015, p. 562) afirma que o paradigma de Estado democrático, cujo cerne é os direitos fundamentais, possui sustentação na garantia da liberdade, que se trata de bem jurídico de peso similar ao direito à vida.

No contexto do liberalismo, o direito de liberdade possuía maior densidade axiológica, e, como aduz Walter Nunes (2015, p. 562), na contemporaneidade o direito de liberdade se apresenta como um dos eixos principais sobre o qual deve gravitar o sistema jurídico.

A fim de delinear um conceito de sistema jurídico, Freitas (1998, p. 22) aborda a relação entre as normas de um dado ordenamento jurídico, indicando a distinção entre vontade do legislador, também designada como *voluntas legislatoris*, e a vontade da lei, nominada no brocardo latido *voluntas legis*. A interpretação pode variar, a depender do enfoque hermenêutico dado, notadamente, se acolhido um ou outro modelo (vontade da lei ou do legislador).

Em tal contexto, o autor acima referido (1998, p. 26) informa as necessidades de coerência lógica mínima do ordenamento jurídico. Com tais pontos, Freitas afasta uma concepção puramente normativista da conceituação sobre o que seria sistema jurídico. Para o aludido autor, o núcleo do sistema jurídico se constitui a partir de valores e princípios que transcendem a lógica puramente estrita.

Dentro de tais circunstâncias, Freitas (1998, p. 27) aponta que os postulados de soluções de antinomias, conforme Bobbio (1995, p.81), tem ampla aplicação, notadamente, as três concepções tradicionais, a saber: *lex posterior derogati priori* (lei posterior derroga anterior), *lex superior derogat inferior* (lei superior derroga lei inferior) e *lex specialis derogat generalis* (lei especial derroga lei geral), bem como o aspecto teleológico e as exigências dos princípios fundamentais.

Assim, para Freitas (1998, p.34), a conceituação de sistema jurídico, em contraponto a concepção exegética (cunhada no paradigma positivista), deve ser necessariamente aberta e não fechada.

Dentro de tal busca pela conceituação de sistema jurídico, adotando os ensinamentos de Karl Laurenz, Freitas (1998, p.36) registra que o sistema jurídico é aberto, notadamente, em face da produção contínua de normas, estas, muitas vezes, distintas entre si em face do teor axiológico de seu conteúdo.

Esclarece, ainda, Freitas (1998, p. 37) que o sistema jurídico, por meio de mecanismos próprios, tais quais o legislador e a jurisprudência, pacifica a disparidade axiológica normativa existente dentro de sua estrutura em um dado momento, de forma que o sistema se configura aberto, de modo

heurístico, no lapso temporal político da perspectiva histórica da qual se analisa.

Freitas citando Canaris (*apud* FREITAS, 1998, p. 41) aduz, a fim de traçar a essência da conceituação do sistema jurídico, que o sistema jurídico se trata de ordem axiológica, ou teleológica, de princípios gerais do Direito. Entretanto, vai além o aludido autor, consignando que um aspecto que não pode ser olvidado na conceituação de sistema jurídico é a hierarquização, seja axiológica ou principiológica.

Assim, arremata Freitas (1998, p. 42) que a conceituação de sistema jurídico pode ser delineada como rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos, cuja função é dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, nos termos da Constituição.

A aplicação do direito é exercida dentro de tal sistema jurídico, e segue linhas notavelmente atreladas à busca por uma adequada lógica de justificação, em termos dogmáticos (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 22), sendo necessário o apoio da Teoria do Direito, a fim de possibilitar tal finalidade.

Tendo em vista uma concepção protetora da Constituição, revela-se possível o postulado de aplicação do direito tendo como lastro a garantia de direitos e segurança jurídica de proteção à liberdade, notadamente considerando que se cuida de direito fundamental de ordem essencial à experiência da própria vida do indivíduo em sociedade.

Ferrajoli (2012, p. 26) anota que o constitucionalismo rígido se trata de um desdobramento do positivismo jurídico. O autor assevera que o paradigma juspositivista clássico evoluiu para o constitucionalismo garantista, ou normativo. Tal modificação se operou na submissão formal e

material da produção de normas, notadamente as decorrentes da atividade legislativa.

De tal modo, para o autor em comentário (FERRAJOLI, 2012, p. 30), o constitucionalismo garantista se subdivide em três concepções: modelo de sistema jurídico; teoria do direito; e filosofia política.

Como modelo de sistema jurídico, o constitucionalismo garantista se caracteriza pela posituação dos princípios, que passam a regular a produção normativa em geral do sistema. Como teoria do direito, o constitucionalismo garantista se caracteriza pela temática do dever ser constitucional em face do ser legislativo. Como filosofia, ou teoria política, o constitucionalismo garantista, também designado como normativo positivista, consiste em uma teoria democrática substancial, além da dimensão meramente formal.

Calha salientar que, para Ferrajoli (2012, p.35), a base da teoria dos direitos fundamentais, com espeque nos postulados de Dworkin e Alexy, refere-se basicamente à distinção entre princípios e regras. Contudo, Ferrajoli formula ressalvas aos postulados, anotando que, em certos casos, as regras também ensejam balanceamento, tais quais os princípios. De tal modo, a aplicação clássica de subsunção do caso concreto à hipótese abstratamente prevista se encontra superada no Estado Constitucional de Direito.

Para Leonardo Martins (2012, p. 8), a teoria do direito em dimensão abstrata deriva do vínculo do juiz ao direito positivo, ou seja, o papel de uma teoria dogmática de direitos fundamentais reside nas reflexões atinentes à polarização entre a norma posta e a decisão judicial. A dogmática, a seu turno, advém da necessidade de sistematização de

institutos, conceitos jurídicos que servem como elementos de articulação na aplicação do direito.

De tal modo, a teoria do direito, seja qual for o seu ramo, possui necessária relação com a dogmática jurídica a respeito dos elementos que são articulados no processo de decisão, a fim de concretizar o direito nos termos do postulado de Konrad Hesse (2013), conforme registra o autor em referência (MARTINS, 2012, p.8).

Assim, surgem várias teorias dos direitos fundamentais (MARTINS, 2012, p. 9), nas quais a posição hierárquica das normas definidoras de direitos fundamentais embasou o postulado de Bockenforde, que sistematizou cinco teorias para a temática de direitos fundamentais, organizadas conforme parâmetro dimensional, ou seja, dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais.

Considerando o duplo caráter, ou dupla dimensão, dos direitos fundamentais, Leonardo Martins (2012, p. 9) anota que o mesmo comando normativo pode apresentar uma dimensão jurídica subjetiva e uma dimensão jurídica objetiva, as quais podem ser tratadas como perspectivas, consoante os ensinamentos de Schlink e Pieroth (*apud* MARTINS, 2012, p. 9).

As teorias subjetivas dos direitos fundamentais, segundo Leonardo Martins (2012, p.9), referem-se às normas de direitos fundamentais, a partir dos sujeitos das liberdades constituídas e garantidas pelo Estado. O conceito de liberdade, em tal contexto, se refere à liberdade negativa (*status negativus*, conforme preleciona Jellinek (*apud* MARTINS, 2012, p. 13)), com lastro na teoria liberal ou liberdade real com espreque na teoria social democrática dos direitos fundamentais.

Dentro do arcabouço da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, Bockenforde (*apud* MARTINS, 2012, p. 10) anotou a teoria liberal e a teoria social democrática. Na teoria liberal, também designada de teoria civilista, a liberdade negativa se relaciona com os direitos de abstenção da intervenção estatal, com origem na própria revolução dos povos. Na teoria social democrática, a liberdade pressupõe a existência das devidas condições para o seu exercício, advindo o termo liberdade real ou material.

Na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Bockenforde (*apud* MARTINS, 2012, p. 13) anotou a teoria axiológica, a teoria institucionalista e a teoria principiológica. Merece registro que a classificação adotada por Bockenforde (*apud* MARTINS, 2012, p. 12) se apresenta relevante para o entendimento preciso do duplo caráter dos direitos fundamentais, sobretudo no ambiente do processo penal com as balizas gizadas pela Constituição.

Na teoria axiológica, o ponto de partida é a teoria da integração de Smend (*apud* MARTINS, 2012, p. 12), na qual o Estado é visto como processo de integração de uma comunidade cultural que tem nos valores seus elementos catalisadores. Nesse sentido, os direitos fundamentais seriam fatores constitutivos de tal processo de integração, por fixarem os valores comunitários fundamentais, normatizando um sistema axiológico de bens jurídicos.

A teoria institucionalista coloca os direitos fundamentais com o caráter de princípios ordinatórios, objetivos para as áreas da vida social por eles protegidos. Tratam-se de institutos que, por serem dados objetivos, só podem ser desenvolvidos e realizados via conformação jurídica, na qual

ocorra uma adaptação entre a ideia ordinatória e os dados pertinentes ao instituto. Entre os principais representantes dessa teoria está Harberle (*apud* MARTINS, 2012, p. 15), para quem a liberdade individual necessita “das relações de vida garantidas institucionalmente”, pelo que a liberdade seria a liberdade enquanto instituto.

A teoria principiológica dos direitos fundamentais decorre diretamente de Alexy (*apud* MARTINS, 2012, p.27), que afirma sua teoria como uma racionalização da interpretação axiológica das normas de direitos fundamentais. O cerne da sua teoria gravita em torno da distinção entre as normas princípio e as normas regra, acrescido da “lei de colisão” entre as normas e os “mandamentos de otimização”, que caracterizam os princípios enquanto normas jurídicas para a solução de casos difíceis, notadamente envolvendo princípios colidentes, tal qual ocorre com o duplo caráter dos direitos fundamentais no processo penal (dimensão objetiva *versus* dimensão subjetiva).

O direito criminal, considerando-se tais premissas, deve ainda ser mínimo ou, nos termos do brocado latino, a *ultima ratio* (ultima razão, ou ultima alternativa). Nesse sentido, a utilização do direito criminal só deve ser operada quando os demais ramos do direito forem ineficientes para coibir determinada prática antissocial (conduta).

Não basta ser mínimo; o direito criminal, conforme preleciona Walter Nunes (2015, p. 563), deve ser operado com o escopo de erradicar a marginalização, ou seja, dentro do possível, deve-se procurar a adoção de medidas alternativas à aplicação da pena, e mesmo no caso de aplicação, deve-se preferir a pena restritiva de direitos à de privação da liberdade.

Em tal contexto, verifica-se que o mandado de prisão para extradição atrelado ao processo 0809395-94.2018.4.05.8400, qual seja prisão preventiva para extradição, nos termos do artigo 84 da Lei 13.455/2017, trata-se de cooperação jurídica entre sistemas jurídicos, ou uma cooperação jurídica internacional, articulada pelo Escritório Central Nacional da Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL) e com referência a ordem de prisão já existente pelo País do Peru.

Cuida-se, portanto, de espécie distinta da prisão preventiva prevista no Código de Processo Penal, uma vez que se aplica o Estatuto do Estrangeiro, e, a prisão preventiva para extradição tem a característica de se tratar de requisito de procedibilidade da ação extradicional.

Dando prosseguimento a análise do conteúdo da pesquisa realizada, o processo 0813412-13.2017.4.05.8400 se refere a um auto de prisão em flagrante que culminou em abertura de inquérito policial e posterior processo penal. Flagranteado pelo crime de roubo qualificado, o acusado foi mantido preso após a audiência de apresentação, sob o argumento de inexistência de ilegalidade na prisão em flagrante e a existência dos requisitos autorizadores para aplicação da prisão preventiva.

O fundamento da aplicação da lei penal foi utilizado pelo juízo em vista do flagranteado não ter comprovado documentalmente ocupação lícita; quanto à garantia da ordem pública, diante do fato do crime em questão colocou em risco a saúde e vida do gerente dos correios; e por conveniência da instrução criminal, sob o argumento de que o requerente poderia prejudicar a apuração de demais provas.

De início se constata três relevantes pontos utilizados nos fundamentos da decisão acima referenciada: I - o fundamento utilizado pela

aplicação da lei penal é frágil, porquanto existente nos autos a informação da ocupação de motorista de transporte por aplicativo; II – o fundamento referente à garantia da ordem pública se fundou exclusivamente no fato ocorrido, sem provas ou indícios de reiteração delituosa, apta a ensejar a defesa da ordem pública da ocorrência de outros crimes; III – a conveniência da instrução criminal não ficou devidamente justificada, porquanto os fundamentos se referiram genericamente que o flagranteado poderia prejudicar a apuração de provas.

E por fim, nos autos do processo 0813432-04.2017.4.05.8400 também se refere a um auto de prisão em flagrante que culminou em abertura de inquérito policial e posterior processo penal. Nesse caso, a prisão preventiva foi decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, ao argumento de que a gravidade concreta do crime aliado à informação de fuga do sistema prisional. Assim, destaca-se que o fundamento utilizado para conveniência da instrução foi equivocado, porquanto utilizado o argumento de fuga, que é fato idôneo a justificar o fundamento da necessidade de aplicação da lei penal.

### **3.2 Decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região**

Em relação aos processos analisados no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no ano de 2018, especificamente quanto à linguagem sob a ótica do princípio da razoável duração do processo e da liberdade, sobretudo no que tange às prisões, alguns aspectos merecem ser destacados, a despeito de não se vislumbrar erros grosseiros do ponto de vista dogmático.

Salienta-se que os processos analisados foram todos da espécie *Habeas Corpus* impetrados em face de decisões emanadas da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte conforme apontado na metodologia do presente relatório.

Nos autos do processo 0802216-60.2016.4.05.0000, distribuído à relatoria do Desembargador Rubens Canuto, impetrado pela Defensoria Pública da União, a ordem foi denegada, ao fundamento de necessidade de aplicação da lei penal.

A impetrante, respondendo a processo penal tombado sob o nº 0000371-19.2011.4.05.8401, em face de fraude previdenciária, teve sua prisão preventiva decretada por necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, porquanto teria recebido valores de benefício previdenciário mesmo após a morte do beneficiário e, ao responder ao processo penal referenciado, houve a instauração de incidente de insanidade mental nº 0000429-85.2012.4.05.8401, que remanesceu pendente tendo em vista que a acusada não mais foi localizada; não houve comunicação quanto à mudança de endereço, tendo sido expedidos 3 mandados objetivando a localização da ré, para fins de realização da perícia, todas as tentativas resultaram malogradas, ocasionando a paralisação do processo penal principal em pelo menos 4 quatro anos.

De tal modo, constata-se que a denegação da ordem sob o fundamento de inexistência de constrangimento ilegal foi adequada e em consonância com o ordenamento jurídico em vigor.

No *Habeas Corpus* autuado sob o número 0800342-69.2018.4.05.0000 distribuído à relatoria do Desembargador Fernando Braga, por meio de representação jurídica particular, tem-se a postulação de

concessão da ordem sob o argumento de excesso de prazo, caracterizando constrangimento ilegal, tendo em vista que decorridos mais de 8 meses entre a prisão em flagrante sem o aprazamento da pertinente audiência de instrução e julgamento.

Em tal caso, o impetrante foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional de Natal/Governador Aluizio Alves, por tráfico de drogas, tendo sido sua prisão convertida em preventiva, sob o fundamento da garantia da ordem pública.

Em tal contexto, a ordem foi concedida parcialmente (o juiz de primeiro grau ficou responsável pela aplicação de medidas alternativas cabíveis), sendo reconhecido o excesso de prazo e a caracterização do constrangimento ilegal, uma vez que não existiam nos autos outras informações que lastreassem a tese de que o impetrante poderia praticar outros crimes, colocando em risco a ordem pública e, o lapso temporal decorrido sem a efetivação da audiência de instrução e julgamento revelou que o cerceamento da liberdade no caso era ilegal.

O *Habeas Corpus* autuado sob o número 0801469-42.2018.4.05.0000 se refere à impugnação por meio de representação particular, à decisão emanada do juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. O caso se fundou na suposta violação a isonomia, uma vez que um co-réu teria sido beneficiado com a prisão domiciliar, enquanto que o impetrante, em suposta igualdade jurídica com o beneficiado pela prisão domiciliar, teria sido preso preventivamente.

A ordem foi denegada, esclarecendo-se a inexistência de violação a isonomia, porquanto o co-réu que teria sido beneficiado com a prisão domiciliar apresentou estado de saúde debilitada, distinguindo-se do

impetrante de modo claro e revelando a ausência de ilegalidade no cerceamento da liberdade do impetrante.

Relativamente ao *Habeas Corpus* tombado sob o número de 0801997-76.2018.4.05.0000, de relatoria do Desembargador Rogério Fialho Moreira, reputa-se adequada a denegação da ordem, uma vez que a existência de provas sobre a participação do impetrante no crime de roubo qualificado autoriza a aplicação da prisão processual ao fundamento da conveniência da instrução penal, garantia da ordem pública, bem como aplicação da lei penal.

No processo 0802902-81.2018.4.05.0000 de relatoria do Desembargador Rubens Canuto, consta impugnação à decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, sob o argumento de ausência dos pressupostos e requisitos para decretação da prisão preventiva. A ordem foi denegada, diante do reconhecimento de que a materialidade é evidente e existente indício suficiente de autoria, bem como presente o risco a ordem pública.

Em relação ao processo 0804018-25.2018.4.05.0000, com o objeto de atacar decisão prolatada pelo juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, referente especificamente à Subseção de Mossoró, tem-se que a impetração se deu pelo excesso de prazo e que a custódia seria inadequada, porquanto o impetrante teria direito a cela especial. A prisão preventiva foi decretada no bojo do inquérito policial, instaurado para apurar a suposta prática dos crimes de dispensa indevida de licitação, fraude à licitação, lavagem de dinheiro, associação criminosa e peculato, na Prefeitura de Baraúna/RN.

No contexto do caso, a ordem foi concedida, tendo em vista o reconhecimento do direito do impetrante a liberdade provisória, com o registro de que *“levando em consideração a jurisprudência existente quanto aos delitos imputados, raros são os casos que a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado.”*, ou seja, situação em que a pena concreta fixada na sentença condenatória é notoriamente menor do que o tempo de aplicação da prisão processual, como se observa do restante do fundamento utilizado na decisão *“Desse modo, a continuidade da segregação cautelar incorre em risco de estabelecer uma sanção mais gravosa ao paciente do que a decretada numa hipotética sentença condenatória”*, sendo reconhecida, portanto, a ausência dos requisitos para a decretação da prisão preventiva.

No *Habeas Corpus* autuado 0808840-57.2018.4.05.0000, cujo relator foi o Desembargador Fernando Braga, consta impugnação à decisão do juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, onde foi concedida parcialmente a ordem (o juiz de primeiro grau ficou responsável pela aplicação de medidas alternativas cabíveis), em face do reconhecimento do excesso de prazo, porquanto preso preventivamente, o impetrante demonstrou que se passaram mais de 1 ano entre a efetivação da prisão em flagrante (em 16.03.2017) e da prisão preventiva decretada (11.05.2017), sem a formação da devida culpa. Assim, consignou-se *“entendo haver excesso de prazo na formação de culpa do paciente, pelo que se torna ilegal a manutenção da prisão do paciente, de forma semelhante ao decidido no HC do corrêu FELIPE BARBOSA (HC 0800342-69.2018.4.05.0000)”*, sendo reconhecida a ilegalidade da prisão em face do manifesto excesso de prazo.

### 3.3 Decisões do Superior Tribunal de Justiça

Em relação às decisões observadas no Superior Tribunal de Justiça, tem-se que, quanto ao discurso em referidas decisões à luz do princípio da razoável duração do processo e da liberdade, havia uma série de acórdãos que apresentavam alguns aspectos merecem ser destacados, e pontos relevantes para serem demonstrados na pesquisa em comento, pelo que se destacaram as decisões nos processos a seguir referenciados.

Nessa senda, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2016/0126591-0 - RHC 71056 / RN, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, como ponto relevante, entendeu pelo não constrangimento ilegal da prisão preventiva quando o recorrente não é localizado nos endereços apontados nos autos, ensejando a necessidade de aplicação da lei penal.

Os fundamentos utilizados na decisão foram corretos do ponto de vista dogmático, porquanto evidenciada concretamente a necessidade de aplicação da lei penal, em consonância com os preceitos constitucionais relativos ao direito de liberdade, bem como devidamente aplicados do ponto de vista legal e infraconstitucional, nos termos do CPP.

No processo RHC 94934 / RN, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2018/0033635-6, foi consignado o posicionamento de que o constrangimento ilegal não se configura quando presentes indícios de envolvimento com facção criminosa impondo potencial risco à ordem pública.

Relativamente ao feito RHC 93441 / RN, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2017/0333570-5, de modo semelhante ao anterior processo

analisado, foi consignado o posicionamento de que o constrangimento ilegal não se configura quando presentes indícios de envolvimento com facção criminosa impondo potencial risco a ordem pública.

Nesse sentido, a presença de elementos fático-concretos que apontem envolvimento com facção criminosa inexoravelmente conduzem a configuração da necessidade de aplicação da prisão preventiva, tendo em vista a notória possibilidade de reiteração criminosa, pelo que as prisões preventivas dos casos acima reportados foram corretamente aplicadas.

No processo RHC 70190 / RN, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2016/0111561-4, atinente à prisão preventiva mantida pela sentença condenatória, verifica-se que o posicionamento adotado foi que em face da periculosidade e do fato da conduta criminosa guardar relação direta com as funções públicas do recorrente, então vice-Governador e Governador do Estado do Rio Grande do Norte e, considerando-se ainda a fuga do distrito da culpa, o constrangimento ilegal não restou configurado, diante da imprescindibilidade da medida sob o fundamento da proteção da ordem pública e necessidade de aplicação da lei penal.

Desta feita, verifica-se correta a aplicação da prisão preventiva, porquanto presentes concretamente os elementos que ensejam sua decretação, sobretudo em face da necessidade de aplicação da lei penal; não houve violação ao preceito constitucional de proteção à liberdade, bem como foi observado o comando infraconstitucional previsto no CPP.

No processo HC 318354 / RN, *Habeas Corpus* 2015/0050427-2, verifica-se que a decisão de aplicação da prisão preventiva, quando declinada à competência, mas ratificada pelo juízo competente, revela-se possível, diante do entendimento de que, constatada a incompetência

absoluta, os autos devem ser remetidos ao Juízo competente, que pode ratificar ou não os atos já praticados, nos termos do artigo 567 do Código de Processo Penal, e 113, § 2º, do Código de Processo Civil.

Não se vislumbra qualquer colisão ao preceito constitucional de proteção à liberdade, tendo sido observado o comando infraconstitucional previsto no CPP, bem como enunciado normativo previsto no Código de Processo Civil – CPC, o qual pode ser aplicado ao processo penal em face da previsão expressa do seu artigo 3º.

### **3.4 Decisões do Supremo Tribunal Federal**

Ainda no que tange à análise decisões à luz do princípio da razoável duração do processo e da liberdade são poucas as decisões do Supremo Tribunal Federal que incrementam os debates sobre o tema. O STF limita-se a reafirmar o posicionamento da maioria dos tribunais, de modo que da análise das decisões no âmbito da corte de vértice do sistema jurídico brasileiro, destacaram-se as decisões atreladas aos feitos a seguir apontados e comentados.

Nos autos da Rcl 36543 / RN - Rio Grande do Norte, Reclamação de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, cuida-se reclamação constitucional proposta contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da comarca de nísia floresta, por suposto desrespeito à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.127/DF, bem como por ter afrontado o entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC 143.641/SP.

Isso porque, a defesa apresentada entendeu que a "*Reclamante/Paciente é advogada e está presa mediante mandado de prisão preventiva em local incompatível com a sua função e em desacordo com o julgado pelo STF ao analisar a ADI 1126.*", tendo em vista que a Reclamante, por ser mãe de uma menor de doze anos, com problemas de saúde e que depende exclusivamente de seus cuidados, teria direito ao pleito.

A reclamação em referência foi considerada inviável como meio processual apto a revogar prisão preventiva ou substituí-la por medida cautelar diversa, sendo destacado que a Reclamante, em face de existirem provas de vínculo da mesma com facções criminosas e, diante dos demais elementos fáticos do caso apresentado, deveria apresentar a temática via recurso e não via reclamação constitucional via sucedâneo recursal.

No HC 174898 / RN - *Habeas Corpus* de relatoria do Ministro Luiz Fux, constata-se foi considerado como devido o teor da decisão que substituiu a imposição de prisão preventiva por prisão domiciliar, em face da proteção integral a criança, não sendo possível considerar como teratológica a decisão que foi objeto do *mandamus* constitucional, porquanto a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar nos moldes aplicados em perfeita harmonia com a jurisprudência.

Relativamente ao HC 174928 / RN, calha destacar o entendimento adotado no sentido do cabimento da prisão preventiva fundada à proteção da ordem pública, quando existentes elementos de prova que lastreiem a ligação do acusado com facções criminosas, mesmo que se trate da profissão de advogado, posto que o caso em apreço se refere a advogados que seriam

mensageiros entre os líderes de facção custodiados e os demais integrantes da organização criminosa nas ruas.

No processo HC 170016 / RN, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, a ordem foi denegada, porquanto adotado o entendimento de que para analisar a alegação de ausência de justa causa, pela atipicidade da conduta, seria necessário rever todos os fatos e as provas apresentadas e que apontariam para práticas legal e penalmente ilícitas, distintas da só circunstância de atuar na profissão de advogado, não se prestando o *habeas corpus* a esta finalidade, em vista de ser inadequado para a análise da prova.

No HC 172578 / RN, de relatoria do Ministro Edson Fachin, não foi reconhecido constrangimento ilegal em face de postulação realizada em modo de supressão de instância, porquanto formulado pedido de modificação de regime por detração já no âmbito das cortes superiores.

#### **4. Sugestões para os problemas identificados.**

No que tange aos problemas identificados, passa-se a análise e indicação de sugestões para o saneamento ou mesmo adequação de tais questões aos termos que são delineados pela ordem jurídica em vigor, sobretudo em face dos mandamentos constitucionais de proteção ao direito de liberdade.

Nos autos do processo 0800158-33.2018.4.05.840, referente a cumprimento de mandado de prisão temporária, bem como nos autos dos processos 0800257-97.2018.4.05.8402, que se refere a pedido de prisão, verificou-se evidente dificuldade na publicidade, haja vista que não foram encontradas nos autos as fundamentações das decisões de decretação das

prisões; tão somente constam nos autos os mandados de prisão preventiva e temporária e a parte dispositiva das decisões de decretação de prisão preventiva.

Para correção do problema acima apontado, indica-se um melhor gerenciamento do sistema PJe no âmbito da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, porquanto houve outros processos pesquisados em que foi possível ter vista e analisar detidamente os fundamentos das decisões acerca das prisões aplicadas.

Com relação ao processo 0805900-39.2018.4.05.8401, referente à decretação de prisão preventiva em face da fuga, os fundamentos da decisão se resumem a um parágrafo, não restando evidenciado concretamente na decisão a necessidade da supressão da liberdade pela medida processual da prisão preventiva.

A fundamentação efetiva e concreta sobre a necessidade de aplicação da prisão preventiva, acompanhada da demonstração real dos indícios de materialidade e autoria ensejam a elaboração de um texto que abarque os fatos capitulados como crime, quem o cometeu, e o motivo pelo qual o cerceamento da liberdade é necessário, enquadrando concretamente o caso nas hipóteses dos bens jurídicos previstos pela prisão preventiva.

No processo 0813412-13.2017.4.05.8400, relativo a um auto de prisão em flagrante em que o acusado foi mantido preso após a audiência de apresentação sob o argumento de inexistência de ilegalidade na prisão em flagrante e a existência dos requisitos autorizadores para aplicação da prisão preventiva, o fundamento da aplicação da lei penal foi lastreado tendo em vista que o acusado não comprovou documentalmente ocupação lícita; e, quanto a garantia da ordem pública, atrelado ao fato de que houve risco a

saúde e vida do gerente dos correios; e por conveniência da instrução criminal, sob o argumento de que o requerente poderia prejudicar a apuração de demais provas.

Assim, constataram-se os seguintes problemas: I - o fundamento utilizado sobre aplicação da lei penal é frágil, porquanto existente nos autos a informação de que o agente possui a ocupação de motorista de transporte por aplicativo; II – o fundamento referente à garantia da ordem pública se fundou exclusivamente no fato ocorrido, sem provas ou indícios de reiteração delituosa, apta a ensejar a defesa da ordem pública da ocorrência de outros crimes; III – a conveniência da instrução criminal não ficou devidamente justificada, porquanto os fundamentos se referiram genericamente que o flagranteado poderia prejudicar a apuração de provas.

E por fim, nos autos do processo 0813432-04.2017.4.05.8400, foi decretada a prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, ao argumento de que a gravidade concreta do crime, aliada à informação de fuga do sistema prisional, ensejariam a necessidade de supressão da liberdade pela prisão processual.

Destaca-se que o fundamento utilizado para conveniência da instrução foi equivocado, porquanto utilizado o argumento de fuga, que é fato idôneo a justificar o fundamento da necessidade de aplicação da lei penal. Ademais, a conveniência da instrução criminal somente poderia ser utilizada enquanto fundamento caso fosse demonstrado concretamente o embaraço promovido pelo réu no tocante a instrução do processo penal, com a destruição de provas e intimidação de testemunhas, por exemplo.

## 5. Conclusão

Em face do Estado Democrático de Direito, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito de liberdade foi positivado como regra fundamental, assegurando-se a todos o direito de liberdade. Apenas excepcionalmente, por meio de medida processual, com a prisão, permite-se a supressão do direito de liberdade antes da condenação definitiva, sem que se configure violação ao princípio da presunção de não culpabilidade ou de inocência.

A pesquisa possibilitou cotejo concreto, real, acerca da tratativa do direito de liberdade na dinâmica jurídica, evidenciando, ao menos em parte, como a jurisdição vem operando os contornos de aplicação da supressão da liberdade sejam na perspectiva subjetiva ou na objetiva, sobretudo em face dos aspectos linguísticos de comunicação normativa.

Os problemas identificados se revelam sobremaneira na linguística utilizada de fundamentação nas decisões de decretação da supressão da liberdade, sobretudo em face dos mandamentos constitucionais de proteção ao direito de liberdade, considerando-se o critério da proporcionalidade como limite material ao poder estatal de restringir a área de proteção do direito fundamental em comento.

Foi identificado em um dos processos pesquisados o uso do brocardo *latino in dubio pro societatis*, bem como a mera remissão ao recebimento e manutenção da denúncia como indicação dos indícios de materialidade e autoria, situação que enseja potencial nulidade, em face de ausência de fundamentação. Houve ainda um feito em que os fundamentos da decisão se resumem a um parágrafo, não restando evidenciado concretamente a

necessidade da supressão da liberdade. Constatou-se problemas sobre os fundamentos da necessidade de aplicação da prisão preventiva, em face da ausência de correlação entre à realidade concreta dos casos e os comandos normativos acerca da temática da prisão.

O que se tem é que os pressupostos da prisão preventiva, a saber, materialidade do crime e indícios de autoria, devem ser cuidadosamente trabalhados, de modo a restar evidenciado pelo caso concreto que o crime efetivamente foi cometido e o seu provável autor foi identificado.

Na mesma linha, os fundamentos da prisão preventiva devem ser demonstrados à luz dos fatos concretos, com a elaboração da decisão indicando como os bens jurídicos tutelados pela prisão procesual se encontram em perigo com a liberdade do acusado, configurando-se assim a imprescindibilidade da decretação da prisão.

## **Referências**

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Leonardo **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Natal: OWL, 2015.

\_\_\_\_\_. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). Natal: OWL, 2019.