INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE MINAS GERAIS

O SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL VISTO POR NÓS ADVOGADOS

Organizadores

Felipe Martins Pinto
Leonardo Augusto Marinho Marques
Luciano Santos Lopes

O SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL VISTO POR NÓS ADVOGADOS

Belo Horizonte
2021

Copyright© 2021

EDITORA INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS
Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida, sejam quais forem
os meios empregados, sem a permissão, por escrito, do IAMG.

As ideias e opiniões expressas nos artigos publicados
neste livro são de responsabilidade de seus autores.

Coordenação: Felipe Martins Pinto. Leonardo Augusto Marinho Marques e Luciano Santos Lopes

Editoração: Know-how Desenvolvimento Editorial

Rua Grão-Pará, 737 – Conj. 301
Telefone (31) 3241-1226 – www.iamg.br
CEP 30150-340 – Belo Horizonte

Impresso no Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Felipe Pinto; Leonardo Augusto Marinho Marques; Luciano Santos Lopes; (org.)

O sistema de justiça penal visto por nós advogados / Organizadores: Felipe Pinto; Leonardo Augusto Marinho Marques; Luciano Santos Lopes; - 1. ed. - Belo Horizonte, MG. Editora Del Rey, 2021.

484 p.; 15,5x 22,5 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-992035-4-1
Livro digital – epub

1. Sistema penal. 2. Processo penal. 3. Artigos. 4. Advocacia criminal

I. Título. II. Assunto. III. Pinto, Felipe.

CDD: 341.5
CDU: 343.2

NOTA DO PRESIDENTE

Somos os que aramos o campo da justiça
e não recolhemos os frutos.[1]

Nós, advogados criminalistas, lidamos com um valor intangível: a liberdade que, por ser etérea, torna a tarefa de mensurá-la, conceitualmente inviável e, diante da ausência de uma estima concreta, é habitual testemunharmos o seu menosprezo. É justamente nesse descaso que habita uma frequente insensibilidade em relação à privação de liberdade de terceiros.

Infelizmente, a compreensão da liberdade não se alcança com uma definição ou um conceito, mas, normalmente, somente com a vivência de sua falta e, por isso, o exercício da advocacia criminal nos impõe o peso de atuar sob os olhares intolerantes de uma sociedade que, por regra, não tem consciência do valor da liberdade.

No processo penal, de todos os sujeitos processuais, somos aqueles que mantêm a relação mais estreita com o indivíduo e esse vínculo permite que construamos os argumentos e as teses jurídicos a partir dos arrependimentos que perturbam o assistido, dos sofrimentos de que padece, das injustiças que o assolam e da esperança que lhe inspira.

O trecho transcrito no início deste texto permite uma relevante reflexão, na medida em que cumpre ao advogado criminalista dar vestes jurídicas às afirmações, aos argumentos, às razões, às justificativas, às desculpas e aos sentimentos do acusado, elevando os elementos do caso concreto para o debate processual e permitindo que, desta maneira, construa-se uma decisão final efetivamente democrática.

No exercício do direito à defesa, acrescentamos dados do cotidiano e informações que revelam a evolução das relações e valores sociais, propiciando a construção de decisões mais legítimas e atinentes ao contexto histórico, político, sócio-econômico e cultural em que estão inseridas.

---

[1] CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Luis Fernando Lobão de Morais. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 43.

E mesmo diante de nosso relevante papel na formação do provimento e na consolidação da democracia, o imaginário social, além de não reconhecer a importância da missão do advogado criminalista, ainda nos impõem pechas funestas que rendem personagens em filmes, livros, novelas, peças de teatros e anedotas, nos quais, com raríssimas exceções, personificamos a sordidez do ser humano, ilustrando o individualismo, a torpeza, a falta de moral e de escrúpulos.

No entanto, ao defender um suposto autor de um crime, não compactuamos com o delito, pois nossa atuação representa a defesa do direito que tem toda e qualquer pessoa de ser submetida a um julgamento justo, que observe as regras e garantias processuais, convencionais e constitucionais.

Em uma democracia, a defesa técnica do acusado é uma atividade essencial ao processo, como determina a nossa Constituição Federal e é justamente a ação parcial do advogado que propicia o equilíbrio de forças entre o aparato estatal e a individualidade do imputado. Caso agíssemos como um argumentador imparcial, trairíamos a nossa missão funcional e atuaríamos *em contradição com a sua razão de ser no processo.*[2]

Devemos sempre refletir sobre o papel da advocacia criminal, especialmente neste momento de intensa inflação legislativa para criação de tipos penais e para majoração de penas e de encarceramento em massa, somados a uma crescente e nefasta criminalização do exercício da advocacia.

Testemunhamos uma sociedade refém do medo e, neste contexto, convivemos com muitos discursos demagógicos, que deixam de enfrentar os problemas e concentram forças em formular críticas vazias e no fomento da discórdia. Importante destacar que nós advogados criminalistas não somos simplesmente vítimas desse contexto.

Na história recente, tivemos conquistas extraordinárias, especialmente com a Constituição da República quando passamos a contar com previsão expressa em seu artigo 133 de que os advogados são indispensáveis para a administração da justiça. Além disso, obtivemos um importante avanço na consolidação de prerrogativas e de direitos com a entrada em vigor do Estatuto de Advocacia e da OAB.

Mas, podemos perceber hoje, ao olhar para trás, que houve um apego excessivo às previsões formais e, em certa medida, deixamos de agir para legitimá-las.

---

[2] CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Op. cit., p. 42.

Precisamos sim, intensa e incansavelmente, defender as prerrogativas, mas não podemos deixar de olhar para nossas feridas. Precisamos separar a atuação regular do advogado de condutas irregulares e ilícitas, escamoteadas por um simulacro de advocacia.

A advocacia criminal e democracia caminham de braços dados, e caminhar de braços dados implica no dever que os advogados, especialmente nós advogados criminalistas, temos de exercer um papel de transformação e de resgate de valores da sociedade, uma missão de aperfeiçoamento das estruturas oficiais do estado e de aprimoramento das relações intersubjetivas.

Precisamos exercer o nosso papel, não apenas no discurso, não apenas apontando dedo para o erro dos outros, precisamos liderar pelo exemplo, oferecendo um norte moral e ético para toda a sociedade.

Precisamos promover uma transformação positiva, um caminhar das prerrogativas atreladas à ética profissional, a partir do qual atuemos com rigor para a defesa dos colegas que agem regularmente, mas também não tenhamos nenhuma condescendência com condutas desviadas, sob pena de colocarmos em risco a autonomia da advocacia.

Somos responsáveis por escrever a nossa história e por isso que este projeto é uma oportunidade extraordinária para discutirmos, defendermos, ressignificarmos e reconstruirmos a identidade e o papel da advocacia criminal. Parabéns a todos os grandes profissionais que se doaram para a construção desta obra coletiva.

Felipe Martins Pinto

Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

PREFÁCIO

A Constituição da República estabelece no art. 133 que "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Cabe perguntar: essa previsão constitucional foi um preciosismo? Um capricho da classe dos advogados? ou é efetivamente algo indissociável da boa distribuição da Justiça? É possível fazer Justiça sem a presença de advogados? Talvez seja. Há grande probabilidade que ela ocorra? Certamente não.

No caso da justiça criminal, em tempos em que pululam tantos "especialistas" a necessidade de um bom defensor é ainda mais importante. Seguramente um bom advogado é um profissional que não teme o autoritarismo de agentes públicos, que sabe os limites de sua atuação, que age com ética e que conhece o Direito.

Como ser bom profissional sem conhecer as prerrogativas profissionais e sem ter conhecimento jurídico para assistir adequadamente seu constituinte?

Precisamente aí reside a enorme contribuição que o Instituto dos Advogados de Minas Gerais nos oferece na presente obra. O sumário do livro não permite dúvida. O leitor encontrará monografias interessantíssimas, bem escritas e com aplicação prática e, portanto, úteis ao bom exercício da advocacia criminal.

Ao lado disso, os autores dos referidos trabalhos são profissionais com larga vivência na defesa da Liberdade. Todos eles têm em comunhão o exercício das prerrogativas profissionais e da defesa de acusados em processos criminais independentemente da gravidade da acusação e da classe econômica e social dos réus. São autores consagrados e notáveis advogados, oriundos de diversas faculdades, de distintas unidades da Federação, com diferentes anos de experiência profissional, mas que têm em comum, como dito, o exercício ético e corajoso da advocacia criminal.

Tenho certeza que esta obra terá o merecido reconhecimento dos que militam em defesa da preservação das garantias e liberdades constitucionalmente asseguradas. Portanto, é necessário fazer um

agradecimento ao Instituto dos Advogados de Minas Gerais na pessoa de seu presidente Professor Felipe Martins Pinto por haver reunido esta plêiade de grandes nomes e pela abordagem de temática tão rica e apropriada ao momento que enfrentamos.

Parabéns aos realizadores desta preciosa obra.

Belo Horizonte, 2021

Hermes Vilchez Guerrero

Advogado criminal.
Professor e Diretor da Faculdade de Direito da UFMG.

HOMENAGEM PÓSTUMA AO PROFESSOR RENÉ ARIEL DOTTI

UM BREVE DIÁLOGO IMAGINÁRIO, VERDADEIRO

Céu brumado e temperatura baixa, cidade com batimentos próprios dos dias de repousos. Uma manhã londrina. Agenda marca, após alguns justificados adiamentos, "prof. René", a lembrar ao escriba a tarefa assumida que, ao aceitá-la, já julgara necessário e prudente um tempo para que a cabeça-gaveta convocasse o escaninho-memória. Afinal, voltar anos e décadas, perto de meio século, quando cinquenta exigia o "trema", na letra "u", quando antecedida de "q" e seguida de "e", denuncia o que o meu também professor Leminski poetava: *haja hoje, para tanto ontem*.

O também antecipou as frases do parágrafo. Fui da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. A Faculdade foi a primeira da cidade e a Universidade a primeira do país e, por ela, Curitiba teve o seu melhor epíteto: Cidade Universitária. A Escola tinha uma excepcional seleta de professores, nela o professor René Ariel Dotti de quem fui aluno. A UFPR foi a sua *alma mater* e de gerações.

Sem rodeios, um Lente sem óculos de muitos rigores: a pontualidade – antes da hora e depois da hora? Não, senhores e senhoras. –; o trajar – terno, gravata e lenço em harmonia – próprio à liturgia de uma aula; o expor esmerado – não ia ao tablado sem o prévio preparo –; as avaliações rigorosas – forma e fundo eram corrigidos à exaustão –; fidalgo – atencioso na exata distância e medida –; e, vaidoso, na boa definição de Ernesto Sabato: "a vaidade é um elemento tão sutil da alma humana que a encontramos onde menos se espera: ao lado da bondade, da abnegação, da generosidade!".

Era o professor de aulas aguardadas, na longínqua metade da segunda das três décadas da Quinta República que, aos viventes da época, tinha o apodo de ditadura militar, à qual advogado René combateu como infante, não como o filho de rei, não como o ingênuo e, sim, como

homem da infantaria, o que batalha no campo adverso, de peito aberto. Estimulou muitos à advocacia e à docência, desviaram-se alguns à magistratura e à promotoria. Bom para elas. Melhor àquelas.

Todos, penso não errar, levaram para os seus ofícios um notável paradigma. Lembrei-me de uma passagem contada por um seu conterrâneo, Mário Sérgio Cortella, quando escrevia sobre a ética do esforço: (...) após um concerto magnífico, um jovem foi até Arthur Moreira Lima para lhe dizer ter gostado muito do concerto, ajuntando que daria sua vida para tocar piano como ele. Ouviu imediata resposta: Eu dei. Foram quarenta anos de dedicação, de nove a dez horas diárias de esforço.

René exerceu por mais de sessenta anos, com bondade, abnegação e generosidade, a advocacia artesanal e a cátedra.

Nas décadas seguintes, ainda que em convívio intervalado, pela então proximidade dos escritórios, Deodoro e Rio Branco, ou recíproca indicação de clientes, a efervescência da advocacia, a participação junto à Ordem e ao Instituto dos Advogados do Paraná e, também, os artigos, livros e colóquios, faziam-nos próximos. E certas pautas, que tinham a ver com cidadania, judiciário, instituições, momento social ou político, abreviavam o distanciamento. René, digo professor René, não se sustentava com o morno, preferia o frio ou o quente. Dizia na ribalta o que pensava no proscênio e, na capacidade de indignar-se, morreu na juventude dos seus oitenta e tantos anos.

Três pequenas histórias

Desde sempre, o advogado René Dotti fazia-se acompanhar de uma pequena "caderneta de notas", sempre de capa preta. Não havia reunião em que ela não fosse a boa companheira. Lançava nela, em tempo real e rápida caligrafia, tudo que lhe chamasse a atenção. Uma palavra, uma sentença, uma ideia.

O ano era 2015, estávamos no IAP, palestra de Alaor Leite, em tema da hora: Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal. Mesa formada, Alaor à minha esquerda e René e sua caderneta à minha direita, dado caber-me a condução do colóquio. Em meio à qualificada palestra, René, mostrando o que "nela" escrevera, cochicha-me: "(...) a palestra merece virar livro a ser distribuído aos advogados, juízes e bibliotecas". Assinto e, menos de mês depois, Hans Welzel e Claux Rox*In:* estavam revisitados. Alaor, da

Universidade de Humboldt, produziu mais um livro, com prefácio do René. Era a sua característica, pensar e fazer. O bem-feito estava implícito.

O ano é impreciso, mas não erro o século: foi o passado. O local era a OAB e o público formado por jovens advogados. Na mesa, um punhado de referentes, para falarem da advocacia (penal, civil, trabalhista, administrativa etc.) feita há tempos. René pedagogicamente ensinava: "Primeiro ouvir, depois falar (...)", "O advogado é o primeiro juiz da causa (...)". "O advogado deve atender a três regras elementares: protocolar no prazo, juntar a procuração que lhe autoriza a atuar e recolher as custas devidas. É o mínimo. Se o recurso não tiver êxito, os juízes não acolheram a sua tese (...)". E, sempre, toda vez que falava aos advogados, brandia o "(...) agir com honestidade, franqueza, decoro e dignidade (...)", condutas estas que estão na tábua de valores da sua prestigiada Banca.

O ano foi 2019, o anterior à severa crise sanitária, *urbi et orbi*, que colheu a todos. René Ariel Dotti elaborou substancioso parecer contra a Portaria n. 69 subscrita pelo então presidente do STF, ministro Dias Toffoli, que abusadamente determinara a instauração de um "inquérito", que obteve o n. 4781, que cuidou de distribuir a dedo ao ministro Alexandre de Moraes, tendo como objeto as *fake news*, que atingiam a "honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares".

O sobredito parecer ancorou a intervenção do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, na qualidade de *amicus curiae*, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 572), que vergastava Portaria e Inquérito criminal (sigiloso) indicados e fora ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade.

Seguramente foi o último trabalho do advogado e jurista René Ariel Dotti em favor da Constituição Federal, Leis da República, sociedade e cidadania.

O parecer-libelo certamente estará entre os seus melhores escritos, pois o velho Professor cuidou de anotar em sua "caderneta" – o parecer será um livro – e agir com honestidade e franqueza – que sempre recomendou a todos os advogados – contra o arbítrio da nossa Corte Maior.

Pinço um trecho primoroso[1]:

---

[1] À leitura da íntegra do Parecer acesse www.iappr.org.br.

"(...) UM TEATRO DO ABSURDO

O chamado Teatro do Absurdo foi produzido por geração de dramaturgos surgidos após a II Guerra Mundial, a exemplo de BECKETT (Esperando Godot, Happy Days) IONESCO (O rinoceronte, As cadeiras) e ARTHUR ADAMOV (A invasão, Todos contra todos) e constitui uma legítima e autêntica forma de criação e de expressão da liberdade anárquica. Assim, e coerentemente, no Teatro do Absurdo, a plot traduz verdades que estão submersas do consciente coletivo. Nessa recriação do mundo, da vida e do homem o tema é (aparentemente) absurdo, assim como o texto, o diretor, os intérpretes, o cenógrafo. Mas a identificação como "absurdo que se passa no palco" é do espectador. O juiz determina o inquérito, outro juiz investiga e o tribunal julga. Um processo de tal natureza é uma aberração forense e seus atos são característicos do absurdo no processo penal.

A perseguição judicial movida pelas autoridades já nominadas tem um inequívoco componente de nostalgia do regime dos governos militares. Com efeito, para (tentar) evitar o texto, a caricatura e o humor como expressões inteligentes de crítica ao abuso de poder, os generais e os censores invadiram a redação do Pasquim com o propósito de empastelá-lo e prenderam alguns de seus talentosos e prestigiados jornalistas. Há mais um detalhe para confirmar a absurdidade. Um precedente específico da Corte Maior, relatado pelo próprio condutor do procedimento em análise, desnuda o paradoxo e serve como singular modelo de contradição. *Verbis*:

"CONSTITUCIONAL (...) procedência. 1. O sistema acusatório 1. O sistema acusatório consagra constitucionalmente a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público (CF, art. 129, I), a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, sendo dever do Poder Judiciário exercer a 'atividade de supervisão judicial' (STF, Pet. 3.825/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), fazendo cessar toda e qualquer ilegal coação por parte do Estado-acusador (HC 106.124, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJe de 10/9/2013). 2. Flagrante inconstitucionalidade do artigo 379, parágrafo único do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, que exclui a participação do Ministério

> Público na investigação e decisão sobre o arquivamento de investigação contra magistrados, dando ciência posterior da decisão. 3. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente".
>
> No caso concreto, o "espectador" é composto pelo imenso número de operadores do sistema criminal (advogados, membros do Ministério Público, juízes, professores e estudantes de Direito) que se mostram totalmente surpresos e profundamente decepcionados com as erronias monocráticas e coletivas do Tribunal.
>
> Nunca um inquérito criminal sigiloso tornou-se tão comentado nacionalmente!".

No ano seguinte, 2020, quando corria o mês de junho e grassava a pandemia, o caso foi julgado e, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, o "teatro do absurdo" foi validado.

Em 2021, René Ariel Dotti partiu.

Não lhe pude perguntar sobre o futuro, mas tenho convicção de que teria respondido: *a Esperança é a mais doce companheira da alma*, pois não se cansava de assim dizer, lembrando Vieira. Não a percamos.

Não tive tempo de lhe indagar sobre ser advogado, mas a resposta teria sido, certamente: *Ser advogado é* (foi) *a minha vida*.

René Ariel Dotti deixou alguns herdeiros. Quiséramos fossem mais numerosos.

E a sua última lição: "as nossas petições nunca são definitivas. Dia seguinte, sempre nos mostra que algo poderia ter sido feito melhor". Dia após escrever as linhas acima, adito: que privilégio.

Outono, 2021.

Hélio Gomes Coelho Júnior

Advogado. Professor na PUC-PR

Membro nato da Federação dos Institutos dos Advogados do Brasil e do Instituto dos Advogados do Paraná.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Felipe Martins Pinto

Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Professor Associado de Direito Processual Penal na Universidade Federal de Minas Gerais. Subchefe do Departamento de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Leonardo Augusto Marinho Marques

Coordenador do Departamento de Ciências Penais do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Professor Associado de Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais. Chefe do Departamento de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais. Conselheiro Seccional da OAB-MG.

Luciano Santos Lopes

Mestre e Doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Con-selho Superior do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Conselheiro Seccional da OAB-MG.

SOBRE OS AUTORES

Alessi Brandão

Advogada criminalista. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE em parceria com a Universidade de Coimbra) e especialista em Derecho Penal Económico y de la Empresa (Universidade Castilla-La Mancha).

Alexandre Knopfholz

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Especialista em Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes (Ucam). Professor convidado em cursos de pós-graduação e especialização em Direito e Processo Penal. Professor de Processo Penal na graduação e na pós-graduação do Centro Universitário Curitiba. Membro do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (inscrição n. 741). Advogado, inscrito na OAB-PR sob o n. 35.220, na OAB-SC sob o n. 35.823 e na OAB-DF sob o n. 62.282.

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

Bacharel em Direito pela PUC/Minas. Especialista em Temas Filosóficos pela UFMG. Mestre em Direito pela ESDHC. Doutor em Direito pela PUC/Minas. Advogado e professor.

Alexandre Wunderlich

Doutor em Direito. Professor de Direito Penal na Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul (em Porto Alegre) e de Direito Penal Empresarial no Insper, Ensino Superior em Negócios, Direito e Engenharia (em São Paulo). Advogado.

Amanda Scalisse Silva

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Ana Luiza Rodarte Bueno

Advogada criminalista. Membro do Observatório de Execuções Penais da UFMG e membro do Instituto de Ciências Penais.

Beno Brandão

Advogado criminalista. Especialista em advocacia criminal pela Faculdade Cândido de Mendes.

Camile Eltz de Lima

Mestre e especialista em Ciências Criminais pela PUCRS, Conselheira da OAB/RS e Advogada.

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

Advogada Criminalista. Professora de Direito Penal Econômico no IBMEC/BH. Doutora em Direito pela PucMinas. Mestre em Ciências Jurídicas pela PucRio. 2ª Vice-Presidente do ICP. Diretora Nacional do IBCCRIM. Secretária da Comissão do Tribunal do Júri da OAB/MG.

Carlos Luiz de Lima e Naves

Advogado Criminalista; Professor da Faculdade Batista de Minas Gerais; Mestre (Universidade de Lisboa – Portugal) e Doutorando (Universidade de Coimbra – Portugal); Membro da Comissão de Direito Penal Econômico da OAB/ SP, subseção Campinas.

Cássio Lisandro Telles

Presidente da OAB-PR 2019/2021, Presidente da Câmara de Direitos e Prerrogativas da OAB-PR 2013/2015, Vice-Presidente da Comissão Nacional de Direitos e Prerrogativas e Conselheiro Federal da OAB 2016/2018.

Cezar Roberto Bitencourt

Doutor em direito penal, Professor do Mestrado da Faculdade DAMAS de Orientação Cristã e Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação da Universidade La Salle, Procurador de Justiça aposentado, advogado criminalista em Brasília.

Daniela Barreiros Soares

Graduanda pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro da Diretoria do Instituto de Ciências Penais (ICP) Jovem. Estagiária no Escritório Luciano Lopes Advocacia. Intercambista no ano de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Monitora de Direito Penal Econômico no ano de 2019. Pesquisadora durante o ano de 2018 – tema "Delimitação do bem jurídico penal protegido nos crimes tributários". Membro do grupo de estudos "A tutela da supraindividualidade, e da ordem econômica, em uma perspectiva constitucionalidade da intervenção punitiva" coordenado pelo Prof. Dr. Luciano Santos Lopes. Mais informações: http://lattes.cnpq.br/7465799819083091. E-mail: barreiros.daniela8@gmail.com.

Euro Bento Maciel Filho

Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor. Advogado Criminal – Sócio do Escritório Euro Maciel Filho & Tyles – Sociedade de Advogados.

Fábio Presoti Passos

Doutor em Direito Processual pela PUC-MG. Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Especialista em Ciências Penais pela PUC-MG. Professor de cursos de Graduação e Pós-Graduação. Advogado – Fábio Presoti Advocacia Criminal.

Guilherme Brenner Lucchesi

Advogado sócio da Lucchesi Advocacia. Membro do *New York State Bar*. Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Secretário-geral do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico – IBDP. e-mail: guilherme@lucchesi.adv.br.

Guilherme San Juan Araujo

Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universida-de Católica de São Paulo (PUC-SP). Diretor do Instituto Brasi-leiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e da Associação dos Advogados de São Paulo.

Gustavo Britta Scandelari

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela UFPR em convênio com o Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Pós-Graduado em Direito Constitucional pelas Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil). Professor convidado em cursos de pós-graduação e especialização em Direito e Processo Penal. Professor de Direito Penal na graduação e na pós-graduação do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Membro do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (inscrição n. 750). Membro da Comissão de Estudos sobre *Compliance* e Anticorrupção Empresarial da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Paraná. Advogado, inscrito na OAB-PR sob o n. 40.675 e na OAB-DF sob o n. 62.294.

Gustavo Henrique de Souza e Silva

Mestre e Doutorando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Diretor Segundo Secretário do Instituto dos Ad-vogados de Minas Gerais. Presidente do Instituto de Ciências Penais (2019-2020).

Gustavo Henrique Wykrota Tostes

Advogado. Foi Secretário Adjunto, da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (jan/2019 a fev/2021).

Hermes Vilchez Gerrero

Diretor da Faculdade de Direito da UFMG; mestre e doutor em Direito.

Hélio Gomes Coelho Júnior

Professor de Direito do Trabalho da PUC-PR; Presidente do Instituto dos Advogados do Paraná (2017-2019); Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil.

Igor Campos de Oliveira Pires

Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC em 2006. Pós-graduando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Processual e Material do Trabalho pela Faculdade Pitágoras. Pós-Graduado em Gestão de Negócios pela Fundação Dom Cabral. Membro associado do Instituto de Ciências Penais – ICP.

João Daniel Rassi

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2006), Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2012) e Doutor em Processo penal pela Universidade de São Paulo (2017). Advogado.

José Arthur Di Spirito Kalil

Advogado Criminalista, Doutor em Direito pela UFMG e Conselheiro do Instituto de Ciências Penais.

José de Assis Santiago Neto

Doutor em Direito Processual (PUC Minas). Mestre em Direito Processual (PUC Minas. Advogado sócio da Santiago Associados Advocacia Criminal. Professor de Direito Penal e Processual Penal da PUC Minas. Conselheiro do ICP. Coordenador estadual adjunto do IBCCRIM. Coordenador estadual do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Membro do Instituto dos Advogados do Estado de Minas Gerais.

José Eduardo Martins Cardozo

Advogado, Palestrante e Professor. Graduado e Mestre em Direito pela PUC/SP. e doutorando pelas Universidades de São Paulo-USP. e de Salamanca (Espanha). Ex-Ministro de Estado da Justiça (2011 a 2016) e ex-Ministro da Advocacia-Geral da União (2016). Ex-Secretário de Governo (1989 a 1992), Vereador (1995 a 2001), Presidente da Câmara Municipal de São Paulo (2000 e 2001) e Deputado Federal (2002 a 2010). Procurador Municipal concursado, foi chefe da Secretaria dos Negócios Jurídicos e Consultor da Procuradoria Geral do Município de São Paulo. Palestrante e Professor da PUC/SP, da pós-graduação do UniCEUB e da Escola Paulista de Direito.

Juliane Menezes Machado

Advogada. Conselheira Estadual da OAB, Seção Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Delegada Estadual de Prerrogativas da OAB-MG. Membro da 2ª turma do Órgão Especial da OAB-MG.

Leo Maciel Junqueira Ribeiro
Advogado Criminalista e Mestrando em Ciências Penais pela UFMG.

Leonardo Augusto Marinho Marques
Advogado e Professor de Processo Penal (UFMG).

Leonardo de Carvalho Barbosa
Mestre em Direito Processual pela PUC Minas; Professor; Advogado Criminalista.

Leonardo Coelho do Amaral
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG – 06/1994. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo IDPEE-IBCCRIM – 09/2005. Professor de Direito Penal (1997/2013). Advogado Criminal. (31) 2555.6924/ 999765537. E-mail: leo.coelhoamaral@gmail.com.

Leonardo Isaac Yarochewsky
Mestre e Doutor em Ciências Penais pela UFMG. Advogado.

Luciano Feldens
Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Doutor em Direito Constitucional. Mestre e Especialista em Direito Penal. Advogado.

Luciano Santos Lopes
Advogado Criminalista; Professor do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Mestre e Doutor pela FDUFMG. Conselheiro Efetivo da OAB/MG. Membro do Conselho Superior do IAMG.

Luís Carlos Parreiras Abritta
Advogado criminalista. Presidente do Instituto de Ciências Penais – ICP (2010-2012). Foi membro titular do conselho Penitenciário do Estado de Minas Gerais. Associado do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Marcelo Silveira Ferreira de Melo
Graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – 1989. Advogado da Câmara Municipal de Contagem no período de 1992 a 1996. Procurador Geral do Município de Contagem de agosto/1998 a dezembro/2000. Exerceu a função de Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Conselheiro Seccional da OAB/MG, tri-ênio 1998/2000.

Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho
Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Marlus H. Arns de Oliveira

Advogado sócio de Arns de Oliveira & Andreazza Advogados Associados. Doutor em Direito pela PUCPR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná.

Matheus Silveira Pupo

Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Advogado criminal – Sócio do Escritório Pupo Mazzieiro Advogados.

Mayra Jardim Martins Cardozo

Graduada pela Fundação Armando Álvares Penteado e pela Escola Superior de Propaganda e Marketing, é Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pela FGV-SP. e Pós-Graduada em Direito Público, com ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio. Também fez especialização em lei anticorrupção na PUC-SP. e Especialização em Direito Penal Criminal pela PUC-RS e Pós-Graduação em Direitos Humanos pela UPO-Sevilha. Sócia do escritório Martins Cardozo Advogados e Associados, sediado em Brasília.

Moisés dos Santos Rosa

O autor é Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e Docente da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Advogado criminalista. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-7369-8249.

Natália Caliman Vieira

Analista Judiciária do Supremo Tribunal Federal e Assessora Legislativa no Senado Federal.

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Titular da Universidade de Fortaleza – UNIFOR (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará – UFC (Graduação em Direito). Advogado criminalista em Fortaleza-CE. E-mail: nestor@nestorsantiago.com.br.

Obregon Gonçalves

Advogado. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Paula Brener

Advogada criminalista. Doutoranda e Mestre em Direito Penal na Faculdade de Direito da UFMG. Associada do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Pedro Luís de Almeida Camargo

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2016). Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto dos Advogados de São Paulo – Universidade de São Paulo (2020). Pós-graduado em Obtenção, Interpretação e Valoração da Prova pela Universidade de Salamanca (2020). Advogado.

Raphael Boldt

Pós-Doutorado em Criminologia pela Universität Hamburg (bolsa DAAD). Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Pesquisador visitante junto ao Instituto Max Planck de História do Direito Europeu (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da FDV. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Direito Sociedade e Cultura (FDV). Advogado criminalista.

Renato de Mello Jorge Silveira

Advogado. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo.

René Ariel Dotti

Advogado Professor Titular de Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná – Corredator dos projetos que se converteram na Lei n. 7.209/1984 (reforma da Parte Geral do Código Penal) e Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) *Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados* (2007) *Medalha Santo Ivo – Patrono dos Advogados,* conferida pelo IAB (2011) *Comenda do Mérito Judiciário do Estado do Paraná,* concedida pelo TJ-PR (2015) Redator do anteprojeto sobre o procedimento do Júri (Lei n. 11.689/2008) Autor do *Curso de Direito Penal – Parte Geral, 7.* ed., atualizado por Gustavo Britta Scandelari e Alexandre Knopfholz. Revista dos Tribunais, 2020 *Comentários ao Código Penal,* vol. 1, tomos 1 e 2. Diversas obras e artigos de Direito.

Ricardo Silveira Ferreira de Melo

Bacharelou-se pela Faculdade de Direito da Universidade Fe-deral de Minas Gerais – 1995. Especialização em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Coimbra, Instituto de Direito Penal Econômico Europeu e IBCCRIM. Lecionou de 2005 a 2007 a disciplina Direito Penal Tributário, módulo do curso de especialização em Direito Tributário promovido pelo IEC – Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Univer-sidade Católica de Minas Gerais. Coautor dos Livros "Direito Processual Penal Aplicado" e "Direito Cooperativo – Avanços, desafios e perspectivas".

Rodrigo Otávio Soares Pacheco

Advogado e Senador da República por Minas Gerais.

Ronaldo Garcia Dias

Advogado. Membro do IAMG.

Sara Carvalho Matanzaz

Advogada criminalista. Mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Universidade de Coimbra. Graduada na Faculdade de Direito da UFMG. Professora universitária.

Sheila Jorge Selim de Sales

Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Direito Penal e Criminologia e Pós Doutora pela Università degli Studi di Roma – *La Sapienza*. Professora Titular de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFMG.

Silvana Lourenço Lobo

Defensora Pública, Advogada Criminalista, Professora e Coordenadora de Direito da Universidade Fumec.

Túlio Figueiredo Duarte

Advogado. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor convidado na especialização em Ciências Penais na Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado Criminalista. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e da comissão de Direito Penal Econômico da OAB/MG. E-mail: tuliofduarte@gmail.com.

Vitor Alexandre de Oliveira e Moraes

Formado pela Faculdade de Direito da Universidade Presbite-riana Mackenzie. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getulio Vargas. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Warley Belo

Advogado Criminalista. Mestre em Ciências Penais – UFMG. Professor de Direito.

SUMÁRIO

Nota do presidente v
Felipe Martins Pinto

Prefácio ix
Hermes Vilchez Guerrero

Homenagem póstuma ao Professor René Ariel Dotti:
Um breve diálogo imaginário, verdadeiro xi
Hélio Gomes Coelho Júnior

1 O escrivão e o ministro 1
Beno Brandão | Alessi Brandão

2 O princípio da proporcionalidade com mediador entre o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio da legalidade 13
Alexandre Knopfholz | Gustavo Britta Scandelari

3 A atuação contemporânea do advogado criminal na prevenção corporativa de ilícitos 19
Alexandre Knopfholz | Gustavo Britta Scandelari

4 Advocacia e os modelos de consenso no processo penal: práticas e desafios 33
Camile Eltz de Lima | Alexandre Wunderlich

5 O contraditório efetivo como meio de concretização do direito de defesa no processo penal 51
Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho | Amanda Scalisse Silva

6 Jurisprudência defensiva e a (indevida) limitação da atuação do advogado nos tribunais superiores 57
Ana Luiza Rodarte Bueno

7 Quando o advogado soltar a sua voz, por favor, entenda, que palavra por palavra, eis a cidadania se realizando 67
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

8 A advocacia criminal do século XXI: conversações necessárias entre a tradição e uma nova era 77
Luciano Santos Lopes | Carlos Luiz de Lima e Naves

9 O crime de interceptação de comunicações entre advogado e cliente: Súmula 12/CFOAB 85
Cássio Lisandro Telles

10 Abandono da causa e aplicação automática da pena de multa: inconstitucionalidade manifesta 91
Cezar Roberto Bitencourt

11 A oscilante jurisprudência dos tribunais superiores com relação à interposição simultânea de embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário 99
Euro Bento Maciel Filho | Matheus Silveira Pupo

12 Instrução preliminar e a participação do advogado 109
Fábio Presoti Passos

13 Democracia e processo 119
Felipe Martins Pinto

14 *Trial by media:* o advogado e o julgamento no tribunal da opinião pública 127
Guilherme Brenner Lucchesi

15 O sistema acusatório na Lei n. 13.964/2019 e a restrição da iniciativa probatória do juiz na fase da investigação 135
Guilherme San Juan Araujo | Vitor Alexandre de Oliveira e Moraes

16 Advocacia criminal e dogmática penal: defesa de um diálogo necessário a partir da crítica do Recurso Especial n. 1.613.260-SP e de sua proposta quanto ao conteúdo do elemento subjetivo do tipo de gestão temerária de instituição financeira 143
Gustavo Henrique de Souza e Silva

17 Os desequilíbrios do sistema de justiça criminal brasileiro sob a ótica de um advogado empresarial 159
Gustavo Henrique Wykrota Tostes

18 Atuação técnica e ética do advogado no processo criminal 169
Igor Campos de Oliveira Pires | *Daniela Barreiros Soares*

19 A prova emprestada oriunda de acordos no Cade e sua admissibilidade no processo penal..... 177
João Daniel Rassi | *Pedro Luís de Almeida*

20 Sobre materialidade do fato, informações da autoridade coatora e cerceamento de defesa no julgamento do *habeas corpus* 191
José Arthur Di Spirito Kalil

21 O papel da advocacia na refundação do processo penal brasileiro. 201
José de Assis Santiago Neto

22 A voluntariedade e os limites da colaboração premiada..... 213
José Eduardo Martins Cardozo | *Mayra Jardim Martins Cardozo*

23 Aos Oliveira Fagundes de sempre..... 221
Juliane Menezes Machado

24 Proibição, desejo, transgressão, punição e culpa na balança da justiça criminal..... 231
Leonardo Augusto Marinho Marques

25 Advocacia em tempos de expansionismo penal..... 237
Leonardo Coelho do Amaral

26 A advocacia criminal no século XXI: permanecemos sentados "sobre o último degrau da escada"..... 243
Leonardo de Carvalho Barbosa

27 A missão do direito penal e a função da dogmática penal..... 251
Leonardo Isaac Yarochewsky

28 Peculiaridades do exercício da advocacia na realização dos acordos de não persecução penal 257
Leo Maciel Junqueira Ribeiro

29 O direito à defesa penal efetiva e a Súmula 523 do STF 269
Luciano Feldens

30 A espetacularização dos processos criminais 281
Luís Carlos Parreiras Abritta

31 A espetacularização dos processos criminais 281
Marcelo Silveira Ferreira de Melo | Ricardo Silveira Ferreira de Melo
Sara Carvalho Matanzaz

32 A justiça penal negocial vista por nós advogados 307
Marlus H. Arns de Oliveira

33 A advocacia criminal em tempos de autoritarismo 317
Moisés dos Santos Rosa

34 O papel do advogado criminal no novo ambiente de direito penal negocial 325
Rodrigo Otávio Soares Pacheco | Natália Caliman Vieira

35 Memoriais aditivos: levando ao extremo o princípio da ampla defesa na atividade impugnativa processual penal 335
Nestor Eduardo Araruna Santiago

36 Justiça penal (in)justa: reflexões sobre a persecução penal 341
Obregon Gonçalves

37 Advocacia criminal e investigações empresariais: desafios do direito penal econômico 349
Paula Brener

38 O ódio à democracia e a criminalização da advocacia 371
Raphael Boldt

39 A advocacia criminal na pós-pandemia: riscos e receios em relação às novas tecnologias no novo normal..... 377
Renato de Mello Jorge Silveira

40 O perigo do ativismo judicial em matéria penal a usurpação de competência no ativismo judicial..... 389
René Ariel Dotti

41 A falácia da liminar em *habeas corpus*..... 409
Ronaldo Garcia Dias

42 A advocacia de ontem, hoje e amanhã..... 417
Silvana Lourenço Lobo

43 Alguns aspectos da legítima defesa domiciliar no código penal italiano (à luz da Lei n. 36, de 26 de abril de 2019) 425
Sheila Jorge Selim de Sales

44 A advocacia criminal enquanto exercício da legalidade: a luta pela efetiva introdução do sistema acusatório 429
Túlio Figueiredo Duarte

45 A pós-modernidade da justiça líquida: um estudo preliminar entre a filosofia De zygmunt Bauman e o atual caos sistemático da justiça penal 437
Warley Belo

1

O ESCRIVÃO E O MINISTRO

Beno Brandão
Alessi Brandão

É fato que todos os advogados, ainda que neófitos, têm alguma passagem pitoresca para relatar do dia a dia da relação com a Justiça. Histórias de audiências conturbadas, de bons ou maus atendimentos nos fóruns, delegacias ou outros órgãos públicos. Muitas delas são recheadas de nulidades e salpicadas de situações que requerem do advogado, além do conhecimento jurídico, um certo traquejo para contorná-las, ou, ao menos, para minorar o desgaste do momento.

Dentro desse contexto, recentemente vivemos duas situações, negativas infelizmente, contendo alto grau de desprezo com a atuação profissional do advogado, ocorridas em competências, digamos, diametralmente opostas do nosso sistema processual. Em uma delas, a negativa de acesso aos autos pela defesa, cuja ordem emanou de um integrante da mais alta Corte do país, no Inquérito n. 4781, conhecido como o *Inquérito das Fake News*; o outro caso, o impedimento de acesso à defesa, oposta por um escrivão de Polícia Civil, a um mero boletim de ocorrência e depoimento dos policiais militares antes da realização do interrogatório.

Comecemos pela situação de *piso*, ocorrida ao final de uma noite, quando solicitados a atender um cliente, que se encontrava na Delegacia da Mulher de Curitiba, acusado de ter agredido sua esposa. Embora não seja algo absoluto, não se pode negar que boa parte das vezes os advogados sofrem certo preconceito quando defendem investigados de prática de agressão contra mulheres; o mesmo ocorre quando se trata de crime contra crianças e adolescentes. Nesse panorama é que se desenrolou o caso em apreço.

Logo no primeiro contato com o cliente, um senhor de mais de 60 anos que havia, pouco tempo antes, se submetido a uma cirurgia na próstata para a retirada de um tumor e que lhe rendeu uma incontinência

urinária, verificou-se que ele havia se urinado e estava com uma das mãos algemada a um pedaço de ferro no interior da delegacia; não havia tido a oportunidade de ir ao banheiro, apesar de suas súplicas para os policiais que lá estavam.

Após breve conversa com o cliente, pediram os advogados que a família lhe trouxesse uma outra calça, posto que já passava de meia-noite e certamente a madrugada seria longa até que fosse lavrado o flagrante, pois a delegacia estava com muitas ocorrências. Perto das 3 horas da madrugada e sem nenhum sinal de início do seu interrogatório, solicitou-se aos policiais que entregassem a calça limpa e um casaco ao detido, que, apesar da idade avançada e sem registro de antecedentes, permanecia sendo tratado como uma pessoa de alta periculosidade: algemado a um cano no interior da delegacia. Um dos policiais até chegou a se sensibilizar com a situação, ali, na fria madrugada curitibana, todo urinado e algemado. Contudo, foi repreendido por outra policial, que disse que se ele, o cliente, quisesse se trocar, que o fizesse *após* ser interrogado. A sensação que se tem – e cremos que muitos colegas já a tiveram – é de que para alguns não bastam as penalidades previstas no Código Penal após a condenação. O escárnio e o constrangimento já são impostos na partida, já no início do procedimento investigatório.

Mas esse não é o ponto forte do nosso relato; apenas serve como pano de fundo para a arbitrariedade maior que veio a ocorrer. Pouco antes do interrogatório, isso já passado das 4 horas da madrugada, verificou-se que a sedizente vítima havia cansado de esperar sua inquirição, pelo que deixou a delegacia sem prestar esclarecimentos – e, portanto, formalizar a acusação contra o cliente; pediram os advogados, então, para ler os depoimentos prestados pelos policiais militares que atenderam a ocorrência e verificar exatamente o que havia sido registrado no respectivo boletim. Medida básica que qualquer advogado tomaria: ter ciência prévia da acusação para poder instruir o cliente para seu interrogatório. Regra básica, que tem como pressuposto lógico um direito comezinho, o de ter franqueado o acesso ao que já foi documentado.

Apesar dos abusos e constrangimentos já cometidos naquela noite, o escrivão apresentou o *gran finale,* transformando aquele senhor, submetido a uma situação humilhante, na personificação de Josef K., o famoso personagem de Franz Kafka, na obra *O Processo*, de leitura obrigatória a qualquer profissional do direito, onde se critica fortemente o autoritarismo do Estado e toda a estrutura judicial.

Munido de toda a sua *autoridade* – destaque-se que não participou do ato a delegada que subscreveu o termo posteriormente – o escrivão disse que não permitiria a leitura da acusação, ou seja, o que continha o boletim de ocorrência e nem o que tinham os policiais militares dito em seus depoimentos; afirmou que se os advogados ali presentes lessem essas peças, o cliente teria que ser acompanhado por outro advogado ou poderia até ser interrogado sem a presença de um defensor. A situação era dantesca. Tudo isso poderia ser passível de dúvida sobre sua efetiva ocorrência, não fosse por um detalhe: o *indeferimento* do escrivão restou consignado no termo de interrogatório. Diante da manifesta ilegalidade, a orientação da defesa técnica não poderia ser outra que não o do interrogado permanecer em silêncio; além disso, solicitaram-se providências administrativas na Corregedoria da Polícia Civil e criminais ao Ministério Público, pela prática do crime do art. 32, da Lei n. 13.869/19, que prevê detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa àquele que

> "Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível".

O outro caso que se passa a citar é de interesse nacional. Trata-se do Inquérito 4781, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal e, em que pese já decidido por maioria ampla do Plenário daquela Corte ser legal a sua instauração, certamente ainda gerará muito questionamento sobre sua licitude. Falamos do que se convencionou chamar de o *Inquérito das Fake News*.

Há uma certa limitação no que se pode expor aqui sobre o conteúdo do processo, vez que ele tramita, infelizmente, sobre segredo de justiça, a despeito de alguns advogados que atuam no caso já terem solicitado a sua publicização (exatamente para que que toda a imprensa e a população tenham pleno conhecimento de seu conteúdo). Trata-se, pois, de fazer valer o *princípio da publicidade*, estabelecido expressamente na Constituição Federal, em seu art. 5º, LX, art. 93, inciso IX e art. 37, *caput*. Esse princípio ao mesmo tempo não só de resulta numa garantia às partes no processo, mas, concomitantemente, na efetivação da transparência necessária para o

controle democrático da atuação do Poder Judiciário, conforme ensina Simone Schreiber.[1]

No entanto, a decretação desse segredo foi tão fortemente encarnada pelo seu relator (que foi nomeado – e não sorteado – para presidi-lo), que os próprios advogados dos investigados tiveram e ainda continuam a ter toda uma série de limitações para acessar a investigação.

Apropriado um rápido histórico acerca desse Inquérito n. 4781. Foi ele instaurado por ordem do Presidente daquela Corte, Ministro Dias Toffoli, através da Portaria GP. n. 69, de 14 de março de 2019. Designou-se como relator o Ministro Alexandre de Moraes, o qual estabeleceu em 19 de março de 2019 o objeto da investigação como sendo notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denunciações caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi* ou *injuriandi*, que estariam a atingir a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que têm o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado do Direito.

A razão que levou a presidência do Supremo Tribunal Federal do país a proceder dessa forma teve como estopim a notícia de um artigo, no qual um Procurador da República no Paraná e então integrante da Força Tarefa da Lava Jato publicar sobre o Poder Judiciário, criticando a competência da Justiça Eleitoral para julgar casos de corrupção, visto que, nas palavras do Procurador, publicadas no site "O Antagonista", "a Justiça Eleitoral historicamente, não condena e não manda ninguém para a prisão."

Referido inquérito, que até hoje, transcorrido mais de ano, não veio a público em sua integralidade, mas que se diz já contar com mais de 10 mil páginas, parece investigar um número indefinido de assuntos, entre eles, inclusive, o fato envolvendo o ex-Procurador-Geral da República,

---

1 SCHREIBER, Simone. Notas sobre o princípio da publicidade processual no processo penal. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, 2013, p. 137.

Rodrigo Janot, que disse certa feita ter ido armado ao Supremo Tribunal Federal, com a intenção de assassinar o Ministro Gilmar Mendes. Contudo, não se sabe ao certo o que exatamente existe dentro desse inquérito.

Em 26 de maio de 2020 o relator do Inquérito 4781 determinou o afastamento do sigilo bancário e fiscal, busca e apreensão e bloqueio em redes sociais de diversas pessoas, entre eles deputados federais, influenciadores digitais e empresários (estes últimos no pressuposto de que, possivelmente, financiariam perfis que promoveriam *fake news*). A questão posta neste artigo não se relaciona aprofundar o acerto ou desacerto da decisão, não se discute sequer se há ofensa ou não aos direitos de expressão e livre manifestação do pensamento. O ponto é outro. Tal qual o que ocorreu no primeiro caso, onde um escrivão de polícia, fazendo as vezes de um delegado de polícia, feriu prerrogativas do advogado, o mesmo ocorreu – e ainda continua – no caso em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, no mesmo dia da operação os advogados dos atingidos pela busca e apreensão imediatamente requereram formalmente no Supremo Tribunal Federal cópia do processo e, principalmente, da decisão, posto que ela não instruiu os respectivos mandados. O *decisum*, e somente ele, foi disponibilizado no site daquela Corte no dia seguinte à operação. Não obstante os esforços de todos os advogados constituídos nos autos, o acesso ao processo demandou vários dias.

Nesse ínterim, foram impetrados vários *habeas corpus* visando combater a ilegalidade de não concessão de vista, valendo destacar os *writs* do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (HC 186492) e da Associação Nacional de Membros do Ministério Público – MP. Pró Sociedade (HC 185500). Posteriormente se constatou que de fato o Ministro relator havia, dois dias após a operação, decidido por dar acesso parcial do inquérito; contudo, a burocracia, que tanto o judiciário procura combater, imperou no caso, vez que por se tratar do inquérito físico, todas as intimações dos advogados estavam e continuam sendo feitas por correio. Se não bastasse, os defensores tiveram ainda que esperar que os autos voltassem da Procuradoria Geral da República, sendo, que de fato, o primeiro contato havido com algum elemento concreto do malsinado inquérito ocorreu somente 10 dias após. Isso sem contar que durante esse período ocorreram algumas audiências para inquirição dos investigados, sobre os fatos que permaneciam sigilosos. Na prática, ocorreu a mesma situação do caso relatado na Delegacia da Mulher de Curitiba: interrogatório

sem franqueamento prévio à defesa do dos elementos probatórios. Em face disso, alguns alvos do Inquérito 4.781 permaneceram em silêncio.

O problema não se findou por aí. Com surpresa, os vários defensores que atuam no caso verificaram que não foi disponibilizado o inquérito em si, mas, sim, uma parte pequena, constituída basicamente por documentos selecionados, de pouca importância, que passaram a formar o denominado Apenso 70. Da análise do referido apenso, constatou-se a ausência de vários relatórios, que foram expressamente citados na decisão do relator, que decidira então pela busca e apreensão, quebras de sigilos bancário e fiscal e bloqueio (indevido) de perfis dos investigados nas redes sociais. De fato, por ocasião da imposição das cautelares, o relator fez expressa referência a esses documentos (relatórios), os quais não estavam no Apenso 70.

Assim, foram requeridos os documentos que foram a base fundamental para a decretação das medidas em comento. Invocou-se no pleito, como é curial, não só o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94, art. 7°, incs. XIII, XV e XXI), como também a Súmula Vinculante n. 14 do STF, a qual estabelece que "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

O pedido foi indeferido ao argumento de que haveria ainda diligências pendentes de realização ou ainda em curso.

De fato, a jurisprudência tem temperado e retirado o caráter absoluto de um direito de acessar todo e qualquer procedimento investigatório. Nesse sentido, vale citar a Reclamação n. 29.958, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, onde restou consignado que o direito do defensor de acesso aos autos esbarra em *diligências ainda em andamento*. Há nisso uma certa subjetividade e falta de precisão no que exatamente consistiria o conceito de *diligências* em andamento. Por diligências em andamento, por óbvio, não se pode confundir *investigação* em curso. O que se pode compreender como razoável, que necessariamente não deva ainda ser acessível ao investigado e seu advogado, é aquela *diligência* que, descoberta a sua existência, poderá vir a ser frustrada seu resultado, posto que ainda não finalizada. Exemplo disso é a interceptação telefônica, pois, sabendo o investigado que está sendo monitorado, lógico que irá cessar suas comunicações; outro exemplo é o agente infiltrado, com a finalidade de descobrir crimes contra a dignidade sexual de crianças e

adolescentes (art. 190-A, da Lei n. 8.96/90), bem como também a infiltração de policial em crimes praticados por organização criminosa (art. 3°, VII, da Lei n. 12.850/13).

Deveras, tendo havido no bojo do referido inquérito – que tramita desde seu nascedouro em sigilo e onde inclusive foi determinada a censura prévia da *Revista Crusoé* e do site *O antagonista* – a decretação das cautelares de busca e apreensão de dispositivos eletrônicos, em especial telefones celulares, quebra de sigilos bancário e fiscal e, para o espanto da comunidade jurídica, de perfis nas mídias sociais, a conclusão lógica é de que os relatórios citados na decisão constituem prova já realizada. Prova já encartada aos autos, tanto que foram utilizadas para a promoção de medidas invasivas.

Portanto, a menos que num futuro incerto se demonstre o oposto, com a publicização da investigação, ou ao menos disponibilização às defesas, as provas que materializam ditos relatórios constituem-se atos de investigação *finalizados* e *concluídos*. Não é demais ressaltar que a fase ostensiva da operação (*rectius:* as buscas e apreensões) foram em maio de 2020, passados, portanto, meses sem que nenhum advogado tenha tido conhecimento das provas que alicerçaram o *decisum* do relator.

Amplamente noticiado que a decisão de bloquear os perfis dos investigados, inclusive no exterior, sofreu relativa resistência das redes sociais, em especial do *Facebook*. No entanto, a ameaça de penas de multa altíssimas e até a prisão do seu presidente no Brasil, fizeram com que a ordem fosse cumprida. E os processos, ou parte significativa deles, de interesse direto da defesa, continuam inacessíveis. Na prática, as defesas continuam às escuras, sem poder ter a real dimensão das provas (no pressuposto de que de fato há algo de concreto). Não há, nesse panorama, como exercer de fato uma defesa eficaz. Como bem apontam Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Zafir, "Advogados cegos, '*blind lawyers*', poderão, quem sabe, confortar afetivamente seus assistidos, mas, juridicamente, prestar-se-ão, unicamente, a legitimar tudo o que no inquérito se fizer contra o indiciado."[2]

O ponto nevrálgico é que a decisão da busca e apreensão, bloqueio e quebra de sigilos, baseia-se em provas (relatórios) já encartadas ao processo, que não poderia por essa razão serem sonegadas ao conhecimento dos atingidos pelas medidas impostas. Tomando por base o magistério de

---

2 TORON, Alberto Zacharias. SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*, p. 86, item n. 1, 2006, OAB Editora.

Paulo Rangel, "Por conclusão, os princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico-processual fazem com que as provas carreadas para os autos pertençam a todos os sujeitos processuais, ou seja, dão origem ao princípio da comunhão das provas."[3]

O postulado da comunhão das provas é bem explorado em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo no decano da Corte, Ministro Celso de Mello, a melhor expressão de sua importância. Sua excelência, na Reclamação n. 18399, com maestria peculiar ensina que "a prova penal, *uma vez regularmente introduzida* no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos do respectivo inquérito ou processo, constituindo, *desse modo*, acervo plenamente acessível a todos quantos sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de persecução penal por parte do Estado".[4]

Os tais relatórios apenas deixaram de constar do Apenso 70, que constitui de peças as mais esparsas possíveis, sem uma ordem clara, selecionadas sem um critério claro. Mas é fato que tais relatórios, omitidos nas peças entregues aos inúmeros advogados do feito (visto que também são inúmeros os investigados), certamente integram o *Inquérito das Fake News*, que se diz possuir mais de 10.000 páginas. O fato de estarmos em fase de investigações, e não de ações penais propriamente ditas, não deslegitima a necessidade da atuação da defesa por advogado. Como bem lembrado por Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes, Marcos Eugênio Vieira Melo e Tiago Bunning Mendes, "a efetivação do direito de defesa na fase de investigação é um dos passos necessários para uma investigação mais democrática".[5]

O conhecimento sobre dois casos, um da Delegacia da Mulher de Curitiba e outro do Supremo Tribunal Federal, ocorridos ainda nesse fatídico ano de 2020, servem para bem ilustrar que ilegalidades jurídicas são cometidas em qualquer lugar, independentemente da posição de seus autores. Cotidianamente, por esse país de proporções continentais, infelizmente, não é surpresa para a maioria dos advogados e serve bem para ilustrar que

---

3 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p. 411/412, item n. 7.5.1, 8. ed., 2004, Lumen Juris.

4 Fonte cit. Os destaques são do original.

5 MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. MELO, Marcos Eugênio Vieira. MENDES, Tiago Bunning. *A Lei 13.245/2016 e a efetivação das prerrogativas do advogado na investigação criminal*: garantia constitucional ao direito de defesa na fase preliminar. Artigo publicado na RBCCrim n. 159 (setembro 2019), p. 286.

estamos retrocedendo no campo da violação aos direitos da defesa. O exemplo que vem de cima, pode ser para o bem ou para o mal. Se a mais alta Corte de Justiça do Brasil demora semanas para dar acesso aos autos, e quando o faz, seleciona as peças, não ofertando exatamente aquilo que seria o essencial e que foi a base para decisão de busca e apreensão e outras medidas, o que se esperar de outras autoridades, espalhadas pelos rincões do Brasil?

Os exemplos mostram as batalhas diárias que são colocadas a nós, advogados, em situações que a princípio deveriam ser simples e não necessitariam energia alguma: ter ciência da acusação e das provas coligidas.

Chegamos a um ponto que, como disse Antônio Carlos de Almeida Castro, o Kakay:

> "Para nós, advogados, exercer a advocacia passou a ser também fazer o enfrentamento político. Não a política partidária, mas a defesa da Constituição. A advocacia vive e sobrevive dentro do Estado democrático de Direito e dele depende, pois há de exercer seu papel indispensável à administração da Justiça sempre com fiel observância à lei e à Constituição. E não se trata de mera opção profissional! É um dever, que impõe ao advogado grande comprometimento com toda e qualquer luta contra arbitrariedades e violências às liberdades, aos Poderes da República, ao devido processo legal, ao direito de defesa."[6]

A advocacia, notadamente a advocacia criminal, é uma *atividade de resistência*, contra os abusos dos Estado e seus agentes, em quaisquer níveis. Aquele que se presta ingressar nas trincheiras da defesa da liberdade, do respeito ao devido processo legal, contra a tirania e o autoritarismo, jamais pode se esquecer de Sobral Pinto, o advogado dos advogados, que imortalizou a frase de que "A advocacia não é profissão de covardes".

De nada adianta termos leis e mais leis assegurando direitos à defesa, como a recente Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Magistrados e membros do Ministério Público devem compreender que a advocacia, notadamente a defensiva, necessita ser respeitada, não podendo, ainda que em um pensamento inconfesso, ser entendida como um estorvo ao processo ou à investigação. Marta Saad, com muito discernimento e olhar

---

6 CASTRO. Carlos de Almeida Castro. *É a Constituição, estúpido! diz Kakay*. Sítio "Poder 360", publicado em 7/8/20. https://www.poder360.com.br/opiniao/justica/e-a-constituicao-estupido-esbraveja-kakay/

crítico, já anotou e notou que "a Constituição vem sendo reiteradamente interpretada de forma a restringir as garantias constitucionais lá escancaradas, reduzindo-se a nada o direito de defesa (art. 5º, LV) e o direito à assistência de advogado (art. 5º, LXXIV, arts. 133 e 134), já na persecução preparatória ou prévia"[7]. Convém lembrar que a atual Constituição, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, "é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito"[8].

Bem observou o advogado Leônidas Ribeiro Scholz, em artigo que merece atenta leitura, que "O grande desafio da advocacia criminal no Brasil reside em lutar incansavelmente pela observância do devido processo legal, que não é favor, não é indulgência do Estado; é o estrito cumprimento da legislação, que ele próprio, Estado, editou."[9]

Parafraseando o Ministro Marco Aurélio, que asseverou que "são tempos estranhos, muito estranhos", ao se referir à conclamação da sociedade para os protestos do ano passado, realmente estamos passando por *tempos estranhos*. O Brasil, que avançou nas décadas passadas, no rumo da democracia plena, vê, vez ou outra, pinceladas de autoritarismo, e de onde jamais poderia se esperar. Interpreta-se a Constituição Federal de forma a renegar o óbvio; tudo é relativizado e entendimentos são modificados da noite para o dia, desnudando um país sem segurança jurídica.

Mais do que nunca a advocacia se faz necessária. Advocacia respeitosa, mas não subserviente; ética, mas não acovardada. Jamais esqueçamos de Ruy Barbosa: "O advogado pouco vale nos tempos calmos; o seu grande papel é quando precisa arrostar o poder dos déspotas, apresentado perante os tribunais o caráter supremo dos povos livres."

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

---

7 SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9), p. 200.

8 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 492.

9 SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *"Desafio da advocacia criminal no Brasil"* artigo publicado no *Boletim IBCCRIM* n. 207, fevereiro de 2010, p. 13.

CASTRO. Carlos de Almeida Castro. *É a Constituição, estúpido! diz Kakay*. Sítio "Poder 360", publicado em 7/8/20. https://www.poder360.com.br/opiniao/justica/e-a-constituicao-estupido-esbraveja-kakay/

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. MELO, Marcos Eugênio Vieira. MENDES, Tiago Bunning. *A Lei 13.245/2016 e a efetivação das prerrogativas do advogado na investigação criminal:* garantia constitucional ao direito de defesa na fase preliminar. Artigo publicado na RBCCrim n. 159 (setembro 2019).

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, p. 411/412, item n. 7.5.1, 8. ed., 2004, Lumen Juris.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9).

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *"Desafio da advocacia criminal no Brasil"* artigo publicado no *Boletim IBCCRIM* n. 207, fevereiro de 2010, p. 13. TORON, Alberto Zacharias.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*, p. 86, item n. 1, 2006, OAB Editora.

SCHREIBER, Simone. Notas sobre o princípio da publicidade processual no processo penal. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, 2013.

2

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COM MEDIADOR ENTRE O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

Vive-se em um mundo em disparada. O mundo contemporâneo que se iniciou com as revoluções industriais e burguesas tinha como utopia libertar o homem da opressão política e material. Tal desiderato não se realizou. Verificou-se o contrário. A história não é linear: a ciência newtoniana ruiu, a "belle époque" banhou-se no sangue da guerra, a tecnologia criou a bomba atômica. A trajetória da ciência e da tecnologia não se fez acompanhar com um pensamento crítico de seu uso e de suas consequências.

Tais afirmações podem ser corroboradas pelas constatações de Ulrich Beck. O sociólogo alemão em 1986 definiu a sociedade do final do século XX como a Sociedade do Risco. É a sociedade que experimenta o desenrolar do projeto da modernidade iniciado com o mercantilismo e que perpassa pelo capitalismo/industrialismo. São as consequências da modernidade apontadas por Anthony Giddens.

A sociedade do risco tem suas peculiaridades. O risco sempre existiu, todavia os riscos atuais têm seus traços diferenciadores. Não são mais riscos locais e quantificáveis como no passado. Os riscos do tempo presente são indivisíveis, invisíveis, transfronteiriços, transgeracionais. Ademais, seu potencial de destruição é incomensurável.

Dentre os riscos de alta magnitude da sociedade hodierna destaca-se os danos ambientais. Verifica-se que o homem sempre se relacionou com seu meio, contudo a problematização desta relação deu-se somente em meados do século XX. Foi a partir deste instante que surge a percepção da utilização deletéria dos recursos ambientais frente a vários problemas.

Cite-se a termos de exemplo a depleção da camada de ozônio e o aumento exponencial da emissão de gases de efeito estufa. Ademais, os acidentes frutos da conduta humana atingiram um potencial destruidor capaz da arrasar regiões inteiras: rompimento de barragens, derramamento de petroleiros e, o mais grave de todos, a explosão da usina de Chernobyl.

A situação ambiental periclitante trouxe uma nova aspiração social: a proteção do meio ambiente. Sociedade e Estado não podiam mais ficar inertes diante da insegurança de ausência de um futuro. Nasce o Direito Ambiental. Na ordem internacional em 1972 com a Convenção de Estocolmo e no âmbito interno com a Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). Em 1988 a Constituição Federal do Brasil assegurou a todos o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e determinou sua proteção civil, administrativa e, também, penal.

A Lei n. 9.605/98 veio cumprir o imperativo constitucional para uma proteção penal do meio ambiente. Procurou unificar em um diploma legal os crimes que afetassem a flora, a fauna, o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. É denominada por alguns como o "Código Penal do Meio Ambiente". Objetivou-se com esta legislação trazer uma ampla proteção ao bem jurídico meio ambiente ao disciplinar condutas que atinjam vários recursos ambientais, urbanos e culturais. Estabeleceu-se uma parte geral que versa sobre a aplicação da pena e, sua maior inovação dentro do ordenamento jurídico pátrio, a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais.

Apesar da nobre finalidade de promoção de defesa do meio ambiente pela Lei n. 9.605/98 observa-se que em muitos pontos ela se afasta dos paradigmas tradicionais determinados pelos princípios limitadores do Direito Penal. Ao se fazer uma leitura do seu texto nota-se um excesso de crimes de perigo, normas penais em branco, elementos normativos. Se para o Direito Ambiental a utilização destes expedientes é salutar e permite ampliar a esfera de tutela, para o Direito Penal tal situação é extremamente problemática frente à natureza dos seus princípios reguladores e por sua sanção envolver a violência (mesmo que justificada).

Dentre estes afastamentos promovidos pela Lei dos Crimes Ambientais observa-se a flexibilização realizada pela lei frente ao Princípio da Legalidade. Nota-se que o bem jurídico meio ambiente e, principalmente, suas formas de violação são institutos "novos" que tem dificuldade de adaptação para uma dogmática penal que foi construída no século XIX e XX. É necessário conciliar essa nova necessidade do presente (meio ambiente) sem,

contudo, renunciar às conquistas que garantem o cidadão da potestade do Estado. A pergunta é como conciliar e com qual critério conciliar o Princípio da Legalidade (taxatividade) com a construção de tipos abertos que a natureza do meio ambiente exige? De outra maneira, indaga-se: Como conciliar a exigência de tutela do bem jurídico meio ambiente com a taxatividade exigida pelo Princípio da Legalidade.

A conciliação é possível por intermédio do princípio da proporcionalidade. Ao se cotejar o tipo pela ótica deste princípio pode-se verificar sua legitimidade ou não. Nota-se que se verifica um conflito importante de direitos fundamentais e uma resposta é necessária. Esta resposta nos é dada por tal princípio. Por um lado, temos o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado doutro temos os imperativos dos outros princípios penais, em destaque, o de taxatividade que é determinado pelo Princípio da Legalidade que, também, é um direito fundamental. Pelo critério da ponderação (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) o embate entre estas duas necessidades podem ser solucionado. Deve-se analisar tipo a tipo para que se possa constatar ou não a necessidade e a legitimidade da flexibilização da taxatividade em benefício de uma tutela penal do meio ambiente.

Isto posto, pode-se fazer algumas observações conclusivas:

1. O Direito Penal tem como característica intrínseca a violência. Tanto a conduta incriminada reflete uma violência quanto a resposta estatal dada. Desta maneira, a pena, que é a consequência jurídica do crime, é uma limitação ou supressão de direitos fundamentais e constitui a mais grave sanção do ordenamento jurídico. A pena, como violência, só se justifica legitimamente frente então a esta violência prévia, o crime. Por sua gravidade, a pena dentro do Estado Democrático de Direito dependerá da existência de um crime e este, por sua vez, dependerá de uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.
2. O contexto social presente é retratado pela expressão cunhada por Ulrich Beck de sociedade de risco. É uma sociedade em transição pós-industrial. Vivencia-se as carências materiais do passado com as consequências das revoluções industriais. As descobertas da ciência e da técnica trouxeram problemas novos e/ou antigos potencializados. Surgem novos riscos que são invisíveis, transfronteiriços, transgeracionais e de caráter altamente deletério.
3. Diante de tal grave situação, os meios de controle social necessitam atender as aspirações por segurança, dentre eles o Direito e, seu braço mais forte, o Direito Penal. O Direito Penal é o ramo

do ordenamento jurídico que protege os bens jurídicos fundamentais da sociedade sempre que outro ramo se mostre insuficiente. Sua sanção extremamente severa exige o respeito às garantias fundamentais do cidadão dentro de um Estado Democrático de Direito. Verifica-se, no entanto, que, dentro da história, o Direito Penal já foi utilizado para outros fins que não a proteção dos valores basilares da sociedade. A busca de cientificidade e humanidade confunde-se com a própria história do Direito Penal e é um desafio constante.

4. A proteção do bem jurídico é a pedra fundamental de um direito penal democrático. Destaca-se que não existe somente uma ideia ou definição de bem judicio. Seu conceito modificou-se no tempo e no espaço. Concebe-se o bem jurídico como os valores fundamentais da sociedade que se encontram consubstanciados na Constituição da República. A exclusiva proteção de bens jurídicos afasta o Direito Penal do arbítrio estatal e constitui uma limitação fundamental ao *jus puniendi*.
5. O Princípio da Legalidade é o baluarte do indivíduo frente a potestade estatal. É a base da construção científica de um direito penal liberal e respeitador dos Direitos Humanos. A proteção dos bens jurídicos é uma atribuição do Estado Democrático e Social de Direito, todavia este escopo encontra limitações nos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, especialmente, o mencionado princípio.
6. Extrai-se do Princípio da Legalidade quatro imperativos que merecem o respeito estatal e constituem subprincípios: *nullum crimen sine lege scripta, nullum crimen sine lege stricta, nullum crime sine lege praevia e nullum crimen sine lege certa*. Dentre estas determinações salienta-se a obrigatoriedade da taxatividade como garantia do cidadão de leis penais claras, precisas e de âmbito de alcance determinado.
7. Dentre os valores básicos protegidos constitucionalmente sobressai-se o meio ambiente. A Constituição Federal eleva o direito a um meio ambiente equilibrado a um direito fundamental material e determina sua tutela nas esferas civil, administrativa e penal. Ao se objetivar cumprir o mandado de incriminação, o legislador ordinário editou a Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).

8. Destaca-se que o caráter difuso do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado ocasiona uma dificuldade de tutela penal dentro dos paradigmas tradicionais. Os instrumentos utilizados como exceção viram regra na proteção do valor meio ambiente. Cite-se, por exemplo, os excessos de leis penais em branco, crimes de perigo abstrato, responsabilidade da penal da pessoa jurídica, excesso de elementos normativos na descrição típica etc.
9. Dentre as flexibilizações verificadas na Lei dos Crimes Ambientais chama a atenção a flexibilização da taxatividade de vários tipos penais. A Lei n. 9.605/98 é pródiga em tipos penais abertos e utiliza-se sem parcimônia das leis penais em branco. Tais técnicas de produção legislativa são flexibilizações do Princípio da Legalidade, pois mitigam a precisão da definição dos tipos penais. A questão que se impõe é saber se estas flexibilizações são legitimas e até que ponto se pode renunciar à segurança jurídica em prol da proteção do valor meio ambiente.
10. O Princípio da Proporcionalidade constitui um instrumento argumentativo que possibilita auferir até quanto pode-se flexibilizar a taxatividade em virtude da necessidade de proteção do meio ambiente. Seus subprincípios (idoneidade, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito) permitem realizar uma ponderação entre o choque destes direitos fundamentais. Constata-se, principalmente, que a flexibilização da taxatividade deve-se fazer acompanhar pela importância da vedação da conduta sem, no entanto, permitir uma total supressão da taxatividade. Saliente-se, no entanto, que se permite uma flexibilização da taxatividade e não a construção de tipos penais totalmente indeterminados. A definição da conduta desvaliosa não pode ser totalmente desvinculada de uma possibilidade de compreensão dos limites da norma.

3

A ATUAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO ADVOGADO CRIMINAL NA PREVENÇÃO CORPORATIVA DE ILÍCITOS

Alexandre Knopfholz
Gustavo Britta Scandelari

Introdução

A advocacia criminal tem por tradição o hábito da atuação adversarial. Isso porque, sem prejuízo da atuação na acusação ou consultiva, a demanda mais frequente, nessa área, sempre pareceu ser pela realização de defesa em juízo contra-acusações formuladas pelo Ministério Público. O cenário do exercício dos direitos do cliente e do causídico, assim, por muitos anos foi quase que exclusivamente de contraposições de teses e de interpretações de fatos; um cenário de embates, por vezes necessariamente muito aguerridos. E isso continua a existir cotidianamente.

Todavia, há um nicho de atuação advocatícia que se tem expandido, mormente após a promulgação da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), no sentido de um câmbio nesse formato de atuação. Além de passar a se atentar a uma série de questões não exclusivamente criminais (como, por exemplo, acordos de leniência, sanções civis e administrativas, como funciona a exploração do objeto econômico da empresa etc.) – isto é, pede-se que o advogado tenha conhecimentos e técnicas multidisciplinares – passou-se a exigir do advogado criminal que busque maior proximidade com as autoridades reguladoras e as responsáveis por eventual persecução.

O presente artigo busca explorar, rapidamente, alguns marcos teóricos voltados a suportar a possibilidade social e econômica dessa novel atuação dos advogados. Afora o Provimento 188/2018 CFOAB, a

Lei n. 13.432/2017, o Projeto de Lei n. 8045/2010 (Novo CPP), a Lei n. 12.850/13 e a Lei n. 13.964/2019 (que instituiu o *acordo de não persecução penal*), que, cada qual a seu modo, contribuem para a disciplina normativa da atuação mais dinâmica dos advogados, há farta produção literária recomendando, em um nível político institucional, uma maior proximidade entre o setor público e o setor privado na seara da prevenção corporativa de ilícitos. Confira-se.

A prevenção como objetivo comum

As corporações podem criar e implementar programas de integridade (*compliance*) que deem conta dos mais variados fluxos de controles internos, desde códigos de vestimenta até o relacionamento com autoridades públicas. Podem também conter regras decorrentes de preceitos éticos e de normas legais e infralegais. Até mesmo os comportamentos dos seus integrantes em eventos de confraternização e em redes sociais podem vir a ser endereçados. A extensão de sua abrangência, bem como a qualidade de sua redação e das técnicas que aplicam dependem também de quanto dinheiro elas estão dispostas a despender neles, especialmente no início, quando novas estruturas e rotinas devem ser criadas e novos profissionais devem ser contratados. Isso pode ser um problema, já que a mentalidade empresarial, como regra, tende a nutrir a expectativa de que todos os seus investimentos sempre gerem algum retorno em forma de vantagem econômica.

Ocorre que tais programas devem estar fora dessa lógica padrão: não podem ser tratados como um investimento patrimonial[1]. Seu melhor valor é representado pelo bem que se está fazendo à sociedade e não pelo retorno material que pode viabilizar. E ambos (o bem social e o lucro) devem poder conviver em uma mesma empresa.

É claro que, como resultado de um programa de prevenção idôneo bem preservado, o nome da empresa e/ou a marca do produto podem vir a ser valorizados pelo mercado e, como consequência natural, a empresa

[1] É óbvio que se pode analisar os programas corporativos de prevenção de ilícitos por um enfoque eminentemente econômico. Afinal, sua adoção e manutenção custam dinheiro. Da mesma forma, a sanção que a empresa poderá receber por não possuir os controles devidos ou por violá-los é mensurável economicamente. Mas o mesmo se pode dizer de praticamente todas as rotinas das empresas e das pessoas; o que não significa que esse deva ser o único prisma de análise.

poderá auferir mais lucro. Esse tende a ser um dos benefícios – além dos sociais, claro[2] – que a boa reputação de cumpridora da lei (*law abiding company*) poderá produzir[3].

Todavia, se a criação e a manutenção do programa forem guiados por esse possível lucro como meta, certamente fracassará, porque frequentemente a decisão pela ética e pela prevenção do ilícito é a decisão pelo negócio menos lucrativo. Quando o programa de integridade é idôneo, os processos de decisões corporativas devem sempre considerar factível a opção que implica prejuízos econômicos em prol da conformidade normativa.

O objetivo comum, das autoridades, das empresas e de seus advogados deve ser, sempre, a prevenção real de ilícitos[4]; uma prevenção, de preferência, conservadora[5]. A literatura recomenda que a prevenção seja

---

2 "Como resultado, há um aumento na possibilidade de sucesso da empresa, o que beneficia a todos (diretores e colaboradores de maneira geral), bem como o consumidor, que representa, nesse contexto, a sociedade" (BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 89). Ressaltando que a adoção do *compliance* pode atrair maiores investimentos, vide: "Queda de ações da JBS mostra problema de *compliance* em empresas, diz SRB", *Isto É Dinheiro*, em 28.1.16 (disponível em http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20160128/queda-acoes-jbs-mostra-problema-compliance-empresas-diz-srb/338235#.VqpwsqfgnwA.linkedin, acesso em 5.8.20).

3 Conferir, nesse sentido: MCCONELL, Ray. *Plan now or pay later: the role of compliance In: criminal cases. In:* Houston Journal of International Law, v. 33, n. 3, summer/2011, p. 509-587. Disponível em http://www.questia.com/library/p4845/houston-journal-of-international-law/i2680279/vol-33-no-3-summer#/. Acesso em 6/8/20. O autor faz extensa pesquisa para demonstrar que houve, nos últimos anos, grande crescimento da adoção por empresas, nos EUA, de programas de *compliance* – os quais, quando formulados e aplicados corretamente, têm: aumentado o valor das ações da companhia na bolsa de valores; agilizado a obtenção de licenças governamentais; melhorado a qualidade da convivência dos funcionários na empresa; dentre outros (mais especificamente, p. 584-587).

4 Nesse sentido: TEMPORÃO, José Otto Segui. *Compliance* como estrutura mitigadora de riscos. *In:* LANA E SOUZA, Fernanda Nunes Coelho; TOMAGNINI, Flávia Neves; UCHOA, Maria Raquel de Sousa Lima; ANDRADE, Renato campos (Org.). Compliance em perspectiva: abrangência, especificidades, mecanismos de atuação e a salvaguarda das organizações. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019, p. 659-683; LEITE FILHO, José Raimundo. *Corrupção internacional, criminal compliance e investigações internas*: limites à produção e valoração dos interrogatórios privados. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 115.

5 "O objetivo do estabelecimento de medidas de organização interna de uma empresa não é o de criar um programa normativo que favoreça a sua atividade 'no fio

a prioridade independentemente de suas dimensões e áreas exploradas pelas empresas[6] e que funcionem de forma coordenada com outras corporações do mesmo grupo econômico que eventualmente atuem em países distintos, bem como com as autoridades reguladoras correspondentes[7].

O compromisso com a idoneidade da atuação corporativa como ideal

Convém reproduzir um excerto bastante inspirador de LUMBARD, quando pesquisava a mesma temática:

> "Independentemente de quais sejam nossos padrões éticos e de quais as nossas expectativas em relação a eles, o fator mais importante para uma aplicação da lei efetiva sempre será o tipo de homens que estarão conduzindo o maquinário da justiça criminal. Se eles não tiverem integridade, se eles forem suscetíveis a pressões políticas, se eles utilizarem seus cargos públicos como instrumentos de engrandecimento pessoal, se eles foram simplesmente fracos e pouco atuantes, os melhores padrões, leis e regras nas suas mãos produzirão parcos resultados. Nós precisamos, para começar, da liderança de homens de integridade que sejam independentes de pressões políticas. Nós precisamos de homens que decidirão sabiamente como usar as amplas discrições que seus cargos lhes demandam exercer"[8].

---

da navalha' (...), mas sim delimitar o perímetro dos comportamentos proibidos, de forma que possam ser prevenidas (...) práticas contrárias às normas definidas" (MIRANDA RODRIGUES, Anabela. Direito penal económico: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019, p. 47).

6 NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción. In:* ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (direct.). El Derecho Penal Económico en la era Compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 202.

7 OMAROVA, Saule T. *Rethinking the Future of Self-Regulation In the Financial Industry. In:* Brooklyn Journal of International Law, SYMPOSIUM: New Paradigms for Financial Regulation *In the* United States and the European Union, v. 35, iss. 3, art. 2, New York, Brooklyn Law School, 2006, p. 701. Disponível em https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol35/iss3/2. Acesso em 7.8.20; NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción. In:* ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (direct.). El Derecho Penal Económico en la era Compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 193.

8 "But whatever standards we have, and however much they may promise, the most

A própria existência teórica, por exemplo, da "posição de garante do *compliance officer* tem como premissa básica a existência de programas que funcionem perfeitamente"[9]. Todos os outros mecanismos de integridade e de transparência dependem disso, caso contrário, não se estará tratando de nada mais do que textos normativos que, embora com grande capacidade hipotética de prevenção, na prática poderão ser inócuos ou, até mesmo, maléficos, como no caso dos falsos programas montados apenas para iludir autoridades e investidores ou para maquiar estruturas delituosas pré-existentes. A prevenção corporativa de ilícitos tem sido representada, frequentemente, por mera retórica de grupos políticos com suas próprias agendas e por leis defasadas. Nesse contexto, é fundamental que os governos e as corporações interessadas ajam segundo valores claros de integridade[10].

O presente esforço quanto à necessidade de existência desse compromisso não é em vão. Pesquisa voltada a entender como as nações e os órgãos supranacionais podem aumentar o índice de cumprimento de leis por países e de suas instituições domésticas em relação a políticas e leis de proteção a direitos humanos identificou que um caminho é a "demonstração de compromisso"[11]. Isso porque,

> "(...) no nível mais básico, governos enfrentam pressão internacional para serem bons cidadãos globais e manterem seus compromissos internacionais. Ao demonstrarem para a comunidade internacional

important factor for effective law enforcement will always be what kind of men are running the machinery of criminal justice. If they lack integrity, if they are susceptible to political pressures, if they look upon such public office as a means of personal aggrandizement, even if they are merely weak and ineffectual, the best standards, statutes, and rules *In:* their hands will yield poor results. At the very least we need the leadership. of men of integrity who are independent of political pressures. We need men who will wisely decide how to use the large discretion which their offices require them to exercise" (LUMBARD, J. Edward. *The Citizen's Role In: Law Enforcement*. *In:* Journal of Criminal Law and Criminology, Northwestern University School of Law, Chicago, v. 56, article 9, iss. 1, mar./1965, p. 71. Disponível em https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5281&context=jclc. Acesso em 6/8/20).

9 CARDOSO, Débora Motta. Criminal *compliance* (...), p. 192.

10 BROOKS, Graham; WALSH, David; LEWIS, Chris; KIM, Hakkyong. Preventing corruption: investigation, enforcement and governance. New York: Palgrave Macmillan, 2013, p. 168-170.

11 HILLEBRECHT, Courtney. Domestic politics and international human rights. The problem of compliance. New York: Cambridge, 2014, p. 25.

> que eles estão comprometidos com os direitos humanos, os estados também podem sinalizar que são aptos e desejosos de manter suas obrigações internacionais em outras áreas; bem como respeitar as leis em um ambiente internacional cada vez mais legalizado"[12].

Para os "estados que são líderes globais e regionais, o desfio é ainda maior: eles são considerados definidores de precedentes e seus parceiros internacionais e regionais esperam deles que deem bons exemplos para os outros estados"[13]. O mesmo vale para as grandes corporações em um ambiente global.

Não se trata de ingenuidade, mas de um esforço necessário. É óbvio que não se pode garantir que a população agirá conforme um padrão ético específico, tampouco fazer com que pessoas internalizem valores à força. Pode-se, apenas, tentar demonstrar as vantagens de determinada atitude em relação à lei e a normas sociais de conduta para que se convençam, por si sós, de que a assunção desse compromisso é algo bom para a coletividade e, portanto, devido. Como afirma FIGUEIREDO DIAS, "não se trata, pois, tanto aqui de tomar qualquer posição na moderna controvérsia acerca da subsistência do Estado-providência ou do regresso a um Estado-liberal, quanto de caracterizar o Estado, fundamentalmente e na sua acepção social mais lata, como um *Estado de Justiça*"[14]. De fato, trata-se de estabelecer, ainda que abstratamente, um paradigma de convivência coletiva a ser alcançado; uma essência a ser respeitada e transmitida do público ao privado e vice-versa. Independentemente de teorizações mais complexas sobre filosofia, ética e ciência política, trata-se de algo mais singelo: procurar "a solução *mais justa*" para os problemas da sociedade[15]; em especial, aqui, quanto

---

12 "At the most basic level, governments face international pressure to be good global citizens and uphold their international commitments. By showing the international community that they are commited to human rigths, states can also signal that they are able and willing to uphold their international obligations on other issue areas (...); and respect the rule of law *In:* an increasingly legalized international environment" (HILLEBRECHT, Courtney. Domestic (...), p. 27).

13 "For those states that are regional and global leaders, the stakes are even higher: they are considered precedent setters and are expected by their regional and international partners to set a good example for other member states" (HILLEBRECHT, Courtney. Domestic (...) p. 27).

14 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal – Parte Geral, Tomo I – questões fundamentais; a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27. Itálicos originais.

15 Idem.

ao modo de se compreender e de se utilizar os programas de prevenção de ilícitos em corporações.

É certo que um estado de compromisso ideal com a lei nunca será alcançado. Mas é justamente um ideal o que se pode perseguir e isso demanda uma atitude positiva, otimista. À pergunta "por que deveríamos nos conformar com leis que, na melhor das hipóteses, somente nos proporcionarão uma aproximação de um ideal de justiça?", RAWLS respondeu que "a injustiça da lei não é, em geral, razão suficiente para não se aderir a ela, tal como a validade formal da legislação (definida pela constituição vigente) não é uma razão suficiente para a aceitar."[16] Isto é, o ideal de uma sociedade alinhada com um preceito público e consensual de justiça, precisamente por não ser, ainda, uma realidade, é o que deve ser buscado diariamente, como um pacto entre o Estado e o cidadão e entre todos os cidadãos também.

Essa proposição de busca por um ideal tampouco pode ser tachada de inatingível em um país como o Brasil. Produziram-se, no país, recentes e importantes modificações legislativas que indicam a valorização de uma maior interação entre o público e o privado em matéria de prevenção corporativa de ilícitos. São indícios seguros de que o país segue esse rumo e é certo que lhe trará maior foco e estabilidade se os demais operadores e participantes dessa caminhada convergirem com seus contributos de atitudes pessoais[17]. É como sustenta a teoria crítica de SANTOS: "não se trata de um futuro abstrato, é um futuro do qual temos pistas e sinais; temos gente envolvida, dedicando sua vida (...) a essas iniciativas."[18] É de se assumir essa busca permanente por uma relação público-privada que esteja comprometida com o cumprimento de suas próprias leis e normas. Afinal, como disse RAWLS:

> "A perspectiva da eternidade não é a perspectiva de um determinado lugar além do mundo, nem é o ponto de vista de um ser trans-

---

16 KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. Rawls, *"Uma teoria da justiça" e os seus críticos*. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995, 69.

17 ZANON, Patricie Barricelli; FANTIN, Lucas Alfredo de Brito. *20 anos de* compliance *e políticas públias de combate e prevenção à corrupção e lavagem de dinheiro. In:* BECHARA, Fábio Ramazzini; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto (Coord.). Compliance e direito penal econômico. São Paulo: Almedina, 2019, p. 83-92.

18 O autor discorria sobre a necessidade de renovação de uma epistemologia tradicional (SOUSA SANTOS, Boaventura de. Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 38).

> cendente; *melhorar é um certo tipo de pensamento e sentimento, que pessoas racionais podem adotar dentro do mundo.* E, tendo assim feito cada um, seja qual for sua geração, poderá reunir, num esquema, todas as perspectivas individuais para chegarem juntos aos princípios reguladores, que podem ser afirmados por todos; à medida que os pratiquem em sua vida, seja qual for seu ponto de vista."[19]

Se a justiça pode ser esse "esforço" contínuo e diário, uma "linha diretora"[20], o mesmo pode ser dito do compromisso dos advogados e de seus clientes com uma prevenção idônea de ilícitos quando tratam com as autoridades[21]. A atuação nesse viés colaborativo tem a capacidade de realmente prevenir ilícitos em geral. Esse compromisso não pode ser visto como algo exclusivo do Estado ou dos empresários, mas como uma empreitada coletiva.

O "*compliance* tem tudo a ver com um Estado social, e ético, de Direito"[22]. A função da "iniciativa privada na prevenção da corrupção e na preservação dos princípios éticos e de integridade no meio corporativo é imprescindível"[23] pela simples razão de que o esforço de prevenir ilícitos deve, necessariamente, ser um esforço conjunto.

As possibilidades representadas pela autorregulação regulada

Existe um espaço entre a obrigatoriedade da lei em si e o cumprimento dela por parte do destinatário da norma.[24] É por isso que as corporações necessitam ser conduzidas a um modelo de atuação interdependente com as autoridades reguladoras. Em que pese não haja, no Brasil, lei disciplinando essa atuação de forma geral, não faltam modelos que poderiam vir a ser utilizados na prática, mediante a devida orientação jurídica. Não se

---

19 RAWLS, John. Uma teoria (...). Itálicos nossos.

20 RAWLS, John. Uma teoria (...), p. 62.

21 Sobre o compromisso com a idoneidade do programa, vide Parte III, Capítulo 1, item 1.

22 GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. *A nova lei anticorrupção e a importância do* compliance *para as empresas públicas que se relacionam com a Administração Pública*. *In:* A&C – *Revista de Direito Administrativo* & Constitucional, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, abr./jun. 2015, Fórum, p. 143.

23 HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Corrupção (...), p. 179.

24 A gap. between obligation and compliance. LAMONT, Christopher K. International criminal justice and the politics of compliance. Farnham: Ashgate, 2010, p. 165.

pretende, aqui, análise profunda a respeito dos modelos de autorregulação regulada, mas, apenas, mencionar a possibilidade de seus usos como algo viável em matéria de prevenção de ilícitos corporativos no Brasil.

No que diz respeito à prevenção de ilícitos em ambiente corporativo, as dificuldades da obtenção de conformidade quase sempre giram em torno da complexa relação existente entre os fiscais e os fiscalizados, que normalmente é permeada de desconfianças[25]. E é previsível que assim o seja, afinal, frequentemente há preconceitos de ambos os lados. É necessária, por isso, a união de esforços público-privados para contornar tais dificuldades, suprindo-se, assim, a falta que o mencionado espaço representa[26].

Não se ignora que, em alguma medida, é sempre necessária alguma colaboração entre as autoridades e os cidadãos, de modo que ela nunca é totalmente dispensável. A vida em sociedade em si seria inviável se não houvesse esse mínimo necessário de atuação conjunta. Mas também é verdade que determinados deveres do Estado não são apenas dele e que diversos aspectos da vida seriam melhorados se todos fizessem algo mais pelo que é público. Que a segurança pública é "dever do Estado", por exemplo, todos sabem. Mas parece esquecido o fato de que ela também é "responsabilidade de todos" (CF, art. 144)[27]. Em uma declaração pioneira nesse ramo de pesquisa, LUMBARD identificou, em 1965, o potencial da cooperação

---

25 Quando não decorre de evidente compromisso com a ilicitude por parte do fiscalizado, hipótese com qual este texto não trabalha por estar fora da premissa de compartilhamento de objetivos comuns de prevenção.

26 Embora não se enfrentem, aqui, questões ligadas à rigidez que o princípio da legalidade impõe ao poder público, partilha-se da ideia de que "a concepção da legalidade necessita ser, portanto, expandida. Sob o manto da lei, mas não sem criatividade. Afinal, a concepção clássica da legalidade – construída ao final do século XIX, início do XX – pretende significar que aos Poderes Públicos só compete a aplicação do texto legal. (...) As autoridades públicas podem – senão devem – ser criativas. (...) Está na hora, portanto, de encontrar formas de aplicar a legalidade com maior efetividade e eficiência" (MOREIRA, Egon Bockmann. *Negociações público-privadas:* sob a lei, mas para além do texto da lei. *In: Gazeta do Povo*, Vozes, Curitiba, 30 de abril de 2019. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/negociacoes-publico-privadas-sob-a-lei-mas-para-alem-do-texto-da-lei/. Acesso em 9.8.20).

27 E, conforme a noção de autorregulação regulada de DARNACULLETA I GARDELLA, ela "deve corresponder à consecução de um fim cuja responsabilidade se atribui, em primeira instância, à própria sociedade (...)" (DARNACULLETA I GARDELLA, Mª Mercè. *Autorregulación y derecho público:* la autorregulación regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 342).

de todos: "vamos agora avançar juntos, cidadãos, advogados e juízes em um esforço conjunto calculado para rejuvenescer todo o maquinário e as operações da *law enforcement* (...)"[28]. Essa ideia ainda pode ser desenvolvida para a otimização da prevenção corporativa de ilícitos[29].

Esse contexto de cumplicidade é o ideal para que se desenvolvam atuações colaborativas. O mesmo ocorre com normas de costumes sociais e hábitos comunitários: as contribuições de cada ator ao propósito podem ocorrer não por conta de uma ostensiva ameaça de sanção, mas por compartilhamento das mesmas convicções, o qual é uma opção socialmente mais saudável. De acordo com WEISS, "o argumento de que normas sociais informais são confiáveis porque são mais eficazes do que instrumentos legais formais está implicitamente baseada na premissa de que tais normas são justas. Do contrário, as pessoas não estariam dispostas a cumpri-las, a menos que obrigadas a tanto"[30]. Um exemplo dado pela autora é o da disputa entre fazendeiros na Califórnia pela divisão de terras causada pelas constantes fugas de gado. Eles adotaram um sistema informal de ajustes, premiações e eventuais sanções que é mais confiável do que a pura e simples aplicação da lei (*law enforcement*)[31]. Ou seja, "a sociedade civil tem um papel especialmente

---

28 "Let us now move forward together, citizens, lawyers, and judges *In:* a united effort calculated to rejuvenate the entire machinery and operation of law enforcement (...)" (LUMBARD, J. Edward. *The Citizen's Role In: Law Enforcement*. *In:* Journal of Criminal Law and Criminology, Northwestern University School of Law, Chicago, v. 56, article 9, iss. 1, Mar./1965, p. 72. Disponível em https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5281&context=jclc. Acesso em 6/8/20).

29 Até porque "esforços no sentido de uma 'autorregulação regulada', de 'estruturas de incentivo' (...) ou de 'efetividade', apesar de sua recorrente citação na literatura, ainda merecem muito mais atenção da pesquisa científica" (SAAD-DINIZ, Eduardo. *O papel transformativo das corporações no processo penal:* ideias sobre *compliance* e vitimização corporativa. *In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 91, ago.set/2019. Porto Alegre: Lex Magister, p. 70).

30 "The argument that informal social norms are relied upon because it is more efficient than relying on formal legal instruments must implicitly rest upon the assumption that the norms are equitable. Otherwise, participants would not be willing to comply with them, unless coerced" (WEISS, Edith Brown. *Understanding compliance with soft law. In:* SHELTON, Dinah. Commitment and compliance: the role of non-binding norms *In the* international legal system. New York: Oxford University Press, 2003, p. 543).

31 WEISS, Edith Brown. *Understanding compliance with soft law. In:* SHELTON, Dinah. Commitment and compliance: the role of non-binding norms *In the* international legal system. New York: Oxford University Press, 2003, p. 543.

importante no aprimoramento do *compliance* com a *soft law*"[32]. Sucede que faltam ideias e esforços para aliar não apenas setores públicos entre si, ou os particulares entre eles, mas, principalmente, o público e o privado em torno do objetivo da prevenção de ilícitos em corporações[33].

Na literatura especializada, a base desse mecanismo é a pesquisa de AYRES e BRAITHWAITE[34], que chamam a autorregulação regulada de *enforced self-regulation*[35]. Em uma explicação sucinta, essa regulação é:

> "(...) uma opção criativa para modular o intervencionismo da estratégia regulatória para um meio termo entre a autorregulação pura e a regulação estatal direta. (...) Isso significa que as corporações deverão redigir seu próprio conjunto de regras, as quais serão, depois, publicamente ratificadas. Quando houver uma falha na aplicação dessas regras privadas (e publicamente ratificadas), elas serão, então, aplicadas pelo Estado"[36].

---

32 "Civil Society has an especially important role *In:* furthering compliance with soft law" (WEISS, Edith Brown. *Understanding compliance with soft law. In:* SHELTON, Dinah. Commitment and compliance: the role of non-binding norms *In the* international legal system. New York: Oxford University Press, 2003, p. 553).

33 WEISS, Edith Brown. *Understanding compliance with soft law. In:* SHELTON, Dinah. Commitment and compliance: the role of non-binding norms *In the* international legal system. New York: Oxford University Press, 2003, p. 544.

34 AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive regulation: transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992.

35 Obra mais voltada ao Direito administrativo identifica um modelo que parece muito próximo da *enforced self-regulation*, chamado de "convênio de autorregulação". Ele seria voltado à articulação de todos os atores envolvidos (públicos e privados) para a consecução cooperativa de fins públicos (DARNACULLETA I GARDELLA, Mª Mercè. Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 377). Opta-se, todavia, pela *enforced self-regulation* por estar mais próximo do tema aqui exposto (*law enforcement*) e por representar um modelo teoricamente mais aprofundado por AYRES e BRAITHWAITE.

36 "(...) one of the creative options available to escalate the interventionism of regulatory strategy to a middle path between self-regulation and command and control government regulation. (...) It means that firms are required to write their own set of corporate rules, which are then publicly ratified. And when there is a failure of private enforcement of these privately written (and publicly ratified) rules, the rules are then publicly enforced" (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive regulation: transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992, p. 6).

Essa explicação é plenamente compatível com a supervisão que o Estado deverá exercer sobre o particular para evitar a aparência de ausência de legitimidade da atuação privada[37]. Mas essa relação público-privada não precisa ser tão rígida quanto parece[38]. AYRES e BRAITHWAITE esclarecem que toda a sua pesquisa tenta demonstrar que a única saída para o confronto teórico estéril entre desregulação, de um lado, e mais regulação, de outro lado, é uma inovação na ideia de regulação, a qual é representada pelo modelo de *enforced self-regulation* que apresentam[39].

Conclusão

As digressões acima buscaram demonstrar que a atuação do advogado criminal, atualmente, permite um *giro paradigmático,* eis que extrapola a natureza mais combativa que lhe é histórica, passando a servir como um instrumento de aproximação com as autoridades públicas, de conformidade das instituições e, consequentemente, de reforçada harmonia com o interesse público pelo viés da cooperação. Em outras palavras, ao invés de um cenário de guerra, temos, hoje, a possibilidade de uma mesa redonda com as autoridades engajadas na prevenção de ilícitos. E essa é uma mudança favorável à sociedade, já que o objetivo de prevenção corporativa de ilícitos é desejável por todos.

Com efeito, sem abrir mão de seu DNA de luta pelos direitos do acusado, a advocacia criminal inicia o Século XXI ampliando o seu leque de atividades, podendo se tornar uma engrenagem fundamental nos mecanismos de *compliance* e na interlocução com autoridades públicas diversas em debates visando soluções consensuais e para mitigar riscos. Essa nova realidade está posta e deve ser abraçada pela classe. Afinal,

---

37 E também para evitar o problema de indisposição para cooperar, próprio de modelos de autorregulação pura ou não sujeita a controle: "(...) a autorregulação regulada combina a versatilidade e a flexibilidade da autorregulação pura, evitando muitos dos defeitos inerentes ao voluntarismo" ("(...) enforced self-regulation combines the versatility and flexibility of voluntary self-regulation, but avoids many of the inherent weaknesses of voluntarism", AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive (...), p. 106).

38 Vale lembrar que, nesse modelo, as autoridades reguladoras sequer ratificariam ou aceitariam as normas produzidas pelo regulado caso não atendessem aos requisitos mínimos constantes das leis aplicáveis (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive (...), p. 106-107).

39 Idem, p. 101.

lembrando COUTURE, a riqueza da advocacia não está na unidade e sim na diversidade de nossa atuação[40].

Referências

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation:* transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BROOKS, Graham; WALSH, David; LEWIS, Chris; KIM, Hakkyong. Preventing corruption: investigation, enforcement and governance. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal* compliance *na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro.* São Paulo: LiberArs, 2015.

COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado.* 3. ed. Porto Alegre/RS: Fabris Editor, 1979.

DARNACULLETA I GARDELLA, Mª Mercè. *Autorregulación y derecho público:* la autorregulación regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – Parte Geral, Tomo I – questões fundamentais; a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas públicas que se relacionam com a Administração Pública. *In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, abr./jun. 2015, Fórum.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção* – combate transnacional, *compliance* e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HILLEBRECHT, Courtney. *Domestic politics and international human rights.* The problem of compliance. New York: Cambridge, 2014.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. Rawls, *"Uma Teoria da Justiça"* e os seus críticos (Trad. Maria Carvalho). Lisboa: Gradiva, 1995.

LAMONT, Christopher K. *International criminal justice and the politics of compliance.* Farnham: Ashgate, 2010.

40 COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado.* 3. ed. Porto Alegre/RS: Fabris Editor, 1979, p. 12.

LEITE FILHO, José Raimundo. *Corrupção internacional,* criminal compliance *e investigações internas*: limites à produção e valoração dos interrogatórios privados. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

LUMBARD, J. Edward. *The citizen's role In: law enforcement. In: Journal of Criminal Law and Criminology,* Northwestern University School of Law, Chicago, vol. 56, article 9, iss. 1, Mar./1965.

MCCONELL, Ray. Plan now or pay later: the role of compliance *In:* criminal cases. *In: Houston Journal of International Law*, v. 33, n. 3, summer/2011.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *Direito penal económico:* uma política criminal na era *compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. Negociações público-privadas: sob a lei, mas para além do texto da lei. *In: Gazeta do Povo*, Vozes, Curitiba, 30 de abril de 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción. In:* ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (direct.). El Derecho Penal Económico en la era Compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

OMAROVA, Saule T. *Rethinking the future of self-regulation In: the financial industry. In:* Brooklyn Journal of International Law, SYMPOSIUM: New Paradigms for Financial Regulation *In:* the United States and the European Union, v. 35, iss. 3, art. 2, New York, Brooklyn Law School, 2006.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O papel transformativo das corporações no processo penal: ideias sobre compliance e vitimização corporativa. *In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 91, ago.-set./2019. Porto Alegre: Lex Magister.

SHELTON, Dinah. *Commitment and compliance:* the role of non-binding norms *In:* the international legal system. New York: Oxford University Press, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

TEMPORÃO, José Otto Segui. Compliance *como estrutura mitigadora de riscos. In:* LANA E SOUZA, Fernanda Nunes Coelho; TOMAGNINI, Flávia Neves; UCHOA, Maria Raquel de Sousa Lima; ANDRADE, Renato campos (Org.). Compliance em perspectiva: abrangência, especificidades, mecanismos de atuação e a salvaguarda das organizações. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019.

WEISS, Edith Brown. *Understanding compliance with soft law. In:* SHELTON, Dinah. Commitment and compliance: the role of non-binding norms *In:* the international legal system. New York: Oxford University Press, 2003.

ZANON, Patricie Barricelli; FANTIN, Lucas Alfredo de Brito. *20 anos de* compliance *e políticas públias de combate e prevenção à corrupção e lavagem de dinheiro. In:* BECHARA, Fábio Ramazzini; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto (Coord.). Compliance e direito penal econômico. São Paulo: Almedina, 2019.

4

ADVOCACIA E OS MODELOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL: PRÁTICAS E DESAFIOS

Camile Eltz de Lima
Alexandre Wunderlich

Introdução

Honra-nos participar do projeto criado pelo tradicional Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG, digno de elogio – aqui endereçado aos colegas que admiramos, os Professores Doutores Leonardo Marinho Marques e Felipe Martins Pinto, – que recebe colorido especial em razão do resgate do papel histórico da advocacia criminal à conformação da democracia brasileira.

Em razão da nossa atuação profissional nos últimos anos, fundamentalmente em diversas experiências que conduziram à resolução jurídico-penal de conflitos empresariais extremamente complexos pela via negocial (acordos de colaboração premiada e de leniência no âmbito da Operação Lava Jato), optamos por apresentar um ensaio que pretende tensionar as velhas práticas contenciosas e apontar os desafios sobre a *formação* e a *função* do advogado criminal diante dos modelos processuais consensuais constitucionalmente orientados.

Ponto de partida – *desde a aversão até a passageira euforia*

Alertamos aos leitores para a premissa da qual lançamos o nosso olhar sobre o fenômeno objeto do presente artigo: partimos da (a) superação da *aversão*, pois constatamos a ultrapassagem das diversas críticas e resistências que, de um modo geral, marcaram os modelos de consenso processual penal brasileiro e (b) da superação da *euforia* precoce que inebriou boa parte dos atores da Justiça a partir do recurso imoderado aos institutos

jurídicos de consenso penal, que desconsideraram os graves problemas[1] práticos e teóricos e que ainda não foram devidamente solucionados. A partir destas premissas, objetivamos traçar um brevíssimo diagnóstico e emitimos a nossa opinião sobre (c) a *formação* e (d) a *função* do advogado criminal diante das possibilidades de consenso no Brasil.

De fato, pensamos que os modelos de consenso no processo penal trazidos na legislação ultrapassaram as (refratárias) críticas iniciais – que vieram com força da Academia, fruto de sérias investigações e pesquisas científicas, com o alcance e o respaldo obtido no Poder Judiciário. A crítica apontou os graves defeitos das legislações, bem como o déficit de garantias que era previsível. De um modo geral, o problema, no nosso ver, não era o consenso no âmbito do processo penal, mas o rompimento do novo modelo consensual com o paradigma constitucional de defesa das garantias, que ainda estava – e está – em implantação no país – passagem do modelo inquisitório para o acusatório. Com o passar dos anos, a aplicação dos institutos de consenso no processo penal venceu as resistências e superou, não sem esforços e com danos visíveis, os defeitos técnicos da legislação. Hoje, a aplicação dos institutos de consenso está definitivamente consolidada na jurisprudência e alinhada com a produção acadêmica, o que atesta que os acordos em matéria penal permanecerão no ordenamento jurídico.

Então, o estado da arte é o seguinte: (a) os institutos jurídicos de consenso no processo penal derivam de mandamento constitucional[2] e, no Brasil, (b) experimentamos *duas dimensões*[3] de modelos consensuais e, com

---

1 WUNDERLICH, Alexandre; RASSI, João Daniel; TAFFARELLO, Rogério Fernando. "Doze perguntas sobre *Colaboração premiada:* em busca de segurança jurídica". *Portal Jota*. Publicado em 10/11/2017 Disponível em: https://www.jota.info/.

2 A CF/88 inovou com as soluções negociadas no âmbito do processo penal: "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau."

3 REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. "Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime". *Boletim do IBCCRIM*. n. 318, maio de 2019: "(...) o Brasil experimentou duas diferentes dimensões de soluções penais negociadas: (a) a justiça negocial de primeira dimensão, no caso das infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e (b) a justiça negocial de segunda dimensão, com as infrações de

o advento da Lei Anticrime – Lei n. 13.964/2019, que melhor detalhou o instituto da colaboração premiada e trouxe a figura do acordo de não persecução penal, inaugura-se, pois, uma (c) *terceira dimensão*. No ponto, é de timbrar que a incorporação do acordo de não persecução penal ao Código de Processo Penal, enquanto instituto jurídico bilateral[4], está a demonstrar "a evolução no sistema jurídico penal brasileiro na resolução abreviada dos conflitos penais, alargando os espaços de consenso, em caminho alternativo ao processo penal tradicional de resistência."[5]

Para que fique claro: o presente ensaio parte do pressuposto de que os espaços de consenso no processo penal superaram as adversidades iniciais e hoje fazem parte do catálogo de legítimas *opções defensivas*. Os espaços de consenso seguirão no ordenamento jurídico, assim como nos demais ordenamentos internacionais. Assim, os espaços de consenso, que estão em sedimentação e ainda em expansão[6] na Justiça Criminal brasileira, evidentemente exigem uma complementação na *formação* jurídica (e não jurídica) dos atores jurídicos e, sobretudo, uma redefinição da *função* dos advogados criminais.

---

maior complexidade (Lei 12.850/13), (...) como é o caso dos crimes praticados por meio de organizações criminosas."

4 WUNDERLICH, Alexandre; VIEIRA NETO, João. "Acordo de Não Persecução Penal Recursal – *novatio legis In: mellius*?". *Conjur*. Publicado em 30/06/2020 [https://www.Conjur.com.br/2020-jun-30/wunderlich-vieira -neto-acordo-nao-persecucao -penal-recursal].

5 SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. "Notas sobre o acordo de não persecução penal". *Conjur*. Publicado em 16/06/2020 https://www.Conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal.

6 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed., Belo Horizonte: D`Plácido, 2018, p. 23-24: "Em meio ao cenário contemporâneo de intensos questionamentos acerca da morosidade judicial, inúmeras são as propostas de transformação do processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal a partir de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas. Uma das principais concepções projetadas nesse sentido diz respeito às ideias de aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial, essencialmente caracterizada pela barganha. Tal fenômeno representa tendência contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, por meio do seu reconhecimento de culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros, visando facilitar a atividade acusatória (...) e a anular a postura defensiva de resistência à denúncia."

O advogado e a Administração da Justiça – *dimensão geral*

A Constituição Federal de 1988 é categórica ao assentar a importância do advogado: "Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Aliás, como já tivemos oportunidade de salientar[7], "Nenhuma das Constituições brasileiras anteriores à de 1988 se referiram expressamente à indispensabilidade e inviolabilidade do advogado, nem ao papel da Ordem dos Advogados do Brasil."[8]

O Advogado é ator fundamental no acesso ao Poder Judiciário, enquanto instrumento do direito constitucional de petição[9], bem como à funcionalidade da Justiça. É dizer:

> O advogado, indispensável à garantia da ordem democrática, consoante regramento disposto no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), presta serviço público e exerce (notória) função social. O Código de Ética e Disciplina da OAB é enfático: "Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce".[10]

É no âmbito do processo penal que o papel do advogado assume ainda maior importância, já que o regramento cogente determina a

---

7 Conferir LIMA, Camile Eltz de. "Gravações dos atendimentos de advogados aos presos em penitenciárias federais no Projeto de Lei Anticrime: da vigilância à criminalização da advocacia e do direito de defesa". *In:* CAVALCANTI, Fabiane da R.; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (Org.). *Garantias penais:* estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 117-131.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Almedina, 2013, p. 1547.

9 É o artigo 5º, inciso XXXIV, da CF: "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

10 LIMA, Camile Eltz de. "Gravações dos atendimentos de advogados aos presos em penitenciárias federais no Projeto de Lei Anticrime: da vigilância à criminalização da advocacia e do direito de defesa", *In:* CAVALCANTI, Fabiane da R.; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (Org.). Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, p. 121.

indispensabilidade de um *defensor*: "Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". O advogado é, pois, instrumento de proteção do indivíduo contra eventuais abusos decorrentes da tarefa de perseguir e de punir, sendo imprescindível e indisponível o exercício de uma defesa técnica.[11] Aliás, não se permite sequer renunciá-la, nem mesmo quando a opção do defendido seja por colaborar com a Justiça nos termos da Lei n. 12.850/2013 que, a partir da Lei Anticrime, recebeu a seguinte redação: "art. 3-C, § 1º: Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público."[12] De igual modo, o acordo de não persecução penal, segundo a redação do art. 28-A, § 3º, do Código de Processo Penal, exige que seja "formalizado por escrito", sendo "firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor".

É verdade que estamos sublinhando o que é evidente na defesa do Estado de Direito – que só se realizará a partir do bom funcionamento de suas instituições democráticas[13] –: a defesa do advogado criminal enquanto pilar de sustentação de um processo penal eticamente justo e democrático, entendido como um "conjunto de exigências éticas para garantia de que ao

---

11 É o que determina a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: "Art. 8º Garantias judiciais, 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei".

12 NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 156: "Desde a proposta do acordo, deve o colaborador estar representado por advogado com poderes específicos (ou petição do interessado juntamente com seu advogado); inexiste, portanto, acompanhamento informal por parte do defensor. Trata-se de outra providência relevante, evitando-se que *acordos informais* surjam e, somente depois, exista o aconselhamento por advogado."

13 Adotamos o conceito de WUNDERLICH, Alexandre. *crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 46, nota de rodapé 13: "Entende-se por 'Instituições Democráticas' todos os instrumentos do Estado que operam em favor de sua integridade, seu funcionamento e de sua realização enquanto Estado de Direito, assim, todos os órgãos constitucionalmente estabelecidos. (...) os parlamentos, os executivos, os judiciários e os serviços públicos essenciais são entendidos por Instituições Democráticas, pois a democracia é estruturada e se manifesta por meio dessas Instituições."

réu será assegurado um julgamento justo"[14]. Sem o advogado, não é possível a extração de um título executivo judicial válido. É postulado fundamental que o acusado tenha um advogado atuando em favor de seus interesses, se assim não fosse, o exercício da advocacia não receberia tutela na recente Lei de Abuso de Autoridade, que contou com a previsão de condutas incriminadoras praticadas contra advogados no exercício da profissão.[15]

O advogado e a Administração da Justiça – *dimensão específica no âmbito dos espaços de consenso no âmbito da justiça criminal*

Até o ano de 1995, o exercício da advocacia criminal voltava-se, em sua maciça escala – salvo quando o defensor atuava em favor da vítima ou de seu representante legal enquanto *assistente à acusação* –, ao exercício de *defesa técnica contenciosa* em favor de seu constituinte, numa defesa combativa e de resistência à acusação pública e/ou privada, ressalvados os casos de eventual arrependimento e confissão.

O advento dos Juizados Especiais Criminais – inobstante as críticas doutrinárias dirigidas ao modelo processual desenhado para as infrações de menor potencial ofensivo[16] – representou um marco no processo penal

---

14 SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129.

15 No prefácio de obra coletiva sobre a temática, Juarez TAVARES foi preciso: "A repressão penal ao abuso de autoridade sempre esteve vinculada, portanto, a preservar a liberdade dos cidadãos em face do poder autoritário do Estado. Esta é uma velha reivindicação do sentido utilitarista da norma penal, fruto do antigo liberalismo político, assentado no contrato social. A professora norueguesa JANNE HAALAND MATLARY bem expressou esse legado da democracia ocidental, na qual a proteção dos direitos individuais não deriva de uma ordem divina, mas sim da necessidade de se conferir ao Estado um papel protetivo, mas não destruidor da pessoa humana". (BADARÓ, Gustavo Henrique; BREDA, Juliano (Coords.). *Comentários à lei de abuso de autoridade*: Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019 [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

16 No ponto: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal:* teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo (Org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; GIACOMOLLI, Nereu. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

brasileiro: rompeu com o princípio da obrigatoriedade da ação penal e com a própria estrutura processual tradicional vigente, adotando as medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo, além de prever a possibilidade da composição civil dos danos. Foram introduzidos institutos jurídicos de abreviação do processo, abrindo espaço, bastante perigoso, é preciso dizer, para a participação da vítima no diálogo com o suposto autor do fato. Em nosso juízo, a legislação exigiu a complementação continuada no processo de *formação* dos atores jurídicos com atuação no processo penal. O juiz forjado para uma *função de decisor*, ficou com o encargo, também, da *função de conciliador*. De igual modo, o Ministério Público teve sua *função* redesenhada a partir da flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, sendo-lhe permitido o oferecimento de acordos pelo viés do princípio da oportunidade regrada. Os advogados criminais, por sua vez, tiveram de discutir com os seus representados a possibilidade de aceite, do que chamamos de *"pena sem processo"*[17], ainda que sem declaração de culpa, o que exigiu complementação na *formação* e o exercício de uma *nova função defensiva*, que extrapolava os limites do processo criminal contencioso tradicional. [A mudança evidentemente não se fez apenas no âmbito do processo penal; veja-se o impacto e a abertura que ocorreram no sistema de justiça com a incorporação da arbitragem e da mediação – tudo como forma alternativa ao processo (civil) e ao próprio Poder Judiciário.]

Assim, demarcou-se a possibilidade de uma atuação consensual no âmbito do processo penal – ainda que convivendo com a defesa técnica contenciosa de oposição à pretensão acusatória, que sempre existirá contra a indevida e ilegal atribuição de responsabilidade, especialmente num contexto, não raro, de acusações excessivas (*overcharging*), sendo, não por outro motivo, obrigatório o dever de indignação (*duty of outrage*)[18]. No mesmo diapasão, a confissão, como um direito público subjetivo do acusado e como estratégia defensiva que visa eventuais redução e/ou reparação de danos, está prevista nas legislações penais desde as suas origens. A opção pela assunção da culpa e da responsabilidade penal, se exercida livremente,

---

17 Ver crítica de REALE JÚNIOR, Miguel. "Pena sem Processo". *In:* PITOMBO, Antônio de Moraes (Org.). *Juizados especiais criminais*: interpretação crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

18 Conferir MALAN, Diogo. "Advocacia criminal e dever de indignação". *Conjur.* Publicado em 15/04/2020 [https://www.Conjur.com.br/2020-abr-15/diogo-malan-advocacia-criminal -dever-indignacao].

sempre foi vista com bons olhos, justamente por ser um instituto benéfico à atividade judicial e ao Estado, possuindo efeito apaziguador na resolução do conflito: "a confissão dá ao juízo a certeza moral da condenação".[19]

Aliás, deriva da lei que a confissão e a estipulação da reparação do dano atenuam a resposta penal em razão da conduta indevida do agente. De igual maneira, estão previstos os institutos da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e do arrependimento posterior. Ainda, a própria jurisprudência (vide súmula 554, STF) foi mola propulsora da postura leniente e restauradora do *status quo ante* do agente, prevendo que a quitação dos valores obtidos indevidamente pelo estelionatário (na modalidade emissão de cheque sem fundos), faz desaparecer o crime se ocorrida antes do recebimento da denúncia.

Na década de 90, o sistema de justiça criminal aderiu à tendência internacional do colaboracionismo processual dirigido, sobretudo nos casos de organizações criminosas, "como forma de investigação e combate aos delitos por elas praticados"[20]. Foram introduzidos no corpo legal institutos jurídicos que abraçaram posturas colaborativas dos investigados e acusados perante o Estado, fundamentalmente para que as organizações fossem desmanteladas em suas redes de ramificações.[21] Não por acaso, surgiram legislações[22] alinhadas ao *direito penal premial*, com a introdução da colaboração premiada e cuja realização conta com a figura do defensor, pois, o investigado ou acusado, até que receba o prêmio conferido na lei,

---

19 DELMANTO, Celso. [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 218.

20 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 211.

21 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2019, p. 46: "(...) são estimativas de prêmio inspiradas na ideia de incentivar, *ex ante*, comportamentos socialmente úteis e de inegável relevância na disciplina penalística, revelando-se como técnicas de encorajamento, paralelas às técnicas normativas sancionatórias, destinadas a estimular o abandono do itinerário criminoso e assim evitar ou atenuar os danos."

22 Lei 8.072/1990 (crime hediondos, alterada pelas Leis 9.269/96 e 13.964/19); Lei 9.034/1995 (crime organizado, revogada pela Lei 12.850/2013 e recentemente alterada pela Lei 13.964/19); Lei 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional, alterada pela Lei 9.080/1995); Lei 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária e econômica, alterada pela Lei 9.080/1995); Lei 9.613/1998 (lavagem de capitais, alterada pela Lei n. 12.683/2012); Lei n. 9.807/1999 (proteção de vítimas e testemunhas) e, Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas).

necessita do exercício de defesa contenciosa; afinal, a capa protetora de colaborador da justiça não retira a de acusado.

Com a publicação da Lei n. 12.850/2013, foi ampliado o espaço de consenso no âmbito do processo penal. Com a redefinição do conceito de organização criminosa, se dispôs sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova, com especial ênfase para o acordo de colaboração premiada e a correlata regulamentação mínima do seu procedimento. Como destacado por FREDERICO VALDEZ[23]:

> A estrutura das novas normas premiais assentadas na colaboração premiada dos acusados altera essa lógica premial até então conhecida. O aspecto de retorno à legalidade passa, da exigência de reintegração da ofensa típica, para o requisito da disponibilidade do arrependido a colaborar ativamente com a repressão penal, mediante contributo probatório destinado ao esclarecimento dos fatos ou à identificação dos envolvidos na atividade ilícita.

Em nossa opinião, é indiscutível que a Operação Lava Jato, não isenta de merecidas críticas, é corresponsável pelo aumento do número de acordos premiais, bem como pelo aprimoramento do instituto, que culminou na consolidação de um modelo, que posteriormente foi melhor disciplinado na chamada Lei Anticrime: o acordo de colaboração premiada enquanto negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

O advogado e a Administração da Justiça – *dimensão específica desde a força propulsora da Operação Lava Jato*

Desde o nascimento da Operação Lava Jato, em fevereiro de 2014, inúmeras fases foram deflagradas, sempre com altas investidas dos poderes de persecução, liderados pelo MPF e suas Forças Tarefas, contra as organizações criminosas que operavam em fatos que envolviam crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro.[24] Até hoje, fases da operação seguem sendo deflagradas, sendo constante

---

23 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada:* legitimidade e procedimento. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2019, p. 47.

24 De acordo com divulgado no sítio oficial do MPF: "A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, a investigação já

a responsabilização penal de agentes públicos, políticos e particulares, bem como a substancial recuperação de valores desviados dos cofres públicos.

A criminalidade econômico-empresarial descortinada pela Lava Jato vem ocupando a agenda dos estudos acadêmicos e a pauta forense. Neste particular aspecto, a legislação brasileira foi pródiga no processo criativo de idealização e seleção das condutas típicas que atacam bens jurídicos contemporâneos. E, consequentemente, o ordenamento jurídico-penal ganhou peso a partir da formação de tipos legais, que foram reclamados para tutelar os interesses coletivos e difusos. Tivemos a oportunidade de sublinhar que a construção do conceito de criminalidade econômico-empresarial no Brasil surge da necessidade da superação da nossa histórica cultura de negócios. Não generalizamos o ambiente empresarial, mas é fato que uma parte das corporações operam à margem da legalidade. Por diversas razões, empresas praticam ilícitos administrativos e criminais, muitas vezes usufruindo da rede de relacionamentos políticos, sociais e econômicos em benefício de interesses privados e em detrimento do interesse público. Evidentemente, esta não é uma particularidade exclusivamente brasileira:

> Trata-se de uma maneira viciosa de ação nos negócios público -privados. Ao longo do tempo, esta atuação empresarial vem produzindo uma séria vitimização difusa, acompanhada de danos sociais, muitas vezes invisíveis – características que não são facilmente encontradas na criminalidade convencional.[25]

---

apresentou resultados eficientes, com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, e recuperação de valores recordes para os cofres públicos. O caso se expandiu e, hoje, além de desvios apurados em contratos com a Petrobras, avança em diversas frentes tanto em outros órgãos federais, quanto em contratos irregulares celebrados com governos estaduais. Atualmente, a operação conta com desdobramentos na primeira instância no Rio de Janeiro, Distrito Federal e São Paulo, além de inquéritos e ações tramitando no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal para apurar fatos atribuídos a pessoas com foro por prerrogativa de função. Pelo menos 12 países iniciaram suas próprias investigações a partir de informações compartilhadas por meio de acordos de cooperação internacional. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais (...)".

25 WUNDERLICH, Alexandre; ARAUJO, Marcelo Azambuja. "As investigações internas empresariais e a tutela da ordem tributária". *In:* BOSSA, Gisele; RUIVO, Marcelo Almeida. *Crimes contra ordem tributária:* do direito tributário ao direito penal: a responsabilidade dos sócios, administradores e da pessoa jurídica. São

Nos últimos anos, muitas das práticas empresariais ilícitas receberam espaço nos meios de comunicação de massa – veja-se, por exemplo, o alto impacto ocasionado pela Operação Lava Jato na *web*, televisão, rádio, periódicos, livros e até no cinema. As práticas ilícitas passaram a ganhar recorrente visibilidade na mídia, o que provocou o aumento da intolerância social com a criminalidade econômico-empresarial, que recebeu *status* de criminalidade grave, o que também pode ser atribuído ao momento de apego ao "populismo penal"[26], que é experimentado em nosso país nos últimos anos.

Em jeito de síntese, a nossa impressão é a seguinte: a criminalidade econômico-empresarial que foi mostrada pela Lava Jato é diferenciada, nasce a partir da atuação de atores que têm prestígio e fluída circulação social, poder econômico e influência política, com traços de internacionalidade, organização hierárquica e profissionalismo, cuja atuação nas zonas cinzas existentes entre a legalidade e a ilegalidade é uma tendência.

Para além de qualquer emissão de juízo de valor, o fato é que a herança da Operação Lava Jato foi, ademais de afetar à alta criminalidade econômico-empresarial brasileira, a promoção da mudança na *formação* e na *função* dos atores jurídicos. Juízes, agentes do Ministério Público, Delegados de Polícia e Advogados tiveram de examinar sobre a (in)suficiência das suas formações jurídicas para atuação em crimes empresariais transnacionais e de alta complexidade, bem como as novas funções a serem desempenhadas diante das possibilidades legais dos acordos com impactos penais – colaboração premiada para pessoas físicas e de leniência para os entes coletivos.

Como dissemos, os atores jurídicos representam pilares importantes para a realização e o funcionamento das instituições democráticas. É

Paulo: Almedina, 2018, p. 651 *et seq.*: "Então, a partir da "identificação do fenômeno da *criminalidade econômico-empresarial*, foi natural o seu tratamento por parte do Estado, que abusou da legislação penal. No plano da irracionalidade da política pública criminal brasileira, a legislação contribuiu para uma espécie de *processo de verticalização do sistema criminal*, dando vida ao que chamo de *direito penal burguês*, que acabou por afetar algumas das maiores e mais representativas empresas brasileiras, muitas delas com ampla atuação internacional. É fato, também, que até então estas grandes corporações empresariais estavam distantes da margem de legalidade e alheias aos controles dos órgãos e agências estatais – e assim funcionava o sistema ou o mecanismo."

26 Sobre os sentidos da expressão "populismo penal", ver o rico inventário conceitual produzido por: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Buttelli. "Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética". *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 248-248, 2017.

importante que cada ator ocupe exclusivamente a sua própria função – que é única e singular dentro do sistema, de investigar, acusar, defender e julgar –, sem se imiscuir na função do outro.

Diversas são as circunstâncias levaram os atores jurídicos a compreender a colaboração premiada como meio de prova e, também, como meio de defesa. Em nossa opinião, o Advogado passou a compreendê-la também como uma forma de estratégia de defesa, sobretudo diante da vulnerabilidade de alguns clientes em relação aos novos meios de prova e do aparelhamento e da força da persecução estatal. Nessa toada, igualmente, enquadra-se o novo acordo de não persecução penal. O investigado opta por negociar, com a indispensável atuação de um defensor – seja privado, seja público ou *ad hoc*[27] – com o Ministério Público, evitando a ação penal, com a necessária confissão e reparação do dano.

Negar a realidade é vendar os olhos para o mundo. Ao contrário da visão negacionista, os modelos de consenso no processo penal vêm operando na realidade forense, estão cada vez mais presentes em nossas práticas jurídicas diárias. As hipóteses de acordo entre o Estado e o cidadão, entre a acusação e a defesa, tornaram-se práticas comuns, sobretudo em casos complexos praticados no âmbito das grandes empresas, condutas sem grave ameaça ou violência contra a pessoa, um contexto em que os danos podem ser mais facilmente monetizados e reparados. É verdade que há notícias de violações graves do sistema de garantias, mais das vezes, acreditamos, justamente em razão da deficiente *formação* e falta de capacitação, bem como da má compreensão das *funções* que se esperam ser exercidas por parte dos atores jurídicos – o que precisa ser corrigido.

---

27 Importante neste contexto trazer à baila Comunicado Conjunto DPESP. e OAB/SP. 01/2020, de 11/03/2020, sobre o que estamos a falar: "Considerando a entrada em vigor da Lei 13.964/19, particularmente do instituto do "acordo de não persecução penal", previsto no atual art. 28-A do Código de Processo Penal, bem como considerando a necessidade de readequação do procedimento de nomeação e pagamento de advogados dativos, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, através de seus órgãos responsáveis pela celebração e aprimoramento da parceria existente, comunicam que estão em curso tratativas visando a implementação de mecanismo de nomeação antecipada, especificamente para assistência ao investigado que não possua recursos para a contratação de advogado particular e tenha sido provocado, pelo Ministério Público, a celebrar acordo de não persecução penal. (...)"

Conclusão

Esperamos que o racional exposto tenha conduzido o leitor a constatação de que, ao lado do exercício da tradicional função da advocacia criminal clássica litigiosa, está a advocacia criminal consultiva e preventiva (que também se destaca na atualidade em razão do *criminal compliance*), bem como a advocacia criminal colaborativa e reparatória, que ganhou importância em complexos crimes econômico-empresariais.

Seguramente, a advocacia criminal é uma atividade que *sempre* exigiu permanente cuidado, para além da intensa dedicação, para que a prestação do múnus público, que é o serviço jurídico de representação, seja integralmente realizada. A confiança depositada pelo representado – pessoa física ou jurídica, investigado, acusado ou vítima – sempre pressupôs compromisso e capacitação por parte do profissional, que jurou defender a rápida administração da Justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. A moderna advocacia criminal também deve compreender a orientação do constituinte quanto a todas as possibilidades de defesa, incluindo o recurso aos institutos de consenso.[28] Orientar é examinar o caso concreto e mostrar o leque de opções defensivas aplicáveis. E, no campo do direito penal corporativo, é inegável que os acordos de leniência feitos pelas grandes empresas atrairão os acordos de colaboração premiada por seus gestores e colaboradores.

Por inúmeras razões circunstanciais – como, por exemplo, a apresentação de um robusto e válido conjunto de provas de materialidade e autoria pela acusação, o que diminui as chances de uma absolvição futura, o processo de asfixia patrimonial sofrido pelos investigados ou

---

28 MENDONÇA, Andrey Borges de. "Os benefícios possíveis na *Colaboração premiada:* entre a legalidade e a autonomia da vontade". *In:* MOURA, Maria Thereza; BOTTINI, Pierpaolo. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59. Com razão, o autor sublinha: "Imagine, por exemplo, situação em que as provas são totalmente concludentes no sentido da condenação do acusado, a uma pena alta, e que a probabilidade de uma absolvição seja muito baixa. Ademais, sendo previsível que praticamente todo patrimônio do acusado será declarado perdido. Nesse caso, a alternativa do enfrentamento, do processo litigioso clássico, com a não realização de um acordo com a acusação é muito ruim. É o que os americanos chamam de BATNA (*Best alternative to a negotiated agreement*), ou seja, a melhor alternativa que a parte terá caso não chegue a um acordo. Quanto pior o BATNA da parte – ou seja, quanto pior é a alternativa fora do acordo – maior a chance de um acordo."

acusados muito precocemente, o cumprimento de indesejáveis medidas cautelares pessoais antecipatórias, a vontade de rápida resolução do caso e a necessidade de pronto retorno à zona de licitude –, é ultrapassado o romântico jargão popular de que o advogado criminal é aquele que apenas promove defesas de acusados inocentes. É lógico que existem acusações ilegais, fruto de um sistema punitivo em colapso – que não consegue investigar, acusar e julgar dentro de um sistema rígido de garantias. Acusações ilegais ocorrem com frequência no Brasil e são estampadas nos meios de comunicação, por isto a arte do exercício da defesa é tão nobre e essencial e representa uma luta contra um sistema judicial precário e injusto e com incontáveis erros, muitas vezes provocados por preconceitos, pré-juízos e vaidades.

Em nossa ótica, o mesmo reconhecimento da função que foi desempenhada pela advocacia criminal durante a ditadura militar brasileira, no fiel exercício da defesa de presos acusados pelo regime antidemocrático, deve ser endereçado a advocacia criminal nos tempos atuais. São advogados com formações e funções diferentes, cada um com suas circunstâncias de tempo, local e espaço histórico, mas ambos merecedores de reconhecimento e valorização pela atuação no longo processo de consolidação da democracia, cujo dinamismo da vida social é uma constante. Devemos superar a aversão aos institutos de consenso e a euforia de que eles acabariam com os defeitos e desvios do sistema de justiça criminal. Muito ainda há de ser feito na consolidação dos institutos jurídicos de consenso e do próprio sistema processual acusatório. A ressignificação da nossa formação é recomendável, no sentido de que as escolas capacitem os profissionais para atuar em todas as áreas da advocacia criminal – não só na tradicional zona penal de litígio, mas também para uma atuação consultiva-preventiva e colaborativa-reparatória, devendo ser pauta do ensino jurídico e de cursos de extensão disciplinas de negociação e de práticas de realização de acordos mutuamente satisfatórios.

O advogado tem o compromisso de atuar legitimamente dentro da ordem jurídica, representando fielmente os interesses do constituinte diante do problema penal concreto, buscando a solução mais acertada para o caso dentre o cenário existente. Isto exige um novo pensar sobre a advocacia – *um desafio*. O advogado seguirá comprometido com o exercício de uma atuação tecnicamente adequada e suficiente e, da mesma forma como ocorre na função litigiosa-contenciosa, também deve ser

criativo, justamente para que consiga realizar com qualidade sua atuação. O imediatismo e a incerteza são marcas da chamada pós-modernidade ou modernidade líquida, duas categorias que afetaram vários campos do saber, inclusive o nosso. A advocacia criminal deve estar suficientemente preparada para um (devido) processo negocial e aberta a aceitar os estímulos legais premiais, pois, muitas vezes, em determinadas circunstâncias, o consenso poderá ser a forma possível e menos traumática de resolução do caso.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique; BREDA, Juliano (Coords.). *Comentários à lei de abuso de autoridade*: Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019 [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Almedina, 2013.

CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal:* teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria. "Plea bargaining à brasileira". *In:* CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (Org.). *Garantias penais:* estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.

DELMANTO, Celso [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón:* teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibánez, Afonso R. Miguel, Juan Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantanero Bandréset. Madrid: Trotta, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Camile Eltz de. "Gravações dos atendimentos de advogados aos presos em penitenciárias federais no Projeto de Lei Anticrime: da vigilância à criminalização da advocacia e do direito de defesa". *In:* CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (Org.). *Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.

MALAN, Diogo. "Advocacia criminal e dever de indignação". *Conjur*. Publicado em 15/04/2020 [https://www.Conjur.com.br/2020-abr-15/diogo-malan-advocacia-criminal-dever-indignacao].

MENDONÇA, Andrey Borges de. "Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade". *In:* MOURA, Maria Thereza; BOTTINI, Pierpaolo. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado:* Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Buttelli. "Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética". *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 248-248, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada:* legitimidade e procedimento. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2019.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. "Colaboração premiada: natureza, dilemas éticos e consequências". *In:* BENETTI, Giovana; CORREA, André R.; FERNANDES, Marcia Santana; NITSCHKE, Guilherme; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Org.), *Direito, cultura, método*: leituras da obra de Judith Martins-Costa, Rio de Janeiro: GZ, 2019.

"Pena sem Processo". *In:* PITOMBO, Antônio de Moraes (Org.). *Juizados especiais criminais*: interpretação crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

WUNDERLICH, Alexandre. "Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime". *Boletim do IBCCRIM*. n. 318, maio de 2019.

SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. "Notas sobre o acordo de não persecução penal". *Conjur*. Publicado em 16/06/2020.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIEIRA, Antonio; VIEIRA, Lourival; VIEIRA, Thiago. "Crítica ao tratamento da prova no contexto da Operação Lava Jato: um ensaio sobre presunção de inocência, *standards* de prova e valoração racional". *In:* CAVALCANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (Org.). *Garantias penais*: estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.

WUNDERLICH, Alexandre. "Colaboração Premiada – o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos". *In:* MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTINI, Pierpaolo (Coords.). *Colaboração premiada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Crime político, segurança nacional e terrorismo. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ARAUJO, Marcelo Azambuja. "As investigações internas empresariais e a tutela da ordem tributária". *In:* BOSSA, Gisele; RUIVO, Marcelo Almeida. *Crimes contra ordem tributária:* do direito tributário ao direito penal: a responsabilidade dos sócios, administradores e da pessoa jurídica. São Paulo: Almedina, 2018.

NETO VIEIRA, João. "Acordo de Não Persecução Penal Recursal – *novatio legis In: mellius?". Conjur.* Publicado em 30/06/2020.

RASSI, João Daniel; TAFFARELLO, Rogério Fernando. "Doze perguntas sobre colaboração premiada*:* em busca de segurança jurídica". *Portal Jota*. Publicado em 10.11.2017.

5

O CONTRADITÓRIO EFETIVO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA NO PROCESSO PENAL

Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho
Amanda Scalisse Silva

Nos últimos anos, em razão da deflagração de grandes Operações de combate à corrupção no Brasil, muito tem se falado a respeito do papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na promoção dos interesses coletivos e sociais. Ao mesmo tempo, contudo, o direito de defesa é mitigado e rechaçado pela sociedade, que tem, cada vez mais, enxergado a advocacia como empecilho para o desenvolvimento do País.

Assim, nada mais oportuno, no presente momento, do que esta coletânea de artigos, que muito nos honra colaborar, para trazer necessárias reflexões a respeito da importância do direito de defesa no processo penal para a construção e manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Essa foi, como bem se sabe, a preocupação da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, ao determinar, em nossa Constituição Federal, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV).

Ocorre que, na prática, há um grande descompasso entre a formidável previsão constitucional e o tratamento conferido aos investigados e/ou acusados e seus defensores, decorrente da postura adotada por alguns membros do Poder Judiciário, que parecem não compreender que o exercício da ampla defesa no processo penal é muito mais do que a constituição de advogados nos autos e sua presença nos atos processuais.

Segundo Francesco Carnelutti "o conceito de defesa é oposto e complementar ao de acusação", de forma que "se a acusação é (...) o desenvolvimento racional da pretensão penal, a defesa é sua racional contestação"[1].

Daí decorre a estreita relação entre ampla defesa e contraditório, que, segundo a clássica definição de Joaquim José Canuto Mendes de Almeida, corresponde à "ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los"[2]. Para o autor, a contrariedade designa "afirmação ou negação da mesma tutela jurídica em relação ao mesmo interesse, ou, noutros termos, a afirmação e a negação da 'conformidade da pretensão com o direito objetivo'"[3].

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover defende que "a quem age ou defende em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões"[4]. Esse, segundo a processualista, é o significado do princípio da igualdade processual, o qual garante a "contraposição dialógica real entre as partes" e deve ser estimulado pelo juiz, a quem cabe disciplinar o contraditório[5].

Assim, para garantir isonomia às partes, o magistrado deve conceder-lhes a paridade de armas, ou seja, as mesmas chances de reconhecimento, satisfação ou asseguração do direito debatido[6], sob pena de parcialidade. Deve o juiz colocar-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; dando a ambas as mesmas possibilidades de exporem suas razões, de apresentarem suas provas, enfim, de influírem sobre o seu convencimento.

Isso porque, em um processo dialético, é somente pela soma da parcialidade das partes, uma representando a tese e a outra a antítese, que o juiz poderá corporificar a síntese. Por isso, *não deve considerar que as partes possuem papéis antagonistas, mas que são colaboradores necessários ao*

---

1 CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Tradutor Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 221.

2 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

3 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 72.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 11.

5 GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 12.

6 TUCCI, Rogério Laura. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 164.

processo, tendo em vista que cada uma age de acordo com seu interesse, mas *a ação combinada das duas serve à Justiça na eliminação do conflito ou da controvérsia que as envolve*[7].

A esse respeito, Aury Lopes Junior leciona que:

> Considerando o [...] "processo como jogo", das chances e estratégias que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, *o sistema exige apenas que seja dada a "oportunidade de fala"*. Ou seja, *o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade*. A interposição de alegações contrárias frente ao órgão jurisdicional, a própria discussão, explica GUASP, não só é um eficaz instrumento técnico que utiliza o direito para obter a descoberta dos fatos relevantes para o processo, senão que *se trata de verdadeira exigência de justiça que nenhum sistema de Administração de Justiça pode omitir*. É autêntica prescrição do direito natural, dotada de inevitável conteúdo imperativo. Talvez seja o princípio de direito natural mais característico, entre todos os que fazem referência à Administração da Justiça.[8]

O pleno exercício da defesa é, portanto, mais do que uma faculdade conferida aos acusados, um aspecto integrante do processo. *Acusação e defesa, antes de serem posições diversas ou antagônicas, representam diferentes aspectos do exercício de uma mesma atividade*[9]. Assim, o efetivo exercício da defesa no processo se mostra imprescindível para a própria existência da sua estrutura dialética.

É a partir da necessidade da incidência da igualdade processual, para assegurar o exercício da defesa, que o contraditório deixa de ser uma mera possibilidade para se transformar em uma realidade. Segundo Gustavo Henrique Badaró, "deve haver, no processo, real e igualitária participação dos sujeitos, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório", o que se denomina "contraditório efetivo e equilibrado"[10].

---

7 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo*. III série. Estudos e pareceres de processo penal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 16.

8 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book ISBN 9788553619030.

9 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book ISBN 978-65-5065-397-2.

10 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book ISBN 978-65-5065-397-2.

Por essa razão, existe uma corrente doutrinária, inaugurada por Elio Fazzalari, que, compreendendo a essencialidade do contraditório para um provimento judicial justo, conceitua processo como procedimento em contraditório. O núcleo fundante do pensamento de Fazzalari, conforme elucidado por Aury Lopes Junior, está na ênfase que ele atribui ao contraditório como importante papel na democratização do processo penal, na medida em que desloca seu núcleo fundante da jurisdição para o efetivo exercício do contraditório entre as partes. Para o referido processualista, a sentença – provimento final – deve ser construída em contraditório e por ele legitimada, não podendo ser concebida como (simples) ato de poder e dever. A decisão deve decorrer da efetiva e igualitária participação das partes no processo, às quais devem ser garantidas as mesmas armas e oportunidades[11]. É por isso que os elementos essenciais do contraditório são a necessidade de informação e a possiblidade de reação.[12]

Todavia, é preciso pontuar que a função de assegurar a igualdade entre as partes no processo penal não é só do juiz, que deve lhes dar o mesmo tratamento, mas também do legislador, que, ao disciplinar os institutos processuais, deve fazê-lo de modo a garantir a isonomia dos sujeitos na dinâmica processual.

Para tanto, a atuação legislativa não pode se pautar somente na igualdade formal, que significa que todos são iguais perante a lei, que não pode estabelecer distinções ou discriminações entre sujeitos iguais. É preciso que haja compreensão de que a realidade demonstra, de forma inconteste, que os sujeitos são substancialmente desiguais e esta desigualdade se potencializa no processo penal, pois de um lado há o Estado, com todo o seu poder e aparato oficial, e do outro o indivíduo, em uma situação de inferioridade, quase de mera sujeição.

Desse modo, o incremento de medidas de defesa social e de medidas punitivas, observado no Brasil, nos últimos anos, para o combate da criminalidade organizada e política, não pode prescindir da implementação de meios que possibilitem o exercício da defesa.

Não é só uma questão de paridade de armas, mas de resguardar o cidadão do arbítrio Estatal, dotando-o de uma garantia básica e essencial

---

11 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book ISBN 9788553619030. 1232 p.

12 FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 61.

ao processo em um Estado Democrático de Direito: o direito de se defender com efetividade das acusações que lhe foram feitas pelo representante do Estado, ou seja, o direito de exercer, por meio de sua defesa técnica, o contraditório efetivo.

A ampla defesa e o contraditório não podem ser vistos como um empecilho para o desenvolvimento social e os advogados como cúmplices e incentivadores das condutas criminosas eventualmente praticadas por seus clientes. É preciso que a sociedade, o legislador e os aplicadores do Direito compreendam que prestigiar o direito de defesa e a igualitária participação das partes no processo penal significa fortalecer o devido processo legal e a segurança jurídica, tornando, assim, legítima a aplicação da pena àqueles considerados autores dos ilícitos.

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book ISBN 978-65-5065-397-2.

CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre o processo penal. Tradutor Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

O processo. III série. Estudos e pareceres de processo penal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book ISBN 9788553619030.

TUCCI, Rogério Laura. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.

6

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A (INDEVIDA) LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DO ADVOGADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Ana Luiza Rodarte Bueno

Introdução

A Constituição da República de 1988 (CR/88) foi um marco[1] na história jurídica brasileira, determinando a efetivação de elementos constituintes de um Estado Democrático de Direito[2], sendo este caracterizado, principalmente, pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos[3]. Esse novo direcionamento constitucional teve influência direta na dinâmica processual penal[4], no sentido de garantir

---

1 BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da constituição de 1988*: a reconstrução democrática do Brasil. MPMG jurídico: *Revista do Ministério Público do estado de Minas Gerais,* Belo Horizonte, v. 3, Edição especial, p. 65-68, jan./mar. 2008, p. 65.

2 Vide: BRASIL. *Constituição da República de 1988*. art. 1º, *caput*: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos".

3 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 694.

4 Nesse sentido "O Direito Processual é o que mais de perto e mais intensamente sofre essa influência da tutela normativa da Constituição [...] o Direito Processual Penal é o que com ela mais se encontra preso e em imediato contato. [...] A Constituição posta em vigor, em nosso País, em 05 de outubro de 1988, não fugiu a esses desígnios. Ela se fez o pórtico do processo penal pátrio com a consagração em seu texto de postulados relevantes da Jurisdição Penal". MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. *In:* PORTO, Herminio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 14; "Com efeito a relação entre Constituição e Processo Penal [...] decorre da inequívoca constatação de que, na essência, Constituição e Processo Penal lidam

a aplicação do devido processo legal e, consequentemente, de todos os direitos com ele relacionados.

A positivação constitucional de garantias processuais penais veio no sentido de sedimentar a democracia também no âmbito processual[5], possibilitando a criação de mecanismos aptos a legitimar os atos de poder estatal[6] sob a ótica democrática[7]. Não obstante, a violação dessa estrutura de garantias[8] ainda se mostra recorrente, com a existência de práticas como a conhecida por "jurisprudência defensiva", frequentemente adotada pelos Tribunais Superiores. Essa prática é ligada à criação de diversos óbices pelos tribunais para a admissão dos recursos, possuindo tais óbices, em geral, caráter excessivamente formal[9], colocando análises burocráticas à frente da análise do mérito.

Nesse contexto, em 2018, diversas entidades da advocacia[10] publicaram um manifesto[11], aprovado durante o evento *Jurisprudência defensiva:*

---

com algumas importantes questões comuns: a proteção dos direitos fundamentais e a separação de poderes". PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 51.

5 KHALED JR., Salah H. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. *Revista da* EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340-355, 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150147. Acesso em: 18 ago. 2020, p. 340.

6 Nesse sentido: "Ademais, a democracia, enquanto eixo estruturante de um Estado, não se restringe, simplesmente, à forma de seleção dos agentes políticos, compondo-se como critério para o exercício do poder estatal em todos os seus estratos.". PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal.* 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 158.

7 Ressalta-se que uma das funções do Processo Penal é "servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado". LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal:* fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 38.

8 KHALED JR., Salah H. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340-355, 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150147. Acesso em: 18 ago. 2020, p. 340.

9 VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo – RePro,* São Paulo, v. 254, n. 41, p. 339-372, 2016, p. 241.

10 O manifesto contou com a assinatura de assinado pela Associação dos advogados de São Paulo (AASP), pela seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP), pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) e pelo Movimento de Defesa da Advocacia (MDA).

11 Integra do manifesto disponível em: Entidades da advocacia lançam manifesto contra a jurisprudência defensiva. AASP. 2018. Disponível em: <https://www.aasp. org.br/em-pauta/manifesto-contra-jurisprudencia-defensiva/>. Acesso em 21 abr.2021.

a quem interessa? A oposição da advocacia a essa prática dos tribunais, demonstrando contrariedade a essa prática. Em síntese, o manifesto afirma que a jurisprudência defensiva é contrária ao direito de acesso à jurisdição, ao devido processo legal e à garantia de julgamento de mérito, sendo esses direitos, pilares do Estado Democrático de Direito, pelos quais "a Advocacia sempre lutou e sempre lutará incansavelmente".

No âmbito específico da advocacia criminal, a situação se mostra ainda mais grave. Isso ocorre, primeiramente, pois a liberdade do indivíduo está em risco durante o processo penal. Soma-se a isso o fato de que diversos temas da área penal e processual penal, como, por exemplo, o princípio da insignificância e as regras da dosimetria da pena, não são devidamente aplicados nos tribunais do país, criando graves violações de direitos, conforme será demonstrado adiante. Tais situações acabam por ser efetivamente regularizadas apenas no julgamento realizado pelos Tribunais Superiores, incrementando muito a importância da análise do mérito dos recursos direcionados a esses Tribunais. Diante desse quadro, serão analisadas no presente trabalho a prática da jurisprudência defensiva e suas consequências para os direitos dos jurisdicionados, bem como para o exercício da advocacia criminal.

Jurisprudência defensiva: conceito e situações de aplicação no âmbito penal

A prática de jurisprudência defensiva consiste na criação de mecanismos para diminuir o número de recursos a serem julgados, tendo como fim o suposto aumento da celeridade processual[12]. Essa prática foi inicialmente desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal e posteriormente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Nas palavras do Ministro Humberto de Barros[13], a prática pode ser definida como "a criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos".

Atualmente, a jurisprudência defensiva é amplamente utilizada pelos Tribunais Superiores, impossibilitando a admissão de inúmeros recursos especiais e extraordinários e obstando, por completo, a análise do

---

12 VIANA, Ulisses Schwarz. *Roteiros preventivos na interposição dos recursos extraordinário e especial*. *Imprenta*: Campo Grande, Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, 2005, p. 25.

13 Trecho do discurso do ministro Humberto Gomes de Barros, proferido na solenidade de posse no cargo de Presidente do STJ para o biênio 2008/2010.

mérito destes. Pontua-se que o objetivo almejado, de maior celeridade, nunca foi concretizado, visto que a não admissão dos recursos enseja a interposição de outros recursos, como os agravos, criando uma verdadeira ampliação do âmbito recursal.

Os entraves criados possuem, em sua maioria, natureza excessivamente formalista, dando total ênfase à forma e desconsiderando o conteúdo recursal. Pontua-se que a crítica aqui realizada não é relativa à análise de admissibilidade recursal em si, uma vez que diversas condições ao seguimento dos recursos possuem fundamentos embasados nas normas processuais em vigor, mas sim, ao apego excessivo à forma, que muitas vezes afronta a própria lei e demonstra um verdadeiro descaso pelo direito material do jurisdicionado. A título exemplificativo, é possível mencionar diversas súmulas dos Tribunais Superiores que representam com clareza a prática de jurisprudência defensiva. A primeira delas é a súmula 284 do STF[14], também aplicada no âmbito do STJ, e que acaba sendo aplicada no sentido de exigir a menção expressa do dispositivo de lei violado, sob pena de não conhecimento do recurso. Essa exigência transmite a ideia de que toda a argumentação, conteúdo do recurso, é irrelevante, caso não haja a menção expressa do dispositivo violado[15]. Outros dois exemplos são as famosas súmulas 07 do Superior Tribunal de Justiça[16] e 279 do Supremo Tribunal Federal[17] que determinam a impossibilidade de reexame de provas no âmbito dos recursos especiais e extraordinários. A grande problemática que surge é relativa ao fato de que nem sempre (ou quase nunca) é clara a separação entre o que é reexame de prova e o que não é[18], causando o não conhecimento de diversos recursos sob essa simples alegação, mas sem nenhum fundamento concreto que a embase.

---

14 Súmula 284 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

15 Nesse sentido, menciona-se o julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual há a exigência de que os dispositivos violados sejam expressamente citados: Supremo Tribunal Federal. ARE 1216477 AgR. Relator Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgado em 18/10/2019. Publicado em 29-10-2019. Também nesse sentido o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual percebe-se com clareza a exigência de que sejam mencionados expressamente os dispositivos violados, além da criação de uma tese específica para a divergência jurisprudencial, com o correspondente cotejo analítico: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1815123/SP. Relatoria Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Julgado em 15/12/2020. *DJe* 18/12/2020.

16 Súmula 07 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

17 Súmula 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

18 Para ilustrar a questão, menciona-se dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a insegurança jurídica da prática da jurisprudência defensiva, visto que

No contexto das súmulas mencionadas, algumas situações de demasiada gravidade podem ser percebidas, principalmente no âmbito penal. Isso ocorre recorrentemente, por exemplo, em casos de necessária aplicação do princípio da insignificância, bem como em questões relativas à dosimetria da pena. Ambas as questões são costumeiramente tratadas de forma indevida nos tribunais do país, existindo decisões totalmente destoantes do entendimento dos Tribunais Superiores, como o não reconhecimento da recepção do princípio da significância pelo ordenamento jurídico brasileiro[19], bem como a aplicação das circunstâncias judiciais da primeira fase de dosimetria da pena de forma equivocada[20]. Com frequência, as súmulas mencionadas obstam a análise dessas matérias, impedindo a correta aplicação desses institutos e contribuindo para a manutenção de ilegalidades. Assim, percebe-se que a utilização da jurisprudência defensiva é prática reiterada, que vem causando insegurança jurídica aos jurisdicionados, bem como a violação de diversos direitos fundamentais, como será abaixo demonstrado.

Jurisprudência defensiva como causa de violação de direitos fundamentais e limitação do exercício da advocacia

Conforme anteriormente descrito, a prática da jurisprudência defensiva objetiva a diminuição do número de recursos julgados pelos Tribunais Superiores, utilizando-se da criação de obstáculos para que os recursos não sejam conhecidos e não tenham o mérito analisado. Em função disso, essa prática culmina na violação de diversos direitos fundamentais dos jurisdicionados, como o acesso à jurisdição, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, sendo também uma limitadora do

em um a análise da aplicação do princípio da insignificância é considerada reexame de prova e em outro não é: Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1325638/SC. Relatoria Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 11/06/2013. *DJe* em 21/06/2013; Superior Tribunal de Justiça. REsp 1084540/RS. Relatoria Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 07/05/2009. *DJe* 01/06/2009.

19 Nesse sentido: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0713.19.004541-7/001. Relator(a): Des.(a) Rubens Gabriel Soares. 6ª Câmara Criminal. Julgamento em 04/08/2020, publicação da súmula em 17/08/2020.

20 Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 632550/RJ 2020/0331136-2. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Data do Julgamento: 09/03/2021. Data da Publicação: *DJE* 12/03/2021; Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1734852/SP. 2020/0189538-8. Relator: Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Data de Julgamento: 23/02/2021. Data da publicação: *DJE* 26/02/2021.

próprio exercício da advocacia. Pontua-se que a violação desses direitos não ocorre apenas na seara do direito e processo penal, mas, nesse âmbito, possui maior gravidade. Isso ocorre, visto que no processo penal, a liberdade do indivíduo está em risco, demandando um maior cuidado no sentido de controle das decisões judiciais, considerando que estas sempre estão sujeitas a falhas, omissões ou abusos de poder[21]. Nesse sentido são os ensinamentos de Vincenzo Manzini[22], segundo o qual, um regime jurisdicional bom e ordenado necessariamente deve admitir meios de impugnação para que a justiça seja administrada da melhor forma possível. O autor ressalta que essa preocupação é ainda maior no âmbito penal "dada la máxima delicadeza de los bienes (liberdad, honor etc) que pode herir la injusticia".

Esclarecendo as violações acima elencadas, destaca-se, inicialmente, o direito ao acesso à jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Esse direito, consistente na garantia de acesso ao Poder Judiciário, não pode ser compreendido apenas no aspecto formal, visto que seu aspecto material é de extrema relevância. Tal aspecto é relativo à efetiva apreciação, pelo Poder Judiciário, da lesão ou ameaça ao direito do indivíduo, o que, no âmbito recursal, significa ter o recurso conhecido e devidamente julgado. Nesses termos, a jurisprudência defensiva viola o direito ao acesso à jurisdição, uma vez que cria óbices à análise do direito do jurisdicionado, contribuindo para a manutenção de diversas ilegalidades e inconstitucionalidades.

Por sua vez, a própria atividade da advocacia acaba por ser limitada pela jurisprudência defensiva, causando uma consequente afronta aos direitos ao contraditório e à ampla defesa dos acusados, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República. Esses direitos consistem, respectivamente, na garantia de participação efetiva do acusado no processo[23], possibilitando a influência no provimento jurisdicional e no direito de se

---

21 PEREIRA, Jully Ane da Silva; MEDEIROS, Carlos Frederico Maroja de. A eficácia das reformas processuais na retenção de recursos à luz dos princípios gerais. Revista do Curso de Direito – Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), Brasília, v. 5, n. 2, p. 75-87., jul./dez. 2004. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=121839. Acesso em: 9 abr. 2020, p. 79.

22 MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1951-54, p. 4.

23 BRENER, Paula Rocha Gouvêa; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 27, n. 162, p. 171-215, dez. 2019, p. 1-3.

defender utilizando todos os meios disponíveis para tanto. Ambos possuem forte ligação com a figura do advogado, visto que é ele quem os exerce em juízo, em representação ao jurisdicionado. Assim, quando a atuação do advogado é limitada, o exercício do contraditório e da ampla defesa dos acusados é frontalmente violado. A título de exemplo, menciona-se o direito do advogado à sustentação oral[24], que é totalmente obstado quando o recurso é inadmitido por algum vício formal, uma vez que o mérito nem ao menos chega a ser analisado. Nesse caso, há um impedimento de que o acusado tenha seu contraditório garantido, podendo exercer efetiva influência no provimento jurisdicional, bem como a ampla defesa, uma vez que a sustentação oral é uma das formas pela qual a defesa é exercida. Assim, em relação ao exercício da advocacia, a limitação ocorre no sentido de que a jurisprudência defensiva impede os advogados de exercerem seu múnus de forma plena e efetiva, reduzindo sua atuação perante os Tribunais Superiores.

O direito ao devido processo legal, previsto no art. 5°, inciso LIV, da Constituição da República, dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Referido princípio possui duas faces, sendo uma formal e outra material. Formalmente, ele expressa o direito de processar e ser processado de acordo com normas estabelecidas previamente e cujo processo de produção dessas normas também tenha observado o mesmo princípio. Além disso, ele é uma verdadeira síntese dos demais princípios e garantias processuais previstos na Constituição. Sua face material está atrelada ao princípio da proporcionalidade[25], determinando que as leis (e quaisquer outros atos normativos) sejam racionais e razoáveis[26]. Além disso, esse princípio orienta que o

---

24 No sentido de considerar a sustentação oral como um direito do advogado, confira-se: Superior Tribunal de Justiça. REsp 1388442/DF. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 18/12/2014, *DJe* 25/02/2015. Sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça também já se manifestou, determinando, no âmbito do pedido de providências n. 0007975-05.2020.2.00.0000 que a não realização de sustentação oral em tempo real ofende o direito de defesa.

25 MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. *Princípios fundamentais do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 21.

26 BOLQUE, Fernando César. A efetividade dos direitos fundamentais (art. 5. da Constituição Federal) e o princípio da razoabilidade das leis: a atuação do ministério público. Justitia, São Paulo, v. 62, 189/192, p. 186-201, jan./dez. 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41376. Acesso em: 21 abr. 2021.

processo deve visar a efetiva resolução do conflito, por meio de decisão de análise do mérito, o que é obstado pela jurisprudência defensiva. Ainda, pontua-se que a exigência de razoabilidade, trazida por ele, não deve deixar de ser aplicada à jurisprudência e às súmulas, uma vez que as manifestações judiciais também devem respeitar os limites do razoável, ou seja, devem estar conforme "não apenas a letra pura e simples da Constituição, mas sim com os princípios superiores que formam a base do ordenamento jurídico positivo, na proteção dos direitos individuais[27]", o que, evidentemente, não ocorre na prática de jurisprudência defensiva.

Por fim, ressalta-se que o argumento de necessidade de celeridade processual, utilizado para embasar a existência da prática de jurisprudência defensiva, se mostra totalmente descabido, uma vez que o direito à duração razoável do processo, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República[28], tem como destinatários os jurisdicionados, não podendo haver "celeridade" prejudicial aos sujeitos titulares dessa garantia.

Conclusão

Com base no exposto, conclui-se que a prática da jurisprudência defensiva, tão frequentemente utilizada nos Tribunais Superiores brasileiros, consiste em mecanismo de lesão a direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República e prejudica a atividade do advogado, que exerce importante múnus público. No âmbito penal, essa prática coloca em risco a própria liberdade dos indivíduos acusados, visto que contribui para a manutenção de decisões absurdas e totalmente destoantes com entendimentos pacificados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

O número excessivo de recursos interposto aos Tribunais Superiores ou a necessidade de aumento da celeridade processual devem ser resolvidos por meio medidas administrativas por parte do Poder Judiciário e não pela adoção de práticas que violam direitos fundamentais, prejudicam a resolução das controvérsias e consequentemente o cumprimento de um dos principais papéis do Estado, de solucionador de conflitos sociais.

---

27 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1989, p. 134-139.

28 Art. 5º, LXXVIII, CR/88 – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. MPMG jurídico: *Revista do Ministério Público do estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 3, Edição especial, p. 65-68, jan./mar. 2008.

BRENER, Paula Rocha Gouvêa; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 171-215, dez. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KHALED JR., Salah H. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340-355, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal:* fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1951-54.

MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. *In:* PORTO, Herminio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. Princípios fundamentais do processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

PEREIRA, Jully Ane da Silva; MEDEIROS, Carlos Frederico Maroja de. A eficácia das reformas processuais na retenção de recursos à luz dos princípios gerais. *Revista do Curso de Direito* – Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), Brasília, v. 5, n. 2, p. 75-87, jul./dez. 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1989.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, v. 254, n. 41, p. 339- 372, abr. 2016.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Roteiros preventivos na interposição dos recursos extraordinário e especial*. Campo Grande: Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, 2005.

7

QUANDO O ADVOGADO SOLTAR A SUA VOZ, POR FAVOR, ENTENDA, QUE PALAVRA POR PALAVRA, EIS A CIDADANIA SE REALIZANDO[1]

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

O exercício da advocacia é uma forma de realização da cidadania; e o da advocacia criminal é, por excelência, a garantia ao cidadão de que sua liberdade não será maculada por arbitrariedades do sistema penal, mas se, e somente se, sua culpa for demonstrada dentro dos estritos limites da lei. Logo, a violação ao exercício da advocacia criminal é um atentado à cidadania e aos direitos fundamentais.

O Advogado presta serviço público e exerce função social; ele é a voz da defesa dos direitos do cidadão perante o Poder Judiciário; seus atos constituem múnus público, razão pela qual, no exercício da profissão, o Advogado é inviolável por seus atos e manifestações nos limites da lei; em síntese, o Advogado é indispensável à administração da justiça (art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n. 8.906/94).

A advocacia criminal, em sua essência combativa, vem sendo desconstruída nos últimos anos pela reiterada inobservância das prerrogativas dos Advogados. Aliás, chama a atenção a transformação do cidadão que comete crime em "inimigo social" e a disseminação de um discurso de medo e insegurança, de modo a fomentar o ódio a esse inimigo que, por extensão, vem alcançando o Advogado Criminalista. E isso quando ele deveria ser reconhecido pelo importante papel na estabilidade social e na defesa dos indivíduos contra os abusos, como nos lembra Geraldo Prado.

---

[1] Paráfrase da letra da música Sangrando, de autoria de Gonzaguinha.

> Não é necessário voltar tanto assim no tempo para constatar que em determinadas circunstâncias o conjunto de forças dominantes no corpo social pode facilmente orientar-se ao sacrifício das mais elementares práticas civilizatórias, não raro incentivado por certo consenso moralizante que elege os fins em detrimento dos meios[2].

A Constituição Federal de 1988 vinculou o exercício do poder a limites, visando, assim, assegurar a liberdade e a segurança jurídica. No entanto, não tem sido incomum constatar, por exemplo, situações em que Magistrados se arvoram na função do Legislador e criam limitações ao exercício da advocacia, ensejando, por extensão, violação do contraditório e da ampla defesa, maculando todo o processo com determinações que não encontram respaldo legal.

Nos processos que envolvem crimes dolosos contra a vida e que, em regra, são julgados pelo Tribunal do Júri, essa situação parece ganhar contornos ainda mais severos, porquanto o embate travado entre a Defesa e o Juiz em situações desse jaez, é o suficiente para influenciar o olhar dos Jurados que a tudo assistem e, leigos que são, em sua maioria, tendem a tomar a oposição feita pelo Advogado como uma afronta à autoridade do Magistrado. Confundem a defesa de direitos e garantias com o desacato e, como até a disposição dos móveis da sala, via de regra, reforça essa perspectiva, já há prejuízo para o cidadão que está sendo julgado.

E isso quase sempre reforçado pelo gozo ministerial com a violação das prerrogativas da Defesa, revelado nos olhares de desprezo lançado ao Advogado, nas risadas de canto de boca, no desdém para com a violação da lei, tudo em detrimento daquele que ali tem o mister de contrariar a acusação feita ao cidadão que está sendo julgado. Tanto é assim, que atualmente alguns apregoam que, na "captura psíquica dos Jurados", devem iniciar dizendo que "o Ministério Público trabalha com a convicção, enquanto o Advogado Criminalista trabalha com a conveniência"[3] (...).

Situações assim induzem o Jurado leigo a enxergar no Advogado um obstáculo à realização da Justiça, quando, de fato, é ele o profissional que

---

2 PRADO, Geraldo. A indevida incriminação do exercício regular da advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 148. Out/2018. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2018, p. 23.

3 Manifestação do Promotor de Justiça do estado de Mato Grosso, César Danilo Ribeiro de Novais, em Webnário sobre o Tribunal do Júri promovido pela AMMP. no dia 21 de julho de 2020.

tem o dever de confrontar o arbítrio; afinal, o provimento judicial para ser justo, tem como premissa primeira ser fundado em um ambiente dialético em que se possa desenvolver com a liberdade e legalidade a defesa.

Situação bastante inusitada – daí trazê-la como ilustração ao acima exposto – e veementemente combatida pelos Advogados atuantes no feito na ocasião, foi a ocorrida nos autos n. 0356249-66.2010.8.13.0079, às vésperas da realização do primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri, quando a Defesa foi surpreendida com duas decisões que tinham por objetivo *calar a voz da Defesa*.

A primeira, dissociada de qualquer amparo legal, tentou impedir que os Advogados usassem da palavra para se manifestar na alegação de nulidades e pedidos de adiamento (art. 571, do CPP) e determinava que qualquer requerimento fosse feito via *pen drive*. Consignou a Magistrada:

> Por fim, considerando-se que no Júri do dia 05.11.2012, no qual figurou como réu Marcos Aparecido dos Santos, houve excessiva delonga para abertura dos trabalhos, tendo em vista a alongada manifestação das partes quanto a pedido de adiamento daquela sessão e preliminares arguidas, com vistas a otimizar o tempo, sem trazer qualquer prejuízo às partes, fica estabelecido que os fundamentos das partes para eventual pedido de adiamento do Júri deste processo ou preliminares (art. 571, VI, do CPP) deverão ser previamente elaborados e trazidos aos autos, em *pen drive,* e o seu conteúdo passará a constar da ata, motivo pelo qual solicito que o arrazoado seja produzido de forma objetiva[4].

Sem uma visão acurada do que é a Defesa perante o Tribunal do Júri, pode ser que a decisão pareça ser razoável e até justificável; mas não bastasse o fato dela afrontar a plenitude de Defesa, porquanto seria a oportunidade de mostrar aos Jurados as várias violações à lei ocorridas até aquele momento no processo – vale destacar que a sessão de julgamento pelo Júri foi realizada sem que se aguardasse o julgamento final dos recursos relativos à decisão de pronúncia -; também vilipendiava o princípio da oralidade, que é da essência dos processos dessa natureza; e o mote era única e exclusivamente limitar a forma de apresentação dos argumentos pelos Advogados, ou seja, *calar-lhes a voz* e exigir a apresentação escrita.

---

[4] fls. 14587 dos autos n. 0356249-66.2010.8.13.0079.

Cabe ainda ser lembrado que a reforma do Código de Processo Penal, operada pela Lei n. 11.719/08, alterou substancialmente o procedimento penal, tendo optado claramente pelo princípio da oralidade, que agora é a regra do procedimento comum. "El proceso publico va de la mano de la oralidad. El juicio em el sistema acusatorio es esencialmente verbal, a diferencia del inquisitivo, que es escrito por naturaleza"[5].

A imposição de regra que não está prevista no ordenamento e que limita a atuação da Defesa é inválida, não encontra respaldo democrático. O processo escrito não gera maior segurança, ao contrário, retira do Juiz, *In: casu,* os Jurados, a observação viva e dinâmica dos fatos, própria do processo oral.

A segunda pretendia restringir os argumentos apresentados pelos Advogados em plenário ao impedir a menção a situações fáticas em que Magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Advogados foram assassinados:

> Com tais fundamentos, com vistas a preservar o constitucional direito de julgamento dos crimes contra a vida por um Conselho de Sentença isento, imparcial, desnudado de qualquer indução ou intimidação, fica vedado às partes fazerem referência durante os debates à assassinatos de Juízes de Direito, Promotores de Justiça, Defensores Público e Advogados, sob pena de fica configurado argumento intimidatório e violador da consciência do Juiz do Fato, o que não será permitido[6].

Sobre essa segunda decisão é preciso pontuar que, se é limitado pelo ordenamento brasileiro a referência à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado, ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo, não há qualquer outra limitação, muito menos à menção de fatos que, infelizmente, se repetem cotidianamente.

Os argumentos e expressões utilizadas pelo Advogado na representação dos interesses de seu cliente fazem parte da estratégia de Defesa;

---

5 SÁNCHEZ, Alberto Suárez, *El debido proceso penal*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 1998. p. 197.

6 fls. 15304/15305 dos autos n. 0356249-66.2010.8.13.0079.

para o cumprimento de seu dever de ofício o Advogado reclamará o cumprimento estrito da lei. A reclamação é uma garantia do Advogado e, como tal, é vedada qualquer norma administrativa ou decisão judicial que o alije dela.

A voz do Advogado é, primordialmente, seu instrumento de trabalho e, por isto, atos e decisões que objetivam calar o Advogado constituem afronta à democracia, aos princípios republicanos e, sobretudo, à realização da cidadania. É direito do Advogado usar da palavra em todas as audiências e sessões de julgamento, cabendo-lhe, quando não houver restrição legal, optar pela forma falada ou escrita, e escolher as expressões que melhor se ajustem à defesa dos interesses do cidadão que representa.

A limitação ao exercício da advocacia através do cerceamento do uso da palavra, que é instrumento de trabalho do Advogado e somente pode ser interpretada conforme o contexto que é utilizada para se aferir ou não o abuso, viola mortalmente as prerrogativas da profissão, cerceia a ampla defesa e contraria o princípio da oralidade. Impedir que o Advogado em plenário de júri pronuncie determinadas palavras ou faça remissão a certos fatos é colocar uma mordaça na Defesa e atentar contra o Estado de Direito.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

> O Poder Judiciário não pode permitir que se cale a voz do Advogado, cuja atuação, livre e independente, há de ser permanentemente assegurada pelos juízes e pelos Tribunais, sob pena de subversão das franquias democráticas e de aniquilação dos direitos do cidadão[7].

No mesmo sentido é a afirmação do Ministro Marco Aurélio: "O regime é um regime essencialmente democrático. E o advogado tem, como estatuto, e estamos submetidos ao princípio da legalidade, o direito à palavra"[8].

---

7 Ministro Celso de Mello, na Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 30906/DF, em 5 de outubro de 2011.

8 Ministro Marco Aurélio por ocasião de pedido feito pelo Advogado Luiz Fernando Pacheco para que o pedido de prisão domiciliar de seu cliente na AP. n. 470 fosse apreciado. Disponível em < https://www.Conjur.com.br/2014-jun-11/advogado-direito-palavra-ministro-marco-aurelio>. Acesso em 31/07/2020.

A advocacia brasileira se firmou como imprescindível à Justiça através da luta e do esforço de muitos Advogados que antecederam esse momento. De fato, não há um tema fundamental ao ser humano hoje que não guarde íntima ligação com o exercício da advocacia: saúde, combate à corrupção, educação, eleições, dentre inúmeros outros. Vale lembrar a atuação histórica de muitos Advogados como uma das poucas vozes do povo brasileiro, castrado e oprimido pela ditadura militar, que se fez ouvir. Rotineiramente os Advogados são chamados a se manifestar sobre assuntos diversos, de relevância social, e por vezes, são eles os agentes provocadores da discussão, a fim de que as autoridades se posicionem.

Cumpre, constitucionalmente ao Advogado opor-se à ignorância, ao erro, à injustiça, à opressão, à tirania e à corrupção. E para se fazer ouvir, os Advogados usam da palavra, do argumento, seus instrumentos de trabalho.

Nesse contexto é que a Constituição da República de 1988 elevou o Advogado à condição de agente indispensável à realização da Justiça. Exatamente por força dessa enorme responsabilidade para com o indivíduo e a sociedade é que devem ser preservadas, em todas as instâncias e circunstâncias, as prerrogativas profissionais do Advogado, que nada mais são do que as garantias do cidadão.

> O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do Advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua[9].

Assim é que, observadas as regras legais, o exercício da advocacia não pode, em hipótese alguma, ser cerceado, e se isso ocorrer, a responsabilidade de quem a isso deu causa deve ser apurada. Especialmente na esfera criminal, nos termos da nova Lei n. 13869/2020, para que o Estado

---

[9] PRADO, Geraldo. A indevida incriminação do exercício regular da advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 148. Out/2018. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2018, p. 23.

exerça legitimamente o *ius puniendi*, os agentes públicos, no exercício da função, devem atuar em consonância com as garantias individuais do cidadão e as prerrogativas do Advogado. Não sem razão é o alerta de Felipe Martins Pinto:

> O jus puniendi, instrumento de proteção dos principais valores individuais e coletivos, somente cumprirá sua relevante tarefa caso esteja vinculado ao arcabouço normativo estatal, inclusive e especialmente aos direitos e garantias individuais, sob pena do direito de punir ou infligir perseguições e opressões camufladas sob o nobre manto de tutela dos bens jurídicos[10].

Inerente ao exercício regular da advocacia e da ampla defesa é a escolha pelo Advogado de como manejar seus pleitos e reclamações perante o juízo; salvo situações excepcionais expressamente previstas em lei. Qualquer ação no sentido contrário, ou seja, que limite o alcance e a forma de realização da Defesa, prejudica gravemente o exercício da advocacia, remontando a etapas já suplantadas da história brasileira.

A materialização do contraditório e da ampla defesa no processo criminal se dá, muitas das vezes, através de requerimentos que o Advogado faz em prol de seu constituinte e esses, dentro da estratégia traçada e dos limites legais, devem ser feitos no momento, na forma e com as palavras que melhor convier ao interesse processual, não podendo o julgador se imiscuir na função de legislador e impor barreiras à atuação da Defesa.

> O juiz do paradigma do Estado Democrático de Direito não é o juiz inerte do Estado Liberal, bem como não é o justiceiro e interventor do Estado Social. O juiz democrático deve estar aberto aos argumentos das partes, deixando a estas a construção do provimento. Deve estar presente no palco processual, sem, contudo, ofuscar os demais atores do processo. O processo democrático não comporta nem o protagonismo das partes (Liberalismo) e nem o protagonismo judicial (Estado Social), o palco processual democrático é amplo o suficiente para que as partes e juiz possam atuar sem que um se sobreponha ao outro. Cada um em sua

---

10 PINTO. Felipe Martins, *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 75.

> função, e a tarefa primordial do juiz é de garantir que o espaço necessário para o diálogo seja efetivamente obedecido[11].

As decisões acima mencionadas limitavam indevidamente o exercício da advocacia, isto é, violam frontalmente as prerrogativas dos Advogados e por isso não podiam ser acolhidas/acatadas. A democracia e o estado de direito demandam a atuação firme, profissional e bem preparada do Advogado para se fortalecer.

> O Advogado – ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constitui, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado – converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação, ao Advogado incumbe neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias jurídicas – legais ou constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos[12].

O exercício do poder não é ilimitado, o Estado Absoluto já foi superado. Impedir o Advogado, injusta e arbitrariamente, de exercer regularmente sua atividade profissional através da delimitação do uso da palavra e da forma de apresentação dos pedidos, além de ilegítimo, esvazia a própria razão de existir a Defesa.

A Defesa não pode se calar e não deve ser calada enquanto houver arbitrariedade, violações ou supressões de direitos, inobservância aos Direitos Humanos e ameaça de que a injustiça se concretize. Concluímos com Geraldo Prado que afirma ser "impossível conceber um Estado democrático com juízes independentes que se veja privado de uma advocacia igualmente independente"[13].

---

11 SANTIAGO NETO, J. A. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório.* A participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012. p. 177.

12 Ministro Celso de Mello, na Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 30906/DF, em 5 de outubro de 2011.

13 PRADO, Geraldo. A indevida incriminação do exercício regular da advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 148. Out/2018. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2018. P. 24.

Referência

Autos criminais n. 035.6249-66.2010.8.13.0079 (público).

Conjur <https://www.Conjur.com.br/2014-jun-11/advogado-direito-palavra-ministro-marco-aurelio>. Acesso em 31/07/2020.

Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 30906, de relatoria do Ministro Celso de Mello, disponível no site www.stj.jus.br

PINTO. Felipe Martins, *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

PRADO, Geraldo. A indevida incriminação do exercício regular da advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 148. Out/2018. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2018.

SÁNCHEZ, Alberto Suárez, *El debido proceso penal*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 1998.

SANTIAGO NETO, J. A., *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*. A participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

8

A ADVOCACIA CRIMINAL DO SÉCULO XXI
Conversações necessárias entre a tradição e uma nova era

Luciano Santos Lopes
Carlos Luiz de Lima e Naves

Introdução.

Francis Fukuyama publicou um ensaio chamado "o fim da história?"[1], ainda lá no ano de 1989, tentando entender como seria a lógica mundial em um período pós-guerra fria.

Sua abordagem, com conteúdo e objeto que não relevam a este ensaio, traça uma perspectiva de que finalizações de processos históricos determinam mudanças sócio/político/culturais que desencadeiam transformações inevitáveis.

E tais transformações, que não pedem licença para ingressarem na lógica operacional nas quais incidem, exigem necessárias adaptações daqueles que dialogam

Essa é uma constatação da qual não se pode afastar, ao analisar a estrutura organizacional, e mesmo operacional, da advocacia criminal atuante neste (já não tão iniciante) século XXI.

Verifica-se uma mudança considerável nas premissas sociais que fundamentam a atuação no sistema de justiça penal. Assim ocorre, portanto, em relação à advocacia.[2]

---

1 Fukuyama, Francis. The End of History?, *In the National Interest*. Summer 1989, p. 3-18. Ver também: Fukuyama, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: Free Press, 1992.

2 Entender o contexto sociológico no qual a intervenção penal se efetiva é fundamental para, igualmente, compreender o modelo de sistema punitivo adotado. Assim,

A atuação desses (as) profissionais se transforma em uma velocidade que, por vezes, torna complexa a análise dos rumos a serem seguidos, e dos resultados obtidos. Essa é, definitivamente, uma das mais nítidas consequências da velocidade com que se transformam as relações nos tempos atuais.

Nesse sentido, há algumas possíveis (e, pode-se afirmar, necessárias) reflexões: Quais os caminhos devem ser tomados, para que a advocacia criminal se entenda melhor nesse contexto pós-moderno? Ainda, por que há tanta dificuldade em se detectar com uma mais perfeita precisão os gargalos éticos e intelectuais (técnicos e estratégicos) que assombram a militância profissional? E, finalmente, qual o caminho pior, onde estamos falhando na solução destes anunciados problemas?

As abordagens que são feitas em torno da advocacia e, no que aqui interessa mais especificamente, em relação à especialidade criminal, ainda precisam entender melhor o contexto sociocultural no qual essas anunciadas reflexões se apresentam, para que respostas mais organizadas sejam apresentadas.

Segue uma tentativa de discutir alguns desses cenários, sem a pretensão de oferecer soluções (que seriam simplistas em face da complexidade e da seriedade que o debate exige).

O século XXI e as habilidades/competências que se exigem do profissional da advocacia criminal.

Qual o profissional da Advocacia apto atuar no cenário jurídico atual? Quais as habilidades[3] e competências[4] necessárias para a advocacia criminal do século XXI?

---

escrever sobre o Direito Penal na contemporaneidade significa, necessariamente, discutir questões colocadas nas pautas valorativas sociais desde algum tempo.
A atualidade demanda a compreensão dessa intervenção estatal em uma sociedade pós -industrial e de risco (assim nominada por Ulrich Beck). Nesse sentido, o campo de incidência do Direito Penal expande-se, de modo a abarcar questões relacionadas não só ao indivíduo, mas também à segurança e ao desenvolvimento dele (indivíduo) na sociedade pós-industrial. O rumo da tutela é a centralidade da proteção à supraindividualidade.

3 "As **habilidades** levam em consideração as qualidades que um colaborador tem para realizar alguma atividade ou trabalho específico. Ou seja, nos mostram quais são as características que podem ajudar o profissional no desenvolvimento de suas funções." (https://blog.impulseup. com/habilidades-e-competencias).

4 "Já as competências são um conjunto de habilidades e conhecimentos que podem ser desenvolvidos ou aprimorados por meio de treinamentos e experiências para

Três são as análises que devem ser realizadas: técnica, estratégia e operacionalidade da atuação profissional.

O (a) profissional que pretenda se inserir no ambiente do sistema de justiça da atualidade precisa entender como organizar todas essas necessárias preparações para sua atuação.

Isso, porque além do conteúdo técnico, o profissional deve desenvolver habilidades que, diversas vezes, não são ensinadas dentro da sala de aula tradicional.[5]

Nesse sentido, tem grande papel o agir estratégico, que deve auxiliar na tomada de decisão. Essa é uma caraterística que se consolida em competência fundamental à atuação profissional aqui debatida.

Uma ferramenta interessante (de agir estratégico) pode ser encontrada na teoria dos jogos.[6] Isto, porque as decisões estratégicas dependem da capacidade de avaliação de todo tipo de informação necessária para planejar uma defesa ou uma acusação.

---

que o trabalho possa ser desenvolvido com sucesso. Em outras palavras, as habilidades são um componente das competências." (https://blog.impulseup. com/habilidades-e-competencias)

5 Aproveitando essa constatação, indaga-se qual é o verdadeiro papel das ciências penais?
Talvez a resposta a essa pergunta passe por fazer uma outra (pergunta) anterior: o que está acontecendo no ensino jurídico de hoje, no Brasil? Por qual motivo há um hiato tão grande entre as práticas jurídicas (judiciais ou extrajudiciais, pouco importa) e o conteúdo valorativo (e, por vezes, até mesmo programático) oriundo do meio universitário?
O meio universitário deve ser polo de produção de conhecimento crítico. Contudo, hoje se vê o ensino jurídico caminhando para um conceito de cursos profissionalizantes. Há resistências, claro, e não são poucas!
Aprender a técnica é importante, por óbvio. Mas é pouco! A função da academia é muito maior que essa: é a da revolução das práticas jurídicas! A preocupação deve ser a de produzir conhecimento alternativo ao lugar comum de uma opinião pública conduzida pela midiatização inconsequente do fenômeno criminal.

6 "A Teoria dos Jogos, a qual poderia se chamar muito apropriadamente de Teoria das Decisões Interdependentes, tem como objeto de análise situações onde o resultado da ação de indivíduos, grupo de indivíduos, ou instituições, depende substancialmente das ações dos outros envolvidos. Em outras palavras, trata de situações onde nenhum indivíduo pode convenientemente tomar decisão sem levar em conta as possíveis decisões dos outros." (FIGUEIREDO, Reginaldo Santana. Teoria dos jogos: conceitos, formalização matemática e aplicação à distribuição de custo conjunto. *In: Gestão e Produção*. v. 1 n. 3 São Carlos Dec. 1994. Acesso no sítio eletrônico: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-530X1994000300005)

Adiante, a própria utilização da inteligência artificial na advocacia está a revolucionar o ambiente profissional.[7]

Pensa-se que é correto afirmar que as revoluções tecnológicas estão a moldar os profissionais jurídicos do futuro. Aliás, do presente! E a dificuldade de o sistema de justiça lidar com a questão tem diminuído cada vez mais.

Os atos judiciais virtualizados são bons exemplos dessa constatação aqui feita. Sem conotar acertos e desacertos nas decisões que conduzem essa virtualização do Poder Judiciário, certo é que esse caminho tem sido trilhado há algum tempo e a tendência é a verticalização desta estratégia de atuação.

Segue.

Uma outra característica bem relevante da advocacia criminal contemporânea é o gradativo afastamento da compartimentalização de saberes.

Em outras palavras, é necessário não ficar preso apenas às questões estritamente criminais, na atuação profissional. Torna-se necessário articular, e aplicar, conhecimentos de outros ramos do direito. Exemplificando, é importante conhecer as relações do direito penal com o direito tributário, com o direito ambiental, direito de família etc.

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que a tradicional doutrina jurídica setoriza os diversos ramos do conhecimento jurídico de forma compartimentalizada (às vezes até em excesso). E assim caminha a academia, de modo geral e salvo alguns *insights* em sentido oposto (de abertura).

Contudo, as interconexões temáticas da atualidade estão a exigir um (a) profissional que tenha essa capacidade de interlocução com outros setores do saber jurídico. Aliás, pode-se ir além e afirmar que esse alcance de diálogos necessários se faz essencial até mesmo para buscar técnicas oriundas de outros ramos (da contabilidade, da economia, da administração, da psicologia etc.)

Pode-se exemplificar a necessidade das interconexões acima mencionadas: a justiça negocial é uma realidade. Saber aplicar esse modelo de

---

7 Neste sentido, por exemplo, o uso da jurimetria, que "tem sido utilizada em conjunto com softwares jurídicos num modelo de tentar prever resultados e oferecer (daí a questão estatística) probabilidades e valores envolvidos nestas análises." (https://www.projuris.com.br/jurimetria)

resolução de conflitos, bem como conseguir evitar os abusos que dele podem surgir, é importante. Dessa realidade, pensa-se, não há como escapar.

Contudo, essas (e outras tantas) novidades (algumas já são realidades) precisam coexistir com a tradição jurídica. Em outras palavras, não se pode abandonar o estudo e a aplicação da dogmática penal e processual penal, com todas as questões conceituais que são tão importantes às ciências penais em um Estado Democrático de Direito.

E, assim, a compreensão do funcionamento do Sistema de Justiça Penal passa pelo reconhecimento do sistema acusatório na ordem jurídica brasileira (desde a Constituição Federal de 1988). Leis diversas vêm, gradativamente, organizando essa estrutura procedimental. Tal tendência normativa, ainda sem ter alcançado a maturidade argumentativa, tem conduzido (lentamente) esse processo de adaptação estrutural.

Aqui vale um parêntese: será fundamental a participação da advocacia criminal nesse processo de amadurecimento cultural de assimilação do sistema acusatório na justiça criminal. O redimensionamento das partes no processo penal passa por esse aprendizado de atuação em contraditório efetivo.[8]

Pode-se aqui afirmar que esse longo processo de aprendizagem (antes citado) passará pela real capacidade de a advocacia conseguir se manifestar na estrutura processual. Somente assim o contraditório judicial deixará de ser apenas um argumento retórico que oferece legitimidade apenas formal ao sistema de justiça.

Mais ainda, somente se tem a verificação plena destas garantias pleiteadas, no processo penal com a atuação efetiva de uma defesa técnica.

A perfeita e simétrica participação do Advogado na dialética produção dos atos processuais é fundamental para uma justa composição da questão penal, seja ela condenatória ou absolutória. Foi-se longe o tempo

---

8 E neste sentido há, também, uma necessidade de se dimensionar melhor as relações entre os profissionais que compõem o processo penal. A maior divulgação (nem sempre correta) sobre as atividades ilícitas, aliada a uma crise de identidade social, bem como à descredibilização constante do poder público, trazem uma necessidade passional de fomento da punição. Evidentemente que o modelo punitivo merece retoques. Todavia, é um tema que somente pode ser discutido afastado das paixões, para que prerrogativas profissionais e garantias fundamentais não se vejam emergencial e ilegalmente constrangidas em detrimento de uma punição que desrespeite sua própria construção processual.

em que ainda se confundia exercício de defesa e de garantias constitucionais com impunidade.[9] São coisas antagonicamente diversas.

Nesse sentido, pode-se concluir que a adequação do processo penal ao sistema acusatório já é realidade legislativa (ainda em evolução embrionária, claro), e que se vê também compreendida no ambiente acadêmico. Já se consegue identificar finalidades e funções que devem desempenhar seus atores (do processo penal).

Todavia, importa ao (à) profissional da advocacia criminal continuar a criar (e recuperar) pontes de conexão entre esta estruturação processual concebida (como idealidade) e a realidade por vezes percebida no Sistema de Justiça Penal.[10]

A distância entre a idealidade e a operatividade existente, em situações específicas ainda precisa ser mais bem ajustada. Essa é análise que, à evidência, não se pode generalizar. O argumento que não for analítico (caso a caso) não sobrevive à testagem de seu acerto.

Portanto, é de se concluir que o (a) profissional da contemporaneidade precisa conhecer as tradições jurídicas, e dialogar também (e de forma intensa) com a dogmática jurídica aplicável (constitucional, penal, processual penal etc.).

O olhar simplesmente direcionado às novidades (antes apresentadas, claro, de forma exemplificativa) condiciona uma atuação sem base técnica adequada. E o sistema de justiça penal precisa se basear na perfeita organização técnica, para que suas decisões possam reproduzir esta exata característica.

Conclusão.

Percebe-se, então, que a preparação para a atuação do (a) profissional da advocacia criminal precisa ser constantemente remodelada, de forma a existir uma menos traumática adaptação ao sistema de justiça da atualidade.

---

9 Evidentemente que se está a compor, aqui, a ideia de um advogado sério e respeitador de seus compromissos técnicos e éticos. Afasta-se desta análise o profissional que prefere o caminho tortuoso da ilegalidade e da imoralidade no pseudo-exercício de sua profissão. Felizmente são, estes últimos, minoria nesta profissão.

10 Contudo, esse aprendizado operacional dos sujeitos processuais não conseguirá ser definitivamente compreendido se não houver a despolitização do Sistema de Justiça. A racionalidade jurídica tem sua base argumentativa em matrizes diversas daquelas utilizadas no discurso político-ideológico.

E, nesse sentido, é importante existir uma mudança de cultura na aprendizagem jurídica.

Contudo, uma advertência: ao invés de rupturas (da tradição com o novo), propõem-se conversações! Somente assim será possível formar um profissional das ciências penais apto a enfrentar os desafios do século XXI.

A verdade é que as novas gerações de Advogados Criminalistas, e mesmo as atuais, devem melhor conhecer a essência deste ofício tão nobre. Entender os contornos técnicos, axiológicos e deontológicos da profissão se faz necessário.

Em resumo, é de se decifrar esta profissão tão apaixonante e complexa. Ser um (a) advogado (a) criminalista pressupõe querer fazer parte de uma sociedade que ainda não compreende sua função. Significa, ainda, ser ético e respeitar a Constituição Federal. É, por fim, ser tão incompreendido e ao mesmo tempo, tão requisitado.

Pode-se, enfim, finalizar esse ensaio com uma homenagem feita por Carnelutti: "A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é situar-se no último degrau da escada, junto ao acusado. As pessoas, inclusive os juristas, não o compreendem. E riem, e burlam, e escarnecem. Não é um ofício que goze da simpatia do público, esse do Cirineu."[11]

[11] CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de Luís Fernando Lobão de Morais. Campinas: Edicamp, 2002, p. 24

9

O CRIME DE INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES ENTRE ADVOGADO E CLIENTE
Súmula 12/CFOAB

Cássio Lisandro Telles

O sigilo das comunicações é uma garantia fundamental. Previsto no inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, é dirigido a todos os cidadãos, no sentido de proteger todas as comunicações sejam elas epistolares, telemáticas, de dados ou telefônicas[1].

O texto constitucional ressalva a possibilidade de quebra desse sigilo para fins exclusivos de investigação criminal ou instrução processual penal, remetendo a regulamentação à legislação ordinária.

Para fins desse estudo, trabalharemos com a Lei n. 9.296/96 e com a Lei n. 8.906/94, diplomas legais que estabelecem regras sobre o sigilo das comunicações. O primeiro deles, a Lei n. 9.296/96, regulamentando pormenorizadamente como o sigilo pode ser quebrado para fins penais, e o segundo, a Lei n. 8.906/94, estabelecendo como deve ser tratado o sigilo das comunicações entre advogados e clientes e as hipóteses em que tal sigilo pode ser levantado.

São leis claras, que colocam balizas bem definidas para o rompimento do sigilo garantido pela Constituição, valendo lembrar, desde logo, que a quebra do sigilo é uma exceção à garantia fundamental estabelecida na Carta Magna, razão pela qual sua interpretação sempre deverá ser restritiva.

---

[1] Art. 5º (CF) XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Desde logo, portanto, enfatizam-se as linhas mestras da legislação que permite a quebra do sigilo das comunicações: somente é possível para fins penais, deve ser autorizada por magistrado, sua interpretação deve ser restritiva, deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, só poderá ocorrer quando houver lei autorizando, não dever ser utilizada como instrumento primário de investigação, mas apenas quando exauridos os outros meios de produção de prova, deve ter tempo limitado, demandará o envio de relatórios ao CNJ, para controle e estatística e, no caso da advocacia, somente se admitirá na estrita hipótese do parágrafo 6º, do artigo 7º, da Lei n. 8.906/94.[2]

A Lei n. 9.296/96, no artigo 2º, elenca como requisitos para a decretação da quebra que haja indícios razoáveis da autoria ou participação da pessoa que será alvo da quebra do sigilo, que a prova não possa ser obtida por outros meios disponíveis à autoridade responsável pela investigação e que se tratem de tipos penais, cuja pena vá além da detenção.

O artigo 5º estabeleceu que o prazo máximo da interceptação das comunicações será de 15 dias, renováveis por igual prazo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Nesse particular, o STF afetou a discussão em regime de repercussão geral, tema 661, até o momento ainda não decidido.

Inobstante a afetação do tema, em julgados já proferidos, como é o caso do HC 83.515, o STF acabou interpretando a lei de forma diferente, abrindo a brecha para interceptações sem prazo definido. De fato, no julgamento desse HC o STF proclamou serem possíveis as prorrogações do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua.

Mas é evidente que, malgrado essa intepretação ampliativa dada pelo STF, que no nosso modo de entender desobedece uma regra legal clara, e aplica interpretação ampliativa em direito que somente admitiria interpretação restritiva, ficou a recomendação de que a prorrogação das

---

[2] Art. 7º (Lei 8.906/94) § 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do *caput* deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

interceptações só pode ser deferida quando houver fato complexo a exigir investigação diferenciada e contínua.

Interessante anotar que o CNJ, preocupado com os limites da atuação judicial nesse tema, editou a resolução n. 59/2008, regulamentando a operacionalização das interceptações e dispondo nos artigos 18 e 19 o dever dos magistrados informarem mensalmente às corregedorias a quantidade de interceptações em andamento, bem como de prorrogações deferidas, prevendo que haverá um Sistema Nacional de Controle de Interceptação, no âmbito daquele Conselho.

Pouco se sabe sobre esse sistema e não há divulgação de estatísticas conhecidas sobre os relatórios mensais enviados, o que seria útil para o conhecimento da sociedade e das entidades civis organizadas, para avaliação da extensão em que as quebras de sigilo ocorrem, onde ocorrem e também das prorrogações deferidas, bem como os prazos dessas prorrogações.

Fato é que há legislação bem detalhada, regulando a quebra do sigilo de comunicações, e, como dito no início desse trabalho, os limites apresentados pelo ordenamento legal devem ser rigorosamente observados, porque a interceptação das comunicações é exceção, a regra é sempre o respeito ao direito do cidadão a tal sigilo. Direito individual, com status de garantia fundamental, prevista na Constituição Federal, que deriva do direito à intimidade, atuando, claramente, como uma proteção social contra o exercício arbitrário do Poder.

Vale registrar, por fim, na análise da Lei n. 9.296/96, que, através da lei de abuso de autoridade, Lei n. 13.869/19, foi incluída expressamente, no artigo 10, a previsão de que também a autoridade judicial que autorizar a quebra do sigilo, com objetivo não autorizado em lei, incorrerá em crime punível com reclusão de 2 a 4 anos e multa.

Análise da Lei n. 8.906/94

A preservação do sigilo profissional da advocacia conta com regra específica e bem clara, estabelecida no inciso II, do artigo 7º, da Lei n. 8.906/94[3]. O dispositivo prevê a inviolabilidade de toda a correspondência escrita, eletrônica e telemática, relacionada ao exercício da advocacia, o que se compreende na dimensão mais fiel ao princípio constitucional da ampla defesa.

---

[3] Art. 7º São direitos do advogado: II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

É importante lembrar que a inviolabilidade dos atos da advocacia também deriva de matriz constitucional, porquanto o artigo 133, da Constituição Federal, ao prever que o advogado é indispensável à administração da justiça, complementa que ele é inviolável em seus atos e manifestações, no exercício da profissão, nos limites da lei.

Ou seja, essa inviolabilidade de que trata o inciso II, do artigo 7º, da Lei n. 8.906/94 sempre tem que ser lida a partir do que diz a Constituição Federal, e a razão de ser dessa prerrogativa profissional é uma só, proporcionar ao cidadão o exercício da ampla defesa, de forma que sempre que se comunicar com um advogado, essa comunicação não poderá ser interceptada.

Um reforço a esse entendimento está expresso também no inciso III, do artigo 7º, da Lei n. 8.906/94, quando disciplina que é direito do cliente que estiver preso, falar com seu advogado pessoal e reservadamente.

E a lei de abuso de autoridade, Lei n. 13.869/19, trouxe um tipo penal específico para essa situação, previsto no artigo 20, que pune o ato da autoridade que impede, injustificadamente, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado.

Tanto na Lei n. 8.906/94 como na Lei n. 13.869/19 a palavra "entrevista reservada" é utilizada, o que demonstra que o cidadão, quando fala com seu advogado, não pode ser escutado por terceiros, ainda que no curso de investigação criminal.

A única possibilidade de quebra desse sigilo das comunicações do advogado está definida de forma absolutamente restrita, no par. 6º, do artigo 7º, da Lei n. 8.906/94, quando diz que "presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II."

Novamente chamamos a atenção no sentido de que é só essa a exceção, de modo que não pode a autoridade judicial estabelecer outras para interceptar comunicações entre advogado e cliente. É somente quando o próprio advogado é suspeito de estar praticando um crime, que o sigilo, relativo exclusivamente àquele fato, pode ser quebrado, isto é, o advogado, em tais situações, está na condição de investigado, existindo indícios de autoria e materialidade de um crime por ele praticado.

Por isso, não pode ser aceita a posição adotada por alguns Tribunais de que, sendo o cliente do advogado, alvo de uma interceptação, todas as conversas podem ser monitoradas e que o descarte das comunicações que não interessam às investigações ocorrerá mais adiante, depois que a

autoridade policial e o Ministério Público fizerem um Juízo de valor sobre o que interessa ou não nos diálogos e dados interceptados.

Essa tese, conhecida por interceptação fortuita, não se sustenta, porque a paridade de armas entre defesa e acusação, veda, terminantemente, qualquer possibilidade da autoridade responsável pela investigação e acusação, ter acesso aos diálogos e comunicações entre o cliente e seu advogado. Nestes casos, não só é impossível utilizar esses diálogos para fins de prova, como também eles não podem sequer ser acessados para juízo de valor sobre seu aproveitamento ou não.

Utiliza-se, de forma equivocada, o artigo 9º, da Lei n. 9.296/96 para justificar a possibilidade da interceptação fortuita, a pretexto de reservar-se a análise do que deve ou não ser aproveitado na investigação, para momento posterior. De fato, a previsão do artigo 9º estabelece que a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, mas é claro que essa previsão somente vale para aquelas comunicações interceptadas que não sejam entre o cliente alvo e seu advogado, e que não guardam correlação com o objeto da investigação. Em relação às comunicações entre o cliente e o advogado, há lei específica (art. 7º, II, da Lei n. 8.906/94), que estabelece a regra da absoluta inviolabilidade, e é claro que isso não permite que primeiro a autoridade investigadora acesse essas comunicações para, depois, fazer juízo de valor sobre seu descarte. Nesses casos não cabe juízo de valor subjetivo, porque a norma é objetiva, o sigilo é que deve ser preservado. Portanto, quando há um diálogo entre o cliente e seu advogado, essa comunicação tem que ficar a salvo de qualquer escuta ou análise. Não podem, nem a acusação, nem o magistrado, escutar o que foi dito ou analisar os dados telemáticos, sob o pretexto de que, se não interessar, será descartado. Só haverá inviolabilidade se for garantido que nenhum acesso a essa comunicação poderá ser feito. Não é a autoridade investigadora que faz essa análise, mas sim a lei que determina categoricamente que essa comunicação jamais poderá ser objeto de interceptação, ainda que fortuita. Ninguém, nem mesmo um magistrado, tem o direito de escutar ou analisar as comunicações entre o cliente e seu advogado.

Interceptação, ainda que fortuita, é crime

A Lei n. 13.869/19 criou o tipo penal conhecido como "crime de violação de prerrogativa da advocacia", incluindo na Lei n. 8.906/94, o

artigo 7ºB, o qual prevê que a violação do inciso II, do artigo 7º, será punida com detenção de três meses a um ano, e multa. Ou seja, a quebra do sigilo das comunicações entre o advogado e o cliente passou a ser prevista como um crime.

Mas, a quebra fortuita desse sigilo, também seria um crime? A resposta só pode ser afirmativa, porque a inviolabilidade nesses casos deve ser sempre protegida e a autoridade judicial tem o dever de zelar pela proteção a esse sigilo.

Note-se que foi inserido o parágrafo único no artigo 10, da Lei n. 9.296/96, por intermédio da lei de abuso de autoridade, o qual passou a prever que "incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no *caput* deste artigo com objetivo não autorizado em lei". Ou seja, passou a ser um dever explícito da autoridade, evitar interceptações ilegais e, no caso da advocacia, a regra é a inviolabilidade das comunicações dos advogados, de forma que sempre que for decretada qualquer quebra de sigilo de comunicações de um cidadão, deverá, a autoridade, cuidar para que as comunicações entre o cidadão e seu advogado não sejam objeto de gravação, análise ou escuta a qualquer título.

A súmula 12 do CFOAB assim diz:

> "PRERROGATIVAS. VIOLAÇÃO AO SIGILO TELEFÔNICO, TELEMÁTICO, ELETRÔNICO E DE DADOS. É crime contra as prerrogativas da advocacia a violação ao sigilo telefônico, telemático, eletrônico e de dados do advogado, mesmo que seu cliente seja alvo de interceptação de comunicações."

Note-se que foi incluída ao final da redação a expressão "mesmo que seu cliente seja alvo de interceptação de comunicações", o que abrange também a interceptação fortuita.

Caberá, portanto, a partir da orientação expedida pelo Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil, a representação criminal contra a autoridade que interceptar qualquer tipo de comunicação entre o advogado e cliente, fora da exceção que o parágrafo 6º, do artigo 7º, da Lei n. 8.906/94 estabelece. Se o advogado não é investigado pela prática de um crime, suas comunicações com clientes jamais poderão ser interceptadas e não se aplica o juízo diferido dessa análise, previsto no artigo 9º, da Lei n. 9.296/96, pois, neste caso, as autoridades deverão agir no sentido de assegurar a inviolabilidade, sob pena de incorrem no tipo penal do artigo 7ºB, da Lei n. 8.906/94.

10

ABANDONO DA CAUSA E APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DA PENA DE MULTA
Inconstitucionalidade manifesta

Cezar Roberto Bitencourt

Considerações contextualizadoras dos fatos

Dentre as modificações da Lei n. 11.719/2008, constam significativas alterações nas previsões do Código de Processo Penal, das quais destaca-se, nesta oportunidade, a nova redação atribuída ao art. 265 desse diploma legal. Embora tenha mantido, basicamente, a mesma redação original, incluiu alteração substancial nesse dispositivo legal, na medida em que a redação anterior previa somente o adiamento do ato do advogado que "abandonasse" o processo. No entanto, a atual redação determina a aplicação de pena de multa (10 a 100 salários mínimos) para o defensor que "abandonar o processo", *incontinenti*, sem qualquer processo, contraditório e ampla defesa ou, pelo menos, a possibilidade de justificar a sua ausência ao ato processual, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Previsão legal como essa levou a OAB a afirmar, na inicial da ADI n. 4.398, que "a nova redação *tornou a advocacia criminal um risco desmedido*, pois é a única previsão legislativa no país que dispensa, para aplicação de uma pena, todas as garantias constitucionais do cidadão". (grifamos). Inacreditavelmente, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente essa ADI 4.398, aliás, sequer percebeu a arbitrariedade que referido dispositivo legal encerra, e, principalmente, a violação do *devido processo legal*, do contraditório e ampla defesa, entre outros. Os poucos votos favoráveis preocuparam-se, basicamente, com a vinculação a salário mínimo, mas não perceberam, *venia concessa*, as gritantes inconstitucionalidades que aqui examinamos.

Na realidade, esse texto legal, ignora todas as garantias constitucionais do cidadão, especialmente, o devido processo legal, o contraditório e

a ampla defesa, caracterizando, a rigor, grave violação ao livre exercício da advocacia (art. 133, CF), posto que afasta da Ordem dos Advogados do Brasil "o dever-poder de punir seus inscritos (art. 5º, XIII, CF), além de, sobretudo, prever aplicação de pena sem o devido processo legal e sem assegurar ao profissional o exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme art. 5º, LIV e LV, da Carta Maior" (fl. 4 da inicial da ADI). Tudo isso não é uma constitucionalidade manifesta, senhores Ministros?

A redação anterior do artigo 265 do Código de Processo Penal tinha o seguinte conteúdo, *verbis*:

> Art. 265 – O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil réis.
>
> Parágrafo único. A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

Contudo, a nova redação, determinada pela Lei n. 11.719,2008, passou a ser a seguinte:

> Art., 265 – O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.
>
> § 1º – A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.
>
> § 2º – Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituo, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato. (NR)

A *inconstitucionalidade* desse dispositivo legal, com a atual redação, a nosso juízo, é manifesta, violando vários incisos do art. 5º da Constituição Federal (LIV, LV, LVII), além do artigo 133). Questionando as violações apontadas levaram o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a propor, quase dois anos após sua vigência, a ADI 4.398. Essa inconstitucionalidade resulta ainda mais evidente pela equivocada interpretação que, não raro, lhe tem dado o Poder Judiciário, qual

seja, da aplicação dessa penalização, *inaudita altera pars*, sem qualquer possibilidade de defesa ou justificativa do advogado. Em outros termos, pela simples falta à realização de *um único ato processua*l, o judiciário *presume* o *abandono da causa*, que não é, diga-se de passagem, o sentido desse texto legal, e tampouco sugere, ou determina que se impeça a instauração do devido processo legal, não permitindo o contraditório e o exercício da ampla defesa.

Na verdade, o *texto legal é ruim*, mas a interpretação que a maioria das decisões judiciais tem emprestado ao referido dispositivo é pior, na medida em que contraria todas as garantias fundamentais asseguradas na Constituição, v. g., o *devido processo legal*, que implica, necessariamente, no contraditório e no *exercício da ampla defesa*, que são corolários daquele! Contudo, para aquelas decisões que observem referidas garantias, ainda assim, trata-se de um texto draconiano que viola os *princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*, na medida em que, milhares de advogados, Brasil a fora, não ganha em honorários, anualmente, valor superior a dez salários mínimos, especialmente nas pequenas cidades e os jovens advogados que se iniciam na carreira.

Dito de outra forma, ignora-se que se trata de *mera presunção de desídia*, e, desafortunadamente, que não admite prova em sentido contrário, o que é absolutamente inadmissível em um Estado democrático de direito. Por outro lado, com olhos voltados para o texto constitucional dever-se-ia considerar como uma presunção *iuris tantum*, e, antes de punir, oportunizar ao suposto faltoso, apresentar sua justificativa (defesa), o que seria mais consentâneo com as garantias asseguradas na CF; contudo, não tem sido essa *praxis* do quotidiano forense, salvo honrosas exceções.

Ou seja, esta é a segunda inconstitucionalidade, qual seja, a cominação e aplicação automática da pena de multa, sem defesa, sem contraditório; a primeira – e tão grave quanto aquela –, reside na própria previsão da pena absurdamente *desproporcional* de 10 a 100 salários mínimos, abstratamente considerada, como já referimos. Observa-se que a Tabela de honorários da OAB de São Paulo (que é o Estado com melhor poder aquisitivo), por exemplo, *estabelece* para a realização de uma audiência de conciliação e instrução, em qualquer área, o valor de R$ 772,12.

Veja-se a brutal *desproporcionalidade* entre o valor dos honorários para realizar uma audiência, em qualquer área, e o valor da multa cominada para eventual ausência nela (10 a 100 salários mínimos), sem

oportunidade para defender-se ou justificar, *a posteriori*, as razões da ausência! Assim, na *praxis jurisdicional*, normalmente, não se instaura o *devido processo legal,* impede-se *o contraditório* e, consequentemente, se elimina, por completo o exercício da *ampla defesa*, todos princípios constitucionais que emolduram nossa Carta Magna.

Alguns dos fundamentos dessa inconstitucionalidade

A inconstitucionalidade ora questionada limita-se à cominação e aplicação da pena de multa prevista no art. 265 do referido diploma processual penal, cujo texto, repetindo, tem a seguinte dicção: *"O defensor não poderá abandonar o processo (...) sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos*, sem prejuízo das demais sanções cabíveis". (grifamos)

Trata-se, em outros termos, de aplicação de sanção penal desproporcional e arbitrária, sem a instauração do devido processo legal, para a apuração dos fatos e circunstâncias que levaram o advogado a faltar à solenidade de realização de "um único ato processual", que não se confunde com "o processo", o qual, se constitui de uma variedade de atos procedimentais, que levaram a denominar, na linguagem jurídica, de "processo". É difícil definir o que é pior, se o texto legal, tal como posto, ou se a interpretação que a justiça lhe tem dado!

Afora a desproposital e equivocada previsão do art. 265, por si só, abusiva, e absolutamente inconstitucional, mais grave ainda tem sido a interpretação que, não raro, o Poder Judiciário tem dado à referida previsão legal, aplicando-a, por exemplo, ao simples não comparecimento a uma audiência. Ignora-se que, quase sempre, se trata de uma presunção de *"culpa" iuris et de iure* (que não admite prova em sentido contrário), o que é absolutamente incompatível com um Estado democrático de direito, com é o caso brasileiro. Aliás, contrariamente ao afirmado na inicial da ADI da OAB (fl. 06), segundo a qual, seria uma presunção de culpa *iuris tantum*, pois esta modalidade de *presunção* admite prova em sentido contrário, o que não é o adotado nessa previsão legal.

Por outro lado, a ausência ou não comparecimento à realização de um ou outro ato processual, justificada ou injustificadamente, não pode ser confundido com "abandono do processo", até porque, se o legislador tivesse desejado dar dimensão diferente, teria disposto algo como "não comparece a algum ou a qualquer ato processual. Contudo, não o fez,

devendo-se, facilmente, compreender que eventual não comparecimento à realização de algum ato processual, tais como, audiências de testemunhas, interrogatórios, leilões etc., configura somente a falta *à realização a de determinado ato processua*l, que nunca poderá ser interpretado como abandono do processo ou da causa!

Interpretação como essa – abandono do processo ou da causa – é extremamente extensiva, ampliativa e ignora, repetindo, que *processo* resulta do somatório de atos processuais ordenadamente realizado ou programado etc. Ademais não se pode desconhecer que as *normais penais*, sancionatórias ou punitivas nunca podem receber interpretações elásticas ou extensivas, como é o caso da aplicação de grave multa (10 a 100 salários mínimos) pela simples falta a um ato processual, ao contrário do que prevê o dispositivo processual contestado. Sua inconstitucionalidade, especificamente deve ser abordada em tópico específico. Por ora, nos limitamos ao exame da adequação ou inadequação da "tipificação" da suposta conduta "ilícita" do advogado, para usar uma linguagem punitivo-penal.

Com efeito, quando o legislador para punir ou apenar a conduta ou comportamento de alguém, utilizando palavra ou expressão com significado mais abrangente, como fez, *In:* caso com – abandonar o processo – exige a ocorrência de comportamento que se identifique com referido termo. Nessa hipótese, resulta vedada a utilização de reducionismo para, por exemplo, interpretar um ato processual como se fosse ou significasse o "processo" que é o "coletivo de atos processuais; ou seja, a dogmática jurídica não autoriza valorar uma pequena partícula pelo todo, ampliando sua abrangência, como no caso, a ausência a um simples ato processual, que não passa de um mero fragmento do denominado "processo", como se isso significasse abandonar todo um processo judicial.

Sabemos todos que o convencionado "processo", em linguagem jurídica, repetindo, constitui-se da realização de uma série, mais ou menos variada (de acordo com o procedimento previsto), de atos ou segmentos processuais, tais como, audiências de testemunhas, de interrogatórios, leilões etc., por si só não pode ser interpretado como "abandono do processo".

De fato, a interpretação do dispositivo legal ora impugnado extrapola todos os padrões de razoabilidade e de proporcionalidade, pois a norma determina a aplicação de punição a um fato, presumidamente censurável, sem que para tanto se instaure o devido processo legal, sem

garantir a possibilidade de exercício do direito de defesa e do contraditório. Ora, a sistemática adotada da atual redação do art. 265 do CPP, permite a apenação de advogado sem sequer ouvir a parte penalizada que, lembre-se, não é parte no processo em que se determina a condenação.

Ora, revela-se incompatível com os postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa – art. 5º, LIV e LV – a norma que prevê a imposição de uma pena baseada em uma presunção irretorquível de culpa, a ser aplicada em um processo onde o penalizado não é parte, e que autoriza a aplicação desta pena sem instauração do devido processo legal, sem possibilitar exercício de defesa ou contraditório e, ainda, sem possibilidade de reanálise da decisão que impõe a pena ante a inexistência de meio recursal hábil.

É proibido abandonar o processo, senão por motivo imperioso

Segundo o texto ora questionado, *abandonar*, que é o verbo central caracterizador do suposto abandono pelo advogado, tem significado próprio e como tal deve ser interpretado. Mas essa ação de abandonar vem umbilicalmente vinculada ao seu objeto, que, clara e expressamente, não se refere à causa ou um ato, mas ao *processo*, e, mesmo assim, dando-lhe um significado mais abrangente, ou seja, ignora-se que "abandonar o processo" não seria faltar eventualmente, a um ato, a uma diligência ou a uma audiência.

Em nenhum momento o texto legal refere-se, ou permite inferir, que se refira ao "abandono da causa", que é o substrato do processo judicial. E ao mencionar o "abandono do processo" tampouco está se referindo a ausência ou falta à realização de um ato processual, qual seja, não comparecer a uma audiência judicial, que constitui um "ato processual", que é um dos tantos atos que compõem um "processo judicial". Processo, tecnicamente falando, é um instrumento formal de ordenação as sequências de atos judiciais, reunidos em um mesmo procedimento. Com efeito, o *processo* compõe-se de muitos atos realizados (v. g., audiência) no desenvolvimento judicial de determinada demanda.

Na realidade, o não comparecimento a determinado ato judicial, v. g., em uma audiência, é absolutamente insuficiente para caracterizar a elementar normativa constante do art. 265, qual seja, "não poderá

abandonar o processo", e. convenhamos, interpretá-lo como não comparecer a um ato do processo, seria dar interpretação extensiva, vedada em norma sancionadora, com natureza penal. Porque se estaria interpretando a parte pelo todo, ou seja, considerando a simples ausência de um ato como caracterizador do abandono do processo o que, inegavelmente, não é a mesma coisa.

Em sentido semelhante, mas dito em outros termos, a afirmação contida na inicial da ADI 4.398, *verbis:* "Não é, data vênia, a situação da ausência a um ato processual, pois tal proceder não configuraria, em absoluto, um abandono do processo. Talvez pudesse caracterizar, desde que comprovada a intenção dirigida ao desprezo, um abandono do ato, mas nunca da universalidade dos atos do processo" (fl. 8 da inicial).

Certamente, interpretação extensiva como essa não encontra amparo em um Estado Democrático de Direito, para o qual, normas punitivas devem, necessariamente, ser interpretadas restritivamente e não o inverso. Certamente, faltar à realização de uma audiência, que é um ato do processo, jamais poderá ser ampliada para interpretá-la, como abandono da universalidade do processo, que é, repita-se, o somatório da realização ordenada de vários atos processuais, com abrangência e significado completamente diferente.

11

A OSCILANTE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES COM RELAÇÃO À INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE EMBARGOS INFRINGENTES, RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Euro Bento Maciel Filho
Matheus Silveira Pupo

Introdução

Uma das grandes dificuldades do advogado criminalista é superar as barreiras de admissibilidade dos recursos de competência dos Tribunais Superiores. Além dos requisitos legais, existe uma [in]controversa jurisprudência defensiva, a qual, sob a injusta premissa do excesso de recursos pendentes de julgamento, impõe inúmeras outras exigências para o conhecimento dos apelos raros.

Há muito tempo os operadores do direito, principalmente aqueles que atuam no exercício da advocacia, criticam essa verdadeira "gincana" impostas pelas Cortes para que a parte tenha o mérito de seu recurso realmente julgado. Na verdade, em afronta aos princípios da fungibilidade recursal[1], da instrumentalidade e da primazia do julgamento do mérito[2], os Tribunais Superiores dão enorme prevalência ao formalismo excessivo, "sacrificando-se o mérito às preliminares"[3].

A missão do advogado se torna ainda mais penosa quando a divergência de entendimentos ocorre entre as Cortes Superiores ou, então,

---

1 Positivado no art. 579 do CPP.

2 Art. 4º do CPC.

3 PONTES DE MIRANDA, Antônio Cavalcanti. *Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda n.1*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VI, p. 53.

entre as Turmas julgadoras de um mesmo Tribunal, sobre as regras de admissibilidade dos recursos.

E é justamente essa a dificuldade atual existente em torno dos Embargos Infringentes. Daí, pois, o presente artigo, cujo escopo é apresentar e, na medida possível, contribuir para o esclarecimento desse tema.

De fato, como se verá abaixo, sobretudo a partir da entrada em vigor do (novo) Código de Processo Civil[4], existem inúmeras correntes jurisprudenciais distintas, sobre os prazos e forma de interposição *simultânea* de embargos infringentes e de nulidade, com recurso especial e recurso extraordinário.

Os embargos infringentes e de nulidade

Os embargos infringentes e de nulidade estão previstos no art. 609, parágrafo único, do CPP, cujo teor dispõe que "quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, (...), que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência".

Os embargos serão denominados *infringentes* quando seu objeto for questão de direito material, buscando-se, portanto, a modificação do mérito do *decisum*. Por sua vez, serão de *nulidade* quando o seu conteúdo for um tema de direito processual (nulidade). É possível, também, a interposição simultânea do recurso buscando sanar vícios de direito material e processual, sendo que, nesse caso, serão denominados embargos infringentes e de nulidade. Apesar da referida distinção, trata-se de apenas um único recurso, que possui nomenclaturas diferentes de acordo com o seu conteúdo[5]. Aliás, na praxe forense, pouco importando o efetivo conteúdo do apelo, o recurso é denominado de *embargos infringentes*.

Ademais, a predita norma processual revela que a referida via recursal, cujo prazo para interposição é de 10 dias, "a contar da publicação do acórdão", será cabível sempre que "a decisão tenha sido desfavorável ao réu e resultante de votação não unânime pelos integrantes da turma julgadora. Em outras palavras, é indispensável que tenha havido um voto favorável à defesa, dentre os emitidos no julgamento pelo tribunal"[6].

---

4 Ocorrida em 18 de março de 2016.

5 Em sentido contrário: Aury Lopes Júnior.

6 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 167.

Desta forma, a partir da sua definição legal, logo se percebe que os embargos infringentes se constituem em recurso privativo da defesa, cujo pressuposto fundamental de admissibilidade é, justamente, a existência de *divergência* no julgamento.

Ocorre, porém, que, quando se fala em divergência, é preciso levar em conta que aquela pode ser *parcial* ou *total*. Vale dizer, partindo do princípio de que, via de regra, o julgamento de uma apelação, recurso em sentido estrito e agravo em execução[7] é efetuado por três desembargadores (um *relator*, um *revisor* e o *terceiro julgador*), fica fácil perceber que, ao final, os votos por eles proferidos podem ser divergentes, *seja* a respeito da condenação do recorrente ou da única tese sustentada por ele (*"divergência total"*), *seja*, então, sobre uma determinada questão específica, dentre outras tantas arguidas, que foram decididas de fora unânime ("divergência parcial").

Quando há a tal "divergência total", é forçoso concluir que os embargos infringentes adquirem efeitos devolutivo, suspensivo e *interruptivo*, já que eventuais recursos às Cortes Superiores passam a depender do resultado do seu julgamento. Nesse caso, portanto, o manejo superveniente dos apelos raros dependerá da publicação do acórdão dos embargos. Assim, em termos mais específicos, é certo que, no caso da matéria a ser suscitada se restringir à única tese ("tudo ou nada"), o prazo para eventual interposição dos recursos especial e extraordinário terá início a partir da publicação do acórdão que desatou os embargos infringentes (ou, se o caso, daquele relacionado aos embargos de declaração opostos em face do aresto pertinente ao julgamento daqueles).

Contudo, quando a divergência for *parcial*, a situação adquire uma relativa complexidade. Isso porque, nessa hipótese, é correto afirmar que o acórdão que julgou o apelo ostenta uma parte *unânime* e outra *divergente*.

Logo, como deve proceder a parte recorrente?

Da osilante jurisprudência dos tribunais superiores

O desavisado poderia ser levado a pensar que, tal qual se dá com os aclaratórios – que sempre *interrompem* o prazo recursal –, a interposição dos infringentes já seria suficiente para desobrigá-lo quanto à

[7] É cabível embargos infringentes em sede de agravo em execução por orientação jurisprudencial.

observância do prazo recursal dos apelos raros. Ao cabo de contas, seria o caso de aplicar-se o princípio da *unirrecorribilidade*.

Ledo engano, contudo.

Para explicar essa situação, é preciso efetuar uma breve digressão cronológica a respeito do tema.

Inicialmente, mencione-se, por relevante, que, desde *1963*, o STF cristalizou seu entendimento na Súmula *355*, cujo teor estabelece que *"*em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fôra por eles abrangida*"*. Em outras palavras, sob o enfoque da Suprema Corte, os recursos (embargos infringentes e recurso extraordinário) deveriam ser interpostos *conjuntamente* (sob pena de intempestividade), cada um dentro do seu prazo respectivo, a contar da publicação do acórdão recorrido.

Assim, na hipótese de a divergência ser parcial, caberia ao recorrente atentar para os prazos não só dos embargos infringentes (10 dias), mas, também, para os dos recursos especial e extraordinário quanto à parte unânime (15 dias, para ambos), concomitantemente.

O referido entendimento pretoriano, conforme alerta Aury Lopes Junior, "parece ilógica até, pois não houve o esgotamento das vias recursais ordinárias (ainda cabem embargos infringentes) e também pode haver completa modificação da decisão caos os embargos sejam acolhidos"[8].

Todavia, apesar do teor da predita Súmula, Eugenio Pacelli e Douglas Fischer já alertavam que, "se o CP. é omisso, não se vê óbice à incidência supletiva (pela expressa autorização do art. 3º, CPP) das disposições constantes no Código de Processo Civil de 1973 (vigentes até a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015)"[9]. Assim, sobretudo a partir da alteração legislativa ocorrida em 2001 (Lei n. 10.352/2001), o problema *"estaria"* resolvido com a incidência do artigo 498, do revogado CPC[10], o

---

8 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2019, p. 1058.

9 PACELLI, Eugenio e FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: editora Atlas, 2020, p. 1450.

10 CPC/73, art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao

qual previa que a interposição dos embargos infringentes *interrompia* o prazo dos apelos raros.

Atualmente, como cediço, o antigo CPC foi inteiramente revogado, sendo certo que a nova Lei Adjetiva cível extinguiu os embargos infringentes naquela seara, de tal maneira que, por óbvio, a regra até então prevista no mencionado art. 498 não existe mais.

No entanto, fica aqui a questão: como se comportava a jurisprudência no caso de *divergência parcial*? A questão sempre foi tortuosa.

De efeito, no âmbito interno do STF, também em razão da Súmula 354 ("em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação"), sempre preponderou o entendimento firmado pela já mencionada Súmula 355. Como exemplo, pode-se citar a seguinte decisão[11]:

> "Alegou, ainda, que o disposto no art. 498 do CPC, alterado pela L. 10.352/2001, é inaplicável ao processo penal, prevalecendo o teor da Súmula 355 do STF, conforme decidido no julgamento do AI 432.884-QO/RO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, cuja ementa transcrevo: 'Recurso extraordinário criminal: intempestividade: interposição após o julgamento de embargos infringentes, quanto à parte da decisão recorrida por eles não abrangida: entendimento que a Súmula 355 documentou e que, em matéria criminal, não foi modificado pela L. 10.352/2001, que alterou o art. 498 do C. Pr. Civil: precedente (AI 197.032-QO, Pertence, RTJ 167/1030)'. Passo a decidir. Assiste razão ao agravante quanto à inobservância do art. 498 do CPC. Reconsidero a decisão de fls. 283-284, nessa parte, e passo a reexaminar o agravo de instrumento".[12]

Em outras palavras, para a Suprema Corte, no caso de *divergência parcial*, era *obrigatório* que os recursos os recursos fossem *interpostos conjuntamente*.

---

julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos. (Redação dada pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001)

11 Importante acrescentar que, após pesquisa realizada junto à seção de jurisprudência no *site* do STF, constatou-se que as ementa "mais recentes" relacionadas ao tema é data de 2008. ou seja, ainda na vigência do art. 498, com a redação dada pela Lei n. 10.352/2001.

12 STF, AI 715.603 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, dec. monocrática. j. 28/10/2008, *DJE* de 5/11/2008.

Contudo, no âmbito interno do STJ, as duas Turmas que julgam matéria criminal (5ª e 6ª) sempre possuíram entendimentos divergentes a respeito dessa questão.

Afinal, enquanto a 5ª Turma[13] rotineiramente seguia os parâmetros definidos pelas Súmulas 354 e 355 do STF (interposição simultânea), a 6ª Turma[14], por sua vez, adotou um entendimento ajustado ao revogado

---

13 "DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. ACÓRDÃO APELATÓRIO MAJORITÁRIO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL CONTRA PARTE UNÂNIME DO JULGADO. INOBSERVÂNCIA. PRECLUSÃO. SÚMULA 355 DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DEMONSTRAÇÃO DA SIMILITUDE ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E O DECISUM IMPUGANDO. AUSÊNCIA. ART. 1.029, § 1º, DO CPC. AGRAVO DESPROVIDO.
(...).
II – Nos termos do que dispõe a súmula 355 do Excelso Pretório, na hipótese de julgamento majoritário de apelação, cabe à parte interessada interpor, desde logo, o recurso cabível contra a parte unânime do acórdão, sob pena de preclusão.
III – Essa conclusão, aliás, restou corroborada pela entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, o qual, diferentemente do revogado estatuto e do Código de Processo Penal, sequer prevê os Embargos Infringentes como modalidade recursal.
IV – Ante a extinção daquela via recursal no âmbito do processo civil e a manutenção da regência legal, tanto do Recurso de Apelação como dos Embargos Infringentes no Código de Processo Penal, o princípio da especialidade impede a aplicação analógica da técnica de ampliação do colegiado, prevista no art. 942 do Código de Processo Civil de 2015.
V – Em reforço a esse entendimento, calha ressaltar que os Embargos Infringentes, nos termos em que disciplinado pelo parágrafo único do art. 609 do CPP, é via recursal cuja legitimidade se atribui exclusivamente à defesa. Dessa forma, a aplicação analógica das inovações trazidas pelo CPC de 2015, no *punctum saliens*, ensejariam agravamento da situação da defesa, já que a aludida técnica de julgamento é implementada *ex officio* todas as vezes em que o acórdão apelatório for majoritário, independentemente do sentido do julgamento.
Agravo Regimental desprovido.
(STJ, AgInt no REsp n.1.822.332, Relator: Felix Fischer, Quinta Turma, j. 28/04/2020, *DJe* 04/05/2020).

14 "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA N. 207/STJ. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRONÚNCIA. EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. DECOTE DA QUALIFICADORA. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.
1. Do primeiro recurso especial, interposto simultaneamente aos embargos infringentes, não se deve conhecer, uma vez que não estava esgotada a jurisdição ordinária.

artigo 498 CPC, considerando, inclusive, que no caso de interposição simultânea de "embargos infringentes e recurso especial, se[ria] inadmissível o conhecimento do último em razão do princípio da unirrecorribilidade das decisões"[15].

Desta forma, quando o recorrente tinha seu apelo julgado de maneira desfavorável, com a existência de uma *divergência parcial*, teria (e ainda tem) que optar por dois caminhos diferentes: seguir o entendimento do STF e da 5ª Turma do STJ, interpondo-se os embargos infringentes e os apelos raros *simultaneamente* ou se orientar pelo entendimento da 6ª Turma do STJ, apresentando primeiramente os embargos infringentes e, após o seu julgamento, ingressar com os recursos endereçados aos Tribunais Superiores.

Entretanto, em razão da referida divergência jurisprudencial, caso a parte optasse por uma vertente jurisprudencial e, *por azar*, seu recurso acabasse sendo distribuído para um órgão julgador que adotasse a outra, havia enorme probabilidade em ter seu recurso não conhecido por intempestividade ou por afronta ao princípio da unirrecorribilidade.

Previsões para o futuro

Atualmente, com o novo CPC – e, por corolário, com a revogação do antigo artigo 498, do CPC/73 –, a expectativa é que prevaleça o entendimento firmado pela Súmula 355/STF. Afinal, além de não mais existir o procedimento para os embargos infringentes na legislação processual

---

Nesse sentido a Súmula n. 207/STJ: "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de Origem".

2. Outrossim, em que pese à ratificação do primeiro apelo nobre, a interposição do segundo recurso especial ocasionou a sua desistência, tendo em vista o princípio da unirrecorribilidade recursal e o disposto no art. 498 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, que determinava o sobrestamento do prazo com relação à parte unânime da apelação criminal. Assim, cabia ao ora agravante aduzir toda a matéria objeto de sua irresignação no segundo apelo nobre, interposto após o julgamento dos infringentes.

(...)

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1533184/SP, Relator: Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 24/09/2019, *DJe* 02/10/2019).

15 STJ, Pet no Agravo em Recurso Especial n. 686.965, Relator: Ericson Maranho, Sexta turma, j. 09/11/2015.

civil, a sistemática de precedentes inaugurada pela art. 927, do CPC[16], concedeu eficácia vinculante a todas as Súmulas.

Assim, um enorme problema do criminalista *parece* estar finalmente resolvido, para não ser prejudicado com uma eventual "perda do prazo", vez que, em caso de acórdão com divergência *parcial*, a parte necessariamente terá de interpor os embargos infringentes e os apelos raros *simultaneamente*.

Mas, ainda cabe um alerta, qual seja: basta o protocolo simultâneo dos recursos para que os recursos sejam analisados? Infelizmente não!

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é (e sempre foi) consolidada no sentido de que é essencial a *reiteração*[17], sob pena de *intempestividade*, dos apelos nobres após o julgamento dos embargos infringentes interpostos concomitantemente. Isso porque, "antes do julgamento dos embargos infringentes (...), a decisão atacada pelo recurso especial não produz efeitos jurídicos, face à natureza integrativa dos referidos acórdãos". Deste modo "a jurisprudência [do STJ] consolidou entendimento de que a ausência de reiteração das razões recursais, após o julgamento dos (...) infringentes, torna inadmissível o recurso especial interposto"[18].

Em termos práticos: no caso de existência de "divergência total" no julgamento por órgão de Segunda Instância, deverá a parte interpor, em primeiro lugar, os embargos infringentes, sendo que após a consolidação do julgamento, apresentará os recursos aos tribunais superiores; de outro lado, em caso de *divergência parcial*, todos os recursos deverão ser protocolados após a publicação do aresto, sendo que, depois do julgamento dos embargos infringentes, os apelos raros deverão ser ratificados expressamente, com a eventual inclusão da tese que foi objeto da divergência.

---

16 O enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos". No mesmo sentido: "4. *Com exceção dos precedentes vinculantes previstos no rol do art. 927 do CPC*, inexiste obrigação do julgador em analisar e afastar todos os precedentes, acórdãos e sentenças, suscitados pelas partes. (...)". (AgInt no AREsp 1427771/SP, Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 24/6/2019, *DJe* 27/6/2019, grifos nossos)".

17 STJ, AgRg no AREsp n. 720.912, Rel. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 15/03/2018; AgRg no REsp n. 1.186.275, Rel. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, *DJe* 20/06/2014.

18 STJ, Ag n. 1.321.952, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 06/12/2010.

Observe-se que, apesar de existir um enorme avanço na segurança jurídica com a fixação de critérios claros e objetivos para os embargos infringentes, o rito que vem sendo consolidado pela jurisprudência é pouco racional, uma vez que estabelece procedimentos totalmente diferentes de acordo com a *extensão* da divergência (*parcial* ou *total*) do julgamento em Segunda Instância. Além disso, especificamente no caso de divergência *parcial*, estabelece a obrigatoriedade da *reiteração* dos apelos raros, procedimento que não possui qualquer amparo legal, gera enorme complexidade e, por consequência, dificulta a admissão dos recursos posteriores.

Sendo assim, tendo em vista que atualmente *inexiste* nas legislações processuais um rito para os embargos infringentes, deveria a jurisprudência estabelecer um procedimento mais simples do que aquele mencionado retro. Afinal, as Cortes têm o dever de facilitar o acesso à justiça (cf. estabelece o inc. XXXV, do art. 5º, da CF/88) ao jurisdicionado, sendo-lhes vedado transformar o exercício daquela garantia constitucional numa verdadeira corrida de obstáculos, permeada por "armadilhas" e "arapucas". Desta forma, ante todo o alegado, entendemos que o caminho mais correto, em homenagem à economia processual e à segurança jurídica, seria estabelecer, de uma vez por todas, que, seja na divergência *total*, seja na *parcial*, o recurso de embargos infringentes e de nulidade sempre ostentará efeito interruptivo, de tal maneira que o prazo para a interposição dos reclamos voltados às Cortes Superiores somente terá início após a consolidação do julgamento da(s) divergência(s).

12

INSTRUÇÃO PRELIMINAR E A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO

Fábio Presoti Passos

A instrução preliminar brasileira, inquérito policial, é norteada pela discricionariedade quanto ao seu procedimento, de caráter administrativo, fundada por sua inafastável característica inquisitiva, mantida desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal e, muitas vezes, afastando-se de princípios constitucionais, ao malfadado argumento de efetividade das investigações. A Constituição é garantidora da participação de todos os sujeitos envolvidos, não havendo limitação por se tratar de procedimento administrativo. Limitar o acesso e a participação do investigado e do seu advogado vai de encontro aos preceitos democráticos de construção conjunta do conhecimento e das manifestações estatais. A leitura estatal do investigado, bem como seu advogado como impostores às investigações deve ser superada, maturando a proposta de colaboração e construção do conhecimento colaborativo, diminuindo o risco do início de ações penais infundadas e de irreparáveis consequências.

Introdução

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, datada de 1941, justifica-se na necessidade de um ajuste na legislação processual penal anterior para conferir maior "eficiência e energia na ação repressiva do Estado", sob fundamento de que o antigo modelo processual assegurava um extenso catálogo de "garantias e favores" aos réus, que acabava tornando a repressão penal "defeituosa e retardatária", ainda, rechaça contra "pseudodireitos individuais" e afirma a primazia do interesse público em desprezo aos direitos individuais[1]. A legislação de 1941 se inspirou na reforma processual penal ita-

[1] BRASIL, Decreto-Lei 3.689/1941, Exposição de Motivos.

liana promovida na década de 30, em pleno regime fascista, pelo Ministro Rocco, o que revela sua base eminentemente autoritária, que, segundo anota Franco Cordero, foi um terrível artigo inquisitório[2].

Nesse contexto, o inquérito policial[3] seguiu à risca a ideologia repressiva, sem se preocupar com tutela de direitos, pois esse não era seu interesse. Em nome do interesse público, as diligências policiais são justificadas como necessárias para a apuração de indícios de autoria e de materialidade. O principal argumento do legislador brasileiro de 1941 para justificar a permanência do inquérito policial, segundo o pensamento da época, foi sustentado na ideia de que era o modelo mais adequado à realidade e às grandes dimensões territoriais do país. Naquele momento, foi rechaçada a instrução preliminar pela impossibilidade de um juiz de instrução atuar de forma rápida nos mais remotos povoados, que, naquela época, exigiam vários dias de viagem, colocando nas mãos do investigador, amplos e discricionários poderes[4].

O contexto de criação do Código de Processo Penal, juntamente com o procedimento do Inquérito Policial, chancelou com a leitura do investigado e seu advogado como aqueles que estão na contramão dos interesses da investigação, com exígua ou até mesmo nenhuma participação. Consequentemente, a atuação do advogado é dificultada, necessitando da ratificação da importância da tutela dos direitos fundamentais na instrução preliminar, bem como sua releitura a partir da Constituição.

O advogado e a instrução preliminar

O investigado não é mero objeto da investigação, pois, em um Estado que se pretende Democrático de Direito como o nosso, devem

---

2 CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Themis, 2000, p. 77.

3 No Brasil, a definição legal do inquérito policial não consta claramente em nenhum artigo do CP. e, para ser obtida, devemos cotejar as definições dos arts. 4º e 6º do CPP, de modo que é a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria. A partir da análise de definições legais, podemos conceituar a investigação preliminar como o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal; que se pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo). LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 39-40.

4 LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 71.

existir uma série de garantias e princípios de valorização do indivíduo que exigem a leitura constitucional da legislação processual, no sentido de adaptá-lo à realidade[5].

O inquérito possui inspiração autoritária, e, como se isso não fosse suficiente, foi influenciado pelo fascista "Código de Rocco". É imprescindível uma leitura crítica do Código de Processo Penal, para que ele seja adequado à Constituição, e não o contrário.

A matriz fascista do atual Código de Processo Penal se adequou perfeitamente ao regime centralizador e autoritário implementado por Getúlio Vargas, no período conhecido como Estado Novo. De se lembrar que os regimes de exceção sempre se interessaram por instrumentos de poder e o inquérito nada mais é do que uma forma de gestão, de exercício de poder, que se difundiu na cultura ocidental, como forma de autenticação da verdade[6].

Fundamentada na primazia do interesse público, a lei processual penal priorizou a segurança em detrimento da liberdade. A Constituição de 1988 rompeu definitivamente com a ideologia repressiva que orientou a legislação processual penal na década de 40, motivada pela supremacia do interesse público frente ao direito individual.

Consequentemente, a ideologia que afasta o investigado dificulta e coloca empecilhos na atuação do Advogado, que também passa a ser visto como importuno e com interesses distintos à mentalidade investigatória utilizada para apontar culpados.

Deve-se caminhar para uma maior eficácia do contraditório e do direito de defesa previstos no art. 5º, LV[7] da Constituição. Tal dispositivo, no que se refere à sua aplicação no inquérito policial tem sido objeto de interpretações absurdamente restritivas. Esse é um ponto básico a ser revisto.

Aspecto de suma importância no presente estudo surge da interpretação do art. 5º, LV da Constituição de 1988, que não deve ser objeto de leitura restritiva, mas de uma leitura adequada à instrução preliminar

---

5 LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 145.

6 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 78.

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

a partir do modelo constitucional de processo, sob a visão do processo constitucionalizado. A confusão terminológica do legislador – em utilizar a expressão *processo judicial ou administrativo* quando deveria ter sido utilizada a expressão *processo judicial ou procedimento administrativo* – não pode servir de obstáculo para a aplicação do referido inciso na instrução preliminar. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na instrução preliminar. Sucede que a expressão utilizada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendido também o indiciado e qualquer imputação. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal – vinculada à ação penal – e com um claro objetivo de proteger o sujeito que será afetado pela decisão[8].

Afastando-se da legislação nacional, já no arcabouço dos Tratados Internacionais, por meio do Decreto n. 678/92, o Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, de 21/11/1969), de modo que suas disposições passaram a integrar o ordenamento jurídico interno nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição. No Brasil, a ampla defesa está consagrada no art. 5º, LV da Constituição, no art. 8.2 da Americana de Direitos Humanos e também no Código de Processo Penal, que dedica o capítulo III do Título VIII do Livro I, dentre diversos dispositivos ao longo de toda a legislação processual. Ainda, a CADH, em seu art. 8º enumera uma série de garantias judiciais, entre elas a publicidade, o contraditório e o direito de defesa, que devem ser observadas no processo penal.

Importante destacar que, quando se fala em contraditório[9] na instrução preliminar[10], está sendo feita alusão ao seu primeiro momento,

---

8 LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 351-352.

9 Na atualidade, a presença de defensor deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e à justiça. Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve adequar-se a esse fim, atuando para sua melhor consecução. Está intimamente vinculado ao direito fundamental da salvaguarda da dignidade humana, obrigando o defensor a uma atividade unilateral, somente a favor daquele por ele defendido. O defensor unicamente tem que vigiar o processo penal para evitar infrações da lei ou injustiças contra seu cliente. LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 360.

10 Ainda que não seja razoável exigir um contraditório pleno na investigação preliminar (seja inquérito ou outra modalidade), até porque seria contrário ao próprio

que é o da informação. Isto porque não há que se falar em contraditório pleno na instrução preliminar porque ainda não existe o processo jurisdicional, a estrutura dialética que caracteriza o processo não está presente de forma plena nessa fase. O direito à informação do que está sendo investigado, importante faceta do contraditório, adquire relevância na medida em que será através dele que o interessado exercerá a defesa[11].

A fase do inquérito policial, que antecede ao processo jurisdicional -penal não recebe a devida importância. Vale lembrar que a maioria dos fatos que chegam ao conhecimento do Judiciário, dá-se através do inquérito policial.

Toda a gama de problemas da instrução preliminar leva também ao descrédito crescente do material probatório colhido nessa fase, podendo acarretar graves consequências na fase judicial, pelo fato de se converter a instrução preliminar em uma fase geradora de provas, destinadas à formação do convencimento do órgão acusador e não do julgador.

Assim, não se conseguindo produzir provas em juízo, lamentavelmente utiliza-se dos elementos informativos obtidos na fase de preliminar, algo absolutamente inaceitável, já que a mesma é produzida sem a observância de princípios do processo.

---

fim investigatório, comprometendo o esclarecimento do fato oculto. O que sim é perfeitamente exigível é a existência de um contraditório mínimo, que de forma concreta garantisse a comunicação e a participação do sujeito ativo em determinados atos. Esse mínimo não afastaria uma participação mais efetiva do sujeito passivo quando, conforme o caso, o segredo interno não se justificasse. LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 293-294.

11 Em decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relator do HC 73.271-SP. o Min. Celso Mello, importante *decisium* foi emitido, coadunando com o estudo ora esposado, sustentando que também ao indiciado devem ser respeitadas as garantias constitucionais: Inquérito Policial – Unilateralidade – A situação jurídica do indiciado. O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro destinatário das diligencias executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja observância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.

A consequência da produção de provas na fase preliminar e seu aproveitamento na fase judicial, é que o juízo irá valorar elementos colhidos em um procedimento preliminar em que predomina o sigilo e a ausência do contraditório e de defesa.

A investigação preliminar ainda desempenha uma função cautelar, que adquire distintos contornos conforme a necessidade da tutela, pois podem ser adotadas medidas que tenham natureza pessoal, patrimonial ou probatória. A produção antecipada de provas pertence à classe das medidas de proteção da prova, pois visa assegurar provas técnicas ou testemunhais.

Pela impossibilidade de repetição em iguais condições, tais provas deveriam ser colhidas pelo menos sob a égide da ampla defesa (isto é, na presença fiscalizante da defesa técnica), posto que são provas definitivas e, via de regra, incriminatórias (exemplos: exame de corpo de delito, apreensão de substância tóxica em poder do autor do fato). Neste sentido, é importante permitir a manifestação da defesa, para postulação de outras provas; solicitar determinado tipo de análise ou de meios; bem como formular quesitos aos peritos, cuja resposta seja pertinente para o esclarecimento do fato ou da autoria[12].

Se o elemento informativo é irrepetível, recebendo o status de prova, com mais razão devem ser observados todos os requisitos formais que a lei exige para a sua produção.

Uma nova realidade constitucional se projetou sobre o processo penal. Embora essa nova leitura da garantia dos direitos fundamentais no processo penal exija que se rompa com o antigo binômio segurança *versus* liberdade, definitivamente, não são apenas esses dois os direitos fundamentais que estão em jogo no processo penal.

No Estado Democrático de Direito a Constituição desempenha função de essencial relevância em relação aos princípios jurídicos. A Constituição pressupõe a existência do processo como garantia e não como instrumento de aplicação do direito material.

O processo constitucional serve não para regular determinado direito, mas sim para estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito, limitando-se a verificar a conformidade da norma vigente frente

---

12 LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a, p. 232.

aos seus princípios[13]. A atuação do processo efetiva-se através do reconhecimento do princípio da supremacia[14] constitucional sobre todas as normas existentes no ordenamento jurídico[15].

Uma leitura principiológica é exigida dos institutos infraconstitucionais. A partir de uma leitura dos princípios constitucionais, fundantes do atual Estado Democrático de Direito, propõe-se uma participação mais ativa e igualitária dos envolvidos e dos advogados durante a realização da instrução preliminar.

Frente à necessária valorização da advocacia e à importância da atuação defensiva antes do início da fase de ação penal, foi criado o Provimento número 188/2018 do Conselho Federal da OAB, cuja finalidade é regulamentar o procedimento para o Advogado fazer investigação e presidir inquérito defensivo – investigação defensiva.

Através do provimento, busca-se demarcar a prerrogativa profissional do advogado na realização de diligências investigatórias para instruir procedimentos administrativos, bem como judiciais, ampliando a atuação do profissional para além de fiscal da atividade investigativa estatal.

O conceito e alcance do instituto encontra-se no art. 1º: Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Fica nítida a proposta de valorização e reconhecimento do trabalho do advogado no sentido de contribuição para o esclarecimento dos fatos e superação da construção unilateral do conhecimento.

---

13 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 346-347.

14 A supremacia constitucional determina que todo o ordenamento infraconstitucional guarde compatibilidade com a norma superior. Virgílio Afonso da Silva sustenta que a ideia norteadora é a proliferação dos efeitos das normas constitucionais a todos o ordenamento jurídico. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

15 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125.

Na busca do conhecimento de forma democrática e participada por todos que podem ser alcançados pelo provimento estatal, o Provimento possibilita ao advogado verdadeira alternativa ao sistema de provas estatais já existente, conferindo a possibilidade de buscar efetivação de princípios constitucionais e mais um passo na superação do modelo inquisitorial no curso das investigações, beneficiando o próprio investigado e, por consequência, o advogado, que detém novos prismas de atuação e concretização do seu importante trabalho.

No entanto, o instituto ainda carece de aprovação legislativa, com inserção na própria Lei Federal número 8.906/94, garantindo a efetividade do instituto e superação do *status* de Provimento, sepultando eventuais alegações de carência de previsão legal.

Conclusão

O tema é complexo e tormentoso, uma vez que para aceitar as propostas apresentadas, necessariamente há que se mudar a mentalidade rotineiramente incontestada da instrução preliminar, já que, em tese, a própria legislação constitucional resolve as controvérsias.

Sendo o inquérito policial de excessiva discricionariedade quanto à sua forma de condução, essa característica faz com que, na maioria das vezes, existam reflexos negativos no mesmo, com o consequente afastamento de princípios constitucionais.

O direito de defesa e a presença do advogado, são direitos naturais e imprescindíveis para a administração da justiça. No entanto, exige especial atenção para a grave consequência de aplicá-lo sem limitações, pois poderia causar um sério risco para as investigações. Inobstante esse problema, a absoluta inexistência do advogado e participação do investigado afasta e fere os mais elementares preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Na instrução preliminar a defesa técnica é limitada, pois limitada também é a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa esteja salvaguardado constitucionalmente, na prática, a forma como continua sendo conduzida a instrução preliminar praticamente não deixa espaço para a defesa técnica atuar, com exceção do *habeas corpus* e do mandado de segurança, apesar de estarem corporificados fora da fase de instrução preliminar. No inquérito policial brasileiro, só existe a possibilidade de

solicitação de diligências nos termos do art. 14[16] do Código de Processo Penal, sendo que a autoridade policial poderá ainda rejeitá-las, sendo extremamente mitigado o espaço para o exercício do contraditório e do direito de defesa, que se "ampla" nada possui.

Busca-se, dessa forma, superar as limitações legais impostas ao trabalho do advogado na fase investigativa, e, por consequência, harmonizar sua atuação com a necessária superação da tradição inquisitorial investigativa.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CORDERO, Franco. *Procedimento penal*. Santa Fé de Bogotá: Themis, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Editora Martins Fontes.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Fundamentos da Instrumentalidade garantista. *4. ed*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

PROVIMENTO 188/18 – Conselho Federal da OAB.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

[16] Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

13

DEMOCRACIA E PROCESSO

Felipe Martins Pinto

A palavra democracia, reiteradamente utilizada no cotidiano, sazonalmente preenche os espaços midiáticos para motivar o comparecimento dos eleitores às urnas e, diante da banalização do uso do vocábulo, o seu conceito parece óbvio e, por ser óbvio, presume-se que a coletividade lhe atribua um mesmo conteúdo, fenômeno este cujo reflexo prático é um frequente divórcio entre o povo e os Poderes constituídos.

No Brasil, não raro, a compreensão do âmbito de incidência da democracia é limitada ao período eleitoral ou ao exercício do direito ao voto, corroborada pela passividade de uma sociedade acomodada na ideia moralista de que participação popular civilizada está restrita ao sufrágio ou a demandas jurisdicionais.

Sublinhe-se que o denso e amplo alcance da democracia não pode estar restrito a uma concepção de democracia política e, muito menos, relegada à simples legitimidade formal de um governo com a singela participação do povo limitada ao voto. Ao contrário, deve irradiar seu alcance

> [...] que a democracia participativa, soube transcender a noção obscura, abstrata e irreal de povo nos sistemas representativos e transcende, por igual, os horizontes jurídicos da clássica separação de poderes.
>
> E o faz sem contudo dissolvê-la. Em rigor a vincula, numa fórmula mais clara, positiva e consistente, ao povo real, o povo que tem a investidura da soberania sem disfarce.[17]

---

[17] BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa:* por um direito constitucional de luta e resitência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 .p. 27.

Apesar das diversas acepções do vocábulo povo, muitas carregadas de simbolismo e até ufanismo, certo é que este elemento essencial do Estado

> "[...] não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão"[18].

A concretização da democracia implica na remoção de obstáculos e bloqueios que restrinjam a participação do povo para viabilizar o exercício de sua soberania.

> O substantivo da democracia é, portanto, a participação. Quem diz democracia diz, do mesmo passo, máxima presença de povo no governo, porque, sem participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis.[19]

Mas em matéria de consolidação democrática, um ponto fundamental, talvez o principal, é a construção de uma cultura que desperte os indivíduos da passividade, submetidos às estruturas postas e às autoridades constituídas e lhes conduza a uma condição de autonomia na qual passem a assumir a efetiva responsabilidade pelos rumos do Estado.

Não se defende uma insurgência anárquica, mas consiste em tarefa fundamental não confundir o salutar e necessário respeito aos Poderes constituídos com uma nefasta e incapacitante subserviência.

No Brasil, a cultura democrática perambula insipiente e convive, dentre outros embaraços, com vetustos saberes jurídicos, convenientes e coniventes com modelos autoritários próprios da história recente do país.

A Direito e os métodos de seu ensino estão muito distantes da proposta de construção de uma democracia. Os acadêmicos de Direito são formados em um curso fortemente conteudista e, não raro, testemunhamos bordões e latinismos serem utilizados como pílulas de saber, com a ingênua e perigosa proposta de objetivar ou simplificar a compreensão do saber jurídico.

---

18 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2002. p. 37.

19 BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 283.

Sem aprofundar na triste e decadente realidade do ensino do Direito, o questionamento a respeito da formação de profissionais com pouco espírito crítico, habituados a reproduzir e não a construir, tem por alvo revolver, dentre outros dogmas jurídicos, a afirmação de que "o povo pode fazer tudo o que a lei não proíbe".

A chamada face privada do princípio da legalidade é uma construção doutrinária inibidora de participação popular. A Constituição Federal, no artigo 5°, inciso II, proíbe qualquer ingerência na vida do indivíduo sem amparo legal[20], mas não emana qualquer comando restritivo de direitos ou liberdades do povo. Não obstante a redação do dispositivo, a doutrina, inerte, manteve a repetição do conceito derivado de um cenário não democrático e transformou aquilo que o Constituinte concebeu como garantia em uma limitação.

A lei é um parâmetro de segurança e previsibilidade, que permite uma análise de riscos prévia a uma tomada de atitude, e não um parâmetro deslegitimador. Tanto assim o é que os tipos penais nem ao menos prescrevem proibições, mas apenas preveem sanções para condutas consideradas ilícitas.

A norma traduz o limite máximo e os parâmetros que norteiam a intervenção do Estado na vida de alguém e, portanto, representa seguridade para a liberdade individual e contenção de força para o Poder.

No momento em que a análise recai sobre condutas mais lesivas e graves como por exemplo um homicídio, a reflexão acima pode parecer descabida e até leviana, mas para fins de raciocínio, consideremos uma pessoa desempregada há 18 meses que está na condução de veículo automotor. O seu telefone celular toca, aparece no visor o número de um dos potenciais empregadores e o seu carro não possui tecnologia para conexão bluetooth.

A situação descrita abre duas hipóteses de reação: não atende por ser uma conduta ilegal, prevista como infração administrativa de trânsito ou atender porque representa uma oportunidade de recolocação no mercado de trabalho.

---

20 Art. 5° […]
[…]
II. ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A tomada de decisão no caso levará em consideração diversos fatores, os quais transcendem um simples e eventual desvalor de violação de "conduta proibida", como por exemplo, o valor da multa, o número de pontos que implicará, pontos que a pessoa já possui vinculados à sua carteira de habilitação, eventuais reservas financeiras ou dívidas que tenha acumuladas e, ao final, ocorrerá uma análise de custo benefício e não simplesmente uma apreciação moral binária de certo e errado.

A escolha de praticar a conduta prevista como ilícita pode ser legítima, sendo que o indivíduo assume o risco de sofrer as consequências legalmente positivadas, sejam elas sanções pecuniárias, obrigações de fazer ou penas privativas de liberdade.

Assim, o indivíduo é livre na escolha de se autodeterminar e quando a conduta representar uma violação, o Estado deve intervir para apurar e, eventualmente, punir.

Atualmente, a democracia está inserida em uma "sociedade aberta"[21] e plural, prenhe de diversos grupos sociais com práticas, relações, valores, tradições e identidades culturais distintos entre si, uma sociedade multicultural.

Eventuais necessidades e as medidas de tempo para satisfação dos direitos de cada um são fruto do respectivo contexto de vida e, dessa forma, há uma profunda incoerência na proposta unívoca de solução de conflitos e acesso a direitos apenas e tão somente a partir das estruturas instituídas, normalmente o processo ou as formas autônomas: arbitragem, mediação e conciliação.

Tanto se fala em democracia e, justamente no aspecto que mais direta e incisivamente interessa ao indivíduo: o acesso ou a privação de direitos, tolhe-se a autonomia e a liberdade.

Convivemos com um discurso hermético que constrange o indivíduo a se submeter ao Estado como condição de acesso a direitos, inclusive aqueles que são fundamentais e, simultaneamente, deslegitimam a autotutela como se fosse um sinônimo de violência e incivilidade.

Talvez menos "ciência jurídica" e um pouco mais de sabedoria popular possam fazer bem à Democracia e nesta linha, "cada um sabe onde aperta o seu calo". Por isso, a importância de cada indivíduo ter a consciência de seu potencial de intervenção na realidade e de sua responsabilidade tanto pelas ações quanto por omissões.

---

21 HÄBERLE, Peter. Op. cit.

Não condiz com uma democracia inciativas ou discursos que busquem uma delimitação prévia e *numerus clausus*, dos meios de participação do povo na realização dos atos de Poder ou na efetivação de seus direitos.

Nesta altura do texto, faz-se necessária uma breve observação, pois não gostaria de transmitir a sensação de que este artigo tenha por alvo um singelo fomento à violência ou à barbárie, pois a proposta é justamente retirar os condicionamentos pré-concebidos e limitadores da autonomia dos indivíduos. Uma eventual indução a uma reação necessariamente violenta conduziria ao mesmo vício identificado na crítica à utilização de meios oficiais como instrumento exclusivo para o acesso a direitos.

No entanto, não foram raros os episódios na história recente nos quais parcelas da população resistiram, protestaram e manifestaram, inclusive com o uso de força física e abaixo indicamos alguns exemplos:

2001 **Argentina:** o presidente Fernando de la Rúa renunciou após 36 horas de protestos violentos, deflagrados a partir da decisão do governo de confiscar os depósitos bancários dos cidadãos para pagar a dívida externa.[22]

2006 **França:** houve uma série de protestos contra a lei do primeiro emprego na França, em que jovens depredaram e saquearam mais de uma centena de supermercados, lojas e residências, 26 mortos, centenas de feridos, tendo, por fim, obtido a revogação da lei.[23]

2010 **Primavera Árabe:** a divulgação pela internet do episódio no qual um vendedor ambulante de frutas tunisiano, desesperado com intimidações e abusos, ateou fogo no próprio corpo fomentou uma série de protestos contra o desemprego e a corrupção. Além da derrubada do ditador *Zine El Abidini Ben Ali, a mobilização popular na Tunísia* se espalhou para outros países do oriente médio e norte da África: Líbia, Egito, Argélia, Iêmen, Marrocos, Bahrein, Síria, Jordânia e Omã.[24]

2019 **Chile:** diante de um aumento de tarifas no transporte público, chilenos foram às ruas e houve destruição de estações de

22 https://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj2112200101.htm.

23 http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u94176.shtml.

24 https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55379502.

metrô. A pauta cresceu apesar da reação violenta das forças policiais e, ao final, o Presidente Sebastian retrocedeu no aumento das tarifas e anunciou um pacote de medidas econômicas.[25]

2019 **Equador:** após a decisão do presidente Lenín Moreno de extinguir subsídios sobre combustíveis, manifestantes paralisaram o Equador. Não obstante os cortes atenderem às exigências de ajuste fiscal em troca de empréstimos de mais de US$ 4,2 bilhões negociados com o FMI (Fundo Monetário Internacional), o Presidente acabou cedendo às demandas e suspendeu o corte nos subsídios.[26]

2020 **EUA:** desde a morte do jovem negro George Floyd em 25 de maio, milhares de pessoas foram às ruas manifestar contra o racismo em várias cidades americanas. Os protestos duraram meses, houve depredação de patrimônio, saques e confrontos com a polícia.[27]

A emancipação defendida para o povo, certamente, exigirá a intervenção estatal diante de excessos e, neste ponto, surge a importância do processo em uma democracia, pois a estrutura de poder jamais pode agir com a liberdade regente das atitudes populares.

As estruturas oficiais têm por dever coibir toda sorte de abusos e ilegalidades praticados e, neste ponto, são necessárias duas observações: em primeiro lugar a autotutela, ainda que violenta, não pode a priori ser qualificada como indevida e, além disso, em situações nas quais for necessária a intervenção punitiva do Estado, a observância estrita da legalidade é condição indeclinável de legitimidade.

Ao contrário, os Poderes constituídos, em todas as suas esferas e estratos, são submetidos aos parâmetros e regras fruto da vontade popular e dos conteúdos advindos dos tratados de direitos humanos, cabendo destacar que são estes últimos os únicos moduladores e balizadores da vontade do povo.

Neste sentido, o Estado, quando obrigado a intervir na esfera de direitos e interesses dos indivíduos, precisa, inexoravelmente, agir

---

25 https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50300490.

26 https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49977948.

27 https://exame.com/mundo/ com-caminho-desafiador-mike-pence-discursa-em-3o-dia-de-convencao-nos-eua/.

vinculado ao ordenamento, parâmetro jurídico para aferição da vontade do povo.

A intervenção estatal fora da legalidade para imposição de sanção implica em ruptura democrática. Em matéria de aplicação do jus puniendi, nos casos em que o desidério popular vem da boca da autoridade e o bom senso ou a ponderação substituem a legalidade, já se pode observar a silhueta do autoritarismo.

Prudente e sensata a representação do processo penal como sismógrafo[28] ou termômetro[29] do modelo de Estado, pois os déspotas na história do mundo não se confessaram ditadores, mas ao contrário, costumavam assumir um papel de paladinos da sociedade e perseguidores de criminosos, ou seja, a opressão surgia escamoteada no combate desmedido ao crime. A pretexto de resguardar e tutelar, o jus puniendi descontrolado se prestava a sufocar descontentes, minar resistências e engessar transformações sociais, principalmente aquelas que pudessem questionar a ordem estabelecida.

O processo penal representa a intervenção mais direta e efetiva do Estado na vida dos cidadãos e, por isso, permite a identificação das diretrizes do poder político, na medida em que evidencia os elementos autoritários e democráticos.

O processo é o instrumento indispensável para o Estado sancionar direitos de uma pessoa, especialmente, a liberdade de locomoção e, ao se lançar mão da expressão processo, contempla-se tanto a sua condição de sequência "atos previstos e valorados pelas normas"[30], quanto a oportunidade de participação "na simétrica paridade de suas posições"[31] com igualdade de oportunidades entre si.

Assim, o respeito aos conteúdos constitucional e legal que conferem sentido ao processo permitem que o indivíduo, nas hipóteses em que se vislumbrar uma situação potencialmente antijurídica, possa participar

---

28 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003. p. 10.

29 GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del processo penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67.

30 No original: atti, quali previsti e valutati dalle norme. In: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 2001. p. 78.

31 No original: nella simmetrica parità delle loro posicione. In: FAZZALARI, Elio. Op. cit. p. 83.

efetivamente da construção dos atos que aferirão a eventual relevância jurídica do fato e a correspondente responsabilidade.

Portanto e para responder à provocação do título, o papel essencial do processo em uma democracia é consistir no único instrumento válido e legítimo para a imposição de sanções oficiais ao indivíduo, especialmente, quando se tratar de natureza criminal, pois permite que o provimento final seja construído com segurança jurídica e viabilizando a participação concreta daquele que será diretamente afetado pelo ato de poder.

14

TRIAL BY MEDIA
O advogado e o julgamento no tribunal da opinião pública

Guilherme Brenner Lucchesi

Introdução

A defesa técnica deve ser feita nos autos do processo. Essa é uma máxima que não comporta maior discussão, sendo a diretriz ética dada à advocacia por seus regulamentos deontológicos. Não é dada à advocacia a participação em meios de comunicação em massa, nos termos dos arts. 42 e 42 do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Percebe-se, contudo, uma nítida tendência no âmbito da persecução penal de levar o debate a respeito do processo e da culpa do acusado para a arena do "Tribunal da Opinião Pública", além dos muros do foro jurisdicional e pretensamente fora do seu âmbito de controle.

Não raro, principalmente nos crescentes casos das chamadas "operações" – o que se potencializa e é lançado como tendência a partir da operação "Lava Jato" –, a imprensa é a primeira destinatária das informações coletadas pelas agências de controle social. Enquanto as defesas acodem os seus clientes, alvos de medidas de busca e prisões, as informações sensíveis sobre o caso são compartilhadas em sessões de "coletivas de imprensa". Não raro jornalistas e membros da "nova mídia" (blogs e similares) recebem acesso a pedidos e decisões judiciais antes do protocolo de habilitação feito pelas defesas técnicas.

O objetivo parece ser claro: preparar o julgamento do caso penal na mídia, a fim de pressionar os órgãos jurisdicionais, pela pretensa "gravidade dos crimes", a não conceder decisões favoráveis à defesa dos investigados. Passa a haver dois julgamentos simultâneos: um julgamento judicial e outro perante a opinião pública.

O novo foro de atuação advocatícia: o Tribunal da Opinião Pública

Essa nova arena de exercício da defesa, *oportuniza* e *desafia* (esses dois aspectos são relevantes) o advogado a um novo tipo de atuação: a relacionada à mídia e aos meios de comunicação. A frequência crescente na qual investigações e processos, principalmente aqueles de natureza criminal e/ou política, têm passado à arena da opinião pública por meio da mídia não mais permitem que o advogado relegue suas manifestações apenas aos autos do processo.

Não raras são as vezes em que o causídico é constituído justamente quando os primeiros desdobramentos de uma operação adquirem grande repercussão midiática. Também comuns são os casos em que o advogado já constituído, antes mesmo de ter a oportunidade ou a intimação para manifestação no processo, já está sendo buscado pelos meios de comunicação para a emissão das famosas "notas à imprensa".

Disso surge – ou melhor, *deve surgir*, para os profissionais seriamente comprometidos com a defesa diligente e os parâmetros éticos da profissão – o seguinte questionamento: o que fazer? Por um lado, a rápida disseminação de informações possivelmente danosas à reputação do cliente e ao futuro do caso podem exigir rapidez na resposta. Não se pode deixar que o julgamento popular do cliente seja feito à sua revelia. Por outro, propagar o debate na seara da mídia pode justamente adicionar combustível ao foco de incêndio.

Alguns parâmetros que devem ser considerados pelo advogado, quando da tomada de tais decisões, serão brevemente descritos na seção seguinte.

Os necessários limites éticos aplicáveis ao advogado no cenário

Ao tratar da ética no exercício da profissão, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906, de 1994) estabelece que o advogado deve agir de forma que o torne *merecedor de respeito* e que *contribua para o prestígio da classe* (art. 31). Isso implica "cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina", o qual regula, dentre outros aspectos do exercício, a publicidade (art. 33, § 1º, EOAB).

O atual Código de Ética – aprovado pela Resolução n. 2/2015, do Conselho Federal da OAB – dedica todo o seu Capítulo VIII ao regramento

referente à publicidade. A principal diretriz, de cujo teor advêm as demais regras do Capítulo, é a de que a publicidade *deve ter caráter meramente informativo* e deve *primar pela discrição e sobriedade*, sendo vedadas a *captação de clientela* e a *mercantilização da profissão*.

Afora as manifestações tendentes à captação de clientela e a indução ao litígio (também vedada, no art. 41), é vedado ao advogado "responder com habitualidade a consulta sobre matéria jurídica, nos meios de comunicação social" (art. 42, I), "debater, em qualquer meio de comunicação, causa sob o patrocínio de outro advogado" (art, 42, II) e "insinuar-se para reportagens e declarações públicas" (art. 42, V).

Da leitura conjugada desses dispositivos (bem como dos demais, que ora não são especificamente descritos por brevidade), retira-se que não é vedado ao advogado responder, manifestar-se ou até mesmo conceder entrevista sobre caso sob seu próprio patrocínio, desde que de forma ocasional, não *provocada* e que não se travista de promoção pessoal e/ou captação de novos clientes. Como indicado acima, as diretrizes fundamentais estabelecidas nos arts. 31 e 33 devem sempre ser observadas nos casos de manifestação pública do profissional.

Não lhe sendo absolutamente vedada a manifestação do advogado sobre caso concreto sob seu patrocínio, arrisca-se a afirmar que *deverá* o advogado fazê-lo quando, no melhor interesse do cliente e da causa, for necessário contrapor-se à versão inicial e unilateral que chegar ao conhecimento popular por meio dos meios de comunicação. Poderá – ou deverá, a depender do caso – fazê-lo então como um meio de exercício efetivo do direito de defesa, pois, em muitos casos, o *julgamento* – em especial da *reputação* do cliente – tem início antes mesmo da primeira manifestação do advogado nos autos.

A atuação deverá, nesses casos, ser polida, respeitosa à classe e ao prestígio da atividade e, principalmente, *reativa*, como manifestação justa e frequentemente necessária do direito de defesa. Mais sobre o porquê disso será descrito abaixo.

O outro lado da balança: a proximidade entre os órgãos de persecução penal e a corte da opinião pública

Complementando o que se expôs acima, acerca da possibilidade e necessidade de manifestação do advogado em meios de comunicação, tem-se o outro lado dessa *balança*: esse novo cenário advém não somente da evolução e da crescente velocidade dos meios de comunicação mas

também, e talvez principalmente, da crescente proximidade entre os órgãos de persecução penal e os meios de comunicação. E, consequentemente, a população.

No cenário pátrio, o "novo normal" das grandes operações e os megaprocessos têm sido as notícias urgentes, as filmagens ao vivo de diligências de busca e apreensão e prisões, as coletivas de imprensa. Desde que grandes figuras da política e das maiores empresas do país viraram alvos da justiça criminal, viraram também os "vilões" da opinião pública geral.

A massiva repercussão popular que a persecução penal tem alcançado nesse contexto confere ao combate à criminalidade – principalmente à corrupção – ares (por vezes *declarados*) messiânicos. Isso conduz, por uma série de motivos (muitos sujeitos apenas à especulação) a uma aproximação crescente entre a mídia, as polícias e o Ministério Público.

A distância e um certo *temor* que Delegados de Polícia e Promotores de Justiça inspiravam na população foram substituídas pelos apelidos, pelas camisetas personalizadas, pelos votos em disputas eleitorais. Agentes públicos encarregados *de um dos aspectos* (certamente não *o único*) do cumprimento da lei viraram, de repente, heróis populares. Tudo isso potencializado pela proximidade entre tais órgãos públicos e os grandes meios de disseminação de informações.

Mas isso não é tudo. As consequências dessa relação triangular – agentes de persecução, mídia, população – não se manifestam apenas no Tribunal da Opinião Pública. Há efeitos diretos e nocivos nas investigações e nos processos. Um exemplo inegável é a inversão da ordem do fluxo de informações: frequentemente os advogados ficam sabendo das decisões e andamentos processuais depois dos meios de comunicação e da própria população atenta às notícias de última hora. Vários são os advogados que antes mesmo de receberem cópia da última decisão do feito recebem as ligações dos grandes meios de comunicação, perguntando "se a defesa deseja se manifestar sobre a decisão". Imagina-se que nenhum advogado, nessa situação, tenha pedido ao jornalista que lhe encaminhasse cópia da decisão. Mas *poderia*.

Na maioria das vezes, não é possível identificar qual foi a origem da disseminação inicial das informações processuais que antes chegam aos jornais do que aos advogados. Há muitos interesses envolvidos para que se aponte o dedo em uma única direção. Mas é fato que a relação demasiadamente amistosa que a mídia tem mantido com os órgãos de persecução penal

serve aos interesses de ambas essas pontas do triângulo: a mídia dá movimento às suas próprias engrenagens e os órgãos de persecução, aos olhos da população, tornam-se o "time da casa". Não raras são as declarações expressas de procuradores/promotores (e até juízes) acerca da *indispensabilidade da opinião pública* nos julgamentos de grandes processos criminais.

Os desafios atuais e futuros: juízes julgados e penas populares

Enquanto os Delegados de Polícia e Promotores de Justiça usufruem da visibilidade que a mídia lhes confere, o mesmo nem sempre se dá com os juízes responsáveis pelo julgamento dos casos midiáticos. Quando o processo vem ao gabinete para prolação da decisão, a corte da opinião pública muitas vezes já proferiu a sua. E a pena, a depender do caso, pode cair sobre o próprio Judiciário. Exemplos recentes que demonstram bem esse fenômeno são as vaias e hostilidades que vários Ministros do Supremo Tribunal Federal já receberam – certamente decorrendo de decisões que tinham proferido recentemente – nos mais variados tipos de locais públicos.

A quem decide, a publicidade frenética dos casos judiciais famosos confere nem sempre a simpatia aos olhos populares (como muitas vezes acontece com os policiais e promotores), mas muitas vezes o contrário. Nem sempre o que se decide é compreendido ou é do agrado do público. Na maioria das vezes, decisões de soltura, reconhecimento de nulidades processuais, sentenças absolutórias e recursos providos nos tribunais superiores são os fatores que desencadeiam a condenação do julgador na corte da opinião popular. Juízes, Desembargadores e Ministros são, antes e acima dos nobres cargos que exercem, *seres humanos*. É impossível acreditar que esse contexto não acabe influenciando em suas convicções, posicionamentos e decisões.

Solução de um paradoxo: observação da experiência comparada

Como visto, esse perverso sistema de antecipação de julgamento pelo Tribunal da Opinião Pública cria para o advogado uma situação de difícil equilíbrio: como reagir a um julgamento popular e preparar a defesa judicial, mantendo-se firme aos ditames deontológicos que regem a advocacia? Há aqui um paradoxo: devido à plenitude de defesa, o advogado é inviolável por suas manifestações nos autos em favor de seu constituinte. O regime ético-disciplinar da advocacia concede ampla margem

para a atuação profissional, desde que em juízo. A muitas vezes necessária defesa perante os veículos midiáticos não possui o mesmo grau de proteção, estando sujeita a um grau de escrutínio mais elevado.

Para além disso, há um outro problema, ainda mais grave. Ainda que a versão do acusado seja imprescindível para a formação de uma opinião pública favorável, não se pode acreditar que a defesa terá o mesmo espaço e visibilidade que a acusação que é lançada. Já nos disse Monteiro Lobato: "Para o público só vale a acusação, a calunia inicial. Se vem defesa, todos pulam por cima, não a lêm." Uma defesa midiática, portanto, dificilmente terá o mesmo êxito que uma acusação midiática. A publicidade opressiva de julgamentos criminais tende a favorecer apenas a tese da acusação.

O que se deve fazer, portanto e para o fim de assegurar a necessária paridade de armas também no Tribunal da Opinião Pública, é conter a possibilidade de comunicação dos órgãos da persecução penal com a imprensa.

Essa é uma experiência adotada, com algum grau de sucesso, nos Tribunais dos Estados Unidos da América. No caso *Sheppard v Maxwell* (384 U.S. 333), julgado pela Suprema Corte Americana ainda em 1966, decidiu-se que "a colaboração entre as partes e a imprensa quanto a informações que afetem a justeza de um julgamento criminal não apenas está sujeita a regulação, como também é altamente censurável e digna de medidas disciplinares."

Devido ao direito constitucional ao *trial by jury* nos Estados Unidos, a preocupação maior é sempre com a contaminação do potencial corpo de jurados, que assiste aos noticiários. Considerando-se, contudo, a humanidade de nossos julgadores togados, a mesma preocupação deveria valer, no sentido de preservar magistrados de um prejulgamento popular dos casos penais.

Nos Estados Unidos, a sanção disciplinar aos membros da acusação pode ser severa. Sendo os *prosecutors* também advogados, sujeitos às mesmas regras disciplinares que regulam a advocacia privada, casos de abuso das relações com a mídia podem levar à perda da habilitação para exercício da profissão (*disbarrment*). Um maior rigor no regime disciplinar dos membros do Ministério Público e das autoridades policiais certamente favoreceria um maior equilíbrio na atuação perante o Tribunal da Opinião Pública.

Contudo, a sanção disciplinar dos agentes da persecução penal – assim como a sanção disciplinar a advogados – não tem o condão de reestabelecer a liberdade a um acusado que tenha sido indevidamente prejudicado em um julgamento midiático. Uma sanção posterior, ainda que possa servir como justa retribuição a um comportamento indevido e até como dissuasão de outras condutas similares, é incapaz de reparar o dano causado.

É possível uma mudança de perspectiva quanto a esse ponto. No caso *Sheppard v. Maxwell*, a Suprema Corte determinou que as instâncias inferiores empregassem mecanismos capazes de assegurar ao acusado um julgamento justo. Tendo havido o requerimento de restrição de comunicações entre a acusação e a mídia, a ausência de controle sobre o que era compartilhado com a imprensa resultou em uma ofensa ao direito a um julgamento justo, resultando na nulidade do julgamento condenatório.

Fosse a mesma lógica empregada no Brasil, o comportamento nocivo ao estado de inocência do acusado poderia resultar na declaração de nulidade de julgamentos em que houver abuso do direito à informação. Para tanto, será necessário rediscutir o regime das nulidades no processo penal brasileiro, tímido em reconhecer prejuízo à instrução até mesmo diante da inversão de fórmulas legais.

15

O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI N. 13.964/2019 E A RESTRIÇÃO DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NA FASE DA INVESTIGAÇÃO

Guilherme San Juan Araujo
Vitor Alexandre de Oliveira e Moraes

A Lei n. 13.964/2019 – conhecida como "Pacote Anticrime" – trouxe inúmera alterações legislativas, seja sob aspecto processual ou material no que diz respeito a esfera penal.

A exemplo disso é o conteúdo normativo prescrito no artigo 3-A do Código de Processo Penal, que veio para afastar qualquer dúvida sobre a aplicação do sistema acusatório na legislação pátria:

> "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

No entanto, para questionar este e outros dispositivos com viés garantista, o Podemos e Cidadania propuseram perante o Supremo Tribunal Federal uma Medida Cautelar no bojo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 6.299, distribuída sob a Relatoria do Eminente Ministro Luiz Fux.

Ao analisar a cautelar em questão, este e outros dispositivo da nova lei tiveram sua eficácia suspensa, o que impediu, ao menos por ora, a adoção do modelo acusatório no sistema processual brasileiro

Os sistemas processuais

A doutrina traz dois modelos históricos, o primeiro deles é o acusatório, que tem origem no sistema romano, e o segundo é o inquisitorial, cuja origem remonta o Direito Canônico medieval e os procedimentos da inquisição[1].

---

[1] Vide SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens Históricas dos Sistemas Acusatório e Inquisitório. *In:* NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). Teoria Geral do Processo Penal – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Tradicionalmente, apontava-se como a principal diferença entre os sistemas acusatório e inquisitorial a reunião dos poderes de acusar e julgar no magistrado (inquisitorial), ou sua separação, com a introdução da figura do Ministério Público. Já doutrinas mais modernas, como a de AURY LOPES JR[2] preconizam que a diferença fundamental reside justamente na gestão probatória. Assim, de acordo com esta corrente, a distinção estaria na faculdade de o magistrado ter o poder de *ex officio* produzir provas (sistema inquisitorial) ou de apenas as partes do processo terem a faculdade de produzir as provas (sistema acusatório).

No Brasil, as peculiaridades de nosso sistema bifásico, dividido em investigação e ação penal levaram muitos doutrinadores a classificarem nosso sistema processual como misto. PAULO RANGEL[3], por sua vez, estabelece que esse caráter misto derivaria da fase investigativa possuir características inquisitórias, com o Juiz presidindo a coleta de provas, enquanto posteriormente, já na ação penal, as partes passariam a conduzir a produção probatória para que o magistrado julgasse o feito.

O que se denota é que com o advento do artigo 3-A do Código de Processo Penal, cuja vigência está suspensa, aparentemente o Brasil caminha para adotar o sistema acusatório.

Da investigação preliminar e seu caráter instrumental

Embora o Código de Processo Penal discipline expressamente apenas o inquérito policial, é certo que a investigação assume diversas formas. Especialmente no Direito Penal Econômico, essa coleta preliminar assume diversas formas, como exemplos o procedimento investigatório criminal do Ministério Público, investigações privadas ou derivadas de *compliance* e procedimentos administrativos de órgãos como a Receita Federal, o Banco Central e o CADE.

Essencialmente todas essas formas possuem características comuns, principalmente de observarmos sob a ótica da aplicação de medidas cautelares, diversas ou não da prisão, já que todas demandam tutela jurisdicional e essencialmente são procedimentos antecedentes e preparatórios ao processo penal. Tais apurações são dotadas de duas características principais: a autonomia e a instrumentalidade[4].

---

2 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 74-79.

3 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

4 LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal – 5. ed. – São Paulo, Saraiva, 2013, p. 93-100.

A autonomia se verifica ao passo que é possível existir a ação penal sem uma investigação preliminar e, ao reverso, por uma investigação não desencadear um processo. A instrumentalidade por sua vez se reflete em seu caráter garantidor da eficácia da Justiça. Ou seja, é o momento de se obter os elementos que permitirão ao acusador avaliar a sua pretensão acusatória, bem como ao juiz decidir se determinada acusação é juridicamente viável.

Por consequência, se a investigação é instrumental ao processo, não podem estar fundados em princípios diferentes. Isso não significa que cada momento poderá ter regras e características diversas. Significa apenas que, se o processo é acusatório, exigindo-se que a prova seja feita pelas partes, não pode a investigação preliminar permitir o *ativismo* judicial.

Na apuração dos delitos econômicos, a importância da fase pré-processual tem se tornado ainda maior[5]. Com o advento das grandes operações, grande parte dos elementos de informação são obtidos ainda durante a fase oculta das investigações, em que os procedimentos ainda correm sob sigilo, em função de diligências em andamento. Após, há o início da fase ostensiva com a decretação de medidas cautelares em face dos investigados e após toda a fase de investigação ser concluída é finalmente oferecida a denúncia

Isso significa dizer que, no Direito Penal Econômico, boa parte das provas serão obtidas ainda durante a fase pré-processual, dentre as quais quebras telefônicos, telemáticos, financeiros, de dados, além de buscas e apreensões de documentos, laudos contábeis etc., colheitas de depoimentos, ou seja, todos eles elementos importantíssimos à futura convicção do julgador foram previamente autorizados e colhidos pelo magistrado que futuramente jugaria o processo e reanalisaria a o respeito à legislação para a colheita da prova na fase investigatória, inclusive a preocupação quanto a cadeia de custódia.

Elogiável então, nesse aspecto, as inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 ao simultaneamente consagrar expressamente o sistema acusatório e vedar a atuação do magistrado que atuou na fase investigativa atuar também na fase judicial.

---

5 MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 279-230, maio/jun. 2015

Dos Poderes do Juiz na Fase Investigatória

É certo que desde antes do *pacote anticrime*, parte relevante da doutrina defendia já estarmos inseridos no sistema acusatório, como consequência lógica do Estado Democrático de Direito e do Princípio do Contraditório e Ampla Defesa, como norteadores de todo processo criminal.

Por outro lado, há também respeitável posição no sentido de compatibilizar o sistema acusatório com a produção de provas *ex officio* pelo Juiz. A esse respeito, GUSTAVO BADARÓ[6] defende que, embora o magistrado não possa se comportar como um *buscador* de fontes de provas, não haveria problema em uma atuação judicial suplementar[7].

Entretanto, caso o Plenário do Supremo Tribunal Federal decida por conceder vigência ao artigo 3-A, do Código de Processo Penal, restaria clara a vigência do sistema acusatório, e o seu núcleo fundante: a inércia do juiz na produção probatória, especialmente na fase investigatória.

Não se olvida que um dos principais impedimentos à adoção efetiva do modelo acusatório na sistemática brasileira seja a persistência de um código processual do ano de 1941, de verniz inquisitório e autoritário[8]. A incapacidade de uma reforma global, suprida por alterações módicas e esparsas traz alternativas para a persistência de decisões judiciais incompatíveis com o modelo pretendido pelo legislador constituinte de 88.

Neste caso, a situação se agrava a medida que o legislador deixou de realizar todas as alterações decorrentes do postulado acima, excluindo do texto legal qualquer possibilidade de produção probatória *ex officio*. Sobretudo porque a interpretação constitucional não foi capaz de extirpar da prática forense os resquícios inquisitórios.

Destacável, então, a alteração do artigo 282 do Código de Processo Penal que excluiu a possibilidade do Juiz decretar medidas cautelares sem

---

6 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal,* 6. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018

7 Vide também: MISAKA, Marcelo Yukio. Os poderes instrutórios do juiz na investigação preliminar. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). Limites Constitucionais da Investigação – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

8 VIEIRA, Antônio; PEIXOTO, Carolina. De qual reforma processual penal precisamos? *In:* RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. *Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime".* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

requisição prévia das partes. Infelizmente, não houve o mesmo cuidado com outros pontos do próprio *códex* adjetivo e da legislação extraordinária.

Um exemplo é manutenção da redação do artigo 156, que traz a possibilidade de determinação de provas pelo magistrado. Ao menos em relação ao seu inciso I, o qual disciplinava a produção antecipada *ex officio*, não deveriam parar dúvidas de sua revogação tácita, uma vez que se trataria da interferência judicial na coleta de elementos no momento pré-processual.

Destarte, há de prevalecer uma interpretação sistemática da legislação. Especialmente na investigação preliminar, não poderemos continuar a admitir a intervenção do juiz na produção provas sob o argumento de que há previsão autorizadora específica, quando o legislador colocou como elemento norteador a vedação a tanto.

Em se tratando de criminalidade econômica, isso ganha especial relevo. Por exemplo, é sabido ser comum que, ao decretar busca e apreensão de uma empresa, o Juiz acrescente outros endereços do grupo econômico. Com a alteração, resta indubitável que a decisão judicial deverá estar restrita ao requerimento do Ministério Público, ou quiçá à representação da autoridade policial.

Igualmente, não é possível o Superior Tribunal de Justiça continuar ratificando a decretação de interceptações telefônicas de ofício pelo juízo, até mesmo sem a prévia manifestação do *Parquet*[9]. Pelo mesmo raciocínio, o Judiciário não poderia suprir eventual inércia do Ministério Público em pleitear a prorrogação de tal medida, concedendo-a espontaneamente.

Em suma, a inovação legislativa resolveria uma extensa descrição doutrinária e jurisprudencial ao consagrar, ao menos durante a investigação preliminar, a inércia do magistrado. Tal dispositivo, inclusive, encontra-se em perfeita consonância com a Constituição Federal e especialmente com o Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.

E, além de melhor resguardar os direitos do acusado – função última do processo penal –, também se revela mais adequada do ponto de vista da eficiência. Isso porque o caráter dialético típico do contraditório favorece o esclarecimento dos fatos e a reunião de elementos de prova.

---

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 141.542/SC – Santa Catarina. Relatora: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Sexta Turma. Acórdão publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 17 de outubro de 2012

Conclusão

A doutrina e a jurisprudência nacional longamente se dedicaram a estabelecer qual seria o sistema processual em vigor no Brasil. Por conseguinte, discutiam-se quais seriam os reflexos disso na delimitação dos poderes instrutórios do Juiz.

De certa forma então, a inovação legislativa trazida pela Lei n. 13.964/2019 assenta a questão ao estabelecer o sistema acusatório como fundamento de todo o regramento processual. E mais, em relação à fase pré-processual, elimina qualquer possibilidade de o Juiz atuar na produção de provas, salvo quando for necessária sua tutela jurisdicional, e sempre atendendo ao requerimento das partes e respeitando o juiz de garantias e o juiz que atuará na fase do processo penal.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 141.542/SC – Santa Catarina. Relatora: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Sexta Turma. Acórdão publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 17 de outubro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 6.299. Decisão proferida pelo Ministro Vice-Presidente Luiz Fux. Decisão publicada no *Diário de Justiça Eletrônico* em 31 de janeiro de 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *In: Boletim IBCCRIM*, n. 251, v. 21, 2013, p. 5-6.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 23, n. 114, p. 279-230, mai./jun. 2015.

MISAKA, Marcelo Yukio. Os poderes instrutórios do juiz na investigação preliminar. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitório. *In:* NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org). Teoria geral do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VIEIRA, Antônio; PEIXOTO, Carolina. De qual reforma processual penal precisamos? *In:* RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. *Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime"*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

16

ADVOCACIA CRIMINAL E DOGMÁTICA PENAL

Defesa de um diálogo necessário a partir da crítica do Recurso Especial n. 1.613.260-SP. E de sua proposta quanto ao conteúdo do elemento subjetivo do tipo de gestão temerária de instituição financeira[1]

Gustavo Henrique de Souza e Silva

1. Introdução. 2. Síntese da decisão quanto à discussão sobre o conteúdo do elemento subjetivo do tipo de gestão temerária de instituição financeira. 3. Análise crítica. 4. Conclusão. 5. Referências.

Introdução.

Convocação do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG, instituição centenária que reúne os pró-homens das ciências jurídicas de Minas e do Brasil, sempre foi, para nós, irrenunciável.

Em que pese ser obrigação a ser atendida, não se conota como fardo a ser carregado, pelo contrário, é motivo de exultação, em especial tratando-se de convite advindo dos advogados criminalistas e professores Leonardo Augusto Marinho Marques, Luciano Santos Lopes e Felipe Martins Pinto.

---

[1] Parte deste estudo decorre de pesquisas feitas no curso Temas de Direito Penal – Conteúdo do Dolo e Imputação Subjetiva nos Delitos Empresariais, ministrando no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pelo Professor Doutor Frederico de Almeida Horta.

É justamente o histórico profissional de quem nos fez o chamado para participar da obra "O sistema de justiça penal visto por nós advogados" a fonte de inspiração para nossa singela contribuição, uma breve reflexão sobre a necessária aproximação entre a advocacia criminal e a dogmática penal, a partir da análise crítica de um julgado em particular.

Como fazem os coordenadores desta obra, tanto na academia, quanto na advocacia, em sua bem sucedida carreira, não há como construir um sistema penal que de fato concretize os valores democráticos, a nós tão caros, sem partir do alicerce de uma reflexão científica orientada pelo estudo profundo dos institutos da dogmática penal e processual penal.

Como exemplo dessa premissa que se propõe como uma reflexão geral, analisar-se-á decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial registrado sob n. 1.613.260-SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura,[2] especificamente em relação ao conteúdo do elemento subjetivo do delito de gestão temerária de instituição financeira.

Pretende-se, com tal análise, demonstrar a importância de se discutir, como proposta de solução a um caso concerto, teorias que ocupam a ordem do dia do debate acadêmico, aproximando-se a advocacia criminal da dogmática penal e, via de consequência, aprimorando-se o sistema de justiça.

Síntese da decisão quanto à discussão sobre o elemento subjetivo do tipo de gestão temerária

Trata-se de Recurso Especial aviado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, em sede de apelação, houve por condenar o então Apelante pela prática dos crimes previstos artigo 4º, parágrafo único,[3] e artigo 5º, parágrafo único[4], ambos da Lei n. 7.492/86.[5]

---

2 **RECURSO ESPECIAL n. 1.613.260/SP**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 09/08/16.

3 "Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa".

4 "Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito".

5 Em primeiro grau o Recorrente foi condenado como incurso nos artigos 6º e 17, *caput*, da Lei n. 7.492/86. Em segundo grau foi dado parcial provimento à apelação do

Para o que interessa ao presente artigo, alegou o Recorrente violação ao artigo 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86 (delito de gestão temerária de instituição financeira), porquanto a decisão recorrida teria tratado referido tipo como se delito culposo fosse.

Registre-se que o Recurso Especial teve seguimento negado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, motivando a interposição de Agravo de Instrumento, ao qual também foi negado seguimento em decisão monocrática da Presidência do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Sobre esta decisão foi manejado Agravo Regimental que, em razão da amplitude e relevância da matéria discutida foi, por decisão da Ministra Relatora, convertido em Recurso Especial.

Esse histórico processual impõe dois registros em relação aos sujeitos atuantes na lide, cujo comportamento proporcionou a desejada aproximação entre a advocacia criminal e a dogmática penal.

A combatividade do advogado, manejando a tempo e modo os recursos cabíveis com objetivo de ver suas teses apreciadas pelos tribunais superiores, não obstante as notórias dificuldades para que isso se concretize no atual contexto da advocacia criminal, bem como a assertividade da Ministra Relatora ao inverter a lógica para qual apontava a inércia processual do caso, que estava a sugerir o seu trânsito em julgado sem a apreciação crítica de interessantes e necessários aspectos dogmáticos.

Superadas tais questões afeitas ao conhecimento do Recurso, o acórdão comentado afirma não haver dúvidas de que o delito de gestão temerária é figura típica dolosa, fundamentando tal conclusão nos termos do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal,[6] já que inexistente previsão legal expressa da modalidade culposa.

Ministério Público Federal, com a finalidade de condená-lo também pelos crimes previstos nos artigos 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Após Embargos Declaratórios (não acolhidos), Embargos Infringentes (acolhidos para afastar a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal), *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (cuja ordem foi concedida para anular acórdão que não acolheu os Embargos Declaratórios e determinar a apreciação de todas as alegações defensivas expostas naquela sede) e novos Embargos Declaratórios (aviados contra decisão que acolheu os Embargos Infringentes), foi reconhecida a prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado em relação ao Recorrente, salvo no que tange aos crimes previstos nos artigos 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafo único, ambos da Lei n. 7.492/86. Tendo sido esta a decisão objeto do Recurso Especial.

6 "Art. 18 – Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por

Registra o julgado, entretanto, ser complexa a "definição do conteúdo do dolo, isto é, das circunstâncias fáticas sobre as quais deve recair o conhecimento do agente e do teor da sua vontade para a perfectibilização do elemento subjetivo do tipo".

Consigna que uma reflexão sobre o conteúdo do elemento subjetivo do tipo em questão não pode prescindir de uma análise prévia de seus aspectos objetivos.[7]

Distinguindo o *caput* do artigo 4º (gestão fraudulenta) de seu parágrafo único (gestão temerária), a decisão questiona qual deve ser o conteúdo da temeridade suficiente para se afirmar o tipo objetivo.

Conclui que este critério consistiria na exigência de se "afastar da incidência da norma penal os casos que se encontrem cobertos pelo risco permitido na esfera da atividade financeira", portanto, afirma-se que o tipo penal de gestão temerária pressupõe a violação de normas extrapenais, na medida em que os riscos inadmissíveis nas atividades das instituições financeiras seriam aqueles por estas vedados.[8]

---

imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".

7 Reconhece a decisão que o tipo penal de gestão temerária "é bastante vago", ponderando, inclusive, discussão doutrinária sobre a sua inconstitucionalidade em razão de violação à função de taxatividade decorrente do Princípio da Legalidade, tese rechaçada pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Neste ponto, registramos nossa posição no sentido de que tal como redigido (ou como não redigido), o referido tipo viola, frontalmente, o Princípio da Legalidade em sua premissa de taxatividade. O tipo chega a ser utilizado pela doutrina internacional como exemplo clássico de falta de taxatividade. (Cf. ADRIASOLA, Gabriel. *Juez, legislador y princípio de taxatividad*, p. 1.066). A falta de taxatividade é tão evidente que a doutrina especializada diverge sobre diversos aspectos do tipo. Quanto ao fato de se tratar de delito de perigo abstrato e mera conduta, cf. PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*, p. 231. No mesmo sentido, Paulo José da Costa Júnior, a admitir que a norma, tal como redigida, admite a punição, mesmo que a gestão seja bem-sucedida (cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho branco*, p. 79). Em sentido contrário, defendendo a tese de ser delito de perigo concreto, BITENCOURT Cezar Roberto; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado*, p. 152-157.

8 A fundamentar tal posição traz à baila os artigos 153 da Lei n. 6.404/76, aplicável às instituições financeiras por força do artigo 24 da Lei n. 4.595/64, bem como artigo 1.011 do Código Civil, que impõem dever de cuidado e diligência aos administradores de sociedades. Reconhece, entretanto, que tais normas são muito

Nessa linha, defende que a elementar temeridade presente no tipo não consiste em elemento normativo tradicional, mas em elemento valorativo global do fato, ou seja, trata-se de circunstância que antecipa o juízo de ilicitude, são elementos que, ou estão presentes e confirmam o injusto ou, se ausentes, excluem a própria tipicidade.

Sustenta, a decisão, que nestes casos é dispensável, para afirmar o elemento subjetivo, exigir que o agente conheça tais elementares de valoração global do fato, sob pena de se exigir, para o dolo, o próprio conhecimento da ilicitude.

Destarte, pondera que, nestas circunstâncias, o conhecimento e a vontade afirmadores do dolo devem se referir exclusivamente às circunstâncias fáticas do caso, sendo certo que a valoração sobre o juízo antecipado de ilicitude será de competência exclusiva da própria ordem jurídica e não do agente.

Conclui que para a caracterização do elemento subjetivo do delito de gestão temerária "não é necessária a vontade de atuar temerariamente; o que se exige é que o agente, conhecendo as circunstâncias de seu agir, transgrida voluntariamente as normas regentes da sua condição de administrador da instituição financeira".

Nota-se, portanto, que a decisão comentada, a partir de um caso concreto, reflete de forma aprofundada sobre importante discussão dogmática afeita à teoria do delito, qual seja, discussão sobre qual deve ser o conteúdo do elemento subjetivo do tipo, no caso do dolo, em tipos penais abertos, como são aqueles cuja lei penal faz uso de elementos de valoração global do fato, comuns no âmbito do denominado direito penal econômico.

---

genéricas para determinar a extensão do risco proibido, afirmando que, para tanto, necessário seria examinar regras administrativas editadas por órgãos como Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários. Também neste ponto, temos posição crítica sobre a constitucionalidade do tipo objetivo. O argumento sugerido pela decisão admite, a nosso sentir, a criminalização de toda regulamentação administrativa aplicável ao Sistema Financeiro, delegando-se aos referidos órgãos a definição efetiva do conteúdo do injusto penal, violando, frontalmente, o Princípio da Legalidade em sua premissa de reserva absoluta de lei, bem como a própria noção de subsidiariedade (*ultima ratio*) inerente ao direito penal. Sobre a inconstitucionalidade do tipo, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*, p. 54-58. No mesmo sentido, SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*: aspectos penais e processuais da lei 7.492/86, p. 116-117.

Análise crítica sobre os aspectos dogmáticos da decisão

Não obstante o mérito referente à discussão de importantes aspectos dogmáticos, a decisão ora comentada, quanto aos seus fundamentos, nos parece ser passível de duas críticas principais, a primeira quanto à certa contradição entre posições tomadas e, a segunda, referente à omissão quanto a pontos que seriam, a nosso sentir, passíveis de abordagem.

O acórdão se inspira, expressamente, no artigo Dolo e Gestão Temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei n. 7.492/86), de autoria de Luís Greco,[9] fato que confirma ser este um exemplo importante da aproximação entre a advocacia criminal e a dogmática penal.

No artigo, o referido autor, em crítica ao *Habeas Corpus* n. 125.853/SP, questiona se o elemento subjetivo do delito de gestão temerária poderia ser, como ponderou aquela decisão, "a previsão e aceitação do resultado".[10]

Fundamentado sua posição, endossa o autor a tese de que o referido delito prescinde de qualquer resultado, seja no sentido de alteração do mundo exterior ou de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, na medida em que consistiria em delito de mera conduta e de perigo abstrato.[11]

---

9 GRECO, Luís. Dolo e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86). *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez./2011, p. 7-8.

10 GRECO, Luís. Dolo e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86). *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez./2011, p. 7-8.

11 Também aqui registramos nossa posição crítica sobre a possibilidade/eficiência de uma política criminal permissiva quanto aos delitos de mera conduta e perigo abstrato. Quanto aos delitos de mera conduta, acreditamos que a melhor concepção de uma intervenção penal legítima seria aquela a exigir, para a configuração do delito, tanto o desvalor da ação, aferida pelos elementos subjetivos do tipo e pela culpabilidade, quanto do resultado, aferido pela lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, questionável, portanto, a noção de se conceber crime sem resultado (ao menos jurídico). Sobre a adoção, pela Constituição, da teoria dualista quanto à desvaloração da ação e do resultado, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 238. Na mesma linha, questionando eficiência de delitos de mera conduta, MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito penal econômico e crimes de mero capricho. *In:* VILARDI, Celso Sanchez *et al*. (Coord.). *Direito penal econômico*: análise contemporânea, p. 78-79. Em relação aos delitos de perigo abstrato, nos parece mais próprio ao nosso contexto constitucional uma intervenção penal no âmbito econômico compatível com os postulados da lesividade, da legalidade material e, assim, no mínimo, da verificação do perigo concreto de afetação ao objeto jurídico da norma (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general, p. 812).

Conclui o julgado, assim, que "se observa o quão pouco técnica foi a argumentação do acórdão. Porque o objeto do dolo não é, a rigor, o resultado e sim o tipo objetivo" e, continua, "É possível, assim, formular uma primeira conclusão intermediária: o dolo no delito de gestão temerária não tem de se referir a qualquer resultado exterior ao tipo objetivo, mas apenas e unicamente ao comportamento de gestão temerária".[12]

Ocorre que a decisão ora comentada, para além de passar ao largo da discussão acerca da classificação do delito como de mera conduta e de perigo abstrato, quando da afirmação de que a gestão temerária seria, inequivocamente, figura típica dolosa, traz à colação precedente segundo o qual "A expressão temerária significa que a gestão criminalmente relevante deve implicar necessariamente num liame subjetivo entre a conduta do paciente e o resultado danoso – o que não restou demonstrado *In: casu*".[13]

Destarte, nos parece uma contradição da referida decisão pretender sustentar a temeridade constante do tipo objetivo como sendo a violação de normas extrapenais que comporiam o próprio conteúdo da conduta proibida, sendo o dolo, portanto, a transgressão voluntária destas regras e, ao mesmo tempo, citar precedente que cogita desta mesma temeridade como sendo o liame subjetivo entre a conduta e o resultado.

Isso porque, na primeira hipótese, para se afirmar o tipo, estar-se-ia a concentrar o juízo de desvalor na ação (de violar voluntariamente normas extrapenais) e, já na segunda, cogitar-se-ia também, para o juízo de tipicidade, de um resultado danoso vinculado subjetivamente ao agente.

Há de se consignar, ainda, outro posicionamento, a nosso sentir, contraditório da referida decisão.

Ao reconhecer a abertura do tipo objetivo, afirma o acórdão a necessidade de sua interpretação conforme a Constituição, cuja finalidade seria "uma redução teleológica do seu campo de incidência".

Neste sentido, uma conclusão que, expressamente, entende não ser "necessária a vontade de atuar temerariamente" para se afirmar o dolo, não nos parece ter o matiz de redução da abrangência da norma incriminadora, mas, ao contrário, de expandi-la,

---

12 GRECO, Luís, loc.cit.

13 RExt no RHC 7.982/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2000, *DJ* 09/09/2002, p. 233.

Esta conclusão de se afirmar o tipo objetivo pela violação do dever previsto na legislação extrapenal, cumulada com a compreensão do dolo pela vontade de transgredir as normas "regentes da sua condição de administrador da instituição financeira" nos leva à preocupação quanto à possibilidade, em concreto, de expansão demasiada de uma responsabilidade penal dita dolosa.

Isto porque, no âmbito da valoração da responsabilidade administrativa/civil das atividades financeiras, o juízo de valor sobre a conduta poderá levar em consideração a responsabilidade objetiva dos agentes, na medida em que, ao contrário do que acontece no direito penal, esta modalidade é admitida naquelas esferas jurídicas.[14]

Assim, um juízo positivo a afirmar a ocorrência de um ilícito cível/administrativo, mesmo que sob a premissa da responsabilidade objetiva, poderá implicar, na seara penal, em verdadeira presunção do juízo de tipicidade, na medida em tal condenação (cível) já estaria a confirmar a realização do risco proibido (do tipo objetivo).

E, quanto ao tipo subjetivo, esta circunstância impõe à defesa um ônus probatório de dificuldade extrema, qual seja, o de provar que a transgressão do tipo objetivo não teria sido voluntária, sem poder recorrer, para tanto, ao liame subjetivo de causa e efeito entre a conduta e o resultado, na medida em que estar-se-ia de diante de delito de mera

---

[14] Neste sentido o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, segundo o qual: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", cumulado com o artigo 17 da Lei n. 4.595/64, que diz: "Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual". Registre-se que há discussão acerca da responsabilidade prevista nos artigos 39 e 40 da Lei n. 6024/74 ser, ou não, objetiva, sendo atualmente majoritária a corrente favorável a esta conclusão. Consigne, ainda, que no âmbito cível, a responsabilidade objetiva já foi expressamente prevista, seja no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, Lei n. 12.529/11 ou, ainda, no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90.

conduta e de perigo abstrato.[15] Seria verdadeira prova negativa que, dependendo da concepção de vontade adotada pode, inclusive, implicar em ônus de prova de que não se conhecia o fato.

Portanto, um juízo de condenação cível administrativo poderá, na realidade, implicar em presunção quase que completa da tipicidade penal, tanto em seu aspecto objetivo, quanto subjetivo.

Há de se consignar, ainda, o que entendemos ser uma omissão argumentativa na referida decisão.

Embora a decisão comentada, para a definição do conteúdo do elemento subjetivo, afirme a necessidade de se verificar tanto o conhecimento quanto a vontade do agente,[16] passa ao largo do importante debate doutrinário sobre qual o conceito de vontade exigido para se afirmar o dolo.

O próprio Luís Greco,[17] seguindo as lições de Puppe,[18] aponta que há uma ambiguidade fundamental no que tange ao significado do termo vontade como elemento do dolo, na medida em que esta pode ser compreendida em sentido psicológico-descritivo ou atributivo-normativo.

Na primeira hipótese está-se a cogitar de uma vontade como estado mental, algo que pertence ao universo psíquico de determinado agente. No segundo caso, trata-se da interpretação do comportamento do autor, de modo a considerá-lo plenamente responsável por determinada conduta.

---

15 Neste sentido, importante consignar ponto aduzido pela decisão comentada que, embora não seja objeto de análise detalhada deste estudo, esteve a endossar a premissa de que "1. Processos administrativos sancionadores conduzidos por autoridades reguladoras ou autorreguladoras constituem, como documentos que são (CPP, art. 232), provas não repetíveis para fins processuais penais, sendo aptos a embasar condenações criminais (CPP, art. 155), desde que submetidos a amplo contraditório diferido em juízo. 2. Tais provas, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada do juiz, contanto que cotejadas com outros elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valoradas na formação do juízo condenatório". Assim, uma condenação sob a premissa da responsabilidade objetiva, pode desempenhar papel probatório decisivo no âmbito do processo penal.

16 Cita, como precedente jurisprudencial a afirmar sua conclusão, voto proferido no *Habeas Corpus* n. 87440, de Relatoria do Ministro Carlos Britto, segundo qual dolo seria a "consciência e vontade da inobservância dos cuidados obrigatórios, segundo as regras do Banco Central".

17 GRECO, Luís. Dolo sem vontade, *In:* SILVA DIAS et al. (coords.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 885-905.

18 PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

É fato, ainda, que ao se adotar um conceito psicológico-descritivo do termo vontade, estar-se-á a aderir às teorias volitivas do dolo, segundo as quais a afirmação do tipo doloso exige, necessariamente, para além do conhecimento, a demonstração empírica da vontade como componente psíquico.

Por outro lado, ao se adotar uma conotação atributiva-normativa da vontade, abre-se o campo para as teorias cognitivas do dolo, nas quais é possível a afirmação deste elemento subjetivo independentemente de uma vontade psicológica.[19]

Neste sentido, os fundamentos da decisão comentada parecem hesitar, sem se posicionar definitivamente, quanto à distinção entre estas duas concepções do termo vontade.

Para afirmar que o delito de gestão temerária seria doloso, traz à colação o acórdão comentado precedente jurisprudencial no sentido de que "1. Para a imputação de responsabilidades e caracterização do tipo penal de gestão temerária, é mister a verificação da intenção do agente de colocar em risco a instituição financeira, ou seja, dolo. 2. Não se extrai da denúncia que o acusado tinha ciência dos riscos a que submeteu a instituição financeira e tampouco da sua anuência com os eventuais efeitos decorrentes dos atos supostamente temerários, mas apenas a ocorrência de negligência ou falta de cautela na condução dos negócios."[20]

O precedente, ao sugerir uma equiparação entre os conceitos de vontade e intenção, bem como ao exigir anuência do agente com eventuais efeitos decorrentes dos atos tidos como temerários, nos parece aproximar de uma concepção psicológica-descritiva do termo.

Na mesma linha, endossa a decisão comentada, para afirmar o dolo no caso concreto, expressão constante do acórdão recorrido, segundo a qual "o contexto do acórdão é expressivo do juízo de que os acusados teriam realizado as 'operações em mercado de alto risco, em muito superiores à sua capacidade financeira' com conhecimento do risco e vontade

---

19 As consequências da adoção desta teoria foram tratadas, no direito brasileiro, na obra do Professor Eduardo Viana. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 1999.

20 AgRg no REsp 1205967/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, *DJe* 15/09/2015

de assumi-lo", sugerindo, mais uma vez, adesão a uma noção psicológico-descritiva de vontade e, via de consequência, vinculação a uma teoria volitiva do dolo.

Por outro lado, ainda para fundamentar sua conclusão, cita o referido artigo de Luís Greco sobre o elemento subjetivo na gestão temerária, cuja conclusão é no sentido de que, para se afirmar o dolo, "o agente tem que conhecer os atos que está praticando, bem como todas as circunstâncias que fundamentarão o caráter temerário de seu agir (...) tem que conhecer a dimensão do risco a que está expondo a instituição" e continua "o agente tampouco tem de valorar a sua conduta como temerária, bastando que ele conheça as circunstâncias com base nas quais a ordem jurídica realizará essa valoração"[21] sugerindo, portanto, neste contexto, adesão a uma teoria cognitiva do dolo, própria da noção atributivo-normativa de vontade.

Por fim, nos parece bastante problemático adotar a premissa do acórdão comentado de que o raciocínio desenvolvido por Luís Greco, no sentido de que o agente não "tem que valorar sua conduta como temerária"[22] para agir com dolo, como equivalente a dizer de que este (o dolo) prescindiria da "vontade de atuar temerariamente".

É que, a nosso sentir, a decisão compreende, de forma equivocada, o termo "valoração" utilizado por Luís Greco como "vontade".

Segundo nossa visão, o que Greco dispensa para afirmação do dolo é o juízo de valor do ato de gestão como ato temerário pelo agente, tanto que afirma ser "irrelevante para o dolo, contudo, que o agente considere", mesmo tendo o pleno e total conhecimento de todas as circunstâncias da sua conduta, "ainda sim defensável, não temerário, o seu agir".[23]

Ocorre que, isto a decisão comentada parece ignorar, este pleno e total conhecimento das circunstâncias do agir pode ser classificado como vontade, caso se adote uma concepção atributivo-normativa do termo, adotando-se uma teoria cognitiva do dolo.

---

21 GRECO, Luís. Dolo e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86). *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez./2011, p. 7-8.

22 GRECO, Luís. Dolo e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86). *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez./2011, p. 7-8.

23 GRECO, Luís. Dolo e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86). *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez./2011, p. 7-8.

Sob este prisma, o artigo estaria a afirmar, exatamente ao contrário do que aduzido na decisão, a exigência de uma vontade (atributivo normativa) de atuar temerariamente, sem, contudo, exigir, para se afirmar o dolo, um juízo de valoração por parte do agente sobre ser ou não ser aquele comportamento voluntário temerário.

Também nos parece contradizer a conclusão de Luís Greco a afirmação constante do acórdão comentado no sentido de que o dolo consistiria na exigência de o agente "conhecendo as circunstâncias de seu agir, transgrida voluntariamente as normas regentes de sua condição de administrador de instituição financeira".

Isto porque, com esta redação, parece sugerir o acórdão que o agente teria que, para agir dolosamente, ter conhecimento das normas extrapenais que vão preencher o tipo objetivo, pois não é possível cogitar de transgressão voluntária do que não se conhece.

Greco parece ter muito mais a preocupação com o conhecimento das circunstâncias fáticas que estarão a confirmar a transgressão do risco proibido, do que com o conhecimento das normas extrapenais, até porque é justamente este conhecimento (que é inerente à ordem jurídica e não ao agente) que ele dispensa, chegando afirmar que o seu desconhecimento implicaria "no máximo um erro de proibição (art. 21 do CP)."[24]

Conclusão

Não obstante as considerações críticas ao acórdão comentado, o que se pretende com esse artigo é justamente enaltecer a possibilidade que dele decorre de se discutir aspectos dogmáticos relevantes, a partir de sua aplicação a um caso concreto, pois, assim, está-se a promover a desejada aproximação entre a advocacia criminal e a dogmática penal.

O diálogo proposto visa a superação de uma produção científica restrita aos limites dos ambientes acadêmicos, propondo uma pesquisa jurídica capaz de ultrapassar os muros das universidades e de ser aplicada à advocacia de trincheira, em seus combates diários, tanto nos arrazoados, quanto nas audiências e julgamentos.

---

[24] GRECO, Luís. Dolo e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86). *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez./2011, p. 7-8.

É esforço conjunto, seja dos advogados e membros do Ministério Público, que não podem se furtar à elaboração de peças processuais aptas a permitir o confronto empírico de teses progressistas com a práxis forense, bem como dos julgadores, os quais, ao dizer o direito do caso concreto, hão de se desincumbir da apreciação de todos os argumentos a eles submetidos (informação verbal).[25]

Nas palavras de Bernd Schünemann, em breve artigo no qual propõe dez teses sobre a relação entre a dogmática e a prática penal, cuja leitura se recomenda fortemente, há de se partir da noção de que "os enunciados da dogmática e da prática jurídicas não são distintos nem sequer do ponto de vista lógico, pois existe uma relação de identidade entre os enunciados da dogmática e os da parte normativa da atividade judicial (interpretação e subsunção). Sendo assim, a jurisprudência exercita uma dogmática autorizativa e transforma razão pura (teorética) em razão prática. A jurisprudência deve empregar a mesma racionalidade que o cientista do direito, apenas com o simples acréscimo de força vinculante que escapa ao teórico".[26]

Somente a partir de tal premissa será possível transformar o que de melhor propõe o debate acadêmico em combustível para a produção de uma jurisprudência capaz de resgatar a excelência histórica do sistema de justiça penal brasileiro.

---

25 Esse ponto, trata-se, na verdade, de obrigação legal, pois comungamos de tese sustentada pelo Professor Doutor Felipe Martins Pinto, em palestra proferida em data de 29/05/2018, no Painel: Processo Penal – Aspectos Controversos, ocorrido no âmbito do 5º Congresso Bienal Ciências Penais – Novas Perspectivas, promovido pelo Instituto de Ciências Penais – ICP, segundo a qual a regra prevista no artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil, a estabelecer que "§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;" é aplicável à seara criminal sempre que consistir em medida apta a reforçar o sistema de garantias que deve orientar um processo penal democrático, este compreendido como instrumento de concretização da defesa dos direitos humanos em face do exercício do direito punitivo por parte do Estado.

26 SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. *In: Direito penal racionalidade e dogmática*: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 88-93.

Referências.

ADRIASOLA, Gabriel. Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal. *In:* GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal*: controvérsias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminologia: Mmanuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 54-58.

BITENCOURT, Cezar Roberto; SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 152-157

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm.> Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595compilado.htm. Acesso em: 05 jul. 2018.

_____. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 05 jul. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 04 jul. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 06 ju. 2018.

BRASÍLIA. Carlos Britto. Ministro. HC 87440 08/08/2006, DJ 02/03/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408890>. Acesso em: 05 jul. 2018.

BRASÍLIA. Felix Fischer. Ministro. RExt no RHC 7.982/RJ, julgado em 13/06/2000, DJ 09/09/2002, p. 233. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=364482&num_registro=199800735640&data=20020909&formato=PDF>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASÍLIA. Maria Thereza de Assis Moura. Ministra. RECURSO ESPECIAL n. 1.613.260/SP. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequen-

cial=62779665&num_registro=201600626689&data=20160824&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 05 jul. 2018.

COSTA JÚNIOR. Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.79.

GRECO, Luís. Dolo e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, Lei n. 7.492/86). *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez./2011, p. 7-8.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade, *In:* SILVA DIAS et. al. (coords.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-905.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Penal econômico e crimes de mero capricho.*In:* VILARDI, Celso Sanchez. PEREIRA, Flávia Rahal Bresser. DIAS NETO, Theodomiro (coords.) *Direito penal econômico:* análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78-79.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.231

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. 152 p.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. *In: Direito penal racionalidade e dogmática:* sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 88-93.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 197p.

SILVA, Paulo Cezar da. *Crimes contra o sistema financeiro nacional:* aspectos penais e processuais da Lei n. 7.492/86. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 116-117.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 238.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 812.

17

OS DESEQUILÍBRIOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DE UM ADVOGADO EMPRESARIAL

Gustavo Henrique Wykrota Tostes

Introdução

A segurança é uma das funções mais básicas e precípuas do Estado, sendo consolidada na Carta Magna Brasileira de 1988 como um direito fundamental ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. O texto constitucional, ainda, define a segurança pública como "[...] dever do Estado, direito e responsabilidade de todos" com a finalidade de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 1988). Para tanto, a segurança pública conta com um complexo Sistema de Justiça Criminal – SJC, o qual envolve diversas instituições governamentais, em todos os níveis da Federação, sendo elas instituições policiais, os advogados, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Judiciário. Além disso, o SJC conta com um extenso arcabouço legal, que define a sua organização, fluxos, possibilidades e limites de atuação.

Cada uma das instituições que compõem o sistema possui, portanto, competências e papéis específicos, orquestrados em um arranjo institucional, no qual a atuação de um depende da atuação do outro para a consecução efetiva da justiça. A própria ideia de um SJC e do arranjo institucional, no qual há divisão de poderes e responsabilidades, pressupõe um funcionamento articulado, complementar e sinérgico. No entanto, o que se observa é um sistema que ainda padece de desequilíbrios que afetam o seu funcionamento e, consequentemente, os seus resultados. Sapori (2006), ao analisar o desenho institucional do SJC brasileiro observa que:

> Os diferentes segmentos organizacionais tendem a agir segundo lógicas distintas e muitas vezes conflitantes, contrariando a divisão de trabalho harmoniosa inicialmente prevista. Disputas por espaços de poder são recorrentes, além da competição por recursos escassos. Críticas recíprocas entre os diversos segmentos organizacionais são comuns, atribuindo-se mutuamente responsabilidades por eventuais fracassos do sistema. Além disso, a intensidade dos conflitos pode se constituir em foco crônico de ineficiência do sistema, afetando o desempenho institucional. (SAPORI, 2006, p. 769)

Diante disso, este ensaio busca refletir sobre algumas das situações nas quais esses desequilíbrios ocorrem no âmbito do sistema de justiça estadual e apresentar os seus efeitos impactos para a gestão e para a sociedade como um todo. Inicialmente, será apresentado o sistema de justiça em nível estadual, estabelecendo o papel de cada ator e das articulações existentes entre eles. Em seguida, serão apresentados pontos que se entende serem desequilíbrios importantes no funcionamento do SJC. Por fim, na conclusão, serão levantadas algumas possibilidades para o aprimoramento e reequilíbrio do sistema de justiça.

O Sistema de Justiça Criminal em Nível Estadual: poderes e responsabilidades

O art. 144 da Constituição Federal define os órgãos responsáveis pela manutenção da segurança pública, quais sejam, a Polícia Federal, as Polícias Rodoviária e Ferroviária Federais; as Polícias Civis; as Polícias Militares; os Corpos de Bombeiros Militares e, mais recentemente, as Polícias Penais. No que concerne ao SJC, em nível estadual, as Polícias Militar e Civis, são órgãos são responsáveis, respectivamente, pelo policiamento ostensivo e pelas atividades de policiamento investigativo. A Polícia Penal é responsável pela segurança dos estabelecimentos penais (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o controle da ordem pública civil é de responsabilidade dos poderes executivos estaduais, que possuem autonomia de comando e gestão das polícias militares e civis. Uma vez vinculadas aos governos estaduais, a Polícia Militar, a Polícia Civil e, agora, a Polícia Penal obedecem, além do já disposto na Constituição Federal de 1988, às constituições estaduais, bem como leis complementares e ordinárias específicas de cada ente subnacional. Tais normativas tratam da organização e funcionamento desses órgãos e, por conseguinte, da própria política de segurança pública em nível estadual.

Apesar das distinções organizacionais entre estados, a atuação das polícias pode ser sumarizada da seguinte forma. Cabe à Polícia Militar o policiamento ostensivo urbano e rural; de trânsito; florestal e de mananciais; rodoviário e ferroviário, nas vias estaduais; portuário; fluvial e lacustre; de radiopatrulha terrestre e aérea, bem como a manutenção da ordem pública. É a ação da Polícia Militar que dá o primeiro input dentro do SJC, ativando uma série de procedimentos legais que podem chegar até o cumprimento da pena.

Já à Polícia Civil cabe a apuração de crimes e contravenções, elucidando autoria, materialidade, motivo e circunstância. A sua atuação envolve o registro dos delitos e a abertura de inquérito policial, que, por sua vez, dá início aos procedimentos de investigação, como a condução de interrogatórios e a atuação da perícia criminal. Além disso, a Polícia Civil, em atuação conjunta com outros membros do SJC, é responsável pelo cumprimento de mandados de prisão, de busca e apreensão, entre outros.

Em relação à Polícia Penal, é importante esclarecer que esta foi recentemente criada pela Emenda Constitucional 104, de 4 de dezembro de 2019, ainda sem regulamentação em âmbito federal. Há iniciativas legislativas dos entes subnacionais de regulamentação, porém sem alinhamento federal ou entre estados. Dessa forma, não há como delimitar com precisão as atribuições dessa nova instituição. Entretanto, considerando que o novo texto constitucional atribui à Polícia Penal a competência de segurança dos estabelecimentos penais e que uma das possibilidades de preenchimento do quadro de servidores das polícias penais é a transformação dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes (BRASIL, 1988), parece ser razoável inferir que cabe à Polícia Penal as atividades de custódia e ressocialização dos indivíduos privados de liberdade (IPLs) custodiados em estabelecimentos penais.

Ainda no âmbito do Poder Executivo estadual, destacam-se as Secretarias de Estado de Segurança Pública/Defesa Social/Justiça, que são as grandes responsáveis pelo planejamento e coordenação da política estadual de segurança pública. Nestas secretarias, podem estar também alocadas políticas públicas de prevenção à criminalidade, políticas sobre drogas, gestão do sistema socioeducativo, dentre outros. As Secretarias estaduais têm um importante papel na integração das instituições policiais, garantindo seu alinhamento com toda política de segurança. Para além das forças policiais, as Secretarias também atuam como ponto de

articulação interinstitucional com os demais integrantes do SJC, quais sejam, os advogados, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário.

O Ministério Público, com a Constituição de 88, ganhou novas atribuições e prerrogativas, ampliando o seu papel dentro do SJC. A Constituição assim o define: "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (Brasil, 1988). Além da tradicional competência de apresentação de denúncia ao judiciário, utilizando como base o inquérito policial, dentro do rito do processo legal, o Ministério Público passou a ter a titularidade da defesa dos direitos difusos e coletivos, lhe sendo confiado a legitimidade de promover o inquérito e a ação civil pública. Frequentemente, a ação civil pública é utilizada como forma do Ministério Público contestar a atuação do poder executivo, atuando como controle externo ao executivo.

Já à Defensoria Pública, cabe a representação dos interesses daqueles acusados que não podem financiar defesa particular, por meio de advogado custeado pelo Estado. Dessa forma, a Defensoria Pública tem como missão a garantia de acesso à justiça a todos.

Os advogados, tem como missão precípua representar e defender os interesses de seus clientes com base nas leis vigentes do país. A CF/88 define o advogado como é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Finalmente, o Poder Judiciário é responsável por zelar pelo processamento e julgamento das demandas que lhe são submetidas com estrita observância das garantias constitucionais. A ele cabem as principais decisões no fluxo processual criminal, conforme o Código de Processo Penal. Como resultado do processo criminal, é possível a determinação da punição definitiva do acusado, que, se condenado ao regime fechado, passa, então, a ser custodiado pela Polícia Penal no âmbito do sistema prisional.

Os desequilíbrios do sistema de justiça criminal: uma breve reflexão

As políticas públicas de segurança e a promoção da justiça são decorrentes da complexa e contínua interação entre os diversos atores, já apresentados aqui, que compõe o SJC. O desenho institucional que

delineia a atuação de cada parte foi concebido para trazer equilíbrio e sinergia ao funcionamento do sistema. Entretanto, a prática se apresenta, muitas vezes, descolada do modelo inicialmente planejado, desnudando desequilíbrios que são possíveis, inclusive, pelas prerrogativas criadas neste mesmo arranjo.

O primeiro destaque que será feito aqui trata-se da constatação prática da mistura de papéis e da invasão do campo de atuação entre os atores do sistema. A judicialização das políticas públicas não é uma novidade e o sistema de justiça não ficou isento desse processo. Gonçalves (1994), analisando o poder judiciário na Constituição de 88 e o processo de judicialização da política, aponta os mecanismos constitucionais que possibilitam ao Ministério Público e Poder Judiciário intervir em decisões de natureza administrativa e discricionária do executivo.

A primeira dessas consequências é que o Estado passa a manter um serviço público não apenas voltado para fiscalizar o respeito à lei, mas para controlar a atuação da administração pública no campo das opções discricionárias. Mais, dá um amplo poder de investigação a esse serviço. Terceiro, admite-se que as decisões sobre as matérias referidas são suscetíveis de serem reapreciadas por via judicial, embora o seu "mérito" seja a adequação a uma meta, não ao paradigma de uma lei. Por fim, o texto consagra a noção de interesses difusos. Ora, é ela suficientemente ampla e flexível para permitir a intervenção do Ministério Público em variadíssimos campos, como o do interesse do consumidor. A referência é proposital, pois, embora não diga respeito às relações Judiciário-Administração, revela, ou confirma, a tendência a uma judicialização de todos os setores da vida humana.

> (...)
> Entretanto, é significativo que o Judiciário possa fazer determinações compulsórias. com prazo fixado. sobre providências administrativas referentes à execução de norma constitucional. ou seja, de interesse geral. (GONÇALVES, 1994)

Reconhece-se o importante papel do Judiciário e do Ministério Público no controle das políticas públicas, o ponto aqui é quando se ultrapassa para o papel do outro, trazendo desequilíbrio a todo sistema. Apesar de o assunto não ser novo, a problemática é atual. Recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão constitucional responsável por orientar e fiscalizar

a atuação das unidades do Ministério Público, publicou a Recomendação Conjunta Presi-CN n. 2, de 19 de junho de 2020, que trata de "Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que atentem para os limites de suas funções institucionais, evitando-se a invasão indevida das atribuições alheias e a multiplicação dos conflitos daí resultantes".

Além disso, esta normativa também recomenda o respeito à autonomia administrativa dos gestores e que os membros do Ministério Público atuem pautados pelo "critério de racionalidade no exercício do poder requisitório, de modo a permitir que os gestores mobilizem seus esforços na execução da política pública e não na confecção de respostas" (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2020). Diante disso, resta evidente o reconhecimento público da problemática de invasão de papéis, além do reconhecimento dos seus efeitos prejudiciais ao andamento das políticas públicas, explicitando, nesse caso, o excesso de energia gasto pela administração em responder questionamentos requisitados, enquanto esta deveria estar focada em produzir resultados ao cidadão.

Não faltam exemplos no âmbito do executivo estadual das intervenções promovidas pelo Judiciário e Ministério Público na segurança pública. Dentre estes, destaca-se as interdições judiciais de unidades penais, por estas serem um tema comum entres as unidades subnacionais e por estarem ganhando relevância nas discussões em nível nacional, aparecendo como pauta do Departamento Penitenciário Nacional e do Conselho Nacional de Secretários de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Administração Penitenciária.

A interdições judiciais ocorrem quando um juiz, provocado, ou não, pelo Ministério Público, determina a interdição completa ou parcial de uma unidade penal. Isto é, impedindo a entrada de novos IPLs, ou a entrada de indivíduos de origem diversa da comarca onde se encontra a unidade penal, ou limitando o quantitativo de IPLs que podem ser custodiados nessa unidade. Os termos da interdição são descritos na decisão do juiz, sendo estas as limitações mais comuns. Assim, o juiz passa a ocupar o papel do gestor de vagas dessa unidade, determinando quem entra, quem sai e quantos.

Dentre as principais motivações para as interdições das unidades penais estão, a superlotação das unidades; infraestrutura física precária; e recursos humanos escassos. Não se questiona aqui a legitimidade ou pertinência desses problemas que são históricos do sistema carcerário brasileiro e extremamente complexos. A intenção aqui é dar luz aos efeitos perversos dessas decisões na gestão de todo o sistema, que é de responsabilidade do Poder Executivo.

Quando o juiz decide pela interdição da unidade penal da sua comarca há, a princípio, o benefício para esta unidade que terá a sua superlotação reduzida. No entanto, cabe ao executivo redirecionar a população carcerária da unidade interditada para as outras unidades prisionais de seu Estado, uma vez que não cabe ao executivo a decisão de liberar, ou prender, este custodiado, apenas ao juiz.

Dessa maneira, o efeito perverso da decisão de interdição de uma unidade é o agravamento da superlotação das outras unidades pela redistribuição da população carcerária. Outro agravante, é que as interdições não são pontuais, tornaram-se quase regra, engessando a gestão de vagas do Estado, que, por consequência, não é mais capaz de equilibrar o déficit de vagas do sistema prisional. O executivo estadual é o responsável pela gestão macro de todas as vagas do sistema prisional e, portanto, não pode se ater à visão limitada de benefício a uma unidade ou região em detrimento das demais. É fundamental que o Estado mantenha suas prerrogativas relacionadas à gestão das vagas e dos estabelecimentos prisionais, como forma de garantir o tratamento equânime e a divisão equilibrada no sistema.

À vista disso, as interdições são um ótimo exemplo de desequilíbrio dentro do SJC, pois elas revelam como as lógicas distintas de atuação, desalinhamentos institucionais e inversões de papéis geram distorções e ineficiência ao sistema.

O segundo ponto de reflexão são as disputas de espaço e poder dentro do SJC, que também inclui outros agentes que interagem com sistema. Tais disputas desequilibram o sistema na medida que os atores estão preocupados com a manutenção das suas próprias agendas e em garantir (e/ou ampliar) o raio de influência que possuem, sem que isso resulte, necessariamente, em melhores resultados ao cidadão.

Além dos membros que compõe o SJC, há outros atores públicos que o influenciam e criam agendas próprias. Adorno (2008), ao analisar as transformações das políticas de segurança pública nas duas últimas décadas, identifica alguns desses atores e pontua que há uma disputa pela definição das políticas públicas e pelos recursos a ela destinados.

> [...] as políticas públicas de segurança e justiça penal também são influenciadas por políticos profissionais com ou sem mandato parlamentar, governantes à testa de postos executivos eletivos (ou não eletivos, como ministros e secretários de estado) nas ad-

> ministrações públicas, tanto quanto militantes de organizações de defesa de direitos, formadores de opinião, pesquisadores e estudiosos (vinculados às universidades e centros de pesquisa) e lobistas voltados para a mobilização de interesses corporativos de diversas ordens, como representantes de associações policiais, de empresas de segurança privada ou da indústria de armas e material bélico. É, portanto, complexa a rede de interesses, de atores e de agências que intervêm na disputa pela definição institucional das políticas de segurança e de justiça criminal na partilha de recursos previstos em orçamento (ADORNO, 2008).

Essas disputas pela condução das políticas e alocação de recursos revelam, em sua essência, a disputa de poder dentro do sistema, no qual grupos predominantes travam uma batalha para a manutenção do *status quo*. Dessa forma, a introdução de novas ideias, práticas e projetos esbarra na resistência dos atores e das instituições que buscam preservar seus domínios. A gestão da informação na segurança pública é um excelente exemplo de como as instituições buscam a manutenção de poder e se mostram resistentes a qualquer mudança nesse aspecto.

É evidente que o sistema de justiça necessita de uma integração que acompanhe os fluxos de trabalho, por meio de compartilhamento de dados e informações. Atualmente, os órgãos de justiça trabalham com sistemas de informações diferentes que não conversam entre si e, ainda, não convergem. Ou seja, há divergência entre as informações disponíveis nos diversos sistemas. Dessa maneira, a gestão da política se torna compartimentada e subsidiada por informações incompletas e, muitas vezes, imprecisas. Diante disso, não é de se espantar as recorrentes notícias na mídia de pessoas presas há anos que já foram colocadas em liberdade pela justiça, pessoas presas sem a correta identificação, mandados de prisão em aberto para indivíduos já mortos, dentre outros.

Apesar da evidente necessidade de compartilhamento e compatibilização de informações dentro do sistema de justiça, para o melhor gerenciamento das políticas, trazendo mais confiança e efetividade às ações, são poucos os esforços de transparência e de integração. Afinal, a informação ainda representa uma forma de manutenção de espaço e poder. Atuar como gestor dentro do sistema de justiça é reconhecer que toda ideia nova, que representa de alguma forma ameaça ao que está posto e assegurado ou necessidade de reequilíbrio de forças, encontra oposição.

Neste caso, a oposição tende a ser proporcional ao efeito que esta nova ideia pode ter, sendo um sinalizador aos gestores da importância de se intervir. Essas disputas resultam em tempo e energia dos diversos atores empregados, muitas vezes, em ações que não produzem os melhores resultados para o próprio SJC. São esses desalinhamentos institucionais que precisam ser superados para que o sistema passe a concentrar seus esforços em promover segurança e justiça da melhor forma possível, entregando à sociedade estes resultados.

Referências

ADORNO, Sérgio. Políticas públicas de segurança e justiça penal. *Cadernos Adenauer* IX, n. 4, Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

GONÇALVES Ferreira Filho, Manoel. Poder Judiciário na Constituição de 1988 Judicialização da política e politização da justiça. *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 1-17, Rio de Janeiro, 1994.

MINISTÉRIO PÚBLICO. Conselho Nacional do Ministério Público. RECOMENDAÇÃO CONJUNTA PRESI-CN n. 2, DE 19 DE JUNHO DE 2020. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas. Brasília, 2020

SAPORI, Luís Flávio. A justiça criminal brasileira como um sistema frouxamente articulado. *In:* Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

18

ATUAÇÃO TÉCNICA E ÉTICA DO ADVOGADO NO PROCESSO CRIMINAL

Igor Campos de Oliveira Pires
Daniela Barreiros Soares

Muito se discute sobre as prerrogativas dos advogados e a atuação dos membros da magistratura e do Ministério Público no processo criminal. Porém, pouco é debatido sobre a atuação e responsabilidade dos membros da advocacia privada. O presente artigo discorrerá a partir dessa perspectiva.

Além de atuar de maneira ética com o cliente ao não exercer juízo de valor sobre eventual culpa, preservar o dever de sigilo, empenhar esforços na solução da causa e o alertar sobre todas as variáveis do processo durante a tomada de decisão conjunta, o advogado também deve atuar de maneira ética e colaborativa com os demais atores processuais.

Tal aspecto assume especial importância na área criminal, que lida com as questões mais sensíveis da sociedade. Nesse sentido, Adriana Filizzola D'Urso pondera que:

> o advogado que atua na área penal, talvez mais do que aqueles que atuam nos demais ramos do Direito, é um idealista, que busca a justiça e a paz social. Sua função é assegurar a seu cliente um julgamento com a fiel observância dos princípios constitucionais e da lei, preservando ao máximo a vida, a liberdade, a integridade física e a dignidade do acusado. Para isto, o advogado criminalista deve lutar para que seu cliente, culpado ou inocente, tenha direito à ampla defesa e ao contraditório. Não há Justiça sem defesa realizada por advogado![1]

---

[1] D'URSO. Adriana Filizzola. Qual o verdadeiro papel do advogado criminalista? Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/279906/qual-o-verdadeiro-papel-do-advogado-criminalista>. Acesso em: 11 de agosto de 2020.

Em complemento, não há justiça sem uma defesa técnica e ética realizada por um advogado. Para isso, os advogados devem repensar a forma de atuação dentro do processo. Assim como a sociedade mudou, a mentalidade dos advogados também deve mudar.

Não há mais espaço para uma advocacia baseada em "nulidades" e extrema combatividade. Além das habilidades de uma nova advocacia 4.0, com a incorporação das novidades tecnológicas, inteligência emocional e multidisciplinariedade, é preciso atuar buscando o melhor para o cliente, sempre, e seguindo todas as regras do fair play. Dentre elas, destacam-se a lealdade e a cooperação processual. Agir baseado na boa-fé e pensando no objetivo principal do processo, qual seja, uma prestação jurisdicional eficiente.

O advogado exerce atividade indispensável à administração da justiça (art. 133, CR/88), logo assume responsabilidade pelo sistema de administração da justiça criminal. Nesse sentido, segundo Diogo Malan, o advogado deve agir como órgão de administração da justiça, que compartilha com o Poder Judiciário e o Ministério Público a responsabilidade pela adjudicação eficiente, justa e racional do caso penal. Ainda, deve ter responsabilidade pelo Estado Democrático de Direito e suas instituições, visando ao aperfeiçoamento do sistema de administração da justiça criminal, de sorte a torná-lo cada vez mais democrático, eficaz, humano e racional.[2]

Além de ser um dever ético e moral, também é um dever legal. Isso porque o artigo 6º do CPC traz a necessidade de cooperação entre os sujeitos processuais ao dispor que: "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."

Não é demais destacar que, em pleno século 21, a colaboração (cooperação) tem sido o objetivo de toda a sociedade, inclusive das grandes corporações, encerrando-se assim a visão da hierarquia como modelo a ser seguido. O mundo hoje, cada vez mais, afasta o modelo tido como "de cima para baixo".

Além disso, o artigo 77 do mesmo diploma legislativo discorre acerca dos deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles

---

[2] MALAN, Diogo. Advocacia criminal e suas responsabilidades. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/advocacia-criminal-responsabilidades>. Acesso em 11 de agosto de 2020.

que de qualquer forma participem do processo. Dentre esses deveres estão o de expor os fatos em juízo conforme a verdade; não formular pretensão ou apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. Isso, sob pena de ato atentatório à dignidade da justiça, sem prejuízo das sanções criminais, administrativas, civis e processuais cabíveis,

Ainda, no art. 78 do CPC, há expressa vedação às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo de empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados ou por meio de manifestações orais.

Por fim, cada carreira, seja magistratura, ministério público, defensoria pública ou advocacia privada possui seus próprios regimentos e leis que disciplinam o comportamento dos seus membros. No âmbito da advocacia, pode-se citar a Lei n. 8.906/94 e o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Dentre as normas de condutas ali contidas destaca-se a proibição da deturpação de norma, citação doutrinária ou acórdão, bem como de depoimento, documento ou alegação da parte adversa, para confundir adversário, ou iludir julgador, sob pena de caracterização de infração ético-disciplinar (artigo 34, XIV da Lei nº. 8.906/94).

Contudo, apesar de todos os citados regramentos, ainda há lacunas a serem preenchidas, como é o caso da atuação do advogado diante de um caso com grande repercussão pública. Diogo Malan enumera uma série de questionamentos que devem ser feitos na referida situação.

> Nada obstante, remanescem questões em aberto sobre os limites éticos da atuação do advogado na arena da opinião pública: (i) se a assessoria de imprensa é atividade profissional compatível com a advocacia; (ii) se é legítima a cobrança de honorários advocatícios pela atividade de assessoria de imprensa; (iii) se o Advogado pode orientar o cliente a dar declarações públicas sobre temas em relação aos quais o Advogado está proibido de declarar; (iv) se o Advogado pode prestar declaração pública que sabe ser falsa, ou

> capaz de induzir o Juiz, jurados, parte adversa ou a opinião pública em erro; (v) qual é o critério para ponderação entre interesses conflitantes do Advogado e do cliente perante a mídia; (vi) se é possível o compartilhamento de informações protegidas pelo sigilo profissional com assessores de imprensa, jornalistas etc.[3]

Ao final, o citado autor (com o qual se concorda) conclui que para análise do tema é preciso ter como premissa que o direito à defesa pública pressupõe uma prévia acusação pública. Ainda, o exercício desse direito é facultativo, muitas vezes o silêncio é a melhor opção, e depende da concordância expressa do cliente e da cuidadosa análise da acusação pública e demais circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Além disso, não deve ser feita declaração pública que o advogado sabe ser falsa, ou capaz de induzir os outros em erro, uma vez que a atuação do advogado deve sempre ser pautada pela ética profissional. Por fim, o exercício desse direito sempre deve visar o melhor interesse do cliente, nunca do advogado como, por exemplo, na busca por uma autopromoção pública.

O advogado deve atuar em cooperação com os demais atores processuais. Para além de ter uma conduta ética, seus atos devem ser pautados pelo objetivo maior da defesa dos interesses do cliente em harmonia com o bom andamento processual.

Nesse sentido, um exemplo é no momento da confecção das peças processuais. É preciso ter técnica para estruturar as linhas defensivas, mas, além disso, é preciso ter técnica na estruturação formal da peça apresentada.

Diogo Malan[4] chama atenção para a necessidade de o advogado exercer a empatia, colocando-se no lugar do magistrado, em regra assoberbado por grande volume de arrazoados para ler e acórdãos ou sentenças para redigir, além de outras tarefas jurisdicionais e administrativas. Assim, afirma que o artífice do arrazoado sempre deve tentar limitar sua

---

3 MALAN, Diogo. Limites éticos da atuação do advogado criminal em julgamentos midiáticos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-17/diogo-malan-advocacia-criminal-julgamento-midiatico#sdfootnote12sym>. Acesso em 12 de agosto de 2020.

4 MALAN, Diogo. Advocacia criminal e o processo intelectual de elaboração do arrazoado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-24/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-arrazoado>. Acesso em 11 de agosto de 2020.

extensão, maximizando as chances de persuasão do julgador. Dentre as diversas estratégias tecidas pelo autor destaca-se o fato de ser direto, técnico, ético e elegante. Isso é importante para dar mais celeridade ao processo e demonstrar boa-fé para o magistrado, além de facilitar seu trabalho no momento da análise do caso.

Seguindo, é cediço que o standard probatório deve ser observado pelo juiz no momento do julgamento e os advogados, bem como Ministério Público, devem facilitar a apresentação das provas para o magistrado.

Para ilustrar, imagine a seguinte situação (ocorrida): um processo com mais de 20 réus, em trâmite há quase 10 anos e ainda na fase instrutória. Na audiência de instrução, uma das advogadas, de um dos réus, desenvolveu um estudo de caso completo do processo para auxiliar no momento da audiência. Tal estudo de caso foi utilizado pela própria magistrada na condução de todo a audiência, que, inclusive, durou uma semana.

Outro exemplo de cooperação entre todos os operadores do direito aconteceu recentemente. Fato público e amplamente divulgado em diversos veículos informativos, o juiz Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, da 2ª Vara Criminal de Caruaru (PE), cometeu um erro material de digitação em uma de suas decisões. Nela, ao ordenar a soltura de um acusado por tráfico de drogas, determinou a devolução de todos os bens apreendidos com o acusado. Contudo, constou da decisão "mesmo o entorpecente", quando sua intenção era dizer "menos o entorpecente".

Diante disso, o magistrado passou a ser criticado em todas as redes sociais. Em resposta, um grupo de 160 professores universitários, advogados, juízes, promotores e defensores públicos divulgou uma nota de apoio ao magistrado.[5]

Pelo exposto, entendemos que nos autos do processo não existem "inimigos", mas partes processuais na defesa de seus interesses e, acima disso, na busca por um interesse comum: prestação jurisdicional eficiente. Segundo Diogo Malan:

> nada obstante, jamais se deve olvidar que o Fórum não é teatro de operações, o Direito Processual Penal não é a arte da guerra,

[5] Juristas divulgam nota de apoio a juiz que cometeu erro de digitação em decisão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-02/juristas-divulgam-nota-apoio-juiz-cometeu-errou-digitacao>. Acesso em 12 de agosto de 2020.

> o caso penal não é conflito armado, os atos processuais penais não são batalhas, o Juiz e as partes não são combatentes inimigos, nem suas respectivas manifestações escritas e orais são armas destinadas a ferir ou matar.

Em resumo, o advogado é indispensável à administração da justiça. Porém, para uma atuação verdadeiramente eficaz e pautada na excelência, é preciso ter uma preparação técnica e ir além. É necessário todo um balizamento ético, pautado pelos preceitos normativos e baseado na boa-fé e na cooperação com os demais atores processuais.

Nesse sentido, João A. Mac Dowell pondera que:

> Aristóteles percebeu com perspicácia que qualquer ação humana, p.ex. a defesa de uma causa no tribunal, pode ser avaliada segundo uma dupla perspectiva. Por um lado, há o critério imediato e particular, que podemos chamar técnico. Neste sentido, a defesa é boa, bem feita, em função de sua eficácia, se consegue persuadir o júri ou o juiz e assim ganhar a causa. Mas a mesma ação tem outra dimensão, a ética. Ela será boa se estiver de acordo com a norma absoluta do bem, i.e. com o verdadeiro sentido da existência humana. Se se basear em alegações conscientemente mentirosas, a defesa será moralmente má. Assim, uma coisa é ser competente na sua profissão, outra, respeitar os princípios éticos na sua atuação profissional e, em geral, na sua vida.[6]

E este último é o valor definitivo, que qualifica a pessoa, não sob um aspecto particular, mas radicalmente. É o valor absoluto, que não pode ser sacrificado por nenhum outro bem, nem pelo dinheiro, nem pela boa reputação, nem pela saúde, nem mesmo pela própria vida.

Logo, posturas marcadas por alta combatividade, hostilidade ou incivilidade não encontram mais lugar no atual cenário processual. Isso porque frustram o objetivo principal de todas as partes, qual seja, um processo criminal justo, ético, pacífico e eficiente, que respeite as garantias constitucionais e, ao final, preste uma atuação jurisdicional eficiente.

---

[6] MALAN, Diogo. Dever de civilidade na prática jurídica da advocacia criminal. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/diogo-malan-advocacia-criminal-dever-civilidade#sdfootnote3sym>. Acesso em 11 de agosto de 2020. DOWELL, João A. Mac. Os fundamentos éticos do direito. Revista Ética e Filosofia Política. ISSN : 1414-3917. Número XIX – Volume I – Junho de 2016. Disponível em: www.ufjf.br/eticaefilosofia. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

Referências

DOWELL, João A. Mac. Os fundamentos éticos do direito. Revista Ética e Filosofia Política. ISSN: 1414-3917. Número XIX – Volume I – Junho de 2016. Disponível em: www.ufjf.br/eticaefilosofia. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

D'URSO. Adriana Filizzola. Qual o verdadeiro papel do advogado criminalista? Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/279906/qual-o-verdadeiro-papel-do-advogado-criminalista>. Acesso em: 11 de agosto de 2020.

Juristas divulgam nota de apoio a juiz que cometeu erro de digitação em decisão. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-02/juristas-divulgam-nota-apoio-juiz-cometeu-errou-digitacao>. Acesso em 12 de agosto de 2020.

MALAN, Diogo. Advocacia criminal e o processo intelectual de elaboração do arrazoado. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-24/diogo-malan-advocacia-criminal-arte-arrazoado>. Acesso em 11 de agosto de 2020.

MALAN, Diogo. Advocacia criminal e suas responsabilidades. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/advocacia-criminal-responsabilidades>. Acesso em 11 de agosto de 2020.

MALAN, Diogo. Dever de civilidade na prática jurídica da advocacia criminal. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/diogo-malan-advocacia-criminal-dever-civilidade#sdfootnote3sym>. Acesso em 11 de agosto de 2020.

MALAN, Diogo. Limites éticos da atuação do advogado criminal em julgamentos midiáticos. Consultor Jurídico, 2020.Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-jun-17/diogo-malan-advocacia-criminal-julgamento-midiatico#sdfootnote12sym>. Acesso em 12 de agosto de 2020.

19

A PROVA EMPRESTADA ORIUNDA DE ACORDOS NO CADE E SUA ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL

João Daniel Rassi
Pedro Luís de Almeida

O presente artigo visa a analisar tema relacionado à admissibilidade da prova emprestada no processo penal, consistente nas provas decorrentes de acordos perante o Cade. Para tal, analisa-se o regramento geral da prova emprestada, especialmente quando originada de processo administrativo, para então aplicar tal raciocínio ao especial caso dos acordos do Cade. Por fim, analisa-se o sigilo nas diferentes fases dos acordos e seu impacto para o regime de prova emprestada.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; crimes contra a ordem econômica; prova emprestada; cartel.

Introdução

Especialmente a partir da década de 90, como reflexo da "sociedade da informação" ou da "sociedade de risco", ocorreu o fenômeno que se denominou de "inflação legislativa", por meio do qual várias leis penais especiais foram promulgadas criminalizando condutas específicas relacionadas a atividades econômicas, tais como se fez com a lei de licitações, crimes ambientais, crimes contra ordem tributária e econômica, entre outras.

Uma das principais consequências dos novos tipos penais foi a evidência de que seu conteúdo – a reprovabilidade da conduta – advinha do ramo do direito específico regulado. A interdisciplinaridade, portanto,

manifestou-se como fundamental para a boa compreensão e aplicação do direito ao caso concreto.

Percebeu-se, igualmente, um movimento recente de abertura do próprio sistema do direito para outras ciências, numa visão luhmanniana, resultando na influência da teoria do Law & Economics do direito anglo-saxão que, em virtude do seu pragmatismo, prioriza a justiça negocial.

Para além da tipicidade, o movimento interdisciplinar impactou igualmente o processo penal, já que muitas vezes a prova da existência do fato é produzida em procedimentos diversos, com distintas finalidades, específicos para apurar a ilicitude do outro ramo do direito, que se sobrepõe ao processo penal.

Nessa sobreposição, alguns dos contornos mais relevantes para a prática penal são observados nos processos administrativos movidos por infrações à ordem econômica, como é o caso das condutas tipificadas na legislação antitruste.

É o caso da instrução dos casos de cartel no Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que pode anteceder qualquer ato de investigação ou de produção de prova na esfera penal, especialmente nos casos oriundos da colaboração dos integrantes do cartel por meio de acordo de leniência ou Termo de Compromisso de Cessação de condutas.

Apesar de se tratar de instâncias distintas, que normalmente antecedem ao processo penal, importa saber quais são os requisitos para admissibilidade das provas lá produzidas como emprestadas ao processo penal.

Nesse sentido, o principal obstáculo a ser superado é o sigilo que recai sobre o que for entregue como consequência do acordo.

O presente artigo, portanto, visa a analisar a questão da admissibilidade no processo penal das provas produzidas na seara administrativa perante o Cade originadas de acordos, superando a questão do sigilo.

A prova emprestada dos processos administrativos

A prova emprestada pode ser conceituada como "a prova produzida em um processo e que depois é trasladada, na forma documental, para outro processo"[7]. Isso significa que a prova, entendida como um elemento que leva ao conhecimento de um fato – e especificamente dos fatos

[7] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6. ed., 2018, p. 399.

pertinentes ao processo – produzida em relação a um objeto de prova pode ser aproveitada para outro.[8]

O Código de Processo Penal não possui uma disciplina expressa sobre a prova emprestada.

Mesmo o Código de Processo Civil de 2015 apenas dedica a ela um único artigo, limitando-se a mencionar genericamente a admissibilidade das provas produzidas em outro processo, devendo ser observado o contraditório[9].

Não obstante a possibilidade de sua aplicação analógica, certo é que a doutrina e jurisprudência processual penal já trataram do tema.

Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores indica requisitos de admissibilidade genéricos para a admissão dessas provas, inclusive em relação a provas trazidas de processos administrativos, basicamente afirmando que basta a garantia do contraditório para que a prova emprestada seja admissível no processo penal[10].

Na doutrina, bem acolhida é a formulação de Ada Pellegrini Grinover que estabelece dois requisitos de matriz constitucional para a admissão da prova emprestada, consistindo de que a prova originária deve ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes – o que seria necessário para o respeito integral ao princípio do contraditório – e de que deve ela ter sido produzida perante o juiz natural, que deve ser o mesmo juiz em ambos os processos[11].

---

8 GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 11. ed., 2015.

9 Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

10 Em pesquisa com os termos "prova emprestada" e "admissibilidade" ou "observância" no Supremo Tribunal Federal, há o retorno de múltiplos julgados que destacam apenas a necessidade de contraditório e afirmam a ampla admissibilidade da prova emprestada, destacando-se: HC 95549, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28/04/2009; Inq 4023, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016; MS 31772 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014. No Superior Tribunal de Justiça, pesquisando-se os termos "prova emprestada", obtem-se resultado semelhante, localizando-se os seguintes acórdãos pertinentes: AgRg no AREsp 1428500/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, *DJe* 23/06/2020; AgRg no REsp 1788458/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, *DJe* 18/06/2020; AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1609585/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020, *DJe* 27/05/2020.

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *In: O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 63. Já Gustavo Badaró discorda quanto à

A esses requisitos, devem se somar a de legalidade da prova em relação à sua natureza jurídica original – e ao meio de prova empregado originalmente – e os princípios que regem a prova documental no processo para o qual ela é trasladada[12]. Em complemento, outro requisito da admissibilidade trazido pela doutrina é o da integralidade da prova, ou seja, deve ela ser sempre transposta integralmente para o processo de destino[13].

A partir dessa formulação apresentada, numa primeira análise, poderia se concluir que elementos oriundos de processos administrativos são despidos de qualquer valor probatório, sequer podendo ser denominados como provas para efeitos processuais penais[14].

Mas qualquer conclusão a este respeito deve passar pela distinção entre o regime de produção dos diferentes meios de prova[15], especialmente às provas pré-constituídas e as provas constituendas[16] – distinção baseada no ato de aquisição da prova no processo, podendo ela ser preexistente à realidade extraprocessual ou formada no próprio processo, respectivamente[17].

Isso porque a diferença entre as provas pré-constituídas e constituendas impacta no regime de contraditório aplicável, que deve ser sobre a prova na primeira espécie – já que ele se dá em atos subsequentes à introdução do elemento no processo – e deve ser para a prova na segunda espécie – significando que o contraditório se dá no mesmo momento em que se desenvolve a atividade de formação dos dados probatórios[18].

---

exigência de identidade física do juiz, afirmando somente que é necessária a produção de prova perante o juiz natural, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 106, v. 22, 2014, p. 163-164.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada* (...), p. 63.

13 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal (...)* p. 402.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. *In: Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 22.

15 Utilizando-se aqui a definição de Magalhães, para quem meios de prova são os "*instrumentos* ou *atividades* por intermédio dos quais os dados probatórios (*elementos* de prova) são introduzidos e fixados no processo (*produção* da prova). GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: DPJ, 2005, p. 308.

16 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* (...), p. 396.

17 Definição dada por Franco Cordero, cf. CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*, Milano: Giuffrè, 1963, p. 55.

18 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, v. 24, 2016, p. 51.

A compreensão dessa distinção produz consequências para o objeto de estudo ora analisado, já que possibilita traçar uma linha entre quais são as provas que podem ser emprestadas de processos administrativos ao mesmo tempo em que se preserva o respeito ao princípio do juiz natural e ao contraditório[19].

Com efeito, provas produzidas em processos administrativos que forem constituendas não poderão ser trasladas para o processo penal, tendo em vista que é necessária sua produção sob contraditório perante o juiz natural da causa[20].

Já em se tratando de provas pré-constituídas, especialmente no meio de prova documental, não há óbice para o seu traslado, tendo em vista que a natureza do contraditório sobre a prova permite que a sua preexistência seja confrontada com o contraditório posterior, esse sim indispensável no processo que recebe a prova[21].

Aprofundando ainda mais essa delimitação, é oportuno trazer também a diferença entre documento representativo de uma descrição (quando o documento é ele próprio um fato), ou de uma declaração (representativo de um fato).

Caso tenham origem em processos administrativos, isso significa que provas que consistam em declarações não podem ser trasladadas para o processo penal, mesmo que sob a forma documental (no caso de um depoimento escrito de uma testemunha, por exemplo)[22].

Dessa forma, tem-se que provas pré-constituídas que tenham sido originalmente produzidas em procedimentos administrativos

---

19 A presente análise se limita à recepção da prova emprestada no processo penal, não estudando o movimento contrário, qual seja, de traslado de prova do processo penal para o procedimento administrativo. Cumpre afirmar, no entanto, que isso é amplamente admitido pela jurisprudência, como ilustra o enunciado da súmula 591 do Superior Tribunal de Justiça.

20 Nesse sentido são aplicáveis as conclusões de Gustavo Badaró sobre provas emprestadas de Comissões Parlamentares de Inquérito para o processo penal. BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova emprestada (...), p. 173.

21 BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova emprestada (...), p. 173. Gustavo Badaró inclusive faz referência ao dispositivo do art. 398 do antigo Código de Processo Civil, que prevê a concessão de prazo para a manifestação da parte contrária quando juntado documento aos autos por uma das partes.

22 BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, n. 14, v. 8, 2011, p. 336-337.

– especificamente documentos –, em linhas gerais, podem ser admitidas no processo penal desde que assegurado o contraditório, o que vale para provas documentais trasladadas de procedimentos instaurados pelo Cade.

No contexto do Cade, entretanto, algumas questões específicas sobre a admissibilidade da prova emprestada poderão surgir no caso das provas oriundas de acordos de leniência e Termos de Compromisso de Cessação.

Provas oriundas de acordos no processo administrativo do Cade por cartel

Especialmente sobre o procedimento administrativo do Cade, a Lei n. 12.529/2011 não prevê um sistema probatório próprio, fazendo apenas menções isoladas à dispositivos do Código de Processo Civil e à Lei de Processo Administrativo Federal[23].

Desse modo, o sistema antitruste depende de conceitos e noções sobre a prova que derivam diretamente do direito processual, havendo quem defenda um marcante movimento de aproximação com os paradigmas do processo penal, justamente em razão do sistema de garantias oferecido por esse[24].

Em reforço, pode se afirmar que estão à disposição das partes no processo administrativo os mesmos meios de prova existentes no processo criminal para fixar no procedimento os elementos de prova, outro aspecto que evidencia essa aproximação. Isso inclui até mesmo a possibilidade de pleitear perante o Poder Judiciário busca e apreensão para a obtenção de objetos, documentos de toda natureza e arquivos digitais, nos termos do art. 9º, inciso VI, "d", do Regimento Interno do Cade.

Não obstante, note-se que é característica dos casos de cartel a existência de numerosas dificuldades para serem encontrados os elementos de prova e suas fontes, dificultando o procedimento probatório no

---

23 RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *A prova no processo administrativo de investigação de cartel*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 69.

24 RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *A prova (...)*, p. 70.

processo administrativo para provar o fato ilícito, especialmente tendo em vista a dificuldade de provar a existência do ajuste entre os participantes do cartel[25].

Para superar a dificuldade na prova das condutas criminosa de ajustes colusivos, na linha da influência do pragmatismo do direito norte americano, os instrumentos mais importantes à disposição das autoridades antitruste são os acordos, dispondo a lei de dois tipos.

O acordo de leniência, disciplinado no art. 86 da Lei n. 12.529/2011, é a forma mais benéfica de acordo. É apenas cabível para o primeiro infrator que se apresentar perante as autoridades para denunciar infração à ordem econômica que ainda seja desconhecida das autoridades, ou sobre a qual não haja prova suficiente. O acordo consiste na cooperação para auxiliar na investigação contra os demais infratores em troca de substantivos benefícios administrativos e criminais[26].

Já o Termo de Compromisso de Cessação, previsto no art. 85 da Lei n. 12.529/2011, é a modalidade de acordo com benefícios mais brandos – e unicamente na esfera administrativa[27] – que está disponível a qualquer infrator, não apenas ao primeiro. As obrigações, nesse caso, incluem também a necessidade de auxiliar as investigações e de reconhecer sua participação nas condutas, assim como na leniência[28].

---

25 Paula Forgioni afirma que a prova das infrações referentes a acordos como carteis é difícil de ser produzida, ainda que a colusão seja resultado apenas da troca de informações, sem um acordo propriamente dito. É exatamente a prova do *plus* em relação ao paralelismo das condutas, que demonstre que o comportamento dos agentes não foi espontâneo. Cf. FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10. ed., 2018, p. 364-365.

26 MARTINEZ, Ana Paula. CORDOVIL, Leonor. Política de leniência – avanços recentes e perspectivas. *In:* CARVALHO, Vinicius Marques de; LUIS, Alessandro Serafim Octaviani (Org.). *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 305.

27 Sobre a problemática da falta de previsão de benefícios de natureza criminal, v. o nosso RASSI, João Daniel; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Termos de compromisso de cessação no Cade e suas consequências penais. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance,* v. 1, 2020, p. 185-211.

28 ATHAYDE, Amanda; DE GRANDIS, Rodrigo. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. *In:* CARVALHO, Vinicius Marques de; LUIS, Alessandro Serafim Octaviani (Org.). *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 301. Importante destacar que essas últimas obrigações estão previstas nos arts. 185 e 186 do Regimento Interno do Cade, não sendo previstas na Lei, diferentemente

Observe-se que em ambas as modalidades, portanto, a colaboração necessariamente implica na prestação de informações e documentos aptos a comprovar as infrações contra a ordem econômica[29].

Tratando-se de infrações com correspondente criminal, no caso de cartéis – como expressamente reconhecido pelo art. 87 da Lei n. 12.529/2011 –, é evidente que as informações e documentos fornecidos no curso do acordo se relacionam com o objeto de prova do processo penal que pode vir a ser instaurado sobre os mesmos fatos.

E são essas informações e documentos apresentados no procedimento administrativo que poderão ser aportados no processo penal, colocando em questão sua admissibilidade, inclusive em relação à questão do sigilo, ínsito ao acordo celebrado.

A admissibilidade de provas oriundas de acordos na esfera administrativa em casos de cartel

Tendo em vista que as disposições normativas sobre os acordos mencionam "informações e documentos", para melhor compreensão sobre sua admissibilidade como prova emprestada, vale retomar a conceituação mencionada acima de provas pré-constituídas e constituendas.

Como visto, apenas as provas pré-constituídas são admissíveis como prova emprestada, de maneira que não há problema em trasladar as provas documentais oriundas do acordo para o processo penal que verse sobre os mesmos fatos.

Por outro lado, devido ao fato de que não há disciplina probatória específica no procedimento antitruste, as informações fornecidas no acordo podem ser trazidas ao processo administrativo por quaisquer meios de prova admitidos, incluindo provas testemunhais. No entanto, sendo essas provas constituendas, não podem ser trazidas para o processo penal, devendo ser novamente produzidas, se for o caso.

Sobre os documentos, cabe aqui a distinção entre os que contenham uma descrição e aqueles que contém uma declaração. Documentos descritivos podem ser trazidos normalmente na forma emprestada, mas

---

das exigências relativas ao acordo de leniência.

29 Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*, p. 14; Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade*, 2017, p. 35-36.

documentos que contenham declarações – ou seja, representações sobre um fato da perspectiva de um indivíduo.

Isso inclui, por exemplo, o histórico da conduta elaborado pelo Cade[30], se esse contiver informações prestadas na forma de relato ou declaração pelo signatário do acordo e não for baseado apenas em documentos, bem como declarações do signatário ou de pessoas indicadas. Da mesma foram, depoimentos escritos eventualmente fornecidos pelo signatário do acordo também não poderiam ser admitidos.

Nesses casos, a prova terá que ser novamente produzida no processo penal, aproveitando-se a indicação da fonte de prova.

A questão do sigilo sobre os documentos fornecidos

Não obstante a possibilidade de que a produção probatória oriunda do processo administrativo, incluindo-se aí as informações e documentos produzidos nos acordos, seja emprestada ao processo penal nos termos mencionados, deve-se atentar para a questão do sigilo nas diversas fases da celebração do acordo, que pode impactar à disciplina da prova emprestada

Complexo, o procedimento de negociação envolve diversas fases, desde a procura pelo possível signatário até a finalização do acordo e produção de efeitos, passando pelo oferecimento de documentos e informações e sua avaliação pela autoridade[31], apresentando diferentes graus de sigilo em cada uma delas.

Nesse sentido, a Resolução n. 21/2018 do Cade[32] disciplina os procedimentos relativos ao acesso aos documentos e informações dos processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica e o seu sigilo, inclusive em relação aos oriundos de acordos.

Importante destacar que essa proteção do sigilo está em consonância com a postura do Cade de regular a seriedade dos acordos na negociação[33], cuja preservação garante a efetividade dos acordos, dando segurança a qualquer um que queira iniciar uma negociação[28].

---

30 Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade*, 2017, p. 40.

31 As fases para cada tipo de acordo são descritas no Regimento Interno do Cade.

32 Disponível em: http://www.cade.gov. br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view

33 MARTINEZ, Ana Paula. Parâmetros de negociação de acordo de leniência com o MPF à luz da experiência do Cade. *In:* MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 47.

Especificamente sobre os documentos oriundos de negociações de acordos na fase de negociação, são eles sigilosos nos termos dos arts. 8º e 9º da Resolução, – ou seja, passível apenas de acesso por aqueles autorizados pelo Cade – assim considerados todos os documentos e informações constantes da proposta de acordo, bem como a proposta em si, destacando a necessidade de preservar a investigação, a identidade do colaborador e a política de combate às infrações[35].

Já na fase de instrução, nos termos do art. 10, há a disponibilização pública das Notas Técnicas, mas ainda há o tratamento sigiloso de documentos e informações a partirdos parâmetros estabelecidos no art. 9º da Resolução[36],

---

34 RUFINO, Victor Santos. *Os fundamentos da delação*: análise do programa de leniência do Cade à luz da teoria dos jogos. Dissertação de Mestrado. Brasília: Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016, p. 69. O autor menciona apenas o acordo de leniência, mas suas considerações sobre o "jogo" da negociação podem ser estendidas para o Termo de Compromisso de Cessação, conforme destacamos em: RASSI, João Daniel; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Termos de Compromisso (...), p. 197-202. Isso, portanto, incluiria o sigilo.

35 Art. 8o Durante a fase de negociação e celebração de Acordos de Leniência e TCC, a Superintendência-Geral e o Tribunal do Cade assegurarão o tratamento sigiloso e/ou restrito da proposta, conforme os arts. 85, § 5o e 86, § 9o da Lei no 12.529, de 2011, bem como dos documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos em investigação.
Art. 9o A proposta e o processo de negociação de Acordo de Leniência e de TCC, bem como os demais documentos, informações e atos processuais que tenham recebido tratamento sigiloso, somente poderão ser acessados pelas pessoas autorizadas pelo Cade, nos termos dos arts. 85 e 86 da Lei no 12.529, de 2011, observados os seguintes parâmetros:
I – a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador;
II – a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade;
III – a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica.
Parágrafo único. Os documentos e as informações classificados como de acesso restrito constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no *caput*.

36 Art. 10. Durante a fase de instrução do Processo Administrativo Para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, a qual se realiza na Superintendência-Geral ou no Tribunal do Cade, serão disponibilizadas nos autos públicos as versões públicas da Nota Técnica de instauração e da Nota Técnica final da Superintendência-Geral do Cade.
§ 1o As Notas Técnicas referidas no *caput* deste artigo conterão, sem prejuízo do disposto no art. 187 do Regimento Interno do Cade, pelo menos:

sendo que apenas a decisão final do Plenário do Tribunal do Cade torna os documentos públicos, nos termos do art. 11[37].

Embora a Resolução afirme, em seu art. 7º, que o Ministério Público terá acesso à íntegra dos documentos e informações apresentados pelo signatário do Acordo para os fins cabíveis[38], é evidente que devem ser observadas algumas restrições em relação ao uso de prova emprestada.

A primeira diz respeito ao uso enquanto ainda houver fase de negociação. Evidente que os documentos dessa fase não poderão ser utilizados, tanto pelo risco de frustração de negociação, quanto pela tutela dos dispositivos do art. 9º da Resolução e também pela possibilidade concreta de negociações frustradas e impedimento de uso de documentos delas decorrentes, nos termos do Regimento Interno do Cade[39].

I – a indicação do representado e, quando for o caso, do representante; II – a enunciação da conduta ilícita imputada ao representado;
III – o resumo dos fatos a serem apurados;
IV – a indicação do preceito legal relacionado à suposta infração
§ 2o Os documentos e as informações que deverão ser classificados como de acesso restrito durante a fase de instrução, constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no artigo 9o.

37 Art. 11. A decisão final do Plenário do Tribunal do Cade tornará públicos documentos e informações de acesso restrito previstos no § 2o do art. 10o.

38 Art. 7o O Ministério Público que atuar como interveniente anuente na celebração do Acordo de Leniência do Cade terá acesso à íntegra dos documentos e das informações apresentados pelo signatário do Acordo, os quais poderão embasar procedimentos cíveis e criminais cabíveis, devendo observar a manutenção das regras de confidencialidade previstas em lei e na presente Resolução.

39 Art. 178. Qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação de que trata o art. 85 da Lei n. 12.529, de 2011, deverá apresentar requerimento do termo ao Cade, dirigido ao Conselheiro-Relator, se os autos do processo administrativo já houverem sido remetidos ao Tribunal, na hipótese do art. 74 da Lei 12.529, de 2011, ou ao Superintendente-Geral, se o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o inquérito administrativo ou o processo administrativo ainda estiverem em curso na Superintendência-Geral. (...)
§ 7º As informações e documentos apresentados pelo proponente durante a negociação do TCC subsequentemente frustrada não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso. (...)
Art. 205. Não importará em confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação. (...)
§ 3º As informações e documentos apresentados pelo proponente durante a negociação do acordo leniência subsequentemente frustrado não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso.

Na fase de instrução, por sua vez, os dispositivos do art. 9º devem guiar a atuação do Ministério Público no uso de prova emprestada no processo penal. Isso significa que os motivos listados nesse artigo podem servir para manter parte dos documentos e informações como sigilosas. Na hipótese de o caso concreto demandar que parte dos documentos não possa ser trasladada por motivos de preservação da identidade do colaborador ou da efetividade da política antitruste, por exemplo, deve ser feita a análise de contraditório e integralidade se houver a pretensão de traslado das demais provas para o processo penal.

Quando os documentos tiverem partes sigilosas que não possam ser transportas para o processo penal pelos motivos listados no art. 9º da Resolução, não se pode fazer uma transposição parcial que impeça o exercício pleno do contraditório, por desrespeito ao requisito de integralidade da prova. Em outros termos, documentos que estejam apenas parcialmente transpostos para preservar a identidade do signatário ou para impedir a frustração de investigações na seara administrativa não são admissíveis como prova emprestada.

Finalmente, digno de nota que apenas há possibilidade de uso irrestrito dos documentos fornecidos nos acordos como prova emprestada no processo penal quando o Plenário do Tribunal do Cade declarar os documentos públicos, momento mais adequado para sua utilização em outras esferas[40].

Conclusões

1. A principal consequência da complexidade e incremento da legislação penal, com influência do pragmatismo da Law & Economics do direito anglo-saxão é a evidência de que a interdisciplinaridade passou a ser fundamental para melhor interpretação e aplicação da lei.

2. Se de um lado o conteúdo do crime depende cada vez mais do conhecimento do ilícito relacionado ao ramo específico do direito regulado, de outro o processo penal pode atingir com melhor eficácia seu objetivo ao dialogar com os procedimentos diversos respectivos, ganhando importância o entendimento da disciplina da prova emprestada.

---

40 Art. 11. A decisão final do Plenário do Tribunal do Cade tornará públicos documentos e informações de acesso restrito previstos no § 2º do art. 10.

3. Neste contexto, ganha destaque o movimento de provas produzidas na esfera administrativa do Cade para o processo penal, muitas vezes sendo elas fruto de acordo de leniência ou Termos de Compromisso de Cessação.

4. Para assegurar o devido contraditório e a garantia de produção da prova perante o juiz natural, apenas as provas pré-constituídas podem ser trasladadas de acordos na esfera antitruste para o processo penal, sendo inadmissíveis as provas constituendas, assim como documentos que sejam meramente representativos de declarações.

5. Para conjugar a proteção do sigilo nas provas oriundas dos acordos deve se compreender a conjugação por fases. Isso significa que na fase de negociação, provas emprestadas ao processo penal são inadmissíveis, enquanto na fase de instrução as provas apenas poderão ser emprestadas se não houver sigilo restringindo sua integralidade.

6. A ampla admissão de provas oriundas de acordos no processo penal – desde que respeitados os demais requisitos elencados – só pode existir após decisão final do Plenário do Tribunal do Cade.

Referências

ATHAYDE, Amanda; DE GRANDIS, Rodrigo. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. *In:* CARVALHO, Vinicius Marques de; LUIS, Alessandro Serafim Octaviani (Org.). *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6. ed., 2018.

_____. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 106, v. 22, 2014, p. 157-179.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, n. 14, v. 8, 2011, p. 315-343.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade*, 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*, 2017.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*, Milano: Giuffrè, 1963.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10. ed., 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, v. 24, 2016, p. 43-61.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 11. ed., 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. *In: Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 17-44.

_____. Prova emprestada. *In: O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 54- 63.

MARTINEZ, Ana Paula. Parâmetros de negociação de acordo de leniência com o MPF à luz da experiência do Cade. *In:* MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. CORDOVIL, Leonor. Política de leniência – avanços recentes e perspectivas. *In:* CARVALHO, Vinicius Marques de; LUIS, Alessandro Serafim Octaviani (Org.). *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

RASSI, João Daniel; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Termos de Compromisso de Cessação no Cade e suas consequências penais. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance,* v. 1, 2020, p. 185-211.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *A prova no processo administrativo de investigação de cartel*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

20

SOBRE MATERIALIDADE DO FATO, INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE COATORA E CERCEAMENTO DE DEFESA NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS*

José Arthur Di Spirito Kalil

A cognição fática no *habeas corpus* e a colocação do problema

No *habeas corpus*, cabe à defesa o ônus da prova do constrangimento ilegal. Assim, exige-se, para fins de conhecimento, que o impetrante junte documentos suficientes para a compreensão da matéria no aspecto fático e jurídico.

Se o HC é impetrado no curso das investigações, em face de decretação de prisão preventiva, o advogado juntará a decisão e os documentos que a instruem, como a representação da Autoridade Policial ou do Ministério Público, o boletim de ocorrência, a portaria que inaugura as investigações, o auto de prisão em flagrante delito, a ata de audiência de custódia, e eventual indeferimento de liberdade provisória etc.

Na fase de inquérito, sobrevém os indícios de autoria e de materialidade. Quanto à autoria, exige-se que existam indícios suficientes, de modo a apontar como provável a autoria. No tocante à materialidade, o fato deve estar comprovado, conforme se extrai do art. 312 do CPP, *In: verbis*:

> **Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver **prova da existência do crime e indício suficiente de autoria** e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (grifou-se)

Na hipótese de a prisão preventiva ser decretada no início das investigações, as provas periciais ainda não terão sido realizadas nos fatos que deixam vestígios. O acervo probatório ainda é precário, mas é nesse contexto que serão levadas ao judiciário as arguições de ilegalidades pelo impetrante.

Há firme entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à impossibilidade de ampla exploração dos fatos em sede de *habeas corpus*, ação constitucional essa que possui cognição fática estreita e não permite amplitude de discussões a esse respeito[1]. Essa premissa costumeiramente impede que a defesa traga explicações ou provas em contrário para a ocorrência do fato diante de informações inexatas presentes no inquérito, ou vindas da autoridade apontada coatora ou do Ministério Público.

Neste artigo, deseja-se analisar as consequências práticas desse âmbito estreito de cognição do material fático diante de *habeas corpus* que visa a desconstituir a prisão preventiva decretada no início das investigações.

A "prova" da materialidade e dos indícios de autoria

A materialidade e os indícios da autoria serão levados aos autos não só por meio do impetrante, que responsavelmente instruirá a inicial da impetração com as peças que permitam a compreensão do constrangimento ilegal, mas também por meio das informações da autoridade coatora e pela manifestação do Ministério Público quando for este o autor da representação pela custódia cautelar.

É perfeitamente identificável o princípio da confiança[2] na autoridade apontada coatora como algo ínsito à instrução e ao julgamento do *habeas corpus*. O problema jurídico que se deseja enfrentar nesse breve artigo relaciona-se diretamente com o acolhimento da versão fática apresentada pelo juiz apontado coator seja na decisão, seja em informações, sem que a defesa possa discutir a contento as premissas fáticas.

---

1 O seguinte trecho de ementa, da lavra do Min. Schietti, resume o que foi registrado acima acerca do ônus probatório e da restrição quanto à discussão da prova: "Ação constitucional de natureza mandamental, o *writ* tem como escopo precípuo afastar eventual ameaça ao direito de ir e vir, cuja natureza urgente exige prova pré-constituída das alegações e não comporta dilação probatória" (AgRg no HC 575.959/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, *DJe* 04/08/2020).

2 Pelo princípio da confiança no Juiz da causa, o convencimento do Magistrado monocrático deve ser devidamente valorizado, por estar ele mais próximo dos fatos e das provas produzidas, de modo que possui maiores condições de avaliar com

Se de um lado é permitido ao Juiz decretar a prisão preventiva com base nos indícios de autoria e na "prova" da materialidade do fato que lhe são apresentados, é defeso ao impetrante discutir a base empírica da decisão conforme o já mencionado entendimento jurisprudencial referido linhas atrás. Eis o problema.

É comum que, durante a sessão de julgamento, venha o impetrante na sustentação oral explicar fatos imprecisos e até deturpados pelas informações da autoridade coatora. Esbarra-se nesse instante com o malsinado entendimento de que a via estreita do *habeas corpus* não permite discussão aprofundada dos fatos. A defesa, neste instante, se vê claramente cerceada. A situação comumente ocorre quando, após a sustentação oral e, portanto, quando da exposição dos votos dos julgadores, o advogado pede a palavra "pela ordem" para clarear dúvida acerca do fato. Novamente, o limitante entendimento jurisprudencial vem a socorro dos julgadores, que não raro sequer permitem ao defensor o direito de usar da prerrogativa profissional durante o julgamento, sabedores de que virão explicações para o fato.

Acredita-se sinceramente que as explicações do advogado para o fato trazem desassossego aos julgadores, que partiram das premissas fáticas noticiadas pelos documentos e pela autoridade coatora. O referido desassossego provém da desestabilização dos votos, que já se encontram prontos e acabados e, ainda, disponibilizados digitalmente entre a turma julgadora. Aliás, é sempre bom expressar, o acórdão já está pronto para ser publicado quando do julgamento.

Importa notar que comumente o contexto fático vem exposto na ementa do acórdão proferido pelo Tribunal, a qual trata de circunstanciar o fato para sumarizar a decisão e considerar concreto o juízo de necessidade da prisão cautelar. Não somente nos votos vem o fato circunstanciado, mas também na ementa do julgado. E não raro, por preocupação de maior fidelidade com o fato tratado no inquérito, circunstâncias não comprovadas vêm mencionadas. Tal menção pelo acórdão demonstra que as aludidas circunstâncias foram preponderantes para a formação do convencimento

---

dedicação e precisão todas as provas colhidas na instrução criminal. (TJMG – Apelação Criminal 1.0209.13.000181-8/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/05/2015, publicação da súmula em 19/05/2015)

dos julgadores. As circunstâncias, muitas das quais até então não comprovadas, mas veiculadas livremente no inquérito, nas informações da autoridade coatora, acentuam a reprovação do fato e vêm a configurar a chamada "periculosidade social do paciente".

A periculosidade social do agente e a garantia da ordem pública

No sentido estrito e doutrinariamente admissível, a garantia da ordem pública, na prisão preventiva, identifica-se com a possibilidade de reiteração do crime[3].

Outra concepção de prisão preventiva para a garantia da ordem pública vem sendo aceita pela jurisprudência, que a identifica com a periculosidade social do agente revelada pela conduta praticada. Para tal entendimento, o *modus operandi* revela a periculosidade, sendo suficiente para a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública[4].

Nota-se que a análise do modo de agir do agente tem como base as circunstâncias concretas do fato, não só as *demonstradas*, mas, é forçoso notar, mas as *noticiadas*, isto é, aquelas ainda carecedoras de prova. Analisando decisões nesse sentido, verifica-se que a reincidência específica[5], questões como quantidade expressiva de drogas, variedade, forma de acondicionamento e

---

3 Veja esclarecedora análise de Pacelli (Curso de Processo Penal. 16ª ed, Atlas, SP, p. 549): "No Brasil, a jurisprudência, ao longo dos anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão. A Lei 12.403/11 parece ter aceitado essa realidade, prevendo algumas hipóteses de decretação de medicas cautelares para evitar a prática de infrações penais, conforme se vê do art. 282, I, CPP".

4 "Ao menos no que toca a este último fundamento [garantia da ordem pública], sua invocação como motivo para a decretação da cautela extrema funda-se em avaliação concreta da periculosidade do agente, ou seja, a probabilidade de que o autor de um facto-crime repita a sua conduta típica e ilícita. Assim, a probabilidade de recidiva do comportamento criminoso se afere em face do passado do réu ou pelas circunstâncias específicas relativas ao *modus operandi* do crime sob exame. RHC 63.855-MG"(**Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/5/2016,** *DJe* **13/6/2016).**

5 RHC 126.796/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 12/08/2020.

sua potencialidade nociva oferecem os contornos da periculosidade do agente acusado do crime de tráfico ilícito de entorpecentes[6].

No que tange ao crime de homicídio, o pertencimento à facção criminosa[7], a prévia tortura da vítima[8], a qualificação pelo uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima[9], ter sido o fato praticado contra

---

6 As circunstâncias fáticas do crime, como a grande quantidade apreendida, a variedade, a natureza nociva dos entorpecentes, a forma de acondicionamento, entre outros aspectos podem servir de fundamentos para o decreto prisional quando evidenciarem a periculosidade do agente e o efetivo risco à ordem pública, caso permaneça em liberdade. (AgRg no HC 588.600/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 13/08/2020). Nesse sentido também, ressaltando quantidade e variedade de droga: AgRg no HC 572.693/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2020, *DJe* 18/08/2020, e AgRg no HC 590.266/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 13/08/2020. Sobre o acondicionamento da droga, presença de balança de precisão, tem-se o seguinte julgado: HC 583.610/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 14/08/2020.

In: casu, verifica-se que a prisão preventiva do paciente foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a periculosidade do agente ante o modus operandi da conduta delitiva, haja vista que o paciente, em razão de desavença com o dono do bar que lhe negou uma cerveja, sacou uma arma de fogo e efetuou diversos disparos em sua direção, acertando os tiros no portão do estabelecimento e na orelha esquerda de outra pessoa que estava no local, recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

Impende consignar, por oportuno, que, conforme orientação jurisprudencial desta Corte, o modo como o crime é cometido, revelando a gravidade em concreto da conduta praticada, constitui elemento capaz de demonstrar o risco social, o que justifica a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. (HC 581.811/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 10/08/2020)

7 RHC 118.425/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 10/08/2020.

8 HC 580.719/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, *DJe* 01/07/2020.

9 HC 549.085/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2020, *DJe* 23/06/2020). Neste julgado, considerou-se de grande censurabilidade o fato de o agente ter segurado a vítima para que o corréu lhe desse cinco golpes de faca ou de espetos de churrasco, além de ter fugido após a ação delituosa.

esposa[10], a motivação e a presença de pessoas na cena do delito[11], bem como as consequências do crime frequentemente estampam as ementas que sumarizam denegações da ordem ao argumento de estar presente a periculosidade do agente[12].

Referentemente ao delito de roubo, o local e o horário do crime, o grau de coordenação da ação, a presença de concurso de pessoas, bem como o emprego de arma de fogo[13], são circunstâncias que revelam a necessidade de acautelar a ordem pública, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Num eventual recurso constitucional em face da denegação da ordem de *habeas corpus*, o relatório do voto do relator se baseia no que foi

---

10 AgRg no HC 578.048/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, *DJe* 17/06/2020. Neste julgado, considerou-se que o acusado, após fazer uso de bebida alcoólica, efetuou disparo contra a esposa na frente de uma neta.

11 RHC 122.932/MA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, *DJe* 29/06/2020. Neste julgado, conforme a ementa, o acusado teria matado a vítima porque, sendo ela homossexual, teria lhe dado uma 'cantada' no bar. A ementa do julgado seguinte também é exemplificativa quanto à periculosidade em face da motivação do agente: "*In: casu*, verifica-se que a prisão preventiva do paciente foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a periculosidade do agente ante o modus operandi da conduta delitiva, haja vista que o paciente, em razão de desavença com o dono do bar que lhe negou uma cerveja, sacou uma arma de fogo e efetuou diversos disparos em sua direção, acertando os tiros no portão do estabelecimento e na orelha esquerda de outra pessoa que estava no local, recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Impende consignar, por oportuno, que, conforme orientação jurisprudencial desta Corte, o modo como o crime é cometido, revelando a gravidade em concreto da conduta praticada, constitui elemento capaz de demonstrar o risco social, o que justifica a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. (HC 581.811/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 10/08/2020)

12 No julgado do AgRg no RHC 126.874/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 12/08/2020, apontou-se que o agente matou a vítima com um tiro na testa durante a cesta de natal, na frente da família, o que acelerou o parto da esposa da vítima.

13 AgRg no HC 578.075/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 13/08/2020. Nesse julgado, verificou-se que o agente, para não ser preso, efetuou disparos contra a guarnição policial e, ainda, ostentava folha de antecedentes indicando a prática de vários crimes patrimoniais: AgRg no HC 587.876/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, *DJe* 13/08/2020.

decidido pelo tribunal *a quo*, sendo natural a transcrição da ementa do julgado recorrido, fixando-se ainda mais o contexto fático. E o contexto fático também é replicado comumente na ementa do acórdão do tribunal superior[14].

A princípio, não se vê importância na menção às circunstâncias do fato, ainda que elas não tenham sido comprovadas por perícia, mas meramente noticiadas no inquérito. Contudo, verifica-se que tais circunstâncias fáticas tem servido para fundamentar a periculosidade do agente, pois integram o seu modo de agir no caso concreto. Veja-se que a decretação da preventiva exige prova da materialidade, e não indícios. Esses indícios, ao mesmo tempo em que representariam um *plus* relativamente à exigência da prova da materialidade e, portanto, desnecessário, conferem concretude à fundamentação.

Em que pese a necessidade de fundamentação concreta de decisões restritivas de liberdade serem benfazejas à ordem constitucional e democrática, essa fundamentação calcada em indícios de circunstâncias mais gravosas tem causado prejuízo à defesa. Nos casos em que se necessita refutar a existência dessas circunstâncias noticiadas pela autoridade coatora ou pelas peças do inquérito policial, a defesa se vê arrostando o entendimento jurisprudencial da proibição de discussão fática. E ainda que o refutar defensivo dos tais indícios possa ser realizado por análise perfunctória, corre-se o risco de ser utilizada pelos julgadores a malsinada predição cerceadora da defesa.

A prática da advocacia mostra riqueza de exemplos de necessidade de refutar em sede de *habeas corpus* as circunstâncias fáticas ainda não comprovadas no inquérito. Menciona-se ilustrativamente, como exemplos: o fato de o peso de uma porção de droga apreendida vier contemplando também o peso de um frasco onde ela fora achada; o fato de o cadáver apresentar lesões cuja natureza e sede não possam ser atribuídas ao investigado do crime de homicídio; o fato de o horário e o lugar de determinado crime de roubo não trazerem riscos à incolumidade de transeuntes locais, o fato de o suposto envolvimento do investigado com organizações criminosas vir narrado por meio de denúncia anônima etc.

Todas as refutações figuradas acima, se existentes, seriam absolutamente necessárias para a defesa pretender desmistificar a

[14] Todos os julgados mencionados neste artigo, provenientes do Superior Tribunal de Justiça, trazem as circunstâncias fáticas do caso concreto na ementa.

periculosidade social do paciente. O que nos parece indevido e inaceitável é impedir a defesa de fazê-las sob a tranquilidade comodista da proibição de não se poder discutir prova em profundidade no âmbito estreito do HC.

E, em suma, não permitir à defesa refutar a base empírica dos fatos noticiados no inquérito, socorrendo-se do entendimento jurisprudencial que considera o estreito âmbito do *habeas corpus* incompatível com tal proceder, revela induvidoso cerceamento de defesa. A pretensão da turma julgadora de eventualmente impedir as explicações defensivas para o fato sob tal pretexto, além de trazerem prejuízo ao paciente, há de merecer a devida censura, pois, sob a proteção do entendimento jurisprudencial já decantado, restringe-se a atuação do advogado.

Conclusão

Verifica-se que o significado que a jurisprudência tem emprestado ao fundamento da prisão preventiva "para a garantia da ordem pública", tem servido livremente para o julgador etiquetar alguns fatos como indesejáveis à luz do concreto modo de agir do agente, negando-se-lhe o direito de responder ao processo em liberdade.

Na esteira do entendimento retro indicado, pode-se afirmar que a decisão de denegar a ordem é muito mais fruto do voluntarismo do que da aplicação técnica do direito[15]. Com isso, ganham espaço e importância os juízos morais em detrimento da segurança jurídica, a opinião pública em detrimento da hermenêutica e dos valores constitucionais que deveriam orientar as decisões judiciais.

O verbete jurisprudencial que veda a discussão probatória no âmbito estreito do *Habeas Corpus* promove cerceamento de defesa nas hipóteses em que o paciente necessita refutar fatos e circunstâncias referidas no inquérito que lhe estão sendo imputadas quanto ao modo de agir.

Advirta-se para que a análise de prova seja aquela necessária para a pretensão defensiva quanto a esse particular. Nesse sentido, a análise de

---

15 A respeito do tema "Voluntarismo e Fim da Hermenêutica penal" confira palestra de Eugênio Pacelli, disponibilizada no canal do youtube da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/MG, proferida em 17/08/2020, https://www.youtube.com/watch?v=WR_jL-y704g. Acesso em 31/08/2020.

prova não deve ser rasteira, superficial, como já advertia o Professor José Barcelos de Souza, no seu clássico *Doutrina e prática do habeas corpus*[16]:

> Com efeito, a equívoca expressão "não cabe o exame aprofundado de prova" não significa que a prova só se examina pela rama, por cima, superficialmente, a voo de pássaro. Significa apenas que (...) não cabe comparar provas, avaliá-las, analisa-las e valorizá-las como se se estivesse reexaminando um julgamento tomado diante da prova controvertida e complexa.

A defesa precisa ser ouvida pelos tribunais e suas teses necessitam ser devidamente apreciadas. Mas, no julgamento do *habeas corpus*, não se pretende que a turma julgadora reconheça de plano a inocorrência de uma tal circunstância ou fato. Explica-se. A primeira razão é que, no curso de um inquérito, ainda não se esgotaram os meios de prova normalmente realizados, ou ainda não se sabe de seus resultados. A segunda razão é que o âmbito de discussão probatória no HC é realmente mais estreito e diverso do que aquele existente num julgamento de um recurso de apelação, por exemplo.

Mas permitir que a defesa refute a ocorrência de determinada premissa fática é fundamental. Afinal, se à acusação e à autoridade coatora são permitidos o acolhimento de versões fáticas ainda não comprovados, permitir à defesa realizar esclarecimentos e refutações é imperativo de paridade de armas.

E nos parece que ouvir a defesa nesse tocante impediria que os tribunais utilizassem dos meros indícios veiculados no inquérito, por vezes indeterminados quanto a sua extensão e origem, para fundamentar suposto modo de agir do agente. É que, tal modo de agir, como se verificou, tem servido parar fundamentar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública. E, para tal fundamentação, bastaria o "boato", de que supostamente o *modus operandi* tivesse ocorrido da maneira informada pela autoridade coatora, ou alegada pelos agentes responsáveis pela investigação.

Diante de indícios de existência de circunstâncias que qualificam determinado *modus operandi*, convém aos julgadores estabelecerem limite mínimo para se dar crédito à versão narrada a partir do inquérito. O

16 P. 70

limite mínimo aceitável, antes mesmo de se oportunizar à defesa refutar a base empírica, é a observância da existência de indícios de circunstâncias que qualificam o modo de agir. Sim, pois indício não é qualquer coisa que se alega que ocorreu. Indício há de ser comprovado para permitir conclusões acerca do fato investigado[17].

A racionalidade e crítica há de ser sempre prestigiada para o fim de afastar "achismos" por vezes noticiados nas informações prestadas no "*habeas corpus*". As frequentes justificativas não comprovadas para manter a prisão sob o argumento da periculosidade vão sendo construídas por tais mecanismos, não com apoio em demonstrações, mas em alegações muitas vezes vazias. Os conhecidos "segundo consta dos autos", tão comuns nos ofícios de juízes aos tribunais, dão o tom da insegurança que se quer passar para o julgador em caso de concessão da ordem.

Interessante é a posição do processualista Gustavo Badaró[18], que propõe a separação entre a atividade probatória (sob contraditório) e a atividade de descoberta da prova (investigação preliminar). O jurista joga luz na possibilidade de erros intuitivos tomados ao longo do inquérito policial, já que nesta fase "pressupõe a formulação de uma hipótese inicial por quem investiga. Essa formulação inicial de uma hipótese a ser investigada se dá por mecanismos variados, não apenas racionais mas também governados por processos intuitivos"[19].

---

17 Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

18 BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê – Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual* Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018, p. 55.

19 Idem.

21

O PAPEL DA ADVOCACIA NA REFUNDAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

José de Assis Santiago Neto

Introdução

Os fundamentos do processo penal brasileiro e suas raízes inquisitórias

O estudo dos sistemas processuais penais não é apenas o estudo da história do Direito Processual Penal, não sendo, portanto, apenas um conteúdo histórico. É o estudo dos fundamentos do processo penal[1], o estudo de qual modelo fundamenta todo aquilo que será construído sobre e a partir dele.

A definição do sistema processual penal é peça chave para a própria compreensão de suas normas. Entender a diferença entre eles é importante para que se possa compreender o alcance de suas normas e colocar seus sujeitos cada qual com sua tarefa. Nesse contexto, é necessário a compreensão da diferença entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório para que se possa determinar o papel de cada um de seus sujeitos.

Dessa forma, o processo penal acusatório é regido pelo princípio dispositivo que determina a gestão das provas nas mãos das partes, enquanto o processo inquisitório é determinado pelo princípio inquisitivo que coloca a gestão das provas nas mãos do juiz que buscará uma (pré) suposta verdade real. Porém, outras características secundárias são importantes nos sistemas processuais penais e que decorrem diretamente

---

1 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 64.

do princípio fundante adotado. Assim, o sistema acusatório tem como características secundárias a oralidade, o contraditório e a presunção de inocência, consequentemente o tratamento do acusado como sujeito de direitos. Já o modelo inquisitório é marcado pela formalidade e pela escrituração, nele a gestão da prova nas mãos do julgador fulmina o contraditório e a presunção de inocência tornando o acusado mero objeto do processo.

Nesse contexto, mais que a simples existência de partes, o que separa o sistema acusatório do sistema inquisitório é a gestão da prova. Se o juiz detém poderes de produzir provas de ofício estar-se-á diante de um modelo inquisitório, se a prova é gerida pelas partes, o sistema será acusatório. Assim, o simples fato de ser um ato de três pessoas (*actum trium personarum*, como descrito por Búlgaro) não ensejará necessariamente um sistema acusatório, podendo o modelo ter partes e ser inquisitório, bastando para tanto que o juiz detenha poderes probatórios.

A Constituição da República de 5 de outubro de 1988 foi a primeira em toda história constitucional brasileira a estabelecer o Ministério Público como órgão autônomo e titular da ação penal pública (art. 129 e seguintes). Além disso, também trouxe a previsão da advocacia como função essencial à justiça (art. 133) e estabeleceu a estrutura autônoma da defensoria pública com a função da tutela dos direitos dos menos favorecidos (art. 134). Tudo isso em separação das funções do Poder Judiciário. Antes da Constituição Cidadã, ou o Ministério Público era colocado na Função Jurisdicional (1824, 1891, 1934, 1937) ou na Função Executiva (1967 e emenda constitucional n. 1/1967).

A importância dessa nova estrutura constitucional é enorme, pela primeira vez as funções de acusar, julgar e defender foram estabelecidas de forma clara, cada um no seu lugar constitucionalmente demarcado[2]: o juiz julga, a acusação acusa e a defesa defende. Parece óbvio, mas a estrutura inquisitorial que vigora no Brasil trazida pelos portugueses após a invasão de nossas terras se perpetua no último milênio, desde o final do império romano do ocidente[3] e revigorado na baixa idade média pela in-

---

2 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 113.

3 MOMMSEN, Theodor. Derecho Penal Romano – Tomo I. Madri: España Moderna, 1905. p. 258.

quisição estatal-eclesiástica, que construiu o maior engenho jurídico que o mundo conheceu e conhece[4].

A edificação do modelo inquisitório se deu a partir da bula *Ad Abolendam* editada pelo Papa Lúcio III em 1184 que equiparou a heresia ao crime de lesa-majestade. Entretanto, foi edificada no IV Concilio de Latrão no ano de 1215, durante o papado de Inocêncio III, que acabou com os juízos de Deus, determinou a confissão obrigatória de todo cristão e colocou as funções de investigar, acusar e julgar nas mãos do inquisidor, criando um modelo de perseguição e combate dos indesejáveis. O inquisidor trabalhava sozinho, não se expunha ao contraditório e atuava fora da dialética, construindo sua hipótese e partindo em busca de elementos que a pudessem justificar, no que restou denominado por Franco Cordero quadro mental paranoico[5]. Nesse modelo, o defensor era considerado um estorvo, um obstáculo à rapidez do processo que somente poderia ser admitido caso o acusado não confessasse a acusação e não houvesse prova suficiente para condená-lo, sendo, nesse caso, admitido um defensor com antiquíssimas raízes cristãs e com a missão de fazer o réu confessar e se arrepender, cabendo, ainda, ao advogado pedir a pena para o crime cometido[6].

O modelo inquisitorial-eclesiástico serviu também aos reis e inspirou as legislações de seu tempo, como no Código Luisino na França, na Lei das Siete Partidas na Espanha e as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas em Portugal, que centralizavam os atos de investigação, acusação e julgamento em uma só pessoa.

Entretanto, com a queda da monarquia francesa na Revolução de 1789, o modelo inquisitório não se adequava aos ideais dos revolucionários, sendo que em 1791 foi editado o Código de Instrução Criminal com forte inspiração no modelo acusatório-adversarial inglês, inclusive adotando o julgamento oral e o júri como meio de decidir[7]. A ascensão de Napoleão I ao poder na França deu vida curta ao novo Código, que

---

4 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 37.

5 CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986, p. 51.

6 EYMERICH, Nicolau. Directorium Inquisitorium – Manual dos inquisidores. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 137-142.

7 CORDERO, Franco. Procedimiento Penal – Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 45-52.

acabou revogado pelo Código de Instrução Criminal em 1808. No código napoleônico foi estabelecido um modelo bifásico de processo penal, que ficou conhecido como sistema misto, no qual a primeira fase era inquisitória e a segunda acusatória, entretanto, a permissão de que os elementos obtidos na primeira fase fossem usados na segunda acabava contaminando todo procedimento. Nesse modelo, passava-se da escuridão da fase inquisitória à luz plena da fase acusatória[8], sendo que no dito sistema misto se tinha a instrução inicial no mais perfeito segredo inquisitório e seguidos de poucos debates orais e muitas leituras do produto da primeira fase. Dessa forma o tal sistema misto manteve a inquisitoriedade viva, apenas a travestindo com um verniz acusatório[9]. Esse modelo, que muitos chamam de misto por juntar o sistema inquisitório e acusatório em suas duas fases, nada mais é que o sistema inquisitório travestido, uma vez que nenhum sistema desde então se pode dizer puro, já que todos têm aspectos de cada um dos modelos. Contudo, o que diferenciará um sistema do outro é seu princípio reitor, a gestão da prova, se nas mãos do juiz, será inquisitório, se nas mãos das partes, acusatório. Como não tem como haver um princípio unificador misto, não se pode dizer que exista um sistema misto[10].

A genialidade do sistema inquisitório se fez presente em sua forma travestida, sendo que, em razão da difusão das ideias revolucionárias, o Código napoleônico se difundiu e serviu de base para inúmeros textos legislativos, dentre os quais o Código de Instrução Criminal de Primeira Instância brasileiro de 1832 e o Código Italiano elaborado por Rocco e Manzini na Itália fascista de 1930.

O Código de processo penal do fascismo foi a fonte de inspiração do Código de Processo Penal Brasileiro, como confessa Francisco Campos em sua exposição de motivos. Trata-se de um código forjado sob uma ditadura autoritária, tendo sido produzido sem qualquer participação e com o Congresso Nacional fechado, baseado na ideia de um falso dilema entre

---

8 CORDERO, Franco. Procedimiento Penal – Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 58.

9 SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 149.

10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 120-124.

direitos individuais e coletivos, com estrutura ampla e confessadamente inquisitória. Nesse sentido, Francisco Campos chega a afirmar que o código adotou "o princípio, hoje vencedor em todas as democracias do mundo, da livre iniciativa de provas por parte dos juízes e do livre convencimento do julgador."[11] Em sua estrutura, o código adotava, apesar de seu autor dizer que se tratava de um texto democrático, a estrutura inquisitorial, colocando o juiz no centro do palco processual com ampla gestão da prova e livre para decidir como quisesse, inclusive podendo condenar o acusado mesmo diante de pedido de absolvição do Ministério Público e o julgamento com base nos elementos de prova produzidos durante o inquérito policial.

Mesmo após setenta e nove anos de vigência, trinta e dois dos quais sob a égide da Constituição de 1988, sua alma autoritária e inquisitória permanece viva. Em nenhum período histórico o CP. foi tão reformado como após a Constituição de 1988, apenas como exemplo cita-se a reforma do interrogatório (2003); dos procedimentos, provas e júri (2008); a reforma das prisões (2011) e por fim a ampla reforma promovida pela Lei n. 13.964/2019 que criou o juízo de garantias mas acabou suspensa por decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal que ainda não foi submetida ao crivo do plenário do Tribunal e sequer possui data para ser levada ao colegiado.

Toda essa construção inquisitória deixou marcas profundas no Processo Penal brasileiro, acostumando as partes com um processo penal que coloca o julgador em posição de destaque e o permite produzir provas, e colocando as partes em uma posição de superficial conforto, sem perceber que a estrutura é montada para legitimar a condenação baseada na prova produzida na fase inquisitorial.

Parte dessa estrutura foi modificada pela Lei n. 13.694/2019, que ao criar o juízo de garantias e estabelecer a exclusão física dos autos do inquérito policial após o recebimento da denúncia (que se dá apenas após a resposta à acusação, conforme art. 399), aproximou o modelo brasileiro um pouco mais do sistema acusatório, sobretudo se a estrutura oral de audiências estabelecido pela Lei n. 11.719/2008, for finalmente respeitado. Não se diz que se tenha um sistema acusatório ainda, essa construção demanda muito mais que uma reforma legislativa, ainda mais uma mudança pontual e não uma reforma integral.

---

11 CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1941. p. 151.

Para mudar o sistema do processo penal brasileiro é necessária sua refundação[12]. Não basta apenas a mudança da lei, é preciso mudar a mentalidade da população e dos sujeitos do Processo Penal, conscientizando -os da importância de se colocarem no lugar constitucionalmente demarcado. Nesse contexto, é preciso que o Ministério Público exerça a ação penal como parte, o juiz assegure o cumprimento das regras do jogo e a defesa atue de forma efetiva, devendo todos atuar com *fair play* sem joguetes ou cartas na manga. Para tanto, é preciso repensar o papel da advocacia criminal, para que se prepare para o processo oral, se livre dos ranços antigos e exerça seu múnus de forma altiva e ativa.

A estrutura processual penal determinada pela Lei n. 13.964/2019

Com a publicação da Lei n. 13.694/2019[13] em 24 de dezembro de 2019 e *vacatio legis* de trinta dias, portanto vigência a partir de 23 de janeiro de 2020, a estrutura do processo penal foi sensivelmente alterada. A nova lei alterou de maneira significativa o Código de Processo Penal para determinar expressamente a adoção de uma estrutura acusatória (art. 3ºA, CPP), sem, contudo, definir claramente suas características e princípio fundante o que implica, sem dúvida, no risco que a polissemia do termo pode representar, veja-se a divergência da doutrina em relação a qual sistema fora adotado no Brasil.

A nova lei, visando dar ao processo penal brasileiro características acusatórias, estabeleceu o juízo de garantias (art. 3ºB, CPP) que tem como função a atuação durante o inquérito policial para salvaguardar os direitos fundamentais do investigado decidindo sobre as cláusulas de

---

12 CHOUKR, Fauzi. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, PAULA, Leonardo Costa de e SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália – Volume 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Capítulo 3, p. 65-77.

13 A referida Lei n. 13.964 foi apelidada de "Pacote Anticrime", entretanto tal nome é absolutamente impróprio e faz parecer que exista uma lei penal "anticrime" e, consequentemente poderia existir uma lei penal favorável ao crime, o que, além de ingênuo, não é verdadeiro. Vale dizer que a referida lei trouxe em seu texto mais retrocessos que avanços, apesar de uma estrutura processual com ganhos a lei trouxe retrocessos sobretudo em matéria de execução penal.

reserva de jurisdição previstas na Constituição. Com a criação do juízo de garantias, determinou-se a separação da atuação do juiz na fase de inquérito daquele que atuará na fase judicial, determinando expressamente o impedimento daquele juiz que atuar na fase de investigação de atuar na fase processual (art. 3ºD, CPP) e a exclusão física dos autos de inquérito após o oferecimento da denúncia[14] (art. 3ºC, § 3º).

Essa estrutura potencializou o contraditório[15], vez que ela assegurou que toda a prova do processo penal deva ser produzida em audiência, de forma oral e com a participação da acusação e da defesa, sem que o juiz tenha a gestão da prova uma vez que lhe é vedado pela estrutura acusatória trazida pelo art. 3ºA. Dessa forma, o processo penal deve(ria) ser marcado a partir da Lei n. 13.964 pela participação em contraditório entre as partes, na forma oral já prevista pela Lei n. 11.719/2008, com toda produção probatória, alegações finais e sentença orais.

Mesmo com os avanços descritos, a nova lei não revogou expressamente o CP. naquilo que permitia o juiz que julgasse livremente e utilizasse o inquérito em sua decisão (art. 155), não revogou a previsão de que o juiz produza provas de ofício (art. 156) e nem mesmo a possibilidade de que o juiz condene o réu mesmo diante do pedido de absolvição do titular da ação penal. A falta de uma revogação expressa causará graves problemas no processo penal e impossibilitará a estrutura acusatória pretendida pela nova lei. Em que pese o entendimento de que tais dispositivos restaram revogados tacitamente pelo art. 3º-A, já que os citados artigos pertencem diretamente à um modelo inquisitório e não podem existir na estrutura acusatória, a manutenção deles na legislação poderá ensejar interpretações de mentes apegadas ao sistema inquisitório e impossibilitar a implementação de um sistema efetivamente acusatório.

---

14 Vale dizer que a exclusão física dos autos de inquérito em relação à ação penal não é novidade no ordenamento brasileiro, tendo sido adotada pelo Código de Processo Penal do Distrito Federal de 1924, sob a égide da Constituição de 1891 que estabeleceu a adoção de códigos estaduais. Com a Constituição de 1934 voltou-se à tradição da reserva de competência para legislar sobre Processo Penal para a União o que foi mantido pela Constituição de 1937 sob a qual o vigente CP. entrou em vigor.

15 Como afirmamos no texto "A implementação do juízo de garantias e a potencialização do contraditório no processo penal: primeiras reflexões após a publicação da lei 13.964/2019", disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/a-implementacao-do-juizo-das-garantias-e-a-potencializacao-do-contraditorio-no-processo-penal-primeiras-reflexoes-apos-a-publicacao-da-lei-13-964-2019.

Contudo, como dito, essa estrutura da Lei n. 13.964 restou suspensa por decisão monocrática do Ministro Luiz Fux que suspendeu a vigência de toda estrutura do juízo de garantias no julgamento da liminar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6298, 6299, 6300 e 6305, apesar de que a nova lei apenas deu contornos constitucionais ao processo penal brasileiro.

Porém, toda essa estrutura demanda a preparação e a mudança de postura de todos os sujeitos processuais penais. Enquanto a magistratura deve se colocar no lugar de terceiro imparcial e garantidor dos direitos fundamentais e das regras do jogo, o Ministério Público deve assumir sua função de titular da ação penal, atuando como parte no processo penal, o que demandaria inclusive o reposicionamento estético da sala de audiências para um modelo onde as partes sejam colocadas no lugar de partes em plano de igualdade com o julgador. Essa mudança demandará a adequação não só da conduta e da postura do juiz e do ministério público, mas demandará também a mudança de postura e da atuação da advocacia que deve ser mais propositiva e presente na construção do provimento final.

O papel do advogado no processo penal acusatório

A construção de um processo penal acusatório, como dito, demanda o reposicionamento de todos seus sujeitos. O advogado, aquele que se coloca no último degrau da escada ao lado do acusado[16], deve se preparar para enfrentar um sistema no qual não está acostumado, diante da adoção do sistema inquisitório que foi normalizado ao longo do tempo. Deve o advogado se preparar para o julgamento oral, para a produção da prova em audiência e para fazer a defesa oral do acusado.

Nesse contexto, é bom dizer que as faculdades de Direito não preparam seus alunos para um modelo acusatório. Os alunos são treinados a responder questionários, decorar fórmulas e conceitos e reproduzir o sistema posto de forma acrítica. Assim, o sistema inquisitório passou de geração para geração e se tornou normal sua adoção. A ruptura desejada pela Constituição ainda não chegou aos bancos das faculdades, é preciso que um direito que leve a sério a Constituição seja construído e é das salas de aula que se inicia qualquer mudança.

---

16 CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Campinas: Russel, 2007. p. 31.

O modelo inquisitório causou sérios danos aos profissionais do direito. A formalidade e a escrituração em atas, termos, documentos acabam sendo confortáveis para quem não foi treinado para o argumento oral. Escrever permite tempo para juntar páginas e páginas de citações de ementas, nem sempre contextualizadas com o caso, e de trechos extraídos de livros ou da internet. Porém, os arrazoados escritos trazem com eles sentenças escritas, que por serem produzidas na solidão dos gabinetes, podem simplesmente ignorar as partes em nome de uma decisão previamente tomada, mantendo o solipsismo inquisitório. O processo acusatório demanda a preparação para a oralidade, para que se parta de uma acusação desacompanhada de provas até a sentença em um só momento, tudo de forma oral.

A gestão da prova nas mãos do juiz coloca as partes em uma posição de certo conforto, uma vez que cria a falsa ilusão de que o juiz poderá produzir provas em nome do acusado e em seu benefício. Os mais incautos podem até acreditar que o juiz possa estar produzindo provas e não saiba o que busca ou o seu resultado. Enorme engano, em um sistema democrático onde a presunção de inocência é levada a sério, como deveria ser, o juiz não precisa de provas para absolver o réu, a constituição já estabelece a inocência como base, ou seja, o réu entra no processo penal absolvido, cabendo à acusação mudar a decisão[17]. Dessa forma, o juiz que produz prova, o faz buscando conseguir elementos para a condenação. Assim, é preciso que a advocacia passe a atuar de forma ativa na construção da prova e que se poste de modo a impedir que o juiz possa produzir provas em audiência, o que não significa que o magistrado não possa esclarecer dúvidas sobre pontos das respostas das testemunhas, como preceitua o art. 212 parágrafo único do CPP, contudo esclarecer não significa inovar na produção da prova e nem produzir prova, significa apenas tirar dúvidas quanto ao que foi respondido pela testemunha.

O procedimento penal inquisitório é marcado pelo segredo do inquisidor em relação ao acusado e, consequentemente, à defesa. Como dito, a existência de partes, acusação e defesa, não faz, por si só, o processo acusatório. O procedimento inquisitório faz com que as partes acabem usando de artimanhas que não podem ser admitidas no processo acusatório, onde

---

17 CARVALHO, Amilton Bueno de. Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

deve-se atuar em condições de igualdade e obedecendo-se ao *fair play* processual[18], não podem os sujeitos esconder uns dos outros elementos e provas, deve a acusação e a defesa atuar de forma efetiva nos autos, tendo o devido processo legal como norte e referência. No caso, é bom lembrar Evandro Lins e Silva:

> O advogado deve ter uma postura absolutamente correta e decente diante da vida. Ele não é, repito, solidário com o crime, ele é solidário, muitas vezes com a dor, com o sofrimento do cliente. E os limites de sua atuação são estabelecidos na lei e também no equilíbrio com que se deve desempenhar sua função. Ele não deve ser um trapaceiro a enganar, a iludir, um mágico. Não. Ele há de ser uma pessoa que que tenha uma conduta correta.[19]

Dessa forma, o advogado deve atuar de forma implacável na defesa do acusado, mas isso não contempla o flerte com o ilícito ou o uso de artimanhas para driblar o devido processo legal obtendo vantagens indevidas.

Outra mudança significativa na postura do advogado em busca da construção do processo penal acusatório é a atuação ativa na fase de investigação através da investigação defensiva regulamentada pela Ordem dos Advogados do Brasil no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. É preciso que o advogado se prepare para a atuação ativa, buscando elementos que consubstanciem a defesa, não mais permaneça apenas reativo à acusação, mas que atue de forma ativa em busca da construção do provimento.

Por fim, é necessária uma mudança de postura do advogado, sendo imperioso que se faça valer as prerrogativas profissionais da advocacia e que o advogado cumpra com seus deveres constitucionais e legais. Para que, dessa forma, coloque-se em seu lugar constitucionalmente demarcado e em igualdade com os demais atores. Não se pode ter o advogado submisso ao poder, pois a advocacia representa um dos pilares de contenção do poder e a defesa é que fará com que o poder de punir não seja convertido na força bruta da vingança de todos contra um.

---

18 ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 3. ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 189-194.

19 SILVA, Evandro Lins e. O salão dos passos perdidos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 311.

Conclusão

A Constituição dividiu os papeis de acusar, julgar e defender, demarcando o papel de cada um dos sujeitos processuais penais e estabelecendo, ainda que implicitamente um modelo acusatório. Entretanto, a cultura inquisitória construída ao longo dos séculos deixou marcas profundas, e se faz presente na atual práxis processual penal brasileira.

A falta de uma compreensão dos fundamentos do processo penal torna os operadores do Direito Processual Penal alvos fáceis para a armadilha oriunda do Código de Instrução Criminal napoleônico de 1808, mantendo-se um modelo neo-inquisitorial que nada mais é do que uma forma travestida do próprio modelo inquisitório.

É preciso mudar a prática, porém, isso deve começar com a mudança na formação dos estudantes para que sejam treinados a pensar e criticar e não apenas para a reprodução do texto de lei. Essa formação baseada exclusivamente na reprodução da lei reproduz as relações de poder que escondem a inquisitoriedade.

A nova Lei n. 13.964 tentou estabelecer um modelo acusatório, porém, uma mudança parcial é insuficiente para mudar o sistema processual penal adotado. É preciso uma refundação do processo penal brasileiro e para tanto é necessária uma mudança integral do Código conjuntamente com uma mudança de mentalidade de todos os operadores do direito.

Por fim, é preciso que a advocacia assuma seu papel nesse processo de mudança, sendo imprescindível que os advogados estejam preparados teórica e tecnicamente para o processo oral e em contraditório. Isso exige uma urgente mudança de postura para um novo perfil de advocacia, mais ativa e mais altiva.

Referências

CAMPOS, Francisco. *O estado nacional.* Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1941.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Campinas: Russel, 2007

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHOUKR, Fauzi. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, PAULA, Leonardo Costa de e SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil:* diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália – Volume 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Capítulo 3, p. 65-77.

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

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal* – Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorium* – Manual dos inquisidores. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993

MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano* – Tomo I. Madri: España Moderna, 1905.

SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

SANTIAGO NETO, José de Assis. *A implementação do juízo de garantias e a potencialização do contraditório no processo penal:* primeiras reflexões após a publicação da Lei n. 13.964/2019, disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/a-implementacao-do-juizo-das-garantias-e-a-potencializacao-do-contraditorio-no-processo-penal-primeiras-reflexoes-apos-a-publicacao-da-lei-13-964-2019, consulta realizada em 15 de agosto de 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

22

A VOLUNTARIEDADE E OS LIMITES DA COLABORAÇÃO PREMIADA

José Eduardo Martins Cardozo
Mayra Jardim Martins Cardozo

A Constituição Federal de 1988 concebeu um formidável elenco de direitos e garantias, dentre os quais podemos destacar, os princípios da legalidade, da ampla defesa e da presunção da inocência. O Brasil é adepto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e, assim, expressamente, adotou a necessidade da sua ordem jurídica acolher, dentre os direitos fundamentais que assegura a seus cidadãos, uma concepção processual penal que visa garantir a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, como pilares e valores centrais de todo o Sistema.[1]

Todavia, apesar da nitidez com que os direitos são expressos na Constituição e na lei, a sua eficácia no plano da realidade não tem sido assegurada diante da realidade social brasileira. Isso porque, no contexto social em que vivemos, se constata a dramatização intencional da criminalidade, estimulando o sentimento de insegurança entre nós. E, a despeito de ser uma maneira ineficaz para conter a delinquência, se estimula o crescente controle da sociedade civil pelo Estado, através do encarceramento e da adoção de medidas repressivas.[2]

Os brasileiros valorizam, em geral, tanto no discurso político, como na prática social, a eficiência da punição dura e de estímulos à investigação, em detrimento das garantias indispensáveis para a realização do devido processo legal. Partem da premissa ideológica de que o

---

1 MAGALHÃES, Antônio Gomes Filho. *Presunção de inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991.

2 MAGALHÃES, Antônio Gomes Filho. *Presunção de inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991.

rigor punitivo deveria excluir, necessariamente, o atendimento dos direitos dos acusados.[3]

Em decorrência disso, como fruto da pressão social para apuração de atos ilícitos e da ânsia de punição para que criminosos ou meros suspeitos da prática de ilícitos sejam colocados, o mais rapidamente possível, atrás das grades, mecanismos processuais penais acabam sendo utilizados de maneira ilegal e abusiva. Isso tem gerado graves violações do nosso Estado de Direito e da Carta Constitucional de 1988, por vezes respaldadas, em especial por posturas ativistas exacerbadas, pelos próprios órgãos do Poder Judiciário.

É nesse contexto que devemos analisar a aplicação que vem sendo feita, dentre nós, do instituto da colaboração premiada, independentemente do juízo que deve ser feito sobre a correção ou não da sua entronização na nossa ordem jurídica. Estamos diante de um instituto polêmico e controverso. No plano internacional, muitos estudiosos defendem que instrumentos semelhantes de justiça penal negocial, seriam verdadeiras formas de tortura, uma vez que possuem a finalidade de intimidar o investigado, retirando-o do pleno discernimento, além de potencializarem o risco de delações falsas com a consequente condenação de pessoas inocentes.[4] Por outro lado, os juristas defensores do instituto da delação premiada sustentam que a utilização desse instrumento seria fundamental para o enfrentamento de organizações criminosas.

Seja como for, para vaias ou para aplausos, o instituto foi acolhido pelo nosso direito positivo. Cumpre, portanto, nesse momento, que o consideremos não sobre a correção da sua adoção ou não pela nossa ordem jurídica, mas em relação à forma pela qual ele vem sendo utilizado dentre nós.

A colaboração premiada é um negócio jurídico estatal, e como tal deve ser regido pelos princípios constitucionais da Administração Pública, pelos princípios e leis penais e processuais penais, e ainda, pelas regras atinentes aos contratos administrativos, com a aplicação subsidiária das normas do direito civil que disciplinam os negócios jurídicos. É esse o arcabouço normativo que estabelece os limites definidores dos limites da atuação do negociador estatal na elaboração de um acordo de

---

3 MAGALHÃES, Antônio Gomes Filho. *Presunção inocência e prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991.

4 LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>. Acesso em: 22 maio 2020.

colaboração premiada, bem como as diretrizes indicativas acerca do *modus* pelo qual seria possível realizar-se o seu aperfeiçoamento[5].

No que concerne às concessões dos benefícios extralegais que estes acordos podem estabelecer, parte da doutrina costuma frisar, corretamente, que as autoridades competentes para pactuar colaborações premiadas não estão negociando, propriamente, direitos seu, passiveis de serem por elas dispostos livremente. Na verdade, estão negociando o direito de persecução penal que o Estado recebeu da lei, a partir de uma avaliação sobre o dano potencial causado às vítimas pelos autores dos ilícitos e da própria vontade da sociedade expressa pelos seus representantes eleitos. Por isso, o seu estabelecimento não poderá jamais se sobrepor aos limites legais e ao princípio da *indisponibilidade dos interesses púbicos*. Nunca se poderá admitir, em uma colaboração premiada, a pactuação de benefícios que sejam afirmados à margem do autorizado em lei[6]. A vontade dos agentes estatais nunca pode ir além ou ficar aquém do estabelecido pelo legislador. É o que determina o princípio da *legalidade*, um dos princípios jurídicos reconhecidos como estruturantes dos Estados de Direito, desde o momento em que a sua institucionalização histórica se verificou no mundo ocidental.

O Ministro Nefi Cordeiro, membro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no seu texto *"Colaboração premiada: caracteres, limites e controles"* explica que, embora em um negócio jurídico as partes possam livremente negociar, esta liberdade sempre deverá estar limitada à disponibilidade patrimonial de cada uma. Não pode um negociador estatal dispor daquilo que não lhe foi legalmente permitido[7]. E nesse sentido, como exemplo de ilicitude, cita a negociação da liberdade processual, ou seja, o fato do réu receber a promessa de liberdade caso venha a colaborar com a apuração de delitos.

Tem toda razão o eminente magistrado e professor. Se a prisão cautelar é devida, em face do atendimento dos pressupostos legis exigidos, em um caso concreto, jamais poderia ser revogada por uma colaboração da parte. Se o Estado admite uma negociação nessa dimensão, implicitamente, está a confessar que uma ilegalidade estava sendo cometida: ou os

---

5 CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada:* caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 57-66.

6 CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada:* caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 57-66.

7 CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada:* caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 57-66.

requisitos da prisão cautelar não estariam presentes e, portanto, a sua extinção se imporia como um dever por se estar diante de uma prisão ilegal, ou a prisão era devida por lei e a sua revogação teria sido fruto de um comportamento liberatório abusivo. A restrição da liberdade de um ser humano não pode ser estabelecida ou eliminada inconcreto por meio uma avaliação discricionária de um agente público, por mais graduado ou virtuoso que seja. Em um verdadeiro Estado de Direito, não pode existir um poder discricionário do Estado na tomada de decisão sobre o colocar ou o tirar alguém de uma situação de aprisionamento. É nos estritos termos da lei que um agente público pode decidir sobre a eliminação ou a restauração do direito ao exercício da liberdade. Caso assim não fosse, estaríamos negando as conquistas humanistas conquistadas ao longo processo civilizatório, particularmente no período histórico que se segue ao fim da Idade Média e à negação do Estado Absoluto no ocidente europeu.

Com o acordo de colaboração pretende o Ministério Público provar a ocorrência de delitos, utilizando o interesse do acusado em obter benefícios. Sendo assim, confrontado com pressões inerentes ao processo criminal e uma eventual prisão cautelar, é compreensivo que uma pessoa se sinta pressionada a fornecer informações que auxiliem a investigação com o intuito de evitar o cerceamento da sua liberdade[8]. Por isso, a ameaça das prisões cautelares como uma forma de coagir o acusado para a realização da delação premiada devem ser tudaz como ilegais, imorais e absolutamente ineficientes na busca da verdade. *Ilegal*, porque a lei não a admite. *Imoral* porque não se pode eticamente submeter um ser humano a qualquer forma de tortura para que venha a revelar algo, por mais relevante que possa ser o que se pretende colocar sob a luz do sol. *Ineficiente* porque, premido pela circunstância de ter tolhido o seu direito de liberdade, uma pessoa pode inventar informações ou criar situações fantasiosas na busca de obter benefícios.

Admitir-se uma tal possibilidade, portanto, significa limitar a aplicação da justiça a um cálculo utilitarista, e por que não dizer, absolutamente imbecilizado a partir da ótica da razoabilidade humana[9]. Violar direitos de

---

8 GORGA, Maria Luiza; MARCHIONI, Guilherme Lobo. Sanção para quem mente em delação premiada precisa ser revista. Disponível em: <https://www.Conjur.com.br/2016-ago-04/sancao-quem-mente-delacao-premiada-revista>. Acesso em: 22 maio 2020

9 GORGA, Maria Luiza; MARCHIONI, Guilherme Lobo. Sanção para quem mente em delação premiada precisa ser revista. Disponível em: <https://www.Conjur.com.br/2016-ago-04/sancao-quem-mente-delacao-premiada-revista>. Acesso em: 22 maio 2020.

alguém, criando caminhos para que a verdade não seja obtida e pessoas não sejam adequadamente punidas, parece ser, além de uma violência, um ato de suprema estupidez.

A despeito disso, lamentavelmente, a utilização da prisão preventiva como uma forma de coação para obtenção de delações premiadas em nosso país, vem sendo uma triste realidade dos nossos dias. A denominada "Operação Lava Jato" apresenta-se como uma prova inequívoca disso. Por mais incrível que possa parecer, em manifestações opinativas, o próprio Ministério Público Federal já chegou a defender o absurdo e abusivo posicionamento de que as prisões cautelares devem ser decretadas para forçar os réus a confessar.[10] Do mesmo modo, em quatro pareceres firmados em sede de *Habeas Corpus,* a Procuradoria Regional da República também defendeu a manutenção de prisões preventivas decretadas, alegando, a "possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal." [11].

Realmente vivemos tempos estranhos. Tem inteira razão os criminalistas que sustentam que a formalização dessa visão é a prova cabal de que a prisão preventiva está sendo utilizada, dentre nós, como uma maneira de extorquir confissões.[12] Defensores da lei, por missão constitucional, defendem, sem qualquer pudor jurídico, ético ou humano, que essa mesma lei venha a ser rasgada, como se fossem seres messiânicos que pairam acima do bem e do mal. Assumem, com tal agir, uma versão *new age* do Grande Inquisidor espanhol Tomás de Torquemada.

Parece evidente, nessa medida, que a colaboração premiada, ao menos na forma com que vem sendo utilizada dentre nós, representa a ruptura de toda política criminal brasileira com as vertentes constitucionais.[13] A utilização da prisão como forma de estimular a delação

---

10 CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Disponível em: <http://www.Conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 22 maio 2020.

11 CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Disponível em: <http://www.Conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 22 maio 2020.

12 CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Disponível em: <http://www.Conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 22 maio 2020.

13 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. Disponível em: <http://www.ibrasp. com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/40>. Acesso em: 22 maio 2020.

consiste em uma verdadeira inversão do ônus da prova, o que não é admitido no processo penal e se apresenta como uma violação escancarada do *princípio da presunção de inocência*.[14]

Outro tema relevante a ser debatido, referente à mesma temática, diz respeito à questão do controle judicial na homologação das colaborações premiadas. Indiscutivelmente, esse ato se insere no âmbito do problema da fixação dos limites dos termos em que são pactuados essa particular espécie de atos jurídicos. Na maioria das vezes, parece ser necessário que o magistrado tenha um alcance muito mais amplo do que o simples exame de atendimento formal ao regramento da colaboração premial. Por isso, sustentamos que é necessário que o juiz examine a obediência do conteúdo acordo, em todos os seus aspectos, aos princípios e regras legais que regem a matéria, bem como ainda em relação ao próprio procedimento legal que deve ser seguido para o seu regular aperfeiçoamento.

Nessa senda, as graves e claras violações aos princípios da proporcionalidade ou da isonomia que ultrapassarem os limites estabelecidos em lei, exigem uma necessária revisão jurisdicional. Isto porque, não é possível imaginar que esteja fora do controle judicial uma barganha acordada de penas e procedimentos que colidam com lei. Entendemos, assim, que, além de controles internos ministeriais, não poderá o Judiciário escusar-se de examinar erros ou excessos claros na barganha negociada, ou mesmo nos procedimentos adotados para o seu aperfeiçoamento.

Neste sentido, não será fora de propósito lembrarmos alguns importantes ensinamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca das questões aqui debatidas. A respeito, bem afirmou o eminente Ministro Marco Aurélio, da nossa Corte Suprema, que:

> Acima de tudo, a delação tem que ser um ato espontâneo. Não cabe prender uma pessoa para fragilizá-la para obter a delação. A colaboração na busca da verdade real, deve ser espontânea, uma colaboração daquele que cometeu um crime e se arrependeu dele.[15]

---

[14] CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na "lava jato". Disponível em: <https://www.Conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>. Acesso em: 22 maio 2020.

[15] RODAS, Sérgio. Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio. *Consultor Jurídico* de 16/08/2016. Disponível em: <https://www.Conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>. Acesso em: 22 maio 2020. P. 10.

Na mesma linha, devem ser citadas as sempre bem posts palavras de Aury Lopes Júnior, no sentido de que: "Seria uma releitura do modelo medieval, em que se prendia para torturar, com a tortura se obtinha a confissão e posteriormente usava-se a confissão como a rainha das provas." [16]

Essa realidade violadora dos princípios constitucionais e éticos, infelizmente, acaba ocorrendo todos os dias em despachos infundados de decretações de prisões cautelares proferidos com o claro objetivo de "produzir" acordos de colaboração premiada, em atendimento à pretensão dos órgãos acusatórios. Com isso, se satisfaz a sede punitiva da sociedade, por mais que situações dessa natureza se identifiquem como verdadeiras formas de "tortura" disfarçada. Rasga-se a lei sob o aplauso dos que não percebem que a vida pode lhes reservar o destino de serem vítimas futuras do que hoje aplaudem.

O problema é grave, e de certo modo, assume uma dimensão paradoxal. A população aplaude as medidas investigativas, sem reconhecer que os acusados ou infratores devam ter seus direitos respeitados. Defendem punições duras, investigações, e a prática de justiça como forma de vingança. Todavia, nas suas atividades cotidianas, prezam pela prática de irregularidades, reproduzindo, como se fosse uma virtude a máxima de que "é necessário levar vantagem em tudo". Aplaudem o castigo dos outros, mas defendem a impunidade para si. Com isso, nossa sociedade produz o retrato do falso moralismo, assumindo, menos para si próprios, a ideia de que os fins justificam os meios.

De pouco ou quase nada adianta termos uma Constituição garantista, se a nossa sociedade brasileira ainda preza pela "Lei de Talião", clamando pelo "olho por olho e dente por dente". Enquanto a nossa cultura republicana ficar estacionada no tempo e no espaço, os aplicadores do direito terão receio de assumir um papel que os exponha ao ódio irracional e inconsequente das massas. Desejarão sempre obter o aplauso fácil, em troca aplicação das violações que cometem ao Estado Democrático de Direito que juraram defender. O órgão acusatório será endeusado ao propor o desrespeito dos princípios constitucionais, as polícias mitificadas ao buscarem resultados nas suas investigações, sejam eles compatíveis com a verdade dos fatos ou não. O Judiciário, sob os apelos dramáticos do senso comum e das cobranças oportunistas de órgãos de imprensa que se especializaram na arte de fazer da estupidez ou da bestialidade uma forma de obterem

---

[16] MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. Disponível em: <http://www.ibrasp. com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/22>. Acesso em: 22 maio 2020. P. 224.

audiência, continuará encarcerando indivíduos, sem respaldo na lei, para mostrar à uma sociedade doente que uma pretendida vingança, com ou sem o respeito ao devido processo legal, está sendo feita.

Em decorrência dessa situação, alguns juízes, membros do Ministério Público e políticos oportunistas, que violam ou defendem a violação dos direitos humanos e processuais, estão sendo vistos como heróis ou até como "mitos". Na realidade, assim continuarão a agir, até que um dia sejam encarcerados como vilões ou varridos, como o foi Girolamo Savonarola, pelos ventos da história.

Referências

CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na "lava jato". Disponível em: <https://www.Conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>. Acesso em: 22 maio 2020.

CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Disponível em: <http://www.Conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 22 maio 2020.

CORDEIRO, Nefi. Colaboração premiada: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 57-66.

GORGA, Maria Luiza; MARCHIONI, Guilherme Lobo. Sanção para quem mente em delação premiada precisa ser revista. Disponível em: <https://www.Conjur.com.br/2016-ago-04/sancao-quem-mente-delacao-premiada-revista>. Acesso em: 22 maio 2020.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>. Acesso em: 22 maio 2020.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/22>. Acesso em: 22 maio 2020.

MAGALHÃES, Antônio Gomes Filho. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODAS, Sérgio. Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio. *Consultor Jurídico* de 16/08/2016. Disponível em: <https://www.Conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>. Acesso em: 22 maio 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/40>. Acesso em: 22 maio 2020.

23

AOS OLIVEIRA FAGUNDES DE SEMPRE

Juliane Menezes Machado

Raiou, já raiou a liberdade
Ainda que tardia
Um fio de luz a Terra invade
A aurora anuncia
Que sonhos de uma livre pátria
São doce libertação
Já raiou a esperança
Na história do Brasil
(Vivianne Melo, São João del Rei-MG)

Introdução

Na mitologia grega Kairós é o deus da oportunidade. Jovem desnudo e alado, era calvo e possuía somente uma mecha de cabelo encaracolado que pendia sobre a testa. Atleta velocíssimo, a única chance de alcançar o vigoroso filho de Zeus e Tykhé era tomá-lo por aquela nesga de cachos.

Kairós nos afasta da medição cronológica do tempo, ao corresponder a uma ideia metafórica de um tempo diferente de Cronos. Kairós revela a faceta de uma das noções gregas de tempo. Kairós sugere o momento singular e oportuno (ainda que dentro de um espaço-tempo) para a realização de um feito.

O *caput* do art. 1º da Constituição Federal brasileira enuncia que a República Federativa do Brasil "constitui-se em Estado Democrático de Direito[1]". Como um arauto oficial da Democracia, o citado dispositivo institui fundamentos da República Federativa do Brasil.

---

1 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [On line].

Qual a relação entre a atemporalidade de Kairós e a atual Carta Magna brasileira?

O terreno que sustenta o Estado Democrático de Direito no Brasil está movediço. Alagado pela água suja da desinformação e de partículas associadas, o Estado Democrático de Direito está lasso e vulnerável. Um estado físico que enfraquece o edifício do Direito e tende a obnubilar verdades, instituições e protagonistas.

A concepção pitagórica da Kairós nos convida, oportuna e qualitativamente, a refletir sobre o papel da advocacia criminal nesse momento de *krisis*. Em um tempo de desequilíbrio sensível, a História atua como sábia anciã que recobra fatos e personagens cuja relevância atemporal tem efeito salutar para nossa reflexão.

A Inconfidência ou conjuração Mineira de 1789 foi um dos mais significativos movimentos sociais na História do Brasil. No ativo ciclo do ouro, a Capitania das Minas Gerais era palco do levante sonhado por um grupo heterogêneo, formado por elitistas e populares, todos eles descontentes com o jugo da Coroa portuguesa sobre a colônia.

O que pretendiam os ditos "heróis da Inconfidência"? Da desoneração das altas cargas de impostos, em razão da execução da derrama, a uma República independente, o movimento de "diversas vozes" representa um marco contra o domínio opressivo do governo português, no período colonial do Brasil.

O breve trabalho busca retomar uma figura de altíssima importância histórica para a Inconfidência Mineira: Doutor José de Oliveira Fagundes, o advogado que abraçou a causa dos inconfidentes, no patrocínio da defesa criminal.

Qual lição a memória de Oliveira Fagundes traz para a advocacia criminal, nos dias críticos da atualidade?

Defensor Oliveira Fagundes: um heroi da inconfidência mineira

Sob a vigência das Ordenações Filipinas, o julgamento dos inconfidentes teve início em 1791 e foi concluído em 1792, com a condenação dos envolvidos. Tiradentes foi o único réu condenado à forca.

A História do Brasil registra que José de Oliveira Fagundes foi contratado pela Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, por 200 mil contos de réis, para patrocinar a defesa de todos os acusados na Inconfidência Mineira.

O trabalho de Doutor Oliveira Fagundes é considerado heroico para diversos estudiosos. Tosto e Lopes[2] sustentam que Oliveira Fagundes é um herói da conjuração Mineira, lamentavelmente, pouco lembrado na história:

> Muitos inconfidentes não tiveram quem os defendesse, muito provavelmente porque ninguém se queria arriscar à animosidade da Coroa Portuguesa. Foi então nomeado para a defesa dos réus o advogado da Santa Casa de Misericórdia, José de Oliveira Fagundes, que se entregou ao trabalho com denodo. Fez ampla e erudita defesa, seguindo o único caminho que lhe era possível. Não tendo como negar a conspiração alegou que se tratava de mera intenção, sem que quaisquer atos efetivos se tivessem realizado e que, após as conversas, cada um se retirara para suas fazendas, afastadas entre si por longas distâncias. Além disto, esmiuçou os depoimentos e a situação de cada réu especificamente. Agravou o advogado todas as vezes que lhe foi possível, sendo que ouve ocasião em que teve vista aos autos por nada mais do que meia hora – prazo expressamente determinado no despacho concedendo a vista.

Em "Tal dia é o batizado", Alencar[3] reserva crítica ácida ao defensor dativo Oliveira Fagundes, quando diz que a defesa apequenou a figura de Tiradentes, a ponto de descrevê-lo nos autos como um "joão-fernandes", um indivíduo desprovido de posses e de inteligência, sem condições de encabeçar um levante.

Tobias George Smollet, renomado autor das novelas picarescas, é autor da seguinte máxima: "fatos são coisas teimosas". Fazemos coro aos pesquisadores que enaltecem a importância de Oliveira Fagundes, fundacional para a advocacia criminal.

Ora, são tantos fatos que teimam em atestar a coragem de Oliveira Fagundes, que não conseguimos reunir argumentos contra o indivíduo que foi invocado (*ad vocatus*) para o "exercício do impossível".

Oliveira Fagundes se entregou à defesa criminal daqueles que foram etiquetados como inimigos da Coroa e pré-condenados, sendo o Tiradentes eleito como o principal inimigo, cuja pena capital se tornaria exemplo para aqueles que novamente ousassem se rebelar contra a Coroa.

---

2 TOSTO, Ricardo; LOPES, Paulo Guilherme M. *O processo de Tiradentes*. 2007, p. 39-40.

3 ALENCAR, Gilberto de. *Tal dia é o batizado (o romance de Tiradentes)*. 1981, p. 257/258.

O trabalho de Oliveira Fagundes foi hercúleo e nobre. O advogado dispunha de tempo absurdamente exíguo para ter acesso aos Autos da Devassa. E a estratégia de defesa em apequenar Tiradentes foi, acertadamente, descredenciar a possibilidade de o Alferes ser o mentor, o grande articulador de um levante organizado.

Fiúza[4] discorda da versão de que Tiradentes foi o réu prejudicado pela defesa de Oliveira Fagundes. Para o citado autor não havia uma alternativa à defesa, a não ser negar o movimento e tentar convencer o Tribunal da Relação, de que Tiradentes não reunia condições pessoais para liderar a insurreição.

Em pesquisa sobre o processo penal contra Thomás Antônio Gonzaga, Elias[5] descreve a inflexibilidade dos juízes da Devassa:

> A "encenação" seria mantida, e só seria concluída com a leitura da Carta Régia, que era uma ordem da Rainha de Portugal para a modificação das sentenças. Esta ordem real seria determinante na modificação das penas de morte em penas de degredo perpétuo, para os réus maiores deste Processo. A única exceção seria o Alferes Joaquim José, que teria sua sentença de morte mantida com todos seus pormenores mais cruéis. Todavia, merece o reconhecimento da posteridade a defesa arduamente trabalhada pelo advogado dos réus Inconfidentes, Dr. José de Oliveira Fagundes.

O fato implacável é que Tiradentes, o herói ensandecido, já estava condenado pelas Cartas Régias! *Tout court*!

Das libertas gerais ao Brasil de hoje: *Krisi tis dimokratias*

O pensador Tancredo Neves celebrizou que "(...) o primeiro compromisso de Minas é com a liberdade". Mas o Estado Democrático de Direito se torna um espírito adoecido quando a liberdade é coartada.

Em um lamaçal de *nonsense* a democracia brasileira tem a resistência reduzida. Tal panorama viola os direitos fundamentais cujo maior

---

4 FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. A missão difícil do advogado dos inconfidentes mineiros. 1979, p. 59/60.

5 ELIAS, Renatta Christina de Oliveira. *O processo penal contra Thomáz Antônio Gonzaga: Inconfidência Mineira Final do Século XVII*. 2010, p. 173.

escudo continua a ser a advocacia criminal, como nos vetustos tempos de Oliveira Fagundes.

O maior ingrediente para o estado de *krisi tis demokratias* é a desinformação. A quem convém a desinformação? A qual sistema ideológico e a quais grupos ela serve? Há uma górgona perversa por detrás dos milhares de robôs que espalham *fake news* e aprisionam a verdade.

Vivemos um contexto de polarização de opiniões, palavras e ideias, de acirrada violência em redes sociais, de seletividade e da mídia do espetáculo, com alguns segmentos que se alimentam de uma descontextualização que afronta a ética da comunicação:

> A espetacularização do processo penal é hoje parte da indústria do entretenimento. Um segmento rentável para setores da grande mídia capazes de cegar, ensurdecer e alimentar o "público" com a satisfação de um certo sadismo demonizador do direito de defesa. Por outro lado, nestes nossos tempos de dogmática penal e processual apática e simplista, decorrente do manualismo raso que acomete nossas instituições, o descumprimento de princípios norteadores da Lex Major e a flexibilização de garantias fundamentais são males "necessários", vistos como naturais para que nosso mal-aventurado sistema de justiça criminal prenhe de "privilégios" seja, enfim, expurgado[6].

O processo penal corre o risco de ser transformado em pedra por alguns protagonistas que serpenteiam ataques a princípios fundamentais caros, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o devido processo legal. É a lição de Yarochewky[7]:

> Em tempos de banalização da prisão como antecipação da tutela penal em afronta ao *status libertatis* e ao princípio da presunção de inocência, o advogado se torna imprescindível e, ainda mais, indispensável na luta pelos direitos humanos.

Parte da sociedade mergulha indefesa no caldo movediço da desinformação que recorrentemente tem atacado o Direito Penal, para fins políticos e escusos.

---

6 MENDES, Soraia da Rosa; CARVALHO, Marília Araújo Fontenele de. A demonização do direito de defesa. 2017. [On line].

7 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. A liberdade e o advogado. 2019? p. 248.

Como nos tempos de Oliveira Fagundes o Direito Penal continua sendo usado como um instrumento perverso a serviço de uma estrutura de poder que imola os etiquetados, em um sistema social que seleciona indivíduos.

Jovens negros de periferia ainda são a clientela preferencial das abordagens policiais truculentas. A massa carcerária é composta por sua maioria de negros e pobres. Tal parcela da sociedade sequer é ouvida em um processo penal.

É certo que outros inimigos foram selecionados na roda da história. Estes, sob uma nova ótica de disputa de poder, mas selecionados em uma conjuntura de poder. O devido processo legal continua a ser subtraído dos inimigos da atualidade.

Por vezes, a advocacia criminal *fala, mas não é ouvida*.

Assim como no desgastante ofício de Oliveira Fagundes, mais do que nunca os advogados criminalistas não são compreendidos. Há quem veja o criminalista como Inimigo do Estado.

Nos tempos da Devassa o sistema possibilitou que a "confissão interessada" (hoje amparada na lei de delação premiada) matasse o Alferes. E no atual sistema ainda muito se mata. Mata-se o princípio da presunção de inocência, quando a prisão cautelar substitui a prisão pena. Mata-se o princípio da ampla defesa, quando se impede que o advogado tenha acesso aos autos. Mata-se a administração da justiça, quando se tenta silenciar a voz do advogado criminalista. Mata-se o princípio da dignidade humana, quando se prende para obter uma delação premiada.

O delator da conjuração Mineira foi Joaquim Silvério dos Reis, já comparado a Judas Iscariotes. Denunciou o movimento ao Visconde de Barbacena, Governador da Capitania das Minas Gerais, que reportou a denúncia ao vice-Rei, D. Luís de Vasconcelos. A abertura da Devassa é fruto da delação de Joaquim Silvério dos Reis:

> O coronel Silvério dos Reis tinha motivos para a delação. Com sérias dívidas para com a Coroa Portuguesa, buscava os benefícios do parágrafo II, do título VI, das Ordenações Filipinas, que previa não só o perdão, mas também favores do reino para quem primeiro delatasse a existência de atos de crime de Lesa Majestade[8].

[8] *Opus cit*. n. 2, p. 40.

No Romance XLI ou dos delatores do belo Romanceiro da Inconfidência, Cecília Meireles[9] poeta universal, descreve o *animus* mesquinho da delação de coronel Silvério dos Reis:

A minha denúncia é breve, pois nem sei se houve delito, nem se era conspiração. Mas, se ninguém os escreve, aqui deixo, por escrito, os nomes que adiante vão. Haja ou não haja delito, esses nomes assinalo, e escrevo esta relação. O que outros dizem, repito. E apenas meu nome calo, por ser o mais fiel vassalo, acima de suspeição.

Os delatores de hoje se revestem da mesma mesquinhez, mas também são vítimas do sistema. E por vezes são vítimas da própria impotência dos administradores da justiça.

Como Oliveira Fagundes, que "falava" nos autos da Devassa sem ser "ouvido", o advogado criminalista de hoje é vocacionado a um trabalho altamente desgastante: o clamor para a racionalização de um processo penal constitucional.

A crise da democracia de hoje compromete o exercício da advocacia criminal. Segmentos da mídia manipulam a sociedade contra o sistema penal e processual penal, contra os eventuais sujeitos agentes do crime e contra os advogados que lhe patrocinam a defesa.

Nos últimos anos assistimos aberrações jurídicas que arriscam roer os pés do edifício do sistema processual penal. Conduções coercitivas, prisões arbitrárias, responsabilidade penal objetiva, invasões de escritórios de advocacia, solicitações de quebra de sigilo telefônico de advogados tomaram os noticiários e foram comemoradas pela sociedade.

Há uma espécie de conúbio de parte da imprensa, para divulgar desinformação. Isto só faz prejudicar a própria sociedade, cuja construção "livre, justa e igualitária" constitui objetivo da República Federativa do Brasil, proclamado pelo legislador constituinte. (art. 3º, I, CF/88).

A filosofia compreende a crise como o momento decisivo que leva à ruptura. A advocacia criminal é a mandrágora para expulsar demônios que queimam os direitos fundamentais.

---

9 MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. 1977, p. 120-121.

A advocacia criminal no estado democrático de direito agonizante: a lição de Oliveira Fagundes

Vivemos tempos sombrios. Em paráfrase a Bauman[10] vivemos os "tempos líquidos do Estado Democrático de Direito", que liquefazem a busca pelo direito, na indústria da desinformação e do medo:

> Tal como o dinheiro vivo pronto para qualquer tipo de investimento, o capital do medo pode ser usado para se obter qualquer espécie de lucro, comercial ou político. E é. Isso acontece também com a *segurança pessoal* que se tornou um grande, talvez o maior, ponto de venda em toda espécie de estratégia de marketing. O lema "lei e ordem", cada vez mais reduzido à promessa de segurança pessoal (mais exatamente *corporal*), se tornou uma grande, talvez *a* maior, bandeira nos manifestos políticos e nas campanhas eleitorais, enquanto a exibição de ameaças à segurança pessoal se tornou um grande, talvez *o* maior, trunfo na guerra de audiência dos meios de comunicação de massa, reabastecendo constantemente o capital do medo e ampliando ainda mais o sucesso tanto de seu marketing quanto de seu uso político.

O panorama da desinformação distorce a realidade e promove uma sede distorcida por justiça, privilegiando a criminalização a todo custo. Assim narra Bispo[11]:

> O problema da criminalização desenfreada não é apenas que o Direito Penal, sabidamente o último recurso que deve ser utilizado para a regulação de condutas, nem o de ser visto como o único instrumento capaz de resolver os conflitos. O problema maior é a criminalização desenfreada da banalidade ou, para ser mais clara, da paranoia que leva o sujeito a acreditar que condutas desprovidas de potencial ofensivo são *conditio sine qua non* para o cometimento de outros delitos.

Justificativas penais imediatas banalizam a funcionalidade do Direito Penal e promovem a manutenção de um direito penal como "violência a serviço da violência", na lição de Prado[12].

---

10 BAUMAN, Zymunt. *Tempos líquidos*. 2007, p. 18/19.

11 BISPO, Andrea Ferreira. *O preso como sujeito de direitos*. 2016, p. .29.

12 PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e constituição*. 2003, p. 109.

Oliveira Fagundes não esmoreceu e conduziu a defesa até o ponto derradeiro da Devassa, com o martelo da sentença. No Romance LI ou das sentenças, o Cancioneiro da Inconfidência empresta musicalidade aos versos que tocam a alma:

> Já vem o peso do mundo com suas fortes sentenças. Sobre a mentira e a verdade desabam as mesmas penas (...) já vem a Jurisprudência interpretar cada caso, – e o Reino está muito longe, – e há muito ouro no cascalho, – e a Justiça é mais severa com os homens mais desarmados (...) Já vem o peso da vida, já vem o peso do tempo: pergunta pelos culpados que não passarão tormentos, e pelos nomes ocultos dos que nunca foram presos[13].

A coragem de Oliveira Fagundes é o maior exemplo aos criminalistas de hoje. A coragem de sustentar o peso do processo penal, como o titã Atlas a sustentar o mundo nos ombros. A coragem pura de serem protagonistas do disposto no art. 133, *caput* da Constituição Federal e de perseverarem como indispensáveis à administração da justiça, assentando-se com nobreza de espírito "(...) sobre o último degrau da escada ao lado do acusado[14]".

A fugaz passagem de *Kairós* nos remete à coragem daqueles que são universais como Fagundes. E os criminalistas de hoje são os Oliveira Fagundes de sempre!

Referências

ALENCAR, Gilberto de. *Tal dia é o batizado (o romance de Tiradentes)*. 3º. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1981. (Coleção Cores do Tempo Passado. Série 2 – Grandes Homens da História).

BAUMAN, Zymunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BISPO, Andrea Ferreira. O preso como sujeito de direitos (p. 29-44). *In:* GOSTINSKI, Aline; DOS PRAZERES, Deivid Wilian. *Em busca das garantias perdidas*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

---

13 *Opus cit*. n. 09, p. 146/147.

14 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 1957/1995, p. 17.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução: José Antônio Cardilanalli. Campinas: Conan, 1957/1995.

ELIAS, Renatta Christina de Oliveira. *O processo penal contra Thomáz Antônio Gonzaga: Inconfidência Mineira Final do Século XVII*. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Mestrado em História. Goiânia, 2010.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. A missão difícil do advogado dos inconfidentes mineiros. Ajuris. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Ano VI, n. 17 (p.56-64). Novembro, 1979.

MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. Digitalização feita a partir do texto integrante da "OBRA POÉTICA" De Cecília Meireles, Publicada em volume único, pela Editora Nova Aguilar S/A, no Rio de Janeiro, em 1977. Disponível em: < https://cdn-cms.f-static.net/uploads/2972482/normal_5e2e250313a65.pdf >. Acesso em 14, Julho de 2020.

MENDES, Soraia da Rosa; CARVALHO, Marília Araújo Fontenele de; A demonização do direito de defesa. Publicado em 27/04/2017. *Empório do direito*. Disponível em < https://emporiododireito.com.br/leitura/a-demonizacao-do-direito-de-defesa>. Acesso em 13, julho de 2020.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOSTO, Ricardo; LOPES, Paulo Guilherme M. *O processo de Tiradentes*. São Paulo: *Conjur* Editorial, 2007.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. (p. 245/252). A liberdade e o advogado. *In:* OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de; ALVARENGA, Sérgio. *Liberdade*. Um canto à liberdade. Editora Migalhas. [2019?]. Disponível em <https://advocaciamarizdeoliveira.com.br/wpontent/uploads/2019/11/ADVMO_Livro_Liberdade_nov2019.pdf>. Aceso em 13, jul. 2020.

24

PROIBIÇÃO, DESEJO, TRANSGRESSÃO, PUNIÇÃO E CULPA NA BALANÇA DA JUSTIÇA CRIMINAL

Leonardo Augusto Marinho Marques.

Segundo o mito freudiano, a civilização teria nascido de um delito e dele jamais teria conseguido se libertar. O assassinato do pai da horda teria permitido que a sociedade se organizasse em torno de um sistema normativo, cujas proibições sempre estariam vinculadas a desejos inconscientes[1].

Com apoio em Freud, pode-se afirmar que o Sistema de Justiça Criminal nos oferece um retrato da civilização, em seu tempo, colocando-nos frente a frente com sua desarmonia estrutural. O olhar direcionado para a Justiça sempre circunda a complexa relação que se estabelece entre proibição-desejo-transgressão-punição-culpa. E, não raro, encontra a forma singular com que cada sujeito interage com o ilícito, lidando com seu mal-estar necessário.

Se a civilização se inicia com o crime e nele se manifesta, estaria correto sustentar que o *"sertão é o penal, criminal"*[2]. É esse mundo inventivo e permanente violado que bate à porta dos tribunais para testar as forças inconscientes que guiam as práticas judiciárias.

Em 1692, na Baía de Massachussetts, quatorze mulheres, cinco homens e dois cachorros foram julgados, condenados e executados por feitiçaria. Naquele que é considerado o capítulo mais negativo da justiça anglo-americana, tudo que *"irritava, confundia, humilhava"* acabou sendo dissolvido no caldeirão da bruxaria, servindo para fundamentar as acusações contra réus que, dentre outas infrações, teriam sobrevoado a região, montados em galhos ou enfeitiçado moradores para que começassem a latir.

---

1 KOLTAI, Caterina. *Totem e Tabu: um mito freudiano*. 3. ed. Rio de Janeiro Civilização Brasileira: 2018.

2 ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão Veredas*. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, p. 126.

Naquela época, Salém enfrentou o irreal, mas no cerne do julgamento estavam *"desejos frustrados e ansiedades não expressas, pulsões sexuais subjacentes e terror rude"*.[3] Seria oportuno questionar o que nos irrita, confunde e humilha no caldeirão da modernidade?

A literatura se inspira na vida. A *Letra Escarlate* mostra que a intrincada relação entre proibição-desejo-transgressão-punição-culpa tonaliza a imagem da Justiça Criminal. Madame Hester Prynne envergonhou a sociedade puritana de Salém, no século XVII, com o seu crime-pecado (adultério). Por ter se recusado a revelar a identidade de seu amante, foi condenada *"a ficar por três horas no palanque do pelourinho e, depois, pelo resto de sua vida natural, ostentar a marca de sua vergonha sobre o seio"*.

Ocorre que, após sofrer sucessivas humilhações, o seu trabalho começou a produzir um inesperado efeito que, em alguma medida, parecia compensar a vergonha de seu pecado. Tecendo peças para as autoridades do vilarejo e a auxiliando no tratamento dos enfermos, Madame Prynne se viu *"obrigada a crer que a letra houvesse lhe concedido um conhecimento simpático do pecado nos corações alheios."* [4]

O trabalho resgatou a condição humana, terreno fértil onde floresce o pecado. Eis, que não seria possível olhar com simpatia para o trabalho do pecador, nem reflexamente para o seu pecado, sem interagir, ainda que inconscientemente, com a mesma tentação.

O professor Fábio Belo, da Universidade Federal de Minas Gerais, explica que os criminosos nos *"dão um álibi social, uma justificativa legítima para a livre enunciação de nossas fantasias inconscientes e sua realização"* (...) Segundo o psicanalista, ao *"cometerem seus crimes"*, eles *"realizam fantasias inconscientes presentes em muitos de nós"* e nos dão a chance de que precisávamos para *"realizar essas fantasias sem culpa"*.[5]

Retornando à realidade da vida, em abril de 1792, onze dos trinta e um réus da Inconfidência Mineira foram conduzidos à Sala do Oratório

---

3 SCHIFF, Stacy. *As bruxas*: *intriga, traição e histeria em Salém*. Rio de Janeiro: Zahar, 2019, p. 22.

4 HAWTHORNE, Nathaniel de. *A letra escarlate*. Kindle. *E-book*.

5 BELO, Fábio. Do desejo de vingança à capacidade de perdoar: julgamento e psicanálise. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord). *Direito e Psicanálise: interseções a partir do julgamento em Grande Sertão Veredas, de João Guimarães Rosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 84.

da Cadeia da Relação, para receberem conforto religioso dos frades do Convento de Santo Antônio. Eles teriam, enfim, a oportunidade de se redimirem pela confissão. Enquanto recebiam amparo espiritual, os juízes de Alçada e o vice-rei estariam reunidos, aparentemente, a elaborar a sentença. Em breve, seria anunciada a condenação de todos à pena de morte, reforçada pelo confisco de bens.

A apelação foi julgada em 24 horas. A pena capital e o confisco foram mantidos. Todavia, o escrivão que, momentos antes, havia lido a sentença, estava incumbido de fazer um comunicado surpreendente. A Rainha, D. Maria havia enviado uma carta à Colônia, por meio da qual comutava as penas de morte pela de degredo eterno, à exceção do Alferes, que não era digno de receber sua clemência, por ter espalhado *"o veneno de sua perfídia"* com pregações públicas sobre a insurreição.

Não sem razão, o julgamento foi comparado uma encenação teatral. O documento não poderia ter aportado em terras brasileiras, naquele derradeiro instante, para evitar a execução de dez inconfidentes condenados à morte. Aquela Carta havia sido escrita há bastante tempo. No início de 1972, a Rainha apresentava sinais avançados de demência e não estava em condição de escrevê-la. Além disso, o correio entre Lisboa e o Rio de Janeiro demorava mais de dois meses.

Confirmada a sua condenação, Joaquim José da Silva Xavier recebeu, na manhã do dia 21 de abril, a túnica branca com que seria enforcado, confessou mais uma vez para expurgar a culpa, recebeu novo conforto espiritual e, enfim, caminhou em direção ao patíbulo onde seria enforcado. Frades que o acompanhavam recitavam o Credo de Anastácio. Quando tudo terminou, o Frei José Carlos observou que a execução havia sido organizada para *"imprimir altamente na memória dos povos a atrocidade do delito"* e que a causa daquele horror era *"o louco desejo de liberdade"*.[6] Nesse julgamento, encontramos uma autêntica narrativa de proibição, desejo, transgressão, punição e culpa.

Nos dias atuais, o Sistema de Justiça Criminal ainda convive com o espetáculo do castigo. Estrondosas operações policiais, acompanhadas pela mídia, terminam com entrevistas coletivas, apresentações de powerpoint, divulgação de conversas telefônicas e imagens que expõem os

6 FIGUEIREDO, Lucas. *O Tiradentes:* uma biografia de Joaquim José da Silva Xavier: São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

investigados à mesma execração pública do passado. A fotografia que integra o protocolo de entrada nos presídios é exibida nos telejornais, levando ao delírio muitos expectadores que realizam fantasias inconscientes.

A psicanalista Jeanine Nicolazzi Phlippi comenta que o castigo proporciona a quem o executa a *"oportunidade de cometer o mesmo ultraje sob a aparência de um ato de expiação"*. E conclui que o *"sistema penal humano"* se baseia, acertadamente, na *"pressuposição de que os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no criminoso quanto na comunidade que se vinga"*[7].

A espetacularização cumpre a função de induzir imediatamente à culpa, sempre à margem do julgamento oficial. Já não é necessário nem mesmo formalizar a denúncia.

Elizabeth Roudinesco nos aponta uma possível explicação:

> Que faríamos se não pudéssemos apontar como bodes expiatórios – isto é, perversos – aqueles que aceitam traduzir em estranhas atitudes as tendências inconfessáveis que nos habitam e que recalcamos?[8]

Mas, não nos custa insistir no julgamento institucionalizado. Afinal, não há democracia sem Sistema de Justiça.

Será imprescindível, pois, deduzir uma acusação que delimite o conteúdo da imputação. Decerto, *"tem de ser em palavras sensatas"* e *"não com afrontas de insulto"*[9]. Não se acusa ninguém amarrando o *"cujo, feito porco, o sangrante"*, jogando-o *"atravessado no chão*, para gente passar *"a cavalo por riba dele – a ver se a vida sobrava para não sobrar*!."[10]

Em sua alegoria, o Grande Sertão Veredas nos ensina que, independente do crime, não existe alternativa para se reagir ao ilícito, senão pela via da institucionalidade. Será preciso um julgamento, que deve se realizar, rigorosamente, na forma da lei. Em sua linguagem simples, o jagunço resume tudo: *"ou me matam logo aqui, ou então" exijo julgamento correto legal"*[11]. O devido processo legal se justifica, portanto, como

---

7 PHILIPPI, Jeanini Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 193.

8 ROUDINESCO, Elisabeth de. A parte obscura de nós mesmos: Uma história dos perversos (Transmissão da Psicanálise). *E-book*.

9 ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão Veredas*. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, p. 280.

10 ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão Veredas*. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, p. 279.

11 ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão Veredas*. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, p. 270.

antítese de uma vingança fatal que seria praticada em nome da justiça, mas que nada mais faz do que dar vazão à pulsão.

O que nos restaria, nesse momento, senão tentar visualizar o Sistema de Justiça Criminal por um novo ângulo, o banco dos réus. O que teriam a dizer, afinal, os infratores, fictícios e reais, sobre o julgamento penal?

Mersault, personagem de Alberto Camus, sentiu-se excluído do próprio julgamento:

> De fato, parecia haver uma conspiração para me excluir do processo; Eu não podia me manifestar e meu destino parecia ser decidido fora de meu controle.[12]

Grace Marks, a instigante personagem de Margaret Atwood, lamentou que suas palavras soavam improdutivas no Tribunal:

> No Tribunal, todas as palavras que saíam da minha boca pareciam queimar o papel no qual escreviam, e quando eu dizia uma coisa sabia que nunca mais poderia ter as palavras de volta; só que eram as palavras erradas, porque fosse o que fosse que eu dissesse seria distorcido, mesmo se fosse simplesmente a verdade[13]

No mundo real, Deborah Lipstadt, Professora da Universidade de Emory, que se viu processada por difamação, por um negacionista do Holocausto, relatou incômodo por ter que enfrentar a acusação, passivamente, em agoniante silêncio:

> "Uma mulher inteligente, articulada e forte que foi aconselhada por sua equipe de defesa a não se posicionar."[14]

Ora, ora, na balança da Justiça, nem sempre são pesados crimes e penas definidos pela lei. Tudo que *"irrita, confunde e humilha"* interfere no julgamento.

Grace Marks notou que seu delito interessava menos do que sua condição de mulher-amante. Jovem e bela, presa e dominada, excitou o público presente no Tribunal. A personagem trouxe à luz a latência do conflito que se forma entre proibição e desejo:

---

12 CAMUS, Alberto. *O estrangeiro*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2010. *E-book*.

13 ATWOOD, Margaret. Vulgo Grace. Trad. Maria J, Silveira. São Paulo: Marco Zero, 1997, p. 69.

14 LIPSTADT, Deborah. Negação. *E-book*.

> Isso era o que realmente lhes interessava – tanto aos cavalheiros quanto às senhoras. Eles não se importavam se matei alguém, eu poderia ter cortado uma dúzia de gargantas, é isso o que eles admiravam num soldado, e mal piscam. Não: será que eu era realmente uma amante, essa a principal preocupação deles, e nem sequer sabem se preferem que a resposta seja sim ou não[15].

Mersault violou o quinto mandamento, mas se viu igualmente acusado pelos tabus que cercam a sexualidade. Não bastava acusá-lo de homicídio, era fundamental caracterizá-lo com um depravado:

> "Não só o homem diante de vocês no banco dos réus se entregou às orgias mais vergonhosas no dia seguinte à morte de sua mãe. Ele matou um homem a sangue-frio, em busca de alguma vingança sórdida no submundo de prostitutas e cafetões. Isso, senhores do júri, é o tipo de homem que o prisioneiro é."[16]

Esse artigo trouxe reflexões pontuais sobre o Sistema de Justiça Criminal, explorando metáforas literárias e lições de Psicanálise. Não me seria impossível descrever, em poucas páginas, as múltiplas imagens da Justiça. As referências bibliográficas serviram de apoio às ideias desenvolvidas, sem pretensão de esgotamento do tema. A par de tudo e complementarmente, encerra-se com Shakespeare:

"Embora o cumprimento da justiça seja a tua argumentação, considere o seguinte: no cumprimento da justiça, nenhum de nós vai encontrar a salvação."[17]

A conclusão de que o julgamento penal não proporciona a salvação de ninguém nos ajuda a construir um sistema mais equilibrado. Enfrentar a criminalidade equivale a enfrentar nossos segredos mais obscuros, que são norteados por desejos inconscientes. São desejos que ressignificam a transgressão, o castigo, a culpa e emitem um chamado para a Justiça: já não é mais possível se apresentar com os olhos vendados.

---

15 ATWOOD, Margaret. *Vulgo Grace*. Tradução Maria J, Silveira. São Paulo: Marco Zero, 1997, p. 29.

16 CAMUS, Alberto. *O estrangeiro*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2010. *E-book*.

17 SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza. *E-book*.

25

ADVOCACIA EM TEMPOS DE EXPANSIONISMO PENAL

Leonardo Coelho do Amaral

Em atenção ao honroso convite a mim encaminhado pelos proeminentes professores Felipe Martins Pinto, esse digno e competente Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Luciano Santos Lopes e Leonardo Augusto Marinho Marques, todos advogados criminalistas do mais elevado nível e competência jurídico-forense, me arrisco, neste rápido rabisco, a revelar algumas das impressões que tenho quanto ao nosso sistema de justiça penal, levando em conta, obviamente, os vinte e seis anos de advocacia privada, também dedicada à defesa de acusados ou à assistência de vítimas perante a Justiça criminal brasileira.

Todos sabemos que o sistema de justiça criminal brasileiro vem passando, em especial a partir da década de 1990, por um forte processo de expansão, atingindo segmentos sociais e bens jurídicos que até então pipocavam aqui ou ali nos fóruns criminais. Essa expansão foi provocada, por sua vez, por dois grandes fatores próprios da sociedade contemporânea, caracterizada pela virtualização das relações pessoais, econômicas, sociais e estatais, mas que vive em estado permanente de conflituosidade (individual ou coletiva), os quais não despertavam tanta atenção nos tempos do Brasil rural:

i. a institucionalização da violência (física e moral) enquanto instrumento da repressão estatal contra a chamada criminalidade de rua, com o objetivo utópico de controlar a ocupação na origem descontrolada do solo, em particular nos grandes centros urbanos;

ii. o incremento da tutela penal de bens jurídicos de natureza difusa, coletiva ou supraindividual, antes exceção na legislação criminal que cercava a versão original do Código Penal de 1940, agora com tendência de se tornar tão comum quanto a proteção de interesses jurídicos individuais ou puramente estatais.

O crescimento descontrolado das cidades veio, como público e notório, desacompanhado de soluções políticas destinadas a desenhar as cidades, de maneira proporcional e razoável, de acordo com as demandas de seus habitantes e, com isso, despertou o gosto e, na contramão, o pânico coletivo pela violência (física ou moral) que alimenta os explosivos níveis da criminalidade de rua, por nós vivida desde as duas últimas décadas do milênio passado, normalmente materializadas por crimes tradicionais como homicídio, roubo, extorsão mediante sequestro, furto, tráfico de drogas etc., com autoria majoritariamente atrelada a indivíduos instalados nas faixas sociais mais baixas, ou seja, preferencialmente negros, pobres, jovens de periferias e com pouca ou nenhuma escolaridade.

A estrutura formada no sistema de justiça penal em vigor para o combate à criminalidade de rua exigiu, no entanto, uma cultura essencialmente punitivista das agências da repressão estatal, bastando reparar e lembrar, que o Brasil apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, no início deste ano de 2020 contando com aproximadamente 800 mil pessoas[1] cumprindo pena privativa de liberdade.

A punição exagerada que, por certo, não pode contar com a pena de morte, diante da conhecida vedação constitucional, demanda o emprego cada vez maior no sistema de justiça penal de quantias exorbitantes e essas, obviamente, são extraídas dos mesmos cofres do Estado que guardam os recursos para o financiamento de serviços públicos básicos, como, por exemplo, saúde ou educação pública.

Presídios, cadeias públicas, centros de remanejamento de presos provisórios, seja lá o apelido que se queira dar a esse tipo de instituição prisional, a meu ver tendem a se manter (super) lotadas, o que tenciona a convivência carcerária, inclusive estimulando a formação de facções criminosas não só organizadas, mas também extremamente cruéis ou violentas, apontando, no fim de tudo, a necessidade de construção de mais e mais prisões.

---

[1] Segundo o DEPEN, 45,92% dos presos estariam cumprindo pena em regime fechado, outros 33,47% seriam de presos provisórios, 16,63% em regime semiaberto e 3,57% em regime aberto – cf. https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado, acesso 22/08/2020.

Neste particular, impossível não enxergar um sistema punitivo que se autoalimenta, pois pretende combater a criminalidade de rua encarcerando cada vez mais as pessoas, ao mesmo tempo que permite a transformação do cárcere em ambiente próprio e adequado para a disseminação de outros crimes, como o roubo a banco ou de cargas que financia o tráfico de drogas, esse como consumidor de armas ilegais ou de instrumentos para lavagem de dinheiro e por aí vai.

Ademais, nesse sistema de justiça penal com viés exclusivamente punitivista não há espaço para as vítimas diretas da criminalidade de rua. A legislação processual penal tradicionalmente sempre se voltou para garantir aos réus a observância de seus direitos fundamentais, colocando as vítimas, como singelas espectadoras a distância, lá no último nível da arquibancada do palco do jogo processual travado entre acusação e defesa.

Apesar de avanços, como a pena de prestação pecuniária ou da possibilidade de fixação de indenização (moral e material) na sentença criminal condenatória em favor das vítimas, na ação penal pública a figura do assistente da acusação, como o próprio nome sugere, se apresenta como secundária, tendo pouca voz processual e quase nenhuma legitimidade ativa para agir processualmente, principalmente no âmbito das medidas cautelares penais.

De qualquer maneira, a assistência à vítima, inclusive em casos de violência doméstica, contra idosos ou menores, é sempre uma tarefa muito árdua e que exige do advogado persistência e insistência, para mover uma engrenagem punitivista totalmente voltada ao Estado-acusador e ao réu. Nesta paragem, vejo o sistema de justiça penal em mora, *ex vi* do art. 245 da Constituição Federal, com as vítimas diretas da criminalidade de rua, o que, não é difícil imaginar, de alguma maneira fragiliza a confiança das pessoas nas agências da repressão estatal.

De outro lado, o expansionismo punitivista do sistema de justiça criminal vem seguindo a tendência mundial de buscar novos inimigos da sociedade e esses, em tempos de massificação das relações pessoais, ganharam atenção e, não raro, até a preferência das agências da repressão estatal nos últimos tempos, daí o surgimento de órgãos repressivos especializados, dentre outros, na criminalidade fiscal, financeira, econômica ou ambiental.

O sistema de justiça penal e, a reboque, a lei penal começaram, então, a desempenhar um papel transformador no plano de uma tal

ética social demandada pela Constituição Federal, induzindo (ou obrigando) as pessoas a assumirem valores coletivos que nem sempre coincidem com seus valores individuais, de modo que desde então cada um de nós se comprometeu a prestigiar e seguir, *v.g.*, a ética fiscal, econômica ou ambiental.

Neste contexto, não há como esquecer que a lei penal (econômica, fiscal, ambiental etc.) convive lado a lado com outras leis também de caráter punitivo, só que na esfera administrativa, com sanções restritivas de direitos altamente agressivas, a ponto de algumas delas serem mais severas do que as penas previstas para contravenções penais ou para os delitos de menor potencial ofensivo.

Aqui destaco outro grave problema!

É que a lei penal deveria, ante seu caráter fragmentário e subsidiário, servir como instrumento de reforço ao denominado direito administrativo sancionador, porém, não é isso que vejo na rotina do sistema de justiça penal, pois não é difícil notar a persistência da ameaça da sanção criminal, independentemente da solução administrativa dada aos problemas surgidos pela prática de um comportamento, previsto tanto como ato infracional administrativo quanto como criminoso.

Com efeito, nesse ambiente de interação da lei penal com a lei administrativa sancionatória, sobram nos tipos penais (sócio) econômicos elementos normativos, muitas normas penais em branco, além de causas próprias e especiais de extinção da punibilidade, convindo lembrar, por ser o mais notória, o pagamento do tributo e seus efeitos na pena dos crimes fiscais.

Não bastasse, é preciso dizer que nos dias atuais percebo um certo e inconcebível abandono da ciência penal como um todo, independentemente dessa ou daquela escola doutrinária preferida do operador da lei penal. Acusações, defesas e, pior, decisões (administrativas ou judiciais) são, cada vez mais, fundamentadas em impressões, leituras ou ideias alarmantemente subjetivas e pessoais, despreocupadas com a boa hermenêutica jurídico-penal, fazendo com que a lei penal ou processual penal sirva somente como passagem obrigatória para se alcançar um destino predeterminado, qual seja, a prisão dos infratores ou inimigos da sociedade.

Advogar na área criminal não é tarefa fácil, até porque cada vez mais mal vista nos dias atuais, onde a (in)consciência coletiva enxerga o criminalista como uma espécie de clone de seu cliente. Seja lá como for, ninguém deveria esquecer que todos podemos, a qualquer momento ou

em qualquer local, cometer um crime, da mesma maneira que todos podemos ter um câncer gravíssimo, ou seja, no aperto todos vamos procurar o especialista para resolver nossos mais graves problemas.

Encerro dizendo que as transformações do sistema de justiça penal, como de resto ocorrem na Justiça como um todo, no geral decorrem da atuação corajosa, paciente, insistente e, não raro, audaciosa dos obreiros da advocacia criminal, levando em conta que nessa atividade o causídico abraça, como nenhum outro profissional do direito, a ideologia democrática e civilizatória da tutela inegociável dos direitos fundamentais da pessoa humana.

26

A ADVOCACIA CRIMINAL NO SÉCULO XXI: Permanecemos sentados "sobre o último degrau da escada"

Leonardo de Carvalho Barbosa

Mestre em Direito Processual pela PUC Minas; Professor; Advogado Criminalista.

> "A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado. As pessoas não compreendem aquilo que de resto nem os juristas entende; e riem, zombam, escarnecem (...). As razões, pelas quais a advocacia é objeto, no campo literário e também no campo litúrgico, de uma difundida antipatia, não são outras senão esta (...). A experiência do advogado está sob o signo da humilhação. Ele veste, porém, a toga; ele colabora, entretanto, para a administração da justiça; mas o seu lugar é embaixo; não no alto. Ele divide com o acusado a necessidade de pedir e de ser julgado."[1]

A Constituição da República Federativa do Brasil completou 30 (trinta) anos em 2018, mas apesar de ser um marco histórico em um país com pouca tradição democrática, infelizmente, não há o que se comemorar.[2] Afinal, em que pese ter representado uma abertura democrática em sede processual penal, falhou em sua promessa acusatória devido a uma 'hiper-racionalidade' inquisitória que insiste em permear as ações dos responsáveis pelo processo jurisdicional.

---

1 CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 7. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 29.

2 ROSA, Alexandre Morais da; KALED JR, Salah H. *In:* dubio pro Hell: profanando o sistema penal. 3. ed. rev. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018, p. 22-23.

A hiper-racionalidade é uma doença da razão que forma um universo jurídico antidemocrático, fundado na filosofia da consciência e que se projeta em um método cognitivo solipsista que anula a processualidade.[3]

Para entende-la, é preciso conhecer seu marco teórico – vinculado à filosofia da consciência – que sustenta que o mundo existe enquanto realidade exterior e que a sua estrutura pode ser, integralmente, compreendida pela razão, com toda a realidade sendo apreendida pelo intelecto, gerando um ambiente antidemocrático, dominado por uma razão superior, excludente e até mesmo doentia (hiper-racionalidade).[4]

Razão essa, extrema, que fórmula julgamentos que se pretendem universais sem, em momento algum, questionar se eles têm realmente validade ou se correspondem a percepções meramente subjetivas.[5]

Acaba por desconsiderar sua vulnerabilidade humana diante da apuração do fato, da produção da prova, da interpretação do direito e da própria realização da justiça.[6]

Por consequência, conduz a uma situação de protagonismo judicial, que relativiza a argumentação jurídica diminuindo a participação das partes na produção do provimento jurisdicional, por meio de uma razão hegemônica e excludente que não aceita dialogar e que se basta para conhecer os fenômenos da vida e no processo penal, o caso penal.[7]

Caracteriza-se, assim, como um obstáculo à eficácia do devido processo constitucional, que visa garantir o pluralismo democrático e a construção participada do provimento.

---

3 ROUANET, Sérgio Paulo. A deusa razão. *In:* NOVAES, Adauto. A crise da razão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 291-292.

4 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. *In:* BONATO, Gilson. Processo penal, constituição e crítica – estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 475-480.

5 ROUANET, Sérgio Paulo. A deusa razão. *In:* NOVAES, Adauto. A crise da razão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 291-292.

6 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *In:* Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 183. Brasília: julho/set. 2009.

7 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. *In:* BONATO, Gilson. Processo penal, constituição e crítica – estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 475-480.

Democrático porque a democracia é, por excelência, o regime do discurso, da palavra pública: toda decisão supõe a discussão aberta, a confrontação explícita das posições das partes presentes, a exposição a todos de razões válidas para todos. É, negativamente, a rejeição do Mestre e, de forma positiva, um regime de discurso que obedece ao princípio da substitutibilidade infinita dos lugares, dos locutores e dos ouvintes.[8]

Deste modo, por meio do princípio da democracia, o Direito deixou de ser compreendido como um conjunto de normas positivadas com caráter coercitivo representado pelo Estado, passando a exercer um papel legitimador dessas, através de um procedimento discursivo, fundado nos direitos fundamentais e na cidadania.

Assim, enquanto os Juízes se colocarem como *senhores da prova*, capazes de, baseados em sua própria racionalidade, extrair todos os aspectos dos fatos da vida, não teremos um processo penal eminentemente democrático[9].

Isto porque, podendo decidir antes, para depois buscar no processo as provas que confirmem a premissa por ele eleita, cria-se um *quadri mentali paranoidi*[10], fazendo com que o julgador torne seu imaginário um real possível.

É justamente a hiper-racionalidade que impede a argumentação das partes e garantia do terceiro imparcial que julga conforme os argumentos e provas apresentados em contraditório judicial, sem se influenciar por sua compreensão subjetiva da vida, do direito e do caso penal, se contrapondo as bases constitucionais e sem permitir uma compreensão plena do princípio acusatório.

Por outro lado, é a acusatoriedade que viabiliza a democracia processual penal, instituindo a descentralização e o compartilhamento do poder, visando à garantia dos direitos fundamentais. Assim, transforma o processo penal em um ambiente argumentativo de proteção aos direitos fundamentais[11].

---

8 WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. *In:* Adauto Novaes. A crise da razão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 73.

9 MACHADO, Felipe Daniel Amorim. A pedra de toque do processo penal acusatório. *In:* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re) construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 121.

10 CORDERO, Franco. Guida Alla Procedura Penale. Torino: Utet, 1986.

11 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes

> (...) se pode chamar acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo acusatório como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção[12].

Consequentemente, a decisão judicial deixa de ser uma pré-compreensão de uma realidade – formulada por um único sujeito – para se converter em um raciocínio devidamente problematizado, que enfrenta possibilidades distintas e resulta da ampla argumentação jurídica que se desenvolve em torno do caso concreto[13].

E este desenvolvimento com atuação das partes, que permite a construção do provimento de forma argumentativa e em contraditório, sem pré-compreensões judiciais é um grande desafio, haja vista a tentação do ativismo judicial.

Logo, já passou – e muito – do momento de superação desta doença da razão, típica dos Sistemas Inquisitórios, para que as garantias constitucionais que fundamentam o processo penal democrático sejam efetivamente respeitadas.

Afinal, de nada adianta desenvolver uma teoria do processo penal em conformidade com o Estado Democrático de Direito e ao princípio acusatório, se essa característica inquisitória não for completamente superada, tanto na mente dos responsáveis pelo processo, como também em seus atos e interpretações.

"Não é por acaso que se fala em devido processo legal: legal é o processo que transcorre dentro das regras do jogo, ou seja, que não tolera que a cognição seja argila manipulável por um magistrado que calcula com base no algoritmo inquisitório e que ativamente visa confirmar suas próprias hipóteses. Um processo inquisitorialmente configurado realmente é infalível: o

---

e do princípio acusatório. *In:* Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 183. Brasília: julho/set. 2009.

12 PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153.

13 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *In:* Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 183. Brasília: julho/set. 2009.

estilo inquisitório é caracterizado por máquinas que operam com base no monólogo e em automatismos teoricamente perfeitos; nada é deixado ao acaso; prevê tudo que julga.[3] Em tais cenários, o processo não é mais do que uma marcha rumo à inevitável condenação: basta preencher o checklist da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade e assegurar o resultado desejado."[14]

Para que se construa um processo penal democrático, é necessário, em primeiro lugar, compreender que, na realidade brasileira, as práticas inquisitórias (autoritárias) encontram sobrevida no atual Código, que acaba por se dissociar do princípio acusatório.

Não é novidade para ninguém o caráter eminentemente antidemocrático do Código de Processo Penal de 1941. O que assusta é o grau de aceitação e reprodução de suas bases e seus ideais em pleno Século XXI. "O fetiche pela legislação infraconstitucional ainda seduz a imaginação persecutória de muitos magistrados."[15]

A resistência dos operadores do direito em reconhecer a hiper-racionalidade inquisitorial subsidia também tal compreensão.

> O princípio inquisitório inspira-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação relevante, o princípio prima pelo poder concentrado e sem controle, voltado para a realização do Direito Penal. Ele molda o método inquisitivo a partir de uma investigação secreta da verdade, na qual o Juiz investigador detém a gestão da prova e o poder de demonstrar a culpa antecipadamente. (...) o princípio inquisitório concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. (...) em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real[16].

---

14 KHALED JR, Salah H. Os inquisidores espetaculares e a bigbrotherização do processo penal. Disponível em: https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/231695206/os-inquisidores-espetaculares-e-a-bigbrotherizacao-do-processo-penal?ref=serp. Acesso em 27/08/2020.

15 ROSA, Alexandre Morais da; KALED JR, Salah H. *In:* dubio pro Hell: profanando o sistema penal. 3. ed. rev. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018, p. 23.

16 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *In:* Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 183. Brasília: julho/set. 2009, p. 145.

É necessária, portanto, a superação dessa mentalidade, para que os responsáveis pelo provimento adotem efetivamente a democracia processual, optando por um poder compartilhado e controlado que objetiva a tutela dos direitos fundamentais.

Somente assim, o princípio acusatório estará devidamente respeitado, uma vez que sentença penal deixará de ser uma pré-compreensão de uma realidade, formulada por um único sujeito, para se converter em um raciocínio devidamente problematizado, que enfrenta possibilidades distintas e resulta da ampla argumentação jurídica que se desenvolve em torno do caso concreto[17].

> "A democracia constitucional representa uma conquista da qual a sociedade moderna não pode abrir mão em favor da ideologia da defesa social. O poder que se legitima na técnica de controle e de promoção deve ser compartilhado entre instituições. Essa regra é sagrada. Do contrário, a sociedade vai ser engolida novamente pelo Leviatã."[18]

Diante da tentação do ativismo judicial, o que se deseja é um modelo acusatório democrático, condizente com o limite constitucional e que como tal, mostre-se apropriado para uma perspectiva de redução de potenciais danos, restringindo os espaços de discricionariedade do julgador e estabelecendo a imparcialidade como um atributo sistêmico, por exigência democrática.[19]

Cumpre ao processo penal instaurar um ambiente de proteção aos direitos fundamentais, bem como se ajustar ao modelo constitucional, para consolidar o espaço e o tempo da argumentação jurídica. No processo jurisdicional democrático, nenhuma decisão pode se restringir ao plano autárquico-estatal, tendo como referência as pré-compreensões do agente que encarna o Poder Público.

---

17 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *In:* Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 183. Brasília: julho/set. 2009, p. 147.

18 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *In:* Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 183. Brasília: julho/set. 2009, p. 150.

19 ROSA, Alexandre Morais da; KALED JR, Salah H. *In:* dubio pro Hell: profanando o sistema penal. 3. ed. rev. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018, p. 30.

Tal problemática do processo penal só será resolvida pela via da argumentação, respeitando a relação de reciprocidade e complementariedade que se estabelece entre os direitos fundamentais no Direito Constitucional.

Se o Juiz é feito da mesma matriz humana do réu, do Advogado de Defesa e do Promotor de Justiça, portanto, igualmente vulnerável, não se pode admitir que a crença doentia na sua razão, prevaleça sobre o diálogo.

> "A realidade do processo penal – e que não se quer desvelar – é: a defesa sempre entra correndo atrás de um imenso "prejuízo cognitivo". Ela sempre chega à fase processual em desvantagem e não raras vezes, já perdendo por um placar cognitivo negativo considerável, quando não irreversível. O processo não é mais que um faz de conta de igualdade de oportunidades e tratamento. O juiz já está – na imensa maioria dos casos – psiquicamente capturado pela tese acusatória, até então tomada como verdadeira e geradora de graves consequências decisórias."[20]

Enquanto não houver a superação dessa mentalidade inquisitória, o processo penal brasileiro não passará de "um jogo de cartas marcadas e um faz de conta que existe contraditório".[21]

Referências

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. 7. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

CORDERO, Franco. Guida Alla Procedura Penale. Torino: Utet, 1986.

KHALED JR, Salah H. Os inquisidores espetaculares e a bigbrotherização do processo penal. Disponível em: https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/231695206/os-inquisidores-espetaculares-e-a-bigbrotherizacao-do-processo-penal?ref=serp. Acesso em 27/08/2020.

---

20 LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva (...) Disponível em: https://www.Conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta#: ~: text=Enquanto%20n%C3%A3o%20houver%20preserva%C3%A7%C3%A3o%20da,inqu%C3%A9rito%20policial%20%E2%80%94%2C%20o%20processo%20penal. Acesso em 27/08/2020.

21 LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva (...) Disponível em: https://www.Conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta#: ~: text=Enquanto%20n%C3%A3o%20houver%20preserva%C3%A7%C3%A3o%20da,inqu%C3%A9rito%20policial%20%E2%80%94%2C%20o%20processo%20penal. Acesso em 27/08/2020.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva (...) Disponível em: https://www.Conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta#: ~: text=Enquanto%20n%C3%A3o%20houver%20preserva%C3%A7%C3%A3o%20da,inqu%C3%A9rito%20policial%20%E2%80%94%2C%20o%20processo%20penal. Acesso em 27/08/2020.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *In:* Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 183. Brasília: julho/set. 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. *In:* BONATO, Gilson. Processo penal, constituição e crítica – estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. Texto encaminhado pelo autor. Belo Horizonte: 2011.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *In:* Revista de Informação Legislativa, v.46, n. 183. Brasília: jul./set. de 2009.

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

ROSA, Alexandre Morais da; KALED JR, Salah H. *In:* dubio pro Hell: profanando o sistema penal. 3. ed. rev. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018, p. 22-23.

ROUANET, Sérgio Paulo. A deusa razão. *In:* NOVAEL, Adauto. A crise da razão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. *In:* Adauto Novaes. A crise da razão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

27

A MISSÃO DO DIREITO PENAL E A FUNÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL

Leonardo Isaac Yarochewsky

Diante de uma perspectiva crítica e garantista é necessário questionar qual a missão do direito penal e, especialmente, da dogmática penal.

A missão do direito penal para Jescheck é a proteção da convivência em sociedade das pessoas. Para o tratadista alemão, o direito penal tem um significado fundamental como ordenamento pacificador y protetor das relações sociais. Ressalta Jescheck que

> el Derecho penal solo puede garantizar la protección de la sociedad asegurando la paz pública de foram simultâneas al respeto de la liberdad de acción de todos, luchando contra todo tipo de violencia antijurídica y amenazando con sanciones para vulneraciones considerables del Derecho, de acuerdo con el principio de justicia distributiva.[1]

Mais adiante Jescheck afirma, com a maioria dos autores, que o direito penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos. Para o citado autor, todas as normas jurídico-penais estão baseadas em um juízo de valor positivo sobre bens vitais que são imprescindíveis para a convivência em comunidade e que, por isso, devem ser protegidos através da coação estatal mediante o recurso da pena pública. [2]

Para Nilo Batista discutir os fins do direito penal, deveria ser discutir os fins da pena – *"e, no entanto, não é".*[3] Em sua introdução crítica, Nilo Batista observa que:

---

1 JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal – parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 3.

2 Idem, p. 7-8.

3 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 111.

> quando se fala nos fins (ou 'missão') do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e subsidiariamente num criminoso antes do crime; quando se fala nos fins (ou objetivos, ou funções) da pena, pensa-se nas interferências criminoso depois do crime/pena/sociedade. Por isso, a missão do direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho propulsor, e a mais modesta de suas virtualidades estará em resolver casos.[4]

Ressalta-se que para boa parte da doutrina nacional e estrangeira os fins ou missão do direito penal, sob um viés legitimador, é a proteção de bens jurídicos. Neste sentido Régis Prado, para quem a função primordial do direito penal radica na proteção de bens jurídico-penais, essenciais ao indivíduo e à comunidade.[5]

Em oposição à doutrina que se sustenta no caráter legitimador do direito penal, Paulo Busato[6] adotando uma postura crítica reconhece, no âmbito da criminologia crítica, desde logo as funções estigmatizante e seletiva do direito penal.

Sendo certo que quando se trata de abordar a missão do direito penal não é mais possível ignorar, conforme já dito, as características repressoras, estigmatizantes e seletivas deste ramo do direito. O direito – qualquer que seja o ramo – é instrumento de poder e o direito penal é o braço armado do Estado para satisfação deste poder. Já foi dito que o sistema penal é uma fábrica de moer gente, notadamente, os mais vulneráveis.

Não se pode olvidar da função simbólica do direito penal, que como bem observa Sergio Moccia é "aquela de indicar um caráter imprescindível da intervenção punitiva, creditando a uma situação de insegurança. Esta desencoraja uma solução extrapenal, menos 'representativa' que aquela de natureza penal, mas que, porém, na maior parte dos casos é a mais idônea a resolver o problema *In:* radice. No entanto, cultiva-se a

---

4 Idem, ibidem.

5 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

6 BUSATO, Paulo. Fundamentos para um direito penal democrático. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ilusão de segurança, que pode atrair o consentimento dos cidadãos para com o Estado".[7]

Juarez Tavares vem alertando há tempos que a teoria do delito que tem como objetivo as características jurídicas de uma conduta criminosa "só terá significado se estabelecer os critérios que possam delimitar o poder punitivo do Estado, a partir da análise dos elementos das normas criminalizadoras em função da proteção ao sujeito".[8]

Como já dito e assentado, o sistema penal tem um caráter repressivo, seletivo e estigmatizante. Daí, como bem observa Nilo Batista, "não pode o jurista encerrar-se no estudo – necessário, importante e específico, sem dúvida – de um mundo normativo, ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam".[9]

O direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado), adverte Nilo Batista, "para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira".[10] Dizendo, ainda, que o estudo das funções que o direito cumpre na sociedade pertence, verdadeiramente, à sociologia jurídica.

Há marcante congruência entre os fins do Estado e os fins do direito penal, assevera Nilo Batista, para quem o conhecimento dos primeiros, através da verificação de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos. [11]

Ninguém, que respeite a ciência e o direito, dúvida que o estudo da dogmática penal é fundamental até mesmo para elaboração da crítica. Através de uma dogmática crítica pode-se, perfeitamente, impor limites ao poder punitivo estatal. Tendo em vista o princípio da proteção da dignidade da pessoa humano como postulado do Estado democrático de direito a dogmática somente poderá ser compreendida quando não se afasta deste ideal, caso contrário ela (dogmática) servirá apenas aos interesses do Estado penal, da mídia criminológica e do populismo penal.

---

7 MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada no Estado Social de Direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 19, v. 92, p. 31-57, set/out. 2011.

8 TAVARES, Juarez. Teoria do delito. 1. ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

9 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

10 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

11 BATISTA, Nilo. Ob. cit.

Deste modo, como bem observam Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, "é impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre pessoas".[12]

Daí há que lamentar-se o fato da maioria dos "penalistas" que se dedicam ao estudo da dogmática penal – nem sempre adequadamente – desprezar as relações sociais e ignorar a realidade de desigualdade social, as situações de vulnerabilidade e o caráter seletivo e estigmatizante do sistema penal.

A dogmática penal, que como bem observa Régis Prado, não deve ser confundida, levianamente, com dogmatismo "no sentido de aceitação acrítica de uma verdade absoluta e imutável, de todo incompatível com a própria ideia de ciência". [13]

O sistema penal como é sabido, além do seu caráter nitidamente repressor, possui um caráter estigmatizante e seletivo. Tais características fazem com que este ramo do direito seja, sem qualquer dúvida, o mais violento de todos. Não é sem razão que Muñoz Conde e García Arán[14] conforme já dito, observam que falar de direito penal é falar, de um modo ou de outro, de violência.

Assim sendo, mais do que nunca, visando principalmente minimizar os danos causados pelo direito penal, é que se faz necessário buscar através da criminologia crítica e da política criminal voltada para a proteção do indivíduo e do respeito à dignidade da pessoa humana, caminhos que levem a maximização das liberdades e a minimização do poder punitivo.

Para o criminólogo Juarez Cirino dos Santos,

> O discurso crítico da teoria criminológica da pena define o Direito Penal como sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da definição de crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas das relações de produção/circulação econômica e do poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da aplicação de penas constitui estigmatização seletiva

---

12 ZAFFARONI, E. Raùl, BATISTA, Nilo *et al*. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

13 PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

14 Derecho penal: Parte general. 9ª edición. Valencia-ES: Tirant lo Blanch, 2015.

> de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social; c) ao nível da execução penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real para expandir o capital nas relações de produção/distribuição material da vida social – embora com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo.[15]

Mais adiante, o eminente e crítico criminólogo indaga: "Então, por que fazer dogmática penal?" Ele mesmo responde:

> A dogmática é um sistema de conceitos deduzido do sistema jurídico positivo, portanto, produzido por uma abordagem tecnocrática do Direito Penal, cuja função consiste na reprodução/conservação do sistema social. Logo, as alternativas de trabalho teórico do Direito são as seguintes: ou fazer uma dogmática descritivo-apologética legitimadora da desigualdade real da democracia formal do capital, ou fazer uma dogmática crítico-libertária, comprometida com um programa político de igualdade social e democracia real para o povo. Como se vê, tudo depende do critério que informa o trabalho científico em Direito Penal: a) produzir dogmática penal como critério de racionalidade do sistema punitivo significa assumir o ponto de vista do poder repressivo do Estado no processo de criminalização de marginalizados do mercado de trabalho e da pobreza social, em geral; b) produzir dogmática penal como sistema de garantias do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, no sentido de construir conceitos capazes de excluir ou de reduzir o poder de intervenção do Estado na esfera da liberdade individual – e, portanto, capazes de impedir ou de amenizar o sofrimento humano produzido pela desigualdade e pela seletividade do sistema penal – constitui tarefa científica de evidente significado democrático nas sociedades contemporâneas.[16]

Hodiernamente, em uma perspectiva democrática e garantista, o direito penal deve, além de buscar a proteção e a defesa de bens jurídicos

---

15 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral 6. ed. ampl. e atual. Curitiba-PR: ICPC, 2014, p. 460-461.

16 SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit. 462-463.

fundamentais e essenciais para vida em sociedade – quase nunca com sucesso – necessita, primordialmente, proteger o indivíduo em relação ao poder punitivo estatal.

O bem jurídico serve também, no dizer de Juarez Tavares, "aos propósitos garantistas, vinculados à proteção da pessoa humana, de admitir uma incriminação não apenas quando ocorra uma lesão ou um perigo de lesão do próprio bem jurídico, mas quando da incriminação não resulte uma dessocialização da pessoa humana".[17] Ainda, de acordo com Juarez Tavares,

> a exigência de uma delimitação da intervenção do Estado igualmente no âmbito do processo de socialização, ou dessocialização, e não apenas no âmbito causal da produção de efeitos, deflui a necessidade de situar o bem jurídico, não apenas agora, como objeto de preferência ou de referência, mas sim como instrumento de discussão da legitimidade do próprio direito de punir. Nesse sentido é que se diz que o bem jurídico cumpre, assim, um papel delimitativo da incriminação e protetivo da pessoa. [18]

Não resta dúvida que o direito só faz sentido quando está a serviço do ser humano, ou melhor, da sua dignidade. Diante da formulação Kantiana que tem o homem como fim em si mesmo. Quando o direito (instrumento de poder) desvirtua de sua principal finalidade, qual seja a proteção do indivíduo frente ao poder estatal, a sociedade passa a ser controlada pelo arbítrio e pelo autoritarismo do Estado. Não havendo nenhum equivoco em afirmar que é através do direito penal que o braço repressor e violento do Estado se faz presente.

Por tudo, entende-se que a principal função da dogmática penal é buscar a proteção do indivíduo, compensar as desigualdades sociais atentando para os mais vulneráveis e delimitar o poder punitivo estatal. Tudo, sem perder de vista o respeito à dignidade da pessoa humana como postulado do Estado democrático de direito.

De tal modo, os princípios garantistas exercem papel fundamental na proteção dos direitos individuais em relação ao poder punitivista do Estado e na limitação do avanço do Estado penal.

---

17 TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 223.

18 TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. ob. cit. p. 224.

28

PECULIARIDADES DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NA REALIZAÇÃO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Leo Maciel Junqueira Ribeiro

Introdução

Como se sabe, recentemente foi publicada a Lei n. 13.964/2019, que trouxe importantes modificações legislativas no sistema jurídico brasileiro, especialmente no âmbito penal. Dentre os diversos institutos que a nova lei busca regulamentar ou introduzir em nossa ordem jurídica, destaca-se o acordo de não persecução penal. Em síntese, trata-se de uma forma de negociação processual originária do sistema anglo-americano, no qual é conhecido, de forma geral, como *guilty plea*, tendo como principal elemento a confissão do investigado em troca do cumprimento imediato de condições a serem propostas pelo Ministério Público[1]. Assim, tem-se que o instituto vem provocando profundas modificações no sistema jurídico brasileiro, apresentando novos e complexos desafios para o exercício da advocacia no âmbito penal.

---

[1] Embora uma análise histórica sobre esse instituto não esteja contida no escopo metodológico deste trabalho, vale ressaltar que em suas origens no sistema jurídico anglo-americano, utilizava-se o termo *guilty plea* para designar o acordo entre acusado e acusação, quando houvesse a confissão do acusado antes do início do processo. Estrutura muito semelhante de acordo de não persecução penal foi trazida pela nova legislação brasileira, conforme será possível observar nos próximos itens deste trabalho. De todo modo, caso seja buscado um aprofundamento sobre os aspectos indicados, sugere-se a leitura dos seguintes textos para um panorama sobre as origens e principais características do instituto em análise: DEVERS, Lindsey. *Plea and charge bargaining*. Research Summary, Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice, 2011; TATA, Cyrus; GORMLEY, Jay M. *Sentencing and plea bargaining*: *guilty pleas versus trial verdicts*. Oxford Handbooks Online, 2016; ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining:* aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20.

Na versão do instituto apresentada pela nova legislação brasileira, que foi introduzida em nosso sistema jurídico pelo art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), há dispositivos específicos sobre a estrutura e a forma de processamento do acordo, que trazem peculiaridades para o exercício da advocacia, conforme será demonstrado adiante. Dessa forma, o objetivo principal deste artigo será analisar detidamente a estrutura e o processamento dos acordos de não persecução penal trazidos por meio da Lei n. 13.964/2019, bem como realizar um aporte crítico sobre as peculiaridades que ambos trazem ao exercício da advocacia penal. Por meio da utilização da metodologia predominantemente jurídico-analítica, a presente investigação busca apresentar um panorama prático sobre a realização de acordos de não persecução penal, com a indicação de cuidados a serem tomados pelos advogados nesse momento processual.

O exercício da Advocacia em face da estrutura dos acordos de não persecução penal introduzida em nosso Sistema Jurídico

A estrutura dos acordos de não persecução penal introduzida em nosso sistema jurídico trouxe diversas situações novas para o exercício da advocacia criminal, as quais serão abordadas no decorrer deste item. Assim, no art. 28-A ao CPP, determinou-se a possibilidade de que o Ministério Público proponha um acordo de não persecução penal no caso de não ser possível o arquivamento do inquérito policial, de haver a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal e de que esse ilícito tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, bem como que sua pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos. Nos termos do referido artigo:

> "Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]".[2]

[2] Nos incisos que sucedem o *caput*, estão contidas as condições do acordo que serão abordadas no próximo item.

Conforme é possível observar no dispositivo transcrito, tem-se que o primeiro requisito para a propositura do acordo de não persecução penal é que não seja cabível o arquivamento do inquérito policial. Nesse momento, é de fundamental importância a atuação dos advogados do investigado no sentido de verificar se realmente não é o caso do arquivamento do inquérito. Ou seja, deve-se verificar se há indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva no inquérito. Sendo o caso de arquivamento, deve haver um contato direto dos advogados com o Ministério Público para indicar a necessidade de que ocorra o arquivamento do inquérito em detrimento da realização do acordo de não persecução penal, por ser mais vantajoso ao investigado.

A interpretação desse trecho também não explicita a quem incumbirá a análise sobre a possibilidade de arquivamento, mas é possível afirmar que ele deve ser exercido pelo Ministério Público, na ocasião em que os autos são recebidos da autoridade policial com o relatório das investigações[3]. Portanto, a possibilidade de propor acordo se soma às possibilidades consistentes no arquivamento do inquérito, no requerimento de diligências complementares à autoridade policial, na realização de diligências complementares ou no oferecimento da denúncia. Nesse momento, destaca-se que, ainda assim, a postura dos advogados do investigado não deve ser absolutamente passiva ou inerte, conforme já informado acima. Ao contrário, é essencial uma análise minuciosa e extremamente cuidadosa sobre os elementos colhidos na fase investiga e sobre as perspectivas que tais elementos poderão ter na fase instrutória e nas futuras decisões judiciais a serem proferidas no caso analisado. Afinal, sobretudo nos casos em que ocorra a constatação da existência de certos elementos que dificultem a defesa

[3] Como observação, vale ressaltar que a doutrina nacional majoritária, com base nas determinações do art. 18 do CPP, aponta que o juízo sobre o arquivamento do inquérito policial incumbiria ao magistrado. Nesses termos, vide: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138. Embora a referida tese não seja descartada de pronto neste trabalho, até por não ser seu objeto de estudos, vale ressaltar que outros importantes dispositivos da Lei n. 13.964/2019, como o novo art. 3º-A do CPP, apontam no sentido de que "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação". Assim, é possível afirmar que a tendência atual é a redução do papel judicial em momentos como o que está em análise. Indicando que até mesmo o arquivamento do inquérito policial deve ser determinado pelo Ministério Público, vide a seguinte obra: RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 214.

do investigado, seus advogados deverão de algum modo provocar o órgão ministerial, ainda que de forma sutil e não escrita, por meio de agendamento de despacho ou manifestação oral, para que seja discutida a possibilidade de propositura do acordo de não persecução penal.

A respeito da confissão formal e circunstanciada do investigado como requisito para o acordo de não persecução penal, alguns aspectos merecem especial cuidado. Incialmente, vale ressaltar que, ao exigir a confissão do investigado e caracterizá-la como elemento essencial do acordo de não persecução penal, o dispositivo significa um retrocesso à lógica inquisitorial de que a confissão seria a "rainha das provas"[4], podendo por si mesma fundamentar a culpabilidade do investigado[5] e, como consequência, motivar a imposição das condições propostas pelo órgão ministerial. Todavia, a determinação do artigo citado parece equivocada, visto que não se pode afirmar que a confissão do investigado seja suficiente para fundamentar a culpabilidade. Aliás, é mesmo impossível afirmar que a mera confissão fundamenta a culpabilidade. Vale dizer: não há qualquer assunção de culpa pelo investigado quando do acordo, ainda que confesse. Apenas existe culpabilidade após procedimento em contraditório, não com realização de acordo. Nesse sentido, ressaltando a importância da fase judicial, vale transcrever a seguinte lição doutrinária:

> "O direito ao processo e ao julgamento são opções democráticas fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, visto que a culpabilidade de um acusado somente pode ser afirmada após o transcorrer completo do procedimento, com o respeito às regras do devido processo penal, e o exaurimento da pretensão acusatória, devidamente comprovada por meio de lastro probatório

---

4 BARANDIER, Antônio Carlos da Gama. Confissão: supremo objetivo da investigação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 79-82, jul./set. 1993. Inúmeras críticas são dirigidas pela doutrina em relação a esse *status* conferido à confissão e à possibilidade de que ela seja contaminada por circunstâncias como coações, confissões protetivas etc. Nesse sentido, tratando sobre a confissão especificamente nos casos em que há negociação no processo penal, vide: RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. Revista brasileira de direito processual penal, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 103-130, 2017.

5 Por certo, no momento de proposição do acordo, para além da confissão do investigado haverá apenas os indícios colhidos durante a fase investigativa, que a rigor não podem ser considerados provas, por não serem produzidos em contraditório judicial. LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 235.

> produzido licitamente e sob o crivo do contraditório. Desse modo, a punição estatal depende inevitavelmente da comprovação da culpabilidade por meio de provas produzidas pelo acusador suficientes ao rompimento da presunção de inocência, em atenção aos princípios da necessidade e da jurisdicionalidade; ou seja, a imposição de uma sanção penal pelo Estado depende indissociavelmente do processo (*nulla poena sine iudicio*) ". [6]

Embora a redação do dispositivo não seja clara quanto ao momento da confissão, dando a entender que ela deve ser prévia à proposição do acordo, é importante destacar que a situação ideal é aquela em que ela se faz quando da realização do acordo, presentes o representante do Ministério Público e os advogados do investigado. Afinal, dessa forma é possível reduzir os riscos de que a confissão esteja contaminada por fatores que gerem sua involuntariedade, o que deverá resultar na impossibilidade de homologação do acordo pelo juízo singular, conforme será explicitado adiante. No caso em que é realizada durante a audiência de propositura do acordo, é importante que a confissão não seja absoluta e irrestrita, mas que o investigado seja orientado a afirmar, nos limites da "verdade" dos fatos, apenas o que for indispensavelmente solicitado pelo Ministério Público. Qualquer excesso pode ser desnecessário ou prejudicial, e por isso é que se considera como indispensável a intervenção do advogado nessa ocasião, possibilitando que seu cliente consiga dizer apenas o indispensável sobre os fatos imputados.

De qualquer modo, caso exista a confissão antes do momento de realização do acordo, como durante a prisão em flagrante do investigado, por exemplo, essa confissão poderá ser suficiente para possibilitar com que o órgão ministerial proponha o acordo, devendo a eventual involuntariedade dessa confissão ser analisada sempre pelo juízo no momento de decidir pela homologação do acordo[7]. Por fim, é indispensável que seja

---

6 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 219-220.

7 Vale ressaltar que antes desse momento há várias oportunidades em que a defesa poderá alegar trancamento do inquérito policial ou qualquer tipo de nulidade oriunda de coações ilegais sofridas pelo investigado durante a fase inquisitorial, tendo esses fatos ocorridos para buscar sua confissão. Pode-se citar os seguintes exemplos: durante a audiência de custódia, por requerimentos ao juízo singular ou por meio da impetração de *habeas corpus*.

obedecida a condição de que a confissão seja realizada "formal e circunstanciadamente", sempre devendo constar nos autos os registros da confissão e sendo, ainda, imprescindível a presença do advogado do investigado durante sua realização, em qualquer momento que venha a ocorrer, durante a fase investigativa, ou mesmo em outras fases processuais em que eventualmente haja a propositura de acordo.

Dando continuidade à análise do novo art. 28-A do CPP, destaca-se que a estrutura de acordo de não persecução por ele determinada também exige que a infração penal confessada pelo investigado tenha sido praticada "sem violência ou grave ameaça" e tenha a "pena mínima inferior a 4 (quatro) anos". Sendo assim, a possibilidade de propor o acordo abrange todas as contravenções penais e uma grande pluralidade de crimes, incluindo, por exemplo, a prática de lavagem de dinheiro, a participação em organização criminosa, bem como a grande maioria dos crimes patrimoniais ou contra a administração pública. Assim, caberá também aos advogados do investigado avaliar e manter extrema atenção quanto à possibilidade de que seja realizado acordo de não persecução penal, devendo oportunamente sinalizar para tal fato, especialmente em relação ao delito investigado, à imputação resultante das investigações – podendo diferir da imputação preliminar – e de todos os elementos contidos no caderno investigativo.

Por fim, o novo art. 28-A do CP. também determina que o acordo de não persecução penal seja "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Esses termos podem ser problemáticos por uma razão principal: não pode ser papel do Ministério Público definir ou realizar juízos sobre questões de reprovação e prevenção do crime, visto que essa espécie de matéria político-criminal é de incumbência legislativa ou, no máximo, judicial[8], no momento de aplicação da pena. Desse modo, sugere-se que exista especial atenção dos advogados quando da realização do acordo,

[8] Destaca-se que a doutrina é muito clara no sentido de que o Ministério Público não é agente de política criminal e não pode ser responsável por realizar análise sobre proporcionalidade ou aplicação da pena. Nesse sentido, vide: COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 183, 2009. p. 114. CASARA, Rubens R.R. Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Dir., 2015. p. 168. Vale ressaltar que há opinião minoritária em sentido contrário: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal: art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP. *In:* CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). Acordo de não persecução penal. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 29-46.

para verificar se as condições escolhidas e propostas pelo Ministério Público ao investigado são lícitas e idôneas, assim como para demonstrar que as medidas mais favoráveis possíveis são compatíveis à gravidade concreta da conduta que lhe é imputada. [9]

Sobre o processamento dos acordos de não persecução penal e suas peculiaridades para o exercício da advocacia

A partir de seu § 3º, o art. 28-A do CP. traz uma série de parágrafos que se iniciam por determinar o processamento dos acordos de não persecução penal. Dessa forma, o § 3º determina o seguinte: "O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor". Como é possível observar, a lei exige registro por escrito do acordo, que deverá ser realizado sem intervenção judicial e na sequência juntado aos autos do inquérito para que seja remetido ao juízo singular. A situação ideal é que de fato a negociação seja travada diretamente com o Ministério Público, para que o juízo singular não influencie o acordo e não seja influenciado posteriormente, caso por alguma razão o acordo venha a ser impossibilitado. Nesse momento também se destaca a importância dos advogados na realização dos acordos, visto que assumem papel ativo no estabelecimento dos pressupostos e condições do acordo junto ao órgão ministerial. Como aconselhamento conservador, deve-se evitar que haja registro escrito ou por mídia de confissão do investigado antes que se vislumbre a elevada probabilidade de que o acordo seja realmente realizado. Afinal, tratando-se do exercício da advocacia em defesa do investigado, situação na qual sua liberdade está em iminente risco, tem-se como indispensável a garantia de que os elementos produzidos durante as negociações não sejam utilizados posteriormente em seu prejuízo.

Uma vez recebida a remessa dos autos pelo juízo singular, deve ser realizado o juízo de homologação do acordo de não persecução penal. Nessa etapa, o § 4º determina que, para a homologação, "será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade". Dessa

[9] Busca-se, por exemplo, a inexistência da condição de pagamento de indenização ou multa em crimes tributários.

forma, não basta que o magistrado analise apenas o que consta nos autos, devendo realizar a oitiva do investigado para verificar a voluntariedade do acordo. Essa etapa é de suma importância, tendo em vista que uma das principais críticas aos acordos de não persecução penal é que eles causam investigados a confessarem involuntariamente a prática das infrações penais imputadas[10]. Desse modo, o magistrado deverá atentar-se para qualquer espécie de coação física ou moral que possa ter contaminado a voluntariedade na realização do acordo. Quanto à legalidade do acordo, tem-se como importante verificar todos os seus termos e, em especial, as condições de cumprimento, avaliando se eles são compatíveis com a lei penal infraconstitucional e constitucional[11]. Nessa etapa, cabe extrema atenção dos advogados para alegar o que for necessário, inclusive para que, caso o acordo seja desfavorável ao investigado nesse momento, não seja ele homologado.

Quanto ao § 5º do art. 28-A, por sua vez, consta que "Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo", desde que haja a concordância do investigado e seu advogado. O dispositivo não deixa claro o que aconteceria caso o investigado impugnasse a negativa de homologação do acordo, podendo levar à situação em que a decisão pela não homologação poderia culminar no oferecimento de denúncia como única solução viável. Sendo assim, o contexto criado no dispositivo acaba por possibilitar, direta e indiretamente, a ingerência do magistrado na possibilidade de realização do acordo. [12]

---

10 Vide, por exemplo: SILVA, Juliana Ferreira da. O plea *bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. Boletim do IBCCrim, São Paulo, n. 318, maio 2019, p. 8-11.

11 Não se está a desconsiderar que o dispositivo utiliza o termo "legalidade". Ocorre que, em nosso entendimento, a interpretação desse parágrafo deve ser realizada de forma ampla, incluindo um juízo sobre eventual violação a normas constitucionais de nosso sistema jurídico. Essa observação é importante pois o magistrado deverá recusar a homologação de um acordo que preveja, por exemplo, uma condição abusiva do Ministério Público, que violasse o princípio da dignidade humana. Sobre o tema, vide a seguinte obra: FERRAJOLI, Luigi; COSTA, Eduardo Maia. O direito como sistema de garantias. Revista do Ministério Público de Lisboa, n. 61, p. 29-49, 1995.

12 Num processo realmente acusatório, determinado também pela Lei n. 13.964/19, se há abusividade na cláusula, quem tem a responsabilidade de demonstrá-la é a defesa, não podendo o juiz agir de ofício para esse fim. Não se está a desconsiderar que o exame judicial sobre a idoneidade das condições é

Esse contexto é reforçado pelos §§ 7º e 8º do referido artigo, os quais determinam que, respectivamente, o magistrado poderá recusar a homologação do acordo e que, nesse caso, ele deverá determinar a devolução dos "autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia". Voltando ao § 6º, está determinado pelo novo dispositivo que, após a homologação, o "juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal". Também está contido no § 9º desse novo art. 28-A do CP. que "a vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento". Nessas situações, deve-se prezar pelos interesses do investigado, inclusive mantendo contato com o *Parquet*, caso necessário.

Sobre esses dispositivos, em especial o § 6º, é importante ressaltar que não incumbe ao Ministério Público fiscalizar a execução das condições do acordo, especialmente por elas terem caráter de pena, conforme indicado anteriormente. Por essa razão, deverá incumbir ao juízo de execução penal essa tarefa, respeitando as funções de cada sujeito e instituição envolvidos na atividade jurisdicional[13]. É por isso que causa estranhamento a redação do § 10, segundo a qual "descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia". Afinal, é o juízo de execução penal que deve certificar o descumprimento das condições e comunicá-lo ao órgão ministerial, que poderá oferecer a denúncia. Seja como for, o exercício da advocacia, nesse momento, deve buscar a forma de execução mais favorável ao investigado. A título de exemplo, deve-se buscar a melhor divisão de horários e dos períodos de cumprimento da condição de prestação de serviços à comunidade, bem como aqueles órgãos ou instituições com os quais o investigado seja capaz de cumpri-la no menor tempo possível.

---

fundamental, mas dentro do requerido pelas partes. Sobre essa estrutura: LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 251, p. 5-6, 2013.

13 COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 183, 2009. p. 114. Obra já citada, mas também fundamental para esse tópico.

Por fim, os três últimos parágrafos do novo dispositivo trazem questões diversas e que também possuem grande relevância para a compreensão do acordo de não persecução penal vigente em nosso sistema jurídico. No § 12, está determinado que "não constarão de certidão de antecedentes criminais" a celebração e o cumprimento do acordo, o que consiste em benefício interessante para o investigado, para quem é importante não ter registros de procedimentos penais em seu nome. Devem seus advogados garantir a exclusão desse registro, caso venha a ser necessária, inclusive mediante peticionamento ao juízo singular ou ao Ministério Público. Na sequência, o dispositivo determina, em seu § 13, que quando o acordo for integralmente cumprido, haverá a extinção da punibilidade, devendo ser requerida sua declaração pela defesa, caso omissos o *Parquet* e o juízo singular. O último dos parágrafos do art. 28-A determina que caso o representante do Ministério Público se recuse a propor o acordo, o investigado "poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior". Nesse caso, incumbe a esse órgão a viabilidade de propor o acordo, o que indica que a proposição do acordo não é apenas uma faculdade do Ministério Público, mas sim um poder-dever do órgão ministerial, nos termos do Enunciado n. 32 da I Jornada de Direito e Processo Penal de 2020. Também nesse caso os advogados devem visar a realização do acordo diretamente com o órgão superior do Ministério Público.

Conclusão

Conforme exposto acima, o instituto do acordo de não persecução penal incluiu diversas determinações de extrema relevância para o exercício da advocacia, que variam desde a sua estrutura até os diversos aspectos específicos que se referem a seu processamento. Dessa forma, tem-se como fundamental que essas determinações sejam minuciosamente conhecidas pelos advogados, por meio do debate e da aprimoração do entendimento jurídico sobre os acordos de não persecução penal. Afinal, por se tratar de um instituto que foi recentemente introduzido em nosso sistema jurídico, há um campo aberto de possibilidades para que ele não se torne forma de exercício arbitrário do poder público, possibilitando melhorias palpáveis quanto à atividade jurisdicional. Por certo, essas melhorias apenas ocorrerão caso os advogados tenham atuação técnica, detalhista e ativa durante a realização dos acordos, considerando todos os seus aspectos estruturais e processuais, de modo a garantir da forma mais efetiva os interesses do investigado.

Referências

ALBERGARIA, Pedro Soares de. Plea bargaining*:* aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARANDIER, Antonio Carlos da G. Confissão: supremo objetivo da investigação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 79-82, jul./set. 1993.

BAZZO, Mariana Seifert; LACERDA, Susana Broglia Feitosa de; DALTOÉ, Camila Mafioletti. Aplicação de Lei Maria da Penha em relações de parentesco e a presunção da vulnerabilidade da vítima mulher no contexto desigualdade de gênero. *Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná*, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 573-593, jun. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.045/2010. Revoga o Decreto-lei 3.689, de 1941. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 15.03.2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal: art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP. *In:* CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). Acordo de não persecução penal. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. Revista de Estudos Criminais, n. 1, Rio Grande do Sul, 2001.

CASARA, Rubens R.R. Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Dir., 2015.

COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 183, 2009.

DEVERS, Lindsey. *Plea and charge bargaining*. Research Summary, Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice, 2011.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. O processo penal brasileiro e os mecanismos de barganha: o cenário do processo legislativo atual de reformas para expansão dos espaços de consenso. *Boletim IBCCRIM*, v. 26, p. 2-3, 2018.

FERRAJOLI, Luigi; COSTA, Eduardo Maia. O direito como sistema de garantias. Revista do Ministério Público de Lisboa, n. 61, p. 29-49, 1995.

GARCIA, Waléria Garcelan Loma. A Lei n. 9099/95 e a importância da reparação do dano no Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 36, p. 06, dez. 1995.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Repensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 251, p. 5-6, 2013.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

REALE JR., Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. Boletim do IBCCrim, n. 318, p. 5-7.

RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. Revista brasileira de direito processual penal, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 103-130.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. *El fIn: del derecho penal del estado y las formas de Imputación jurídico-penal*. *In:* SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Intro., trad. e notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SILVA, Juliana Ferreira da. O plea barga*In:* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. Boletim do IBCCrim, São Paulo, n. 318, maio 2019.

SOBRANE, Sérgio Turra. Transação penal. São Paulo: Saraiva, 2001.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. *In:* CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). Acordo de não persecução penal. Salvador: JusPodivm, 2017.

TATA, Cyrus; GORMLEY, Jay M. *Sentencing and plea bargaining*: *guilty pleas versus trial verdicts*. Oxford Handbooks Online, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

29

O DIREITO À DEFESA PENAL EFETIVA E A SÚMULA 523 DO STF

Luciano Feldens

Introdução

Apenas uma defesa exercida de forma ampla e profissionalmente diligente se poderia enquadrar normativamente como *efetiva*. Esse nível de realização requerido pelos direitos fundamentais em geral, quando associado à defesa penal (defesa penal efetiva), encontra duas ameaças potenciais: (i) o Estado, por meio de seus agentes, no que promovam restrições indevidas à ampla defesa; (ii) o próprio advogado, no que revele, no exercício da prestação defensiva, uma atuação deficiente, abaixo do que exijam os *standards* de diligência profissional aplicáveis.

Em ambas as situações o Poder Judiciário tem a cumprir um papel decisivo, justificado a partir das próprias funções do direito fundamental de defesa; no primeiro caso, evitando ou removendo os obstáculos que se anteponham ao exercício do direito (função de respeito); no segundo, reconhecendo eventuais violações ao patamar minimamente aceitável de diligência profissional (função de proteção). Neste texto, cuidamos de abordar essa segunda ameaça à efetividade do direito de defesa (a deficiência na prestação defensiva), e o tratamento pouco convincente que os tribunais em geral, na senda da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), têm conferido ao tema.

Estado da arte: a deficiência na prestação defensiva

A despeito de toda carga de normatividade de que se investe o direito de defesa – seja por disposição constitucional específica (art. 5º, LV, da CF), seja por desdobramentos de outras normas, tais como a dignidade humana, o Estado de Direito e o devido processo legal (art. 1º, *caput* e III, e art. 5º, LIV, da CF) –, a realidade incontroversa, assumida como tal por aqueles que

vivenciam o foro criminal, aponta para um cenário de fragilidade na prestação defensiva, sobretudo de assistidos pobres, quando destituídos da condição de receber o auxílio de um defensor de sua eleição ou da Defensoria Pública.[1] São recorrentes as situações em que os investigados não têm qualquer assistência defensiva no momento da prisão e da própria investigação, sendo comum o primeiro contato do réu com seu defensor ocorrer minutos antes da audiência judicial. O acesso ao processo é muitas vezes realizado em condições precárias e a ausência de tempo adequado para a preparação da defesa se converte em novo obstáculo, tendo em vista as dificuldades para examinar detalhadamente a prova, indicar testemunhas, providenciar documentos ou requerer diligências que atendam o interesse do assistido.[2]

Esse cenário deficitário está retratado no *Rule of Law Index*, resultado de criteriosa pesquisa conduzida pelo *World Justice Project*[3]. Colhendo

---

1 Embora a Defensoria Pública cumpra com a essencial função de assistência jurídica aos necessitados, sua atuação está presente em torno de apenas 30% do território nacional, alcançando 55% dos 75 milhões de brasileiros com renda familiar de até R$ 2 mil. Ver: "Corte de Verbas", Entrevista concedida pelo Defensor Público-Geral Federal Gabriel Faria Oliveira. Revista Consultor Jurídico. Endereço eletrônico: www.Conjur.com.br. Acesso em 14 de julho de 2019.

2 No início da década de 2000, uma pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), revelou aquilo que a sensação transmitia a todos que transitam nos foros e tribunais brasileiros: o déficit na prestação do direito de defesa em relação às camadas mais carentes da sociedade (não assistidas pela Defensoria Pública). O estudo se projetou sobre o Estado de São Paulo, com foco nos processos envolvendo delitos de roubo. Foram analisados os casos julgados pelo Tribunal de Alçada Criminal no ano de 2000. A pesquisa identificou que: (i) 97,69% dos indiciados não tiveram qualquer tipo de defesa no auto de prisão em flagrante; (ii) durante o restante do inquérito, apenas 1,82% dos indiciados tiveram um defensor atuando em seu favor […]; (iii) apenas 23%, dos acusados apresentaram através de defensores pedidos de liberdade provisória; (iv) na fase das alegações finais, o percentual de acusados que tiveram defesa técnica se aproxima de 100%, o mesmo se dando com as razões de apelação. À vista desses dados os pesquisadores concluíram que a defesa técnica se fazia presente, em favor desses desfavorecidos, apenas nas hipóteses processuais em que a lei assim obriga, revelando-se ausente na articulação das demais medidas. MARTINS, Fernanda V; REZENDE, Guilherme M. Defesa formal v. Defesa substancial. Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo: a Lei, o Direito e a Ideologia. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2005, p. 59.

3 World Justice Project é uma organização independente, multidisciplinar, que trabalha para o avanço do Estado de Direito no mundo. A pesquisa em referência (Rule of Law Index 2014), cujo objetivo é aquilatar o nível de aderência dos países ao *rule of law,* está baseada em quatro princípios universais do Estado de Direito (*Rule of Law*):

a percepção de cidadãos e *experts*, professores e profissionais do Direito de todo o mundo, o estudo se propõe a examinar a evolução do Estado de Direito em escala global. Em 2014, entre 99 países, o Brasil ocupava a 69ª posição no quesito "justiça criminal efetiva" (*Effective Criminal Justice*), critério que apura, essencialmente, (i) o respeito ao devido processo, (ii) a adequada assistência legal e (iii) a efetividade e a agilidade das instituições do sistema de justiça. Esse panorama desfavorável repetiu-se nos anos posteriores: no biênio 2017-2018, o Brasil caiu para a 85ª posição, entre os 113 países pesquisados, remanescendo em posição de declínio no status *Rule of Law Performance*; em 2019, nova queda: entre 126 países pesquisados, o Brasil despencou para a 94ª posição, ficando atrás, por exemplo de Uruguai (42ª), Argentina (61ª) e Paquistão (92ª).[4]

É logicamente esperado que a deficiência de defesa impacte no resultado dos julgamentos. Há pesquisas indicando o peso da assistência jurídica deficiente na produção de decisões condenatórias. Nos Estados Unidos, em estudo sugestivamente intitulado *Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer*, Stephen B. Bright revela que pessoas pobres, acusadas de crimes capitais (sujeitos à pena de morte), têm sua defesa frequentemente patrocinada por advogados destituídos de recursos e do comprometimento necessário para lidar com crimes dessa gravidade.[5] Essa afirmação é corroborada por Brandon Garret, cuja pesquisa

(1) sujeição de autoridades e agentes públicos à lei, na mesma intensidade que indivíduos e empresas privadas; (2) clareza, publicidade, estabilidade das leis e proteção aos direitos fundamentais; (3) eficiência e justiça na elaboração e aplicação da lei; (4) independência, ética e agilidade na prestação jurisdicional. Rule of Law Index 2014 – The World Justice Project, Washington, D.C., United States of America. Disponível em www.worldjusticeproject.org (ISBN 978-0-9882846-5-4).

4 Versão Original: https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2019. Acesso em 05-ago-2019. Nesse sentido, a edição de 17 de agosto de 2019 do jornal O Globo publicou matéria intitulada "*MP. do Rio constata que audiência de custódia reduz casos de tortura*". Segundo a matéria, levantamento feito pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, revelou que, de janeiro a abril de 2019, 156 presos que passaram por audiências de custódia na central de Benfica denunciaram ter sofrido maus tratos ou tortura. A promotora coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais creditou a diminuição às audiências de custódia. Esse dado escancara a relevância da intervenção judicial na situação de sub-assistidos.

5 Retira-se do original: "Poor people accused of capital crimes are often defended by lawyers who lack the skills, resources, and commitment to handle such serious matters. This fact is confirmed in case aafter case. It is not the facts of the crime, but the quality of legal representation, that distinguishes this case, where the

aponta a ineficiência do advogado como uma das mais frequentes arguições em pedidos de revisão criminal. Exemplificativamente, Garret examinou os primeiros 250 casos de exoneração de responsabilidade pelo teste de DNA, ou seja, de absolvições precedidas de condenação com parcial cumprimento da pena. Destes 250 detentos cujos casos foram revisados, 40 (16%) haviam falsamente confessado o crime, um elemento bastante elucidativo quando em questão a efetividade da assistência defensiva. [6]

A propósito, a Universidade de Michigan desenvolve a mais detalhada e permanente pesquisa em torno de casos de exoneração de responsabilidade em procedimentos de revisão criminal. A estatística compõe o *National Registry of Exonerations*, e computa, no período de 1989 ao início de 2020, 2.570 casos de afastamento da responsabilidade penal de cidadãos condenados e presos pela prática de crimes que não praticaram. Essas condenações equivocadas renderam o indevido cumprimento de 23.000 anos de prisão.[7] Os dados revelam que, apenas em 2018, ocorreram 151 exonerações, 19 das quais devidas a falsas confissões. Em média, cada cidadão condenado, ulteriormente absolvido, cumpriu indevidamente 10,9 anos de prisão[8].

---

death penalty was imposed, from many similar cases, where it was not.". BRIGHT, Stephen B. "Counsel for the poor: The death sentence not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer". The Yale Law Journal, v. 103, 1994, p. 1852.

6 Garret exemplifica com o emblemático caso Jimmy Ray Bromgard, que foi representado por um advogado conhecido pelo apelido de "Jailhouse John Adams", contratado pelo Condado de Yellowstone, Montana. Referido advogado já havia sido designado anteriormente pela Corte Federal, e fora frequentemente flagrado em um bar, jogando cartas, quando deveria estar representando seu cliente perante o Tribunal. No caso concreto, o advogado encontrou-se com o cliente apenas uma vez antes do julgamento, não contratou qualquer perícia adequada à realização da contraprova, nada fez para impugnar a prova da acusação e falhou em preparar o acusado para seu interrogatório. Mais do que isso, em triste e folclórico momento, ainda errou, perante o júri, o nome de seu cliente: "Adams said: *'You go by the name of Ray Bromgard, don't you?'*. Bromgard, who goes by Jimmy, said: *'No'*". Ainda assim, a Corte de Montana não reconheceu qualquer vício no julgamento. GARRET, Brandon L., Convicting the Innocent – Where Criminal Prosecutions Go Wrong, Harvard University Press: Cambridge – Massachussets; London – England, 2012, p. 165.

7 Na epígrafe da página, a seguinte inscrição: Currently 2,570 exonerations. More than 23,000 years lost. Endereço: law.umich.edu. Acesso em 20-mar-2020.

8 Um trabalho impactante nesse setor, focado na exoneração de responsabilidade através de testes de DNA, é exercido pelo *Innocence Project*, fundado em 1992 por Peter Neufeld e Barry Scheck, na Cardozo School of Law. Acesso: www.innocenceproejct.org. Importante caso relacionado a essa atividade foi retratado na obra "O Inocente", de John Grisham, transformada em documentário/seriado pelo Netflix.

Se a percepção dos *experts* está correta, e nos parece que esteja, temos um nada irrelevante déficit de eficácia do direito de defesa. E aqui o problema já não se restringe à inépcia do advogado, causa remota do problema, mas à postura judicial contemplativa diante dessa deficiência na prestação defensiva. De fato, se temos esse diagnóstico aquilatado pelos próprios juízes[9] é porque estamos falhando em relação às exigências de respeito e, sobretudo, *proteção* que emanam dos direitos fundamentais em geral, e do direito de defesa em especial. Essa tarefa, em última escala, está encomendada aos próprios juízes.

É precisamente essa a hipótese que problematizamos neste texto: a baixa controlabilidade judicial sobre a deficiência de defesa. Em algum momento o Poder Judiciário deve interferir na relação processual se o desequilíbrio é de tal ordem a comprometer o direito do acusado de ser efetivamente defendido. Todavia, os tribunais brasileiros são extremamente tímidos quando chamados a se pronunciar sobre a deficiência na prestação defensiva. Essa postura reticente parece estar apoiada em um longo histórico jurisprudencial que, conforme aqui sustentaremos, merece revisão à luz do panorama normativo atual.

O tratamento judicial da defesa deficiente no Brasil

3.1. A Súmula 523 do STF

A ausência de uma configuração dogmática mais precisa acerca do direito constitucional de defesa – seus elementos constitutivos e predicados mínimos, abaixo dos quais se teria uma defesa "puramente formal",

---

9 Tome-se aqui a palvara de Warren Burger, Chief Justice da Suprema Corte do Estados Unidos no período de 1969 a 1986, ao afirmar que de um terço à metade dos advogados que atuaram em sérios casos criminais não estavam qualificados para exercer adequadamente a representação de seus clientes. "Whatever the legal issues or claims, the indispensable element *In the* trial of a case is a minimally adequate advocate for each litigant. Many judges *In:* general jurisdiction trial courts have stated to me that fewer than 25 percent of the lawyers appearing before them are genuinely qualified; other judges go as high as 75 percent. I draw this from conversations extending over the past twelve to fifteen years at judicial meetings and seminars, with literally hundreds of judges and experienced lawyers. It would be safer to pick a middle ground and accept as a working hypothesis that from one-third to one-half of the lawyers who appear *In the* serious cases are not really qualified to render fully adequate representation." BURGER, Warren E. "The Special Skills of Advocacy: Are Specialized Training and Certification of Advocates Essential to Our System of Justice?" Fordham Law Review, n. 227, 1973, p. 247.

constitucionalmente inadmissível – redundou no deslocamento do eixo de discussão, abrindo flanco para que o direito fundamental fosse tratado por uma linguagem tipicamente processual penal, a exigir, para o reconhecimento da deficiência de defesa, a comprovação de efetivo "prejuízo". Decerto, o modelo interpretativo que vem balizando a jurisprudência no que diz respeito à deficiência de defesa é o que se contém no verbete 523 da Súmula do STF, assim redigido:

> 523. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. (DJ 12/12/1969)

Ao editar o verbete, ainda em período pré-democrático, o STF fixou três pontos que seriam determinantes para esse quadro de baixa controlabilidade judicial do direito de defesa:

(i) primeiramente, estabeleceu uma pouco clara distinção entre "ausência" e "deficiência" de defesa, passando a tolerar um grau de concretização do direito fundamental assumidamente baixo ("deficiente");

(ii) em segundo lugar, indicou que dessa deficiência não resultaria vício processual se não comprovado "prejuízo" para o réu;

(iii) em terceiro lugar, acabou por impor ao próprio réu, deficientemente assistido, o ônus de provar o "prejuízo" sofrido.

A distinção entre "ausência" e "deficiência" de defesa

Dentre as muitas objeções que se podem fazer à categorização de diferentes níveis ou formas de afetação ao direito de defesa, a mais séria é, talvez, a aceitação de um grau de concretização do direito fundamental assumidamente baixo ("deficiente"). Trata-se de um movimento oposto ao da *máxima efetivação* dos direitos fundamentais. Essa crítica ganha terreno quando a jurisprudência busca apoio na pouco clara distinção entre "ausência" e "deficiência" de defesa, a efeitos de aceitar essa última, ainda que circunstancialmente.

Em 1953, o STF fez uma primeira distinção, ao decidir que "não há de se confundir, para o efeito de nulidade do processo, entre falta de defesa e defesa pouco convincente" (STF – RHC 32.861, Relator Min. Mário Guimarães, j. 25/11/1953). Mais de uma década após, o STF distinguiria

entre "falta de defesa" e "deficiência de defesa", ao apreciar impetração que narrava a defesa técnica exercida por um estagiário de direito. Na ocasião, argumentou o Min. Victor Nunes Leal que a nulidade absoluta compreenderia estritamente a "falta de defesa", e não sua deficiência. E para a verificação dessa deficiência, estabeleceu-se a condicionante do "efetivo prejuízo" para o acusado (STF – HC 42.274, Relator Min. Victor Nunes Leal, j. 10/06/1965).

Em decorrência desse e de outros julgados é que foi sedimentado, na Sessão Plenária de 03 de dezembro de 1969, o entendimento fixado na Súmula 523 do STF, acima transcrito. Entretanto, a jurisprudência do STF não aportou contornos precisos entre o que poderia ser entendido como – e ao mesmo tempo estabelecer a diferença entre – "ausência" e "deficiência" de defesa. E não deixa de ser curioso que essa precariedade era assumida pelo próprio tribunal: "a chamada deficiência da defesa se confunde com sua falta", de sorte que "não são precisas, por conseguinte, as linhas de fronteira entre falta e deficiência de defesa." (STF – HC 54.185, Relator Min. Leitão de Abreu, j. 25/05/1976).

A partir dessa imprecisão, em julgados diversos o STF aproximou os conceitos, pontuando, por exemplo, que "quando a defesa é de tal modo omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e iniciativa, (...) a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a consequente nulidade absoluta, nos termos da Súmula 523" (STF – HC 57.510, Relator Min. Rafael Mayer, j. 18/12/1979). Nem mesmo em casos extremos a categorização parecia auxiliar. Em 1990, o STF decidiria que a atuação de um profissional, a despeito de *não inscrito* nos quadros da OAB, assegurara ao acusado seu direito de defesa, não sendo, por esse motivo, hipótese de declaração de nulidade (STF – HC 68.019, Redator para o acórdão Min. Celso de Mello, j. 07/08/1990). Restou vencido, na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence, assinalando que a defesa técnica exercida por "falso profissional" implica na "ausência de defesa".

Sinteticamente, o próprio STF emaranhou-se no diagnóstico da distinção que estabeleceu entre "ausência de defesa" e "deficiência de defesa"; o tribunal tampouco construiu critérios minimamente objetivos que permitissem reconhecer a deficiência defensiva, ainda sujeita à demonstração de "prejuízo". Essa indeterminação se convolaria em uma diagnose necessariamente casuística e elevadamente subjetiva; juridicamente insegura, portanto.

A necessidade de demonstração de "prejuízo": indeterminação do conceito e sua incontrolabilidade judicial

A expressão "prejuízo" assumiu significados diversos ao longo da trajetória jurisprudencial do STF. Desde a edição da Súmula 523 foram realmente variados os sentidos emprestados à expressão, não se podendo apontar a solidificação de uma corrente jurisprudencial expressiva indicativa do critério que haveria de determinar, ou não, a nulidade do processo por deficiência na prestação de defesa técnica. Percebe-se uma diversidade de entendimentos que diferem quanto ao conteúdo ou a intensidade dos elementos utilizados como hábeis à caracterização da violação ao direito fundamental.

O primeiro conjunto de julgados considera "prejuízo" a prestação de uma defesa *materialmente falha*, mas que também estaria relacionada à *experiência* do defensor. Essa, inclusive, parece ser a significação originária, expressamente descrita em um dos precedentes que originou a edição da Súmula: "deficiência de defesa é problema que já temos apreciado algumas vezes, e sempre procuramos verificar se dela resultou efetivo prejuízo para o acusado. Tais são, por exemplo, os casos em que o defensor oferecer razões omissas, ou não repergunta as testemunhas, ou tem pouca experiência – embora com habilitação legal – circunstâncias que se traduzem em deficiência de defesa" (STF – HC 42.274, Relator Min. Victor Nunes Leal, j. 10/06/1965). Outros exemplos que se inserem nesse primeiro conjunto: (i) hipótese em que o defensor, a despeito de regularmente nomeado, "não apresentou defesa prévia", "não arrolou testemunhas" e, em alegações finais, "escreveu poucas linhas" (STF – RHC 43.501, Relator Min. Oswaldo Trigueiro, j. 22/08/1966); (ii) caso em que se considerou insuficiente a prestação defensiva porquanto "omissa quanto a requisitos básicos, indispensáveis à análise do delito-tipo imputado", não oferecendo oposição específica à acusação (STF – HC 59.278, Relator Min. Clóvis Ramalhete, j. 17/11/1981); (iii) situação em que a defesa técnica "não fez qualquer pergunta" e, nas alegações finais, "declarou que esperava justiça" (STF – RE 94.626, Relator Min. Moreira Alves, j. 18/12/1981). Nessa primeira significação, privilegia-se uma análise acerca do desempenho do defensor para fins de aferição de ocorrência de "prejuízo", sobressaindo-se a inaptidão técnica, a perda de oportunidades processuais e a oposição genérica à acusação; como se percebe, são critérios bastante

diversificados, que parecem confundir-se com o próprio diagnóstico da deficiência defensiva, e não com uma condição que lhe seja externa (no caso, a comprovação do "prejuízo").

Uma segunda linha de entendimento relaciona a verificação do "prejuízo" ao próprio resultado processual adverso (condenatório), à vista de uma pluralidade de desfechos possíveis para a ação penal, mais benéficos ao acusado (STF – RHC 66.305, Relator Min. Francisco Rezek, j. 07/06/1988).[10] Esse genérico apontamento sobre a condenação do acusado não é o bastante em si. Primeiro, porque antes de ser um critério de aferição de deficiência de defesa, a condenação criminal parece ser uma condição processual – pautada no princípio do interesse – a que se examine, em instâncias revisoras, o pleito de deficiência de defesa. Segundo, porque a condenação, como resultado processual, pode se dar ainda que o acusado tenha sido eficientemente defendido. De modo que o resultado do processo, em si, não haveria de erigir em critério de definição de "prejuízo" a efeitos de reconhecimento de uma defesa deficiente. [11]

Um terceiro conjunto de julgados atribui formulação de dificílima verificação ao que pretende consagrar como "prejuízo", o que se relacionaria à demonstração de que a defesa teria sido *materialmente insuficiente*

---

[10] Retira-se do acórdão: "fala-se em nulidade resultante do patrocínio de estagiário. Conquanto mencione a ementa do acórdão recorrido o bom desempenho do acadêmico, penso que, nesta hipótese – a levar em consideração que, malgrado o esforço do patrono, foi o réu afinal condenado – o fator prejuízo deve estimar-se à vista de figurar, no espectro de decisões a que poderia ter o juízo chegado, a absolvição, tanto de formas condenatórias mais brandas. A pluralidade de desfechos possíveis leva-me a crer que, se dirigida por advogado habilitado, a defesa poderia ter conduzido a final diverso – porventura mais benéfico – do que aquele onde, mesmo com a reconhecida intrepidez, o neófito logrou chegar. A questão do prejuízo, ante este raciocínio, não se assentará mais na defesa inexistente por falta de credenciamento na OAB, mas na probabilidade de final mais proveitoso ao réu, se patrocinado por profissional habilitado." (STF – RHC 66.305, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 07/06/1988).

[11] Nesse sentido: "Adotar a tese sufragada no presente *habeas corpus* seria admitir que qualquer defesa que não logre êxito em seus argumentos deveria ser reputada deficiente, precária, permitindo-se, neste sentido, a reiterada declaração de nulidade de processos até que os interesses dos acusados fossem atendidos, o que, certamente, não coaduna com o sistema de nulidades implantado na esfera do Direito Processual Penal pátrio". (STF – RHC 107.676, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/11/2011).

somado à superveniência de *resultado condenatório* e à *demonstração de que o conjunto probatório permitiria que uma defesa mais diligente explorasse pontos favoráveis ao acusado*. Em outros termos, essa acepção exige que o acusado prove que: caso sua defesa tivesse sido conduzida por advogado mais diligente, em circunstâncias probatórias (mérito da causa) favoráveis, o processo poderia ter final diverso – e mais benéfico – daquele alcançado pelo defensor supostamente negligente. Exemplos desse conjunto: (i) o STF censurou o desempenho de defensor que desistiu da oitiva de todas as testemunhas defensivas e, em alegações finais, requereu genericamente a absolvição. A despeito da expressa verificação de que "a defesa foi deficiente", o Ministro relator assentou que a prova produzida era amplamente desfavorável e que os impetrantes não haviam indicado "virtualidades do caso que pudessem ser exploradas por uma defesa mais ampla". E concluiu que "nas circunstâncias do caso, sequer se logra vislumbrar o que uma defesa menos deficiente poderia tentar em favor do réu" (STF – HC 68.680, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 25/06/1991); (ii) o STF reconheceu a atuação deficiente de advogado que, em plenário do júri, utilizou apenas vinte minutos para desenvolver uma pluralidade de teses defensivas. Contudo, pontuou que "a defesa apresentada, embora deficiente, não exerceu influência na apreciação do mérito da causa ou apuração da verdade real", considerado "o porte da farta prova produzida, a par da confissão" (STF – HC 78.729, Relator Min. Maurício Corrêa, j. 16/03/1999).

Uma quarta categoria de decisões emprega ao "prejuízo" uma perspectiva pouco clara ou, pelo menos, de improvável comprovação: o prejuízo só existiria na medida em que a deficiência influenciasse "na apreciação do mérito da causa" ou na apuração da "verdade real". Ao que parece, novamente uma argumentação elíptica, porquanto joga a indeterminação do conceito para outro conceito indeterminado: "Da leitura da defesa prévia e das alegações finais, cheguei à conclusão de que a defesa, embora resumida, não importou prejuízo para a recorrente, pois a sentença condenatória se baseou na prova pericial, assinalando textualmente: a prova técnica é no sentido de incriminar a conduta da segunda acusada" (STF – HC 55.370, Relator Min. Djaci Falcão, j. 18/10/1977). Seguindo essa linha: "Não há falar-se em prejuízo ao réu, se a defesa apresentada, embora deficiente, não exerceu influência na apreciação do mérito da causa ou apuração da verdade real. Súmula 523". (STF – HC 78.729, Relator Min. Maurício Corrêa, j. 16/03/1999).

Caminhos para a consolidação do direito fundamental a uma defesa penal efetiva: revogação da Súmula 523 do STF; alternativamente, sua recuperação hermenêutica

A indeterminação de critérios para a aferição da deficiência de defesa conduz-nos a um cenário de instabilidade acerca do que se pode(ria) considerar como um exercício minimamente aceitável do direito fundamental de defesa. A par de que não tenham construído um patamar mínimo de defesa abaixo do qual o direito fundamental estaria violado, os tribunais em geral, seguindo a orientação ditada pela Súmula 523 do STF, impuseram um *standard* demasiadamente elevado ao acusado, exigindo-lhe que comprove a ocorrência de "prejuízo" decorrente da deficiência na prestação de sua defesa, algo que, como vimos, sequer o STF tem claramente definido. Trata-se de um *standard* incompatível com um sistema de proteção dos direitos fundamentais voltado à sua máxima efetividade.

A imposição da prova do prejuízo para o reconhecimento da vulneração ao direito de defesa desloca o eixo de discussão, fazendo migrar para a dogmática do processo (teoria das nulidades) uma discussão eminentemente constitucional, própria da teoria dos direitos fundamentais, consistente no esforço de delimitar o *conteúdo* da defesa efetiva, compreendendo seus elementos integrantes para, a partir desse referencial, aferir se existe, ou não, violação ao direito fundamental do acusado.

Diante desse contexto, a não passar pela revogação do enunciando, o único modo de "salvar" o verbete 523 da Súmula do STF, no sentido de conformá-lo a um ambiente jurídico-constitucional deferente com a garantia dos direitos, e essencialmente com o direito de defesa, se daria mediante a inversão do ônus argumentativo em torno do "prejuízo". Ou seja: (i) ao acusado, titular do direito individual de defesa, caberia demonstrar a deficiência na prestação defensiva; (ii) a seu turno, caberia *ao Estado* o dever de provar que da violação ao direito individual – ou seja, a reconhecida deficiência da defesa – não tenha resultado prejuízo ao acusado. Fora desse perímetro argumentativo a Súmula 523 do STF seguirá se impondo como uma excessiva intervenção judicial no âmbito do direito fundamental de defesa, mediante o estabelecimento de restrições cujos critérios de aferição sequer o próprio tribunal tem como evidentes.

30

A ESPETACULARIZAÇÃO DOS PROCESSOS CRIMINAIS

Luís Carlos Parreiras Abritta

O direito penal sempre foi visto pela sociedade como regulador das mazelas sociais, responsável pelo equilíbrio entre o bem e o mal, tendo como consequência a maior visibilidade de seus atos, gerando reações e manifestações de toda a sociedade.

Nos anos 80 notabilizaram-se os júris referentes a crimes chamados à época de "passionais", os quais dividiam opiniões, posturas, grupos e atitudes (hoje reconhecidamente incorretas).

Já nos anos 90 o aumento da violência decorrente do tráfico de drogas passou a chamar a atenção da sociedade, com criação de facções, líderes, julgamentos e prisões que culminaram com alterações legislativas em sequência.

Nessas décadas o protagonismo sempre esteve entre os operadores do direito, seja por juízes considerados como exemplares na aplicação severa da lei, seja pela destacada atuação do Ministério Público como órgão acusador, seja pelo relevante papel dos Advogados que exerceram a árdua tarefa defensiva de casos já previamente julgados pela sociedade.

Os meios de comunicação, seja por rádio, TV e mídia impressa, sempre tiveram como grande audiência os embates jurídicos entre os operadores do direito e os resultados dos julgamentos com suas repercussões. Todavia, à época, a alimentação das notícias vinha através de noticiários com horários pré-estabelecidos, pela leitura diária dos jornais, com as notícias do dia anterior e das revistas semanais, com detalhamento sobre algo discutido nos dias que se passaram.

Desde o final dos anos 90, mas em especial no início dos anos 2000, veio a popularizão da internet no Brasil, com publicação das notícias de forma cada vez mais célere, iniciando-se uma nova fase, sem a interatividade de

hoje, mas com a possibilidade de imediato conhecimento das pessoas dos fatos acontecidos durante o dia, através do acesso a "sites" escritos de notícias.

Entretanto, no Brasil, a responsabilidade pela atenção de toda a sociedade para a dinâmica das sessões de julgamento veio através da TV Justiça, que trouxe a possibilidade de transmissão ao vivo de tais sessões, quando ainda inexistia a possibilidade de participação "on line" dos interessados pela internet. Inaugurada em 2002, passou a transmitir sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral.

Contudo, no início da década seguinte, um processo trouxe extrema notariedade a TV Justiça: a transmissão, ao vivo, das sessões de julgamento da Ação Penal 470, conhecida como "Mensalão", pelo Supremo Tribunal Federal.

Os embates, através das sustentações orais, entre o Ministério Público e os mais destacados Advogados do cenário penal brasileiro não só cativou a atenção de toda a população, como popularizou os termos técnico-jurídicos utilizados nas manifestações e rito procedimental das sessões de julgamento.

Os Advogados ali presentes, conhecidos até então, em sua maioria, no restrito âmbito do mundo jurídico, foram catapultados à condição de figuras públicas, com constantes entrevistas, discussão na mídia de fatos sobre a atividade profissional e até mesmo reportagens sobre a vida pessoal e relação com os clientes.

Mais que isso.

Fez polarizar os sentimentos dos assistentes, seja em prol das manifestações defensivas, seja em apoio ao trabalho ministerial, mas sobretudo trouxe ao grande público o conhecimento de figuras até então conhecidas apenas por seus nomes: os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

E em razão dos votos recheados de destacado conhecimento e elaborado vocabulário jurídico, com a defesa de posicionamentos absolutamente antagônicos pelos julgadores no julgamento de uma causa, a sociedade em geral passou a tecer comentários, críticas e tachá-los como defensores de ideologias políticas e sociais.

Tal fato, embora pareça de menor importância, gerou repercussões inimagináveis na sociedade brasileira, inclusive com filmagens de ofensas a Ministros do Supremo Tribunal Federal por diversos cidadãos na rua, inclusive fora do país, em aeronaves, escudados sempre no princípio da liberdade de expressão.

Em excelente trabalho científico, destaca Judson Almeida que *"direitos constitucionalmente tutelados não podem ser desrespeitados em nome de outros, de mesmo grau de importância, como, por exemplo, as garantias do devido processo legal em nome da liberdade de imprensa. Nas palavras de Cláudio Luiz Bueno de Godoy: [...] não se está a defender a total impossibilidade de o jornalismo, diante da notícia de cometimento de fatos delituosos, verificar sua procedência e divulgá-los. Seria o mesmo que negar o jornalismo chamado investigativo, que tantos serviços ao interesse público tem prestado. Trata-se, ao revés – mas o que também se faz haurido de exemplos recentes do que, ao contrário daqueles bons serviços,a precipitação na divulgação de fatos delituosos pode representar para a vida de pessoas indevidamente citadas –, de a um só tempo garantir essa atividade, mas desde que exercida com atenção aos limites que vão da presunção constitucional de inocência à preservação de um dever mínimo de verdade que, se não levado a extremos, da mesma forma não pode ser considerado inexistente relativamente aos acontecimentos delituosos"* (almeida-judson-meios-de-comunicacao-direito-penal.pdf – ubi.pt).

Mais ainda: passou-se a discutir em toda a sociedade a forma de escolha, nomes e história dos integrantes do órgão máximo da Justiça Brasileira, acrescentando aos tradicionais embates sobre futebol e política um terceiro tema: o posicionamento dos Ministros do STF.

Entretanto, o fato de que cidadãos passaram a ofender os julgadores em causas em que não são parte, não tem interesse direto e tampouco atuaram, revela a parte mais nefasta da publicização dos julgamentos inicialmente pela TV e posteriormente pela internet e redes sociais: a pressão externa sobre o posicionamento de um julgador, independentemente da juridicidade de seu voto.

Em escala até então inimaginável quando de sua criação, a veiculação ao vivo dos julgamentos ao invés de apenas dar publicidade ao ato criou verdadeiras torcidas organizadas, com comunidades preparadas para exarar manifestações ofensivas, baseadas em sua maioria na subjetividade do posicionamento político-ideológico de seus integrantes, criando um policiamento aos julgadores e seus votos.

Embora a narrativa destaque o acontecido no Brasil, no distante ano de 2009, em entrevista ao "site" *Conjur*, em 2009, o respeitado doutrinador argentino Eugênio Raul Zafaroni já destacava tal questão:

> "Cria-se uma paranoia social, e estimula-se uma vingança que não tem proporção com o que acontece na realidade da sociedade.

> Através da história, tivemos muitos inimigos: hereges, pessoas com sífilis, prostitutas, alcoólatras, dependentes químicos, indígenas, negros, judeus, religiosos, ateus. Agora, são os delinqüentes comuns, porque não temos outro grupo que seja um bom candidato. Esse fenômeno decorre do fato de os políticos estarem presos à mídia. Seja por oportunismo ou por medo, eles adotam o discurso único da mídia que é o da vingança, sem perceber que isso enfraquece o próprio poder.
>
> Ao adotar esse discurso, fomentam a autonomia das forças policiais, do poder que elas têm. Isso acontece porque a política ficou midiática. Não temos política de base, dirigentes falando com o povo; tudo é através da televisão. Eles estão presos aos meios de comunicação. Quando um juiz põe limites ao poder punitivo, a mídia crítica e o político, montado sobre a propaganda da mídia, ameaça os juízes. A grande maioria de juízes está ciente disso e confronta a situação. Mas uma minoria tem medo. Com medo da mídia, da construção social da realidade, juízes acabam se tornando policiais"
>
> (Conjur – Entrevista: Eugenio Raúl Zaffaroni, ministro argentino).

Sim, sei que a discussão sobre os limites da liberdade de expressão transborda qualquer mísero artigo escrito, em especial diante do antagonismo das decisões jurisprudenciais sobre o tema.

Mas o que se busca demonstrar através da evolução temporal ora lançada é exatamente o limite que deve existir entre publicidade do ato e publicização do processo.

Embora todos os processos de uma forma geral tenham por base a publicidade de seus atos, a exteriorização dos indícios, dos posicionamentos dos órgãos investigativos e de acusação, antes mesmo de qualquer decisão judicial, criam fatos, posicionamentos e, antes mesmo de qualquer direito de defesa, massacram a vida pessoal, familiar, profissional e reputação de qualquer acusado.

Além disso, a publicização excessiva dos atos procedimentais investigativos e processuais passaram a atingir também membros do Ministério Público e da Magistratura, por vezes tratados por comunidades e por parte da mídia como super-heróis, capazes de afastar o mal da sociedade, punir os culpados e celebrar a justiça pessoal e, por outro lado, por jornalista e comunidades com pensamentos opostos, sendo

endemonizados, recebendo adjetivos pejorativos, com apontamento de interesses escusos e posicionamentos ilegais e arbitrários.

Na mesma linha é o raciocínio do Advogado Luiz Fernando Pacheco, para quem *"do entendimento do leigo muito escapa à compreensão. E criado está o clima nacional de caça às bruxas, fomentado, inclusive, pelo rescaldo da própria mídia tradicional, que comenta a seu bel prazer e sem escrúpulo algum, levianamente mesmo, o que vê e ouve na tevê Justiça. Criam-se infalíveis mocinhos, bandidos sórdidos, estes, não apenas entre os réus, é incrível, mas também entre juízes, ministério público e advogados". Assim, a conclusão a que Pacheco chega é de que a TV Justiça "não pode banalizar a transmissão de julgamentos criminais, sob pena de criar e fomentar um clima de justiçamento que contamina, sim, o julgador e todos os atores da cena judiciária, dando terreno ao execrável justiçamento"* (Superexposição de julgamentos e a transmissão da TV Justiça são (...)- Migalhas).

Mas a evolução da publicidade trouxe nos últimos anos algo ainda mais radical em termos de divulgação de informações nem sempre verdadeiras, mas como efeitos nefastos para a vida dos que sofrem as imputações: a mídia social.

Em velocidade de transmissão sem precedentes na história mundial, as notícias transitam pelas redes sociais criando mitos, culpados, inocentes, fatos e factóides.

Em face disso imperativa se faz uma discussão entre a necessidade de publicidade dos atos processuais e respeito à privacidade dos acusados, bem como dos indícios e provas dos autos, pois a mera notícia do fato já gera prejuízos irrecuperáveis na vida em sociedade, mesmo que posteriormente venha o acusado a ser inocentado de todas as imputações, como sempre se recorda do caso da "Escola Base" em São Paulo/SP. e das diversas absolvições ocorridas no trâmite da operação "Lava Jato", ambos casos com prisões indevidas de diferentes investigados.

O professor Fábio Martins de Andrade menciona proposta legislativa sobre o tema:

> "art. 499-A. O juiz, de ofício ou a requerimento, deverá suspender o processo, sempre que entenda necessário para promover um julgamento efetivamente influenciado em sua livre convicção. § 1º Consistem influências externas ao processo aquelas oriundas da divulgação excessiva de notícias, em qualquer uma de suas possíveis formas, através dos diversos órgãos da mídia, e

> capazes de inquinar a necessária imparcialidade inerente ao órgão jurisdicional, quando da prolação de seu julgamento. § 2º É vedada a utilização de material, em qualquer um de seus diversos tipos, produzido e/ou reproduzindo por qualquer órgão da mídia, nas peças que instruem o processo. 4 Maccalóz, O Poder Judiciário, os Meios de Comunicação e Opinião Pública, p. 183-184. Aphonline: Trindade – GO, v. 1, n. 1, p. 239-248, jan./jun.2011 243§ 3º A suspensão do processo, motivada por este artigo, perdurará enquanto permanecer o estado de influenciabilidade do órgão jurisdicional responsável pelo julgamento do processo. Quando cessado o referido estado de influenciabilidade, o juiz deverá, por despacho, determinar o prosseguimento no andamento do processo. § 4º A suspensão do processo a que se refere este artigo não suspende o curso do prazo prescricional." (ANDRADE, Fábio Martins de. Mídia e Poder Judiciário. A influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 363).

Através de quase 30 (trinta) anos de Advocacia, em especial na defesa de agentes público e políticos, vislumbro que essa percepção de necessidade de proteção a vida pessoal se torna tão importante quanto à imperiosa publicidade dos processos judiciais. E fiz expressa referências aos agentes públicos e políticos visto que, no caso desses, a mera instauração de expedientes já é suficiente para liquidar toda uma reputação e carreija, seja ela apoiada em eleições ou concursos públicos.

Por todas essas razões entendo que a natureza ideal de qualquer investigação e processo de natureza penal seria do sigilo das investigações e do próprio andamento, com a proibição de exteriorização dos atos realizados e, somente após o trânsito em julgado seja permitida a possibilidade de publicação da decisão final. Destaque-se que isso em nada altera a possibilidade de atos excepcionais, como busca e apreensão, gravações de natureza diversa e prisões cautelares, mas sempre se preservando o sigilo de tais atos justamente para se impedir que aquele que eventualmente venha a ser investigado ou processado por equívoco perca sua credibilidade social e familiar antes do devido julgamento pelos Tribunais competentes.

Embora por óbvio tal medida possa parecer incabível para aqueles que defendem a ampla publicidade de todos os atos das investigações,

tem-se a dura realidade da existência de informações por vezes descabidas nos autos, sem qualquer apoio probatório, baseada em impressões pessoais e que por vezes não são sustentadas pela acusação, mas, publicizadas desde seu início trazem uma condenação social com efeitos por vezes muito mais danosos do que a própria existência do processo criminal.

Essas breves considerações sobre um tema tão complexo e com opiniões díspares busca chamar a atenção para um tema cada vez mais importante face à velocidade e dinamismo trazido pela internet, em especila pelas redes sociais, justamente a fim de se impedir que possa o poder responsável pela promoção da justiça trabalhar sem que haja pressão externa sobre qualquer caso, baseando nas provas colhidas nos autos, sempre respeitado o devido processo legal e a análise detalhada das provas trazidas tanto pela acusação como pela defesa, afastando-se definivamente a possibilidade de espetacularizão do processo criminal.

31

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Marcelo Silveira Ferreira de Melo
Ricardo Silveira Ferreira de Melo
Sara Carvalho Matanzaz

Introdução

A problemática da dificuldade de acesso à Justiça não é recente, e vem sendo discutida ao longo das décadas o cenário jurídico, principalmente com o avanço da jurisdicionalização dos conflitos e a sobrecarga dos tribunais no Brasil. O excesso de demandas, bem como a insatisfação social com as soluções tradicionais apresentadas pelo Direito faz com que se busque novas alternativas para solução dos conflitos.

Não se pode olvidar que o acesso à Justiça é garantido em nosso texto constitucional e sua efetividade se mostra como aplicação imediata do princípio da isonomia, propiciando que os cidadãos, expropriados do exercício da vingança privada, possam buscar do Estado a apreciação da lide, bem como a imposição de sanção do ponto de vista do Direito Penal.

Sob esta perspectiva é que se analisará a necessidade de se garantir maior efetividade ao princípio constitucional e propiciar formas de acesso que atendam aos anseios e demandas de toda a sociedade, respeitadas as especificidades de cada contexto social. Nesse sentido focaremos o olhar nos Juizados Especiais Criminais, verificando de forma crítica esta proposta de solução alternativa de conflitos.

O princípio da isonomia e o acesso à justiça

Para que possamos compreender a questão do acesso à Justiça indispensável que se analise a evolução histórica da jurisdicionalização das demandas, percebendo o direito de ver uma pretensão apreciada em juízo como garantia constitucional conquistada no Estado de Direito.

Sob este prisma é que se perceberá que o acesso à Justiça está diretamente ligado ao princípio da isonomia e à garantia do Estado de que todos serão iguais perante a lei.

O desenvolvimento histórico das garantias constitucionais

Nas origens do atual Estado Democrático de Direito está o pensamento iluminista, o qual buscou a estruturação da Administração por meio do modelo de tripartição de poderes, hoje consolidado na maior parte dos países democráticos. Segundo Caetano este modelo de estado se estrutura na visão montesquiana de Estado, passando a criar intrincadas estruturas para que os poderes possam regular a atuação uns dos outros, no sistema de peso e contrapeso[1].

Note-se que a ideia de regulação do Estado tem origem no pensamento iluminista e no combate do Estado de Polícia, da segunda fase do absolutismo, no qual o monarca se impunha acima do Estado e do Direito, consoante esclarece Jorge Reis Novais:

> Enquanto Poder que progressivamente se coloca acima do direito, o Estado absoluto é considerado pela generalidade da doutrina como o anti-modelo contra o qual se erguem a teoria e a construção prática do Estado de Direito. De facto, nas duas fases do Estado absoluto – a patrimonial e a de polícia –, a vontade arbitrária do Príncipe impõe-se à medida do gradual desaparecimento das possibilidades de defesa judicial dos particulares relativamente às ofensas do Poder, não obstante a crescente importância que a regra de direito assume no Estado de Polícia no domínio da disciplina jurídica das relações entre os indivíduos.[2]

Afirma Jorge de Figueiredo Dias[3] ter sido a Revolução Francesa de 1789 que trouxe os parâmetros do Estado Formal, submetendo a Administração à legalidade constitucional, a voltar a preocupação do

---

1 CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito constitucional – tomo 1. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 86

2 NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: editora Almedina, 2006. p. 36

3 DIAS, Jorge Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para reforma do direito penal econômico e social português. *In:* PODVAL, Roberto – organizador. Temas de direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 13

Estado para a proteção antecipada de perigo; além de trazer à tona o resguardo aos direitos subjetivos.

O Estado Liberal a partir de então instituído, fruto da ascensão capitalista, buscava um afastamento da Administração face à econômica, bem como uma busca por maiores liberdades individuais.

Nesse sentido, elucida Canotilho:

> O termo liberalismo engloba o liberalismo político, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão de poderes, e o liberalismo econômico, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista). Se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado constitucional, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico.[4]

O ápice deste sistema se deu com a Revolução Industrial, que segundo Catarino[5] por um lado permitia um amplo avanço tecnológico e produtivo, mas por outro agravava as condições da grande massa trabalhadora que passou a ver-se desamparada pelo Estado constituído.

Face às disputas de mercado em escala global, emerge a Primeira Guerra (1914-1918), dela resultando uma profunda alteração na intervenção do Estado sob a esfera econômica, e consequente alargamento da atuação do direito penal.

A esse passo, importante salientar a influência da Revolução Russa de 1917, da qual emergiu o modelo socialista, cuja construção histórica, consoante lição de Jorge Bacelar Gouveia[6] é marcada pela constante luta contra a criminalidade econômica.

Salienta Manoel da Costa Andrade[7] que enquanto no capitalismo a intervenção penal sob a economia era esporádica, apenas em casos

---

4 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 12

5 CATARINO, João Ricardo. O liberalismo em questão- justiça, valores e distribuição social. Lisboa: Instituto Superior de ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2009. p. 66

6 GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 2009. v. I, 3. ed. p. 754-755.

7 ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. Temas de direito penal econômico. *In:* PODVAL, Roberto – organizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 66

específicos de delinquência que pudesse causar problemas gravíssimos a toda sociedade, no socialismo o Estado valeu-se sempre da pena para garantir seu domínio econômico.

Com o advento da Primeira Guerra e a expansão do socialismo no leste europeu, o Estado capitalista teve de quebrar o modelo liberal, surgindo então o modelo de Estado Social, com a ampliação da atuação administrativa e a busca de direitos e garantias coletivos era a alternativa ao capitalismo selvagem e à criticada democracia liberal burguesa[8].

Em seus últimos moldes de alteração construiu-se o modelo do Estado Democrático Direito, em que os poderes se legitimariam pela eleição dos seus representantes pela população e em que as constituições passassem a garantir direitos individuais, coletivos e supraindividuais ou difusos.

1.2 O Princípio da Igualdade Jurídica e o Acesso à Justiça

A partir da Constituição Federal de 1988, ao menos formalmente, pode-se dizer que no Brasil adotou-se o modelo de Estado Democrático de Direito, de forma a ampliar, significativamente, o rol de direitos fundamentais do cidadão. Na aludida Carta Constitucional, foram formalizados os direitos civis, políticos e sociais, incluindo-se nesses últimos os direitos difusos e coletivos.

Um dos pilares desta estrutura de garantias está no princípio da igualdade jurídica, elencado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no art. 3º, inciso IV, da CR/88, o qual propõe a promoção do bem de todos, sem discriminação. No mesmo sentido, garante o *caput* do art. 50 da CR/88, que todos são iguais perante a lei.

Importante notar que quando falamos aqui em igualdade, não se vislumbra a ideia de que a todos deverão ser dadas as mesmas respostas jurídicas, mas ao contrário, que à luz do ideário aristotélico sejam garantidas soluções desiguais àqueles que em desigual situação se encontrem. Esclarecido isto, inegável a importância de tão basilar princípio, posto que sem ele impossível garantir-se a liberdade dos cidadãos, sendo que essa se constituiria em "um direito de poucos privilegiados"[9].

---

[8] GREENWAY, Larry D.; MILNER, Charles; LALL, Sanjaya. Dossier Politica de empleo y mundialización. Revista Internacional del Trabajo, OIT, v. 14, n. s 4-5, 1995. p. 555.

[9] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 89

É sabido que o princípio da isonomia oferece, em sua aplicação prática, inúmeras dificuldades, uma vez que, consoante lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "a necessidade de desigualar os homens em certos momentos para estabelecer no plano fundamental a sua igualdade cria problemas delicados que nem sempre a razão humana resolve adequadamente"[10].

A almejada igualdade jurídica só poderá ser plena se forem possibilitadas ferramentas para a resposta jurisdicional do Estado aos conflitos do cidadão. Até porque, com a evolução da estrutura do Estado, e consolidação modelo democrático de Direito, o Poder Judiciário avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos, retirando do cidadão a autotutela.

Esta prerrogativa do Estado, denominada jurisdição, é bem conceituada pela saudosa Profª Ada Pellegrini Grinover:

> Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição ás partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como *instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.*[11]

Ante ao monopólio da jurisdição pelo Estado, apenas se poderá efetivar o princípio da isonomia se garantido ao cidadão o direito individual de acesso à justiça. Por esta razão assim dispõe nossa Constituição Federal:

> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)

---

10 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1986.p. 581

11 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINARMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 23 – grifos no original

> XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Ao assumir o monopólio da jurisdição o Estado garante que apreciará as demandas submetidas ao judiciário, sendo que a solução dos conflitos será propiciada por instrumentos estruturados por um dos poderes do próprio Estado. Nesse sentido, Kildare esclarece que esta garantia consiste na "inafastabilidade ao acesso ao Judiciário, traduzida no monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário"[12]. Nessa esteira é que o já citado art. 5º traz em seu inciso LIV a garantia à tutela jurisdicional, e no LXXIV a previsão de assistência jurídica gratuita.

Todavia, com o passar dos anos passou-se a se verificar um excesso de jurisdicionalização de demandas, sendo que o aparato estatal se mostrou ineficiente para atender às mais variadas formas de conflitos. Sendo assim, percebeu-se que a simples existências de tribunais e acesso à justiça tradicional não seriam aptos para atender de forma plena à necessidade de acesso à Justiça. E se em qualquer dos ramos do direito se percebeu a urgência por novas formas de solução, no âmbito do Direito Penal as respostas alternativas se mostram bastante complexas em razão da seriedade dos bens jurídicos afetados, e da necessidade específica de garantia aos direitos de defesa, posto que a punição cominada poderá ser substancialmente gravosa, consistente em privação da liberdade do acusado.

Acesso à justiça no âmbito criminal

Consoante exposto, a busca por isonomia jurídica é um desafio extremamente atual. E, na esfera do Direito Penal ainda maiores são as barreiras à efetividade deste princípio. Relembre-se que este ramo do Direito é caracterizado por atuar como *ultima ratio*, trazendo punições graves para violações a bens jurídicos aos quais o ordenamento jurídico atribui especial relevo.

Por outro lado, com o modelo constitucional moderno o Estado tomou para si o monopólio não só da jurisdição, mas da violência, o que se convencionou denominar "controle centralizado dos meios de

---

12 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 11. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p. 460

coerção", exercido pelo conhecido *quadro coativo* proposto por Weber[13]. Ao cidadão, portanto, serão ampliadas as garantias e estruturas para exercício da ampla defesa e do contraditório, a fim de equilibrar a relação com o poderio coercitivo estatal.

Compreendida esta importante função atribuída ao Estado pelo discurso da racionalidade jurídica, mais ampla se faz a garantia do acesso à Justiça sob o prisma do Direito Penal, porquanto para além de respaldar a capacidade postulatória, permite a defesa do cidadão ante à legitimada violência institucional.

Daí que se conclui que no ramo do Direito analisado, o acesso à justiça é tanto a capacidade da vítima de encontrar meios formais para resposta à agressão sofrida, como a possibilidade do réu de defender-se processualmente da conduta a ele atribuída. E sob o prisma deste último, se não há real acesso à justiça, inúteis as garantias processuais penais elencadas no texto constitucional.

Indubitável que também à vítima interessa o processo penal, sendo que dada vedação à autotutela, o Estado é que deverá exercer de forma efetiva a persecução criminal e o *ius puniendi,* evitando assim a vingança particular. Desta sorte, será sempre interesse do Estado a apuração de fatos tido como delituosos, razão pela qual, via de regra a ação penal é pública, incondicionada, bastando para sua instauração prova da materialidade e indícios de autoria.

Em alguns casos específicos, por se tratar de violação à intimidade da vítima, a lei faculta ao ofendido o exercício do direito de ação, a fim de assegurar-lhe a oportunidade de evitar o processo caso este implique em maior constrangimento:

> Naquelas infrações penais que ofendem sobremaneira a intimidade da vítima, o legislador lhe conferiu o próprio exercício do direito de ação. Nestas hipóteses, a persecução criminal é transferida excepcionalmente ao particular que atua em nome próprio, na tutela de interesse alheio (*jus puniendi* do Estado).[14]

---

13 *In:* AZEVEDO, Rodrigo Ahiringhelli de. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 2001, v. 16, n.47.p. 97

14 TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: JUSPODIVM, 2009. p. 134

Entretanto, nessas hipóteses, retirada a obrigatoriedade do Estado quanto à persecução, a garantia do acesso à Justiça é mantida, cabendo ao titular do direito violado a análise da conveniência da impetração da ação penal:

> Em outras palavras, a ação privada existiria para reservar inteiramente ao seu respectivo titular – ofendido e/ou legitimado para o processo – não só o juízo de conveniência e oportunidade de ação, mas, sobretudo, para permitir que o ofendido (ou seu representante legal e os demais legitimados para a ação, em caso de morte ou ausência dele) manifeste livremente a sua convicção – opinio delicti – acerca da existência do crime e da suficiência da prova para a instauração da ação penal.[15]

Portanto, o acesso à Justiça será sempre a forma como o Estado Democrático de Direito permitirá a apreciação das demandas pelo poder judiciário, garantindo a isonomia, independente dos métodos utilizados, sejam eles os de jurisdicionalização tradicional, pelos tribunais, seja por soluções alternativas aos conflitos. Em qualquer das hipóteses, na esfera penal se atentará tanto ao interesse social e da vítima de ver punido o autor de infração, como a garantia constitucional de defesa do acusado.

Os juizados especiais criminais e a simplificação da justiça

Analisada brevemente a necessidade de garantia ao acesso à Justiça, bem como a necessidade de proposição de novos meios de solução de conflitos, passaremos à apreciação da problemática dos Juizados Especiais em matéria criminal.

Meios alternativos de solução dos conflitos

Indubitável face ao exposto a necessidade de que o acesso à justiça criminal supere o formalismo legal e viabilize de um lado o amparo à vítima e de outro a salvaguarda daquele quem se imputa um fato, o qual só deixará de ser inocente face à sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 5º LVII da CR/88).

---

15 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 123-124

Todavia, a garantia da adequada resposta jurisdicional vem sendo há tempos questionada dada a fragilidade do Estado em oferecer a todos, respeitadas as desigualdades concretas, o devido amparo jurídico, garantido constitucionalmente.

Diversos são os estudos que noticiam o desabrigo da maior parte da população face aos aparatos judiciais disponibilizados ao cidadão. Dentre os maiores obstáculos à disseminação do controle jurisdicional estão os elevados custos da resolução formal dos litígios[16]. Nesse sentido, importante avanço trouxe a Constituição de 1988 (art. 98) ao garantir acesso integral e gratuito à justiça aos financeiramente carentes.

No entanto, para além da possibilidade financeira das partes, há a possibilidade cultural, social e intelectual de compreender os mecanismos da justiça e os direitos e deveres por ela assegurados.

De acordo com estudos de Capeletti e Garth[17], dentre os obstáculos ao acesso à justiça estão a falta de disposição psicológica para recorrer a processos judiciais, a incompreensão dos procedimentos e o temor aos ambientes dos tribunais e aos operadores do Direito, de servidores a advogados e juízes. Nesse sentido, esclarecedora a lição de Boaventura de Souza Santos:

> A discriminação social no acesso à Justiça é um fenômeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes econômicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar.[18]

Por esta razão é que, para além da justiça gratuita, passou o Estado a buscar novos mecanismos de informalização da justiça, permitindo que a solução concentrada dos conflitos atinja a maior parte possível da população.

---

16 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.p. 185

17 CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. P. 12

18 SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995. p. 170-171

Juizados especiais criminais

A problemática do acesso à justiça e a necessidade de procedimentos mais céleres e eficazes ante à uma demanda crescente não são assuntos recentes. Na Itália, por exemplo, desde a década de sessenta construiu-se o modelo de Stoccarda, para condução do processo penal através de uma única audiência com debates orais. Nossa Constituição de 1988 previu expressamente a criação de formas alternativas de soluções de conflitos:

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
>
> I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;
>
> II – justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.
>
> § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.
>
> § 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

Com fulcro na previsão constitucional, alguns Estados-membros (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraíba) chegaram a editar leis estabelecendo a sistemática de juizados especiais estaduais, sendo tais normas, entretanto, consideradas inconstitucionais pelo Supremo (HC 71.173-6) por ingressarem em matéria penal, de competência privativa da União.

Posteriormente, foram editadas as leis 9.099/95 e 9.307/96, que trazem formas mais rápidas e simples de resposta jurisdicional, a saber, os juizados especiais e a justiça arbitral, respectivamente. No âmbito da Justiça Federal, por sua vez, foi editada a Lei n. 10.259/01 que disciplina os juizados cíveis e criminais em matéria federal.

A Lei n. 9.099/95 criou um novo sistema de solução de conflitos, regidos por princípios que visam ampliar o acesso à Justiça, sendo que no prisma do direito criminal, assim são descritos pela norma:

> Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Observe-se que a aludida norma busca trazer soluções para aqueles crimes considerados de menor potencial ofensivo, a saber aqueles cuja pena máxima cominada não extrapolar um ano, não se considerando aqui as agravantes e atenuantes genéricas.

A Lei n. 11.313/2006 alterou o conceito do delito de menor potencial ofensivo, majorando o patamar a pena máxima cominada de um para dois anos.

Assim, serão aplicáveis os princípios ali contidos, desde que se tratem de bens jurídicos já considerados previamente pela norma penal, como de menor relevância, ou cujo abalo tenha sido menos gravoso, razão pela qual a sanção prevista pelo legislador não foi sobremodo grave – a despeito de toda restrição à liberdade já consistir em gravame.

O modelo estabelecido para os juizados criminais prevê a existência de uma audiência preliminar, também denominada audiência de conciliação, na qual se intentará a composição dos danos ou ainda a transação penal. Esta audiência será realizada com o máximo de agilidade possível, preferencialmente logo após a ocorrência dos fatos. Registre-se ser desnecessária a existência de prévio inquérito policial, bastando que a autoridade policial que tomou conhecimento dos fatos registre o Termo Circunstanciado de Ocorrência. Outra característica peculiar deste modelo é que a audiência preliminar não será dirigida pelo juiz de direito, mas por um conciliador, que serão cidadãos recrutados, preferencialmente bacharéis ou estudantes de direto, o que visa uma aproximação com a sociedade.

Na audiência de conciliação inicialmente se buscará um acordo entre as partes, mediante a composição civil dos danos causados pela conduta do acusado. Esta composição poderá ou não ser de natureza patrimonial e visa a pacificação social e a reparação do gravame causado pela conduta ilícita. Caso não seja possível recompor os danos, ou não haja

acordo entre as partes quanto a isso, o Ministério Público, tratando-se de ação penal pública, poderá, desde que cumpridos requisitos legais (como ausência de reincidência ou de cumprimento de outro benefício nos últimos 5 anos) propor o benefício da transação penal. Acerca do instituto, valiosa a lição de Pazzaglini:

> A transação penal é o novo instrumento de política criminal de que dispõe o Ministério Público para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.[19]

Quando da apresentação da proposta será esclarecido ao suposto autor do fato quais são as sanções estipuladas pelo *Parquet*, as quais não serão privativas de liberdade e se limitarão ao prazo máximo da pena cominada ao delito. Da mesma sorte, deverá ser informado que a aceitação do benefício não implica em assunção de culpa quanto aos fatos imputados e que uma vez aceita a proposta o acusado não fará jus ao benefício nos próximos cinco anos. Nos casos de aceitação da transação o procedimento se encerra com o cumprimento da mesma sem que se formalize a ação penal. Apenas nas hipóteses de rejeição da proposta é que eventualmente será oferecida denúncia ou queixa e a ação penal tramitará no rito sumaríssimo do próprio juizado.

Críticas ao modelo

Em matéria penal, o esforço pela simplificação obteve rápida adesão popular, graças à histórica insatisfação com a solução formal dos conflitos, que na maioria das vezes é tardia e desassociada com a reparação do dano causado pelo ilícito.

Importante notar que a criação dos juizados não implica necessariamente em um desafogamento do sistema judiciário tradicional, até porque, a partir desse modelo amplia uma demanda anteriormente contida, a qual virá a desabrochar em razão da existência de meios mais céleres de solução de litígios:

---

[19] PAZZAGLINI FILHO, Marino; DE MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei n. 9099/95. São Paulo: Atlas, 1997. p. 47

> É preciso repensar o processo em seu todo, como instrumento que serve à realização das pretensões resistidas ou insatisfeitas de direito material, sem se deixar de considerar que, agora e mais do que nunca, a procura pelo Judiciário será sensivelmente acrescida, à medida que o novo sistema dá azo `a liberação do que se convencionou chamar de litigiosidade contida, porquanto ampliada não só a via de acesso aos tribunais, como também, o escoamento muito mais fluente das demandas ajuizadas, em virtude da tramitação sumária ancorada num procedimento mais enxuto, o qual atende basicamente aos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.[20]

Ademais, é preciso analisar a informalização da justiça criminal com críticos olhos, pois ao mesmo tempo que se permite maior acesso à resposta estatal, também se fragiliza o controle da violência legitimada.

Isso porque, apesar da formalidade criar barreiras ao cidadão ela é capaz de limitar a discricionariedade do operador do Direito. De nada adianta encaminhar o cidadão de forma despreparada e desavisada a meios mais simples de solução de conflitos, se as estruturas de poder não se despirem de desnecessários formalismos, pompas e burocracias, permitindo a um só tempo a efetiva compreensão dos procedimentos por parte dos atendidos e o controle das respostas fornecidas por mecanismos fiscalizadores do judiciário.

Na audiência preliminar, corriqueiramente, a figura do advogado é afastada, ao argumento de que se pretende dar voz às partes, o que, invariavelmente, representa a tomada de decisões sem efetiva compreensão de suas consequências, em prejuízo à garantia de ampla defesa e também do interesse da vítima em ver aplicadas as consequências do ilícito.

Neste mesmo ato é usual o conciliador trilhar rumo diametralmente oposto ao da conciliação, pois, equivocadamente, dá às partes a oportunidade de relatarem individualmente, no mesmo recinto, o ocorrido.

---

[20] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31-32.

Evidente que ao revisitar os fatos os ânimos recrudescerão e, muitas vezes, aquilo que estava sepultado, ressuscitará.

Não se pode olvidar que, tratando-se de ato incomum para as partes, as quais se deparam com tal situação pela primeira vez, o equivocado posicionamento do conciliador transmita a ideia de que ele ali está para decidir e não apaziguar, despertando nos envolvidos o sentimento de que seus argumentos não foram acatados.

Mas não é este o propósito da pacificação social.

Busca-se a conciliação, que deve passar pelo pleno esclarecimento da função do conciliador, ou seja, o seu papel é auxiliar as partes em eventual composição e, jamais, opinar sobre o ocorrido.

Imperioso, destarte, o constante aperfeiçoamento da técnica conciliatória a ser empregada na audiência preliminar, suscitando-se o entendimento, sem rememorar o evento e abstendo-se de qualquer consideração meritória.

Dessarte, a presença do advogado, ainda que não obrigatória, é de extrema importância para as partes. A falta de informação faz com que o acusado venha a aceitar acordos ou "benefícios" sem compreender o conteúdo da imputação, ou as reais consequências do compromisso assumido.

Não raro se verifica que soluções como a assunção de obrigação de fazer, ou mesmo a aceitação de transação penal se dão sem o devido esclarecimento acerca das opções defensivas.

Até porque, sem que tenha havido inquérito policial prévio, é possível que não existam elementos mínimos de materialidade ou autoria, portanto, o fato poderá não ser crime, não ter sequer ocorrido, ou ainda não ter o acusado sido o autor ou participado dos mesmos, ou ter ainda agido sob causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.

E, como não se faz necessária a presença de advogado ou defensor na audiência preliminar em que será proposta a transação penal, não raras as vezes o acusado se obriga a cumprir sanções, ainda que mais leves, sem qualquer justificativa razoável.

Já sob a esfera da vítima, frequente é a sensação de que aquela solução pactual, ou mesmo a imposição de sanções oriundas da transação (como pecuniária e de prestação de serviços à comunidade) não atende às suas reais necessidades, quer reparatórias, quer de sensação de aplicação da justiça.

Além de não se poder menosprezar a importância do advogado, como muitas vezes ocorre na prática, há de se esperar do conciliador, do membro do Ministério Público e do magistrado a exposição das informações com a maior transparência possível, além de apreciar as questões jurídicas subjacentes, as quais na maior parte das vezes serão completamente desconhecidas dos envolvidos.

Conclusão

Não há dúvidas quanto a importância de garantir-se o acesso à justiça criminal a todo cidadão, à fim de permitir-lhe isonomia jurídica, alicerce da liberdade constitucionalmente assegurada. Até porque quando os conflitos não são dirimidos pelas vias formais, a tendência é que sejam administrados de forma privada, na qual há predomínio da violência. Assim, o acesso à justiça pode "ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos"[21].

Do ponto de vista penal a necessidade de uma justiça mais acessível e eficaz, atenta às efetivas demandas de nosso contexto social tem sido tema de ampla discussão. Todavia, nem sempre as respostas apresentadas são aptas a atender ao vertiginoso crescimento da jurisdicionalização dos conflitos, ou mesmo às garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório.

Buscando atender aos anseios de uma justiça mais rápida para os conflitos de menor potencial ofensivo foram criados os Juizados Especiais Criminais. Mas, tal solução alternativa não é capaz, por si, de resolver a problemática do acesso à Justiça no âmbito penal. Ademais, poderá ser que, não sendo bem administrada, a solução dos juizados, se mostre ainda mais distantes dos anseios dos envolvidos no litígio e da sociedade como um todo. A mera simplificação não implica em compreensão, quer do conflito, quer de sua solução, pelos envolvidos, sendo árduo o processo de garantir a plena informação e a efetiva prestação jurídica.

Democratizar a justiça significa, portanto, reduzir os obstáculos que se interponham à efetiva prestação jurisdicional, tanto do ponto de vista da vítima, quanto do réu. E para tal, não basta a gratuidade, ou

[21] Op. cit., p. 21-24

mesmo a informalização da justiça, necessário o amplo acesso à informação, para que o cidadão se aproprie de seus direitos e obrigações e se sinta à vontade diante dos mecanismos assecuratórios destes. E nesse sentido, pela concreta integração da justiça e de seu assistido, ainda temos uma longa estrada a trilhar na qual a boa atuação do advogado criminalista pode em muito contribuir.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. Temas de direito penal econômico. *In:* PODVAL, Roberto – organizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000,

CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito constitucional – tomo 1. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 11. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CATARINO, João Ricardo. O liberalismo em questão- justiça, valores e distribuição social. Lisboa: Instituto Superior de ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2009.

DIAS, Jorge Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para reforma do direito penal econômico e social português. *In:* PODVAL, Roberto – organizador. Temas de direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1986.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 2009. vol. I, 3. ed.

GREENWAY, Larry D.; MILNER, Charles; LALL, Sanjaya. Dossier Politica de empleo y mundialización. Revista Internacional del Trabajo, OIT, vol. 14, n. s 4-5, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAR-MARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1997.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: editora Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; DE MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei n. 9099/95. São Paulo: Atlas, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: JUS PODIVM, 2009.

32

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL VISTA POR NÓS ADVOGADOS

Marlus H. Arns de Oliveira

O direito penal diante da afirmação de um novo paradigma

Atualmente o direito penal e processual penal tem como um de seus pontos centrais de discussão a justiça penal negocial. É fato que o sistema penal, mesmo que de forma tímida, já contava com evidências dessa prática, a exemplo dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, preconizados na Lei n. 9.099/95. Ainda assim, se tratavam de institutos de aplicabilidade restrita e, por isso mesmo, incapazes de forjar um debate mais amplo dentro do campo da justiça criminal.

Uma boa analogia pode ser feita a partir do que lecionava o saudoso Professor de Criminologia da USP, Alvino Augusto de Sá, quando em sua tese de livre docência sustentou o paradigma da reintegração social[1]. Para ele, neste modelo, a pena privativa de liberdade perderia o protagonismo e, em seu lugar, as penas restritivas de direito ganhariam uma ressignificação. Uma perspectiva radical diante do que é o trivial do sistema penal: punir, segregar e aprisionar. Na linha proposta pelo Professor Alvino, a pena privativa de liberdade se tornaria secundária, ao passo que as penas restritivas seriam as principais, inclusive sendo cominadas nos tipos penais abstratos. Em certa medida, a ideia do Professor Alvino avistava no horizonte a possibilidade de haver um direito penal consensual, na contramão do clássico direito penal impositivo.

Assim também ocorre com as discussões em torno do direito penal negocial. Para que se avance nessa linha, indispensável haver uma releitura do sistema penal e, ao que nos parece, esse movimento está em

---

[1] Criminologia clínica e a execução penal: Proposta de um modelo de terceira geração. Saraiva, 2014

curso. E o papel da Advocacia nesse horizonte de mudanças é fundamental, especialmente quando analisamos o que a própria Advocacia espera dela mesma, como classe e, especialmente, como protagonista de intervenções sociais relevantes. Para tanto, indispensável observarmos o Código de Ética da OAB.

Em diversas ocasiões tive oportunidade de abordar o instituto da colaboração premiada, quando ele, em torno de imensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, despontava no Brasil, envolvido no contexto de grandes operações no âmbito federal e estadual. O uso massivo do instituto prejudicou o necessário debate acadêmico em torno do instituto politizando a discussão. Também os padrões que herdamos, de um direito penal de guerra e de uma guerra no campo penal, tenham reduzido nossos pontos de vista. Fato é que o terreno está arrasado, tanto para nós Advogados e Advogadas, quanto para os demais atores do sistema (magistrados, membros do ministério público e autoridades policiais) e estamos carregando um custo demasiadamente elevado e sob qualquer ótica essa lógica belicista não trouxe nenhum benefício, muito ao contrário.

Antes de uma postura ingênua que, diga-se de passagem, não atrai e nem convence, o direito penal negocial surge como alternativa. Alternativa de tornar o direito penal mais racional, mais individualizado, mais dialogado e mais eficiente sob o ponto de vista humano e também social e econômico. Afinal, toda e qualquer negociação pressupõe ao menos dois elementos indispensáveis: diálogo e equilíbrio. Exatamente o que se espera da Advocacia e que acreditamos estar em plena sintonia com os princípios do Código de Ética.

O instituto do momento não é a colaboração premiada, mas o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Não tratarei deste especificamente mas discorrerei sobre a estrutura do direito penal negocial e a aderência deste paradigma com as missões éticas da Advocacia.

Sobre o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil

A Resolução 02/2015, de lavra do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aprovou o novo Código de Ética e Disciplina de nossa entidade de classe. Mais de 20 anos após a sua edição, num cenário realmente diferente daquele de quando foi editado, restou revogado o Código de Ética e Disciplina editado em 13 de fevereiro de 1995.

Os 80 artigos do novo Código de Ética e Disciplina são divididos em três títulos, sendo que o primeiro deles "Da ética do Advogado" é o que nos interessa para o presente trabalho; visto que os demais títulos tratam "Do processo disciplinar" (Título II) e "Das disposições gerais e transitórias" (Título III).[2]

Um dos pilares do referido Código de Ética é a conciliação entre as partes, inclusive através da mediação, sendo tal tarefa um dever de todo Advogado. Dispõe seu art. 2º, por exemplo, que o Advogado deve "estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo sempre que possível, a instauração de litígios" (parágrafo único, inciso VI). Cabe aqui uma primeira indagação: seria a justiça penal negocial, com seus antigos e recentes instrumentos, um paradigma legítimo de conciliação ou acordo entre réus confessos e as autoridades de persecução penal? Evidentemente, precisamos superar inúmeras resistências para enxergar tal possibilidade, mas é fato que o Código de Ética propõe tal reflexão. E, uma vez mais, é fato que o campo criminal precisa se renovar e isso somente ocorrerá mediante uma nova mentalidade do sistema penal.

Relações com o cliente e a justiça penal negocial como instrumento de defesa

O Código de Ética, em seu Capítulo III, aborda diretamente a relação entre Advogados e clientes, deixando claro que a defesa criminal, um

---

[2] Destaque-se, desde logo, os mandamentos que devem representar a conduta dos Advogados no seu relacionamento com clientes, com os demais Advogados, com autoridades, servidores públicos e agentes políticos, todos expressamente consignados no preâmbulo do Código de Ética e Disciplina: "lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que o ordenamento jurídico seja interpretado com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum; ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais; proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício; empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses; comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo denodo humildes e poderosos; exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve a finalidade social do seu trabalho; aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal; agir, em suma, com a dignidade e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe."

dos pilares do Estado Democrático de Direito, será exercida "sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado". Inclusive, o art. 23, em seu parágrafo único, preceitua que "não há causa criminal indigna de defesa, cumprindo ao advogado agir, como defensor, no sentido de que a todos seja concedido tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana, sob a égide das garantias constitucionais."

Neste ponto, não resta dúvida: cabe ao Advogado apresentar a seus clientes todas as estratégias possíveis de defesa, inclusive a instrumentos negociais, visto serem eles legítimos instrumentos de defesa. Se, como preceitua o art. 10, "as relações entre advogado e cliente baseiam-se na confiança recíproca", faz-se necessário esclarecer todas as reais e efetivas possibilidades de defesa criminal.

Dois aspectos precisam ser considerados neste ponto, um de ordem social e outro de ordem econômica. Acompanhamos um momento de intensificação de discursos reacionários e segregacionistas, com resistências necessárias de um lado e violações recorrentes de outro. O sistema penal extrapola as violências simbólicas e quem está de algum modo exposto a ele, no caso os clientes, tem o direito, ao passo que aos Advogados cabe o dever, de apresentar as ferramentas de negociação que podem abreviar a exposição ao sistema penal e as suas mazelas (sociais e emocionais), seja em relação ao tempo ou a intensidade. De outra ordem, um procedimento criminal também gera outros custos, dentre eles econômicos. E também cabe ao Advogado apresentar esse cenário aos clientes para que, juntos, possam avaliar alternativas que impliquem perdas menores.

Os Advogados, diante do paradigma negocial, precisam desenvolver habilidades técnicas (*hard skills*)[3] que contemplem as ferramentas jurídicas, mas, em especial, precisam aprimorar as habilidades emocionais (*soft skills*)[4] e entenderem razoavelmente que qualquer negociação, dentro ou fora do universo penal, pressupõe conhecimento do terreno, dos

---

[3] São denominadas *"hard skills"* as habilidades técnicas que o Advogado possa comprovar através de diplomas e certificados. A título exemplificativo podemos mencionar os cursos de formação, o aprendizado de novos idiomas, as especializações e o domínio da tecnologia.

[4] De outro lado, as *"soft skills"* são habilidades relacionadas a personalidade e ao comportamento do Advogado enquanto ser humano. Habilidades particulares decorrentes de experiência e cultura, que podem e devem ser desenvolvidas, resultando em, por exemplo: capacidade de trabalhar sob pressão, flexibilidade, liderança de equipe, comunicação eficiente e bom relacionamento interpessoal.

envolvidos, das estratégias e dos objetivos pretendidos. Neste ponto, fundamental o papel das entidades de Advogados na capacitação dos profissionais para esse novo cenário.

2.2. Do sigilo profissional previsto no Código de Ética e do sigilo dos procedimentos negociais, em especial, da colaboração premiada

Uma das críticas aos instrumentos negociais no direito penal se dá nas situações em que os acordos são iniciados, porém não chegam a ser finalizados. Diante desse cenário, como ficam as informações trazidas pelo colaborador quando o acordo não resulta exitoso ou quando acaba não sendo homologado pela autoridade judicial? Se trata de uma correta e justa preocupação, que no caso da colaboração premiada ganhou contornos legislativos, exatamente para que as estratégias negociais não se esvaziem.

A questão do sigilo mereceu destaque no Código de Ética, e se aplica integralmente as questões relacionadas com grande parte dos instrumentos negociais no direito penal como, por exemplo, a colaboração premiada, diz respeito ao sigilo profissional. Ele é abordado no capítulo VII do Código. O art. 35 deixa claro que "o advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão" e este sigilo profissional é "de ordem pública, independendo de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente" (art. 36). O sigilo profissional, portanto, não necessita de pedido do cliente tampouco de cláusula que obrigue o advogado.

No caso específico da colaboração premiada é certo que para o pleno êxito tal sigilo se mostra essencial e tem expressa previsão legal, em boa parte trazida pela Lei n. 13.964/19 que modificou a Lei n. 12.850/13.

O termo de confidencialidade vincula os órgãos envolvidos na negociação e impede o indeferimento posterior sem justa causa (art. 3º B, § 2º, da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19). O mesmo termo de confidencialidade demarca o início das tratativas de negociação, sendo que sua divulgação configura violação de sigilo, quebra de confiança e da boa-fé, sendo possível sua divulgação apenas após o levantamento do sigilo por ordem judicial (art. 3º B, *caput*, da referida legislação).

O sigilo é tão importante nesta modalidade de justiça penal negocial que quando da não celebração do acordo de colaboração premiada por iniciativa do Ministério Público e/ou autoridade policial, estes "não

poderão se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade (§ 6º do art. 3º B da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.964/19).

Os fatos objeto dessa modalidade de acordo penal só se tornarão públicos após a homologação judicial do acordo e quando, por ordem judicial, o conteúdo da colaboração deixar de ser sigiloso, e obrigatoriamente, apenas após o recebimento da denúncia.

É o que está previsto nos termos do § 2º do art. 7º da Lei n. 12.850/13: "O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento." Note-se que, para além disso, o § 3º do art. 7º da Lei n. 12.850/13, recentemente modificado pela Lei n. 13.964/19, estabelece que "O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.".

Ainda que não fosse uma exigência legal, como em alguns atos penais negociais o é, o sigilo é estratégia de grande parte das negociações em geral, demarcando um espaço de diálogo restrito às partes envolvidas e que, quando verdadeiro e exercido com razoabilidade e equilíbrio, poderá servir para acomodar tanto os interesses públicos da persecução criminal quanto os interesses individuais da defesa. Bem sabemos o quão sensível essa relação se desenrola, por isso mesmo o papel do Advogado é decisivo, devendo ser exercido com estratégia e combatividade – o que não se confunde com agressividade. Seja com o nome de sigilo ou de discrição, o que importa é que o acordo penal seja tratado em âmbitos restritos, com os atores certos e na medida exata.

Importante considerar que este sigilo também deve ser considerado pelo representante do Ministério Público e/ou autoridade policial. O que está em jogo é o interesse subjacente ao acordo penal, o que impõe que o comportamento seja por todos acompanhado. Por lealdade e ética profissional, eventuais pontos de uma negociação penal, caso ela não venha a ser finalizada ou homologada pelo juiz, não podem ser utilizados por estas autoridades em prejuízo do investigado ou réu, com expressa previsão legal como acima demonstrado no caso da colaboração premiada.

No caso do acordo de não persecução penal, o art. 28-A do Código de Processo Penal silenciou a respeito do sigilo. Entretanto, acreditamos que o sistema precisa ser o mesmo da colaboração premiada, isto é, o conteúdo da negociação de um acordo, e mais do que tudo, a confissão expressamente prevista como obrigatória, não poderá ser usada quando o acordo não se realizar.

Do papel do magistrado na justiça penal negocial

A figura do magistrado, no contexto do direito penal negocial, tem um papel interessante. Se, de um lado, o julgador não participa da negociação, tampouco de sua formalização, é possível que ele possa recusar o acordo que não atender requisitos legais e, até mesmo, determinar adequações ao caso completo. Isso ocorre tanto nas colaborações premiadas (art. 4º, § 8º da Lei n. 12.850/2013 modificado pela Lei n. 13964/19) quanto nos acordos de não persecução penal (art. 28-A, § 5° do CPP).

Vale dizer, o papel do magistrado não é o de simples homologador mas cabe a ele a necessária verificação dos requisitos legais da proposta, podendo, inclusive, adequá-la ao caso concreto.

Ressalto que o § 5º do art. 28-A expressamente dispõe que se o juiz considerar "inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no" ANPP, com a concordância da defesa, "devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo."

Em não sendo atendidos os requisitos legais ou não readequada a proposta cabe ao juiz não homologar o acordo, conforme § 7º do referido artigo.

Não me parece, entretanto, que caiba ao magistrado um papel de análise quanto a extensão do conteúdo da negociação, seja na colaboração ou no acordo de não persecução. Cabe sim ao juiz, a verificação da legalidade e a adequação dos benefícios.

O que precisa estar claro é que a intervenção do magistrado somente pode ocorrer em hipóteses necessárias, para que não haja supressão da autonomia das partes que efetivamente estão negociando, quais sejam, Ministério Público e/ou autoridades policiais de um lado, e investigados ou réus de outro. Ao juiz cabe a garantia do espaço do acordo, a verificação dos parâmetros legais objetivos e a confirmação da integridade quanto aos elementos subjetivos, dentre eles a voluntariedade.

A negociação penal como legítimo instrumento de defesa

Se de um lado o nosso posicionamento é contrário ao agravamento de penas e ao atual ambiente da flexibilização das garantias constitucionais, não há como incluir a negociação no direito penal como parte desta crítica.

Os instrumentos decorrentes deste paradigma têm demonstrado validade e eficácia, sendo, a meu ver o direito penal premial um novo momento na evolução de nosso sistema. Nesses acordos estamos frente ao caráter voluntário de colaboradores e acordantes que buscam a negociação com os órgãos de acusação e, se comprovarem concretamente o conteúdo de seus depoimentos, poderão ter seus acordos homologados e, com isso, poderão obter os benefícios referentes a forma do cumprimento de sua pena corporal e pecuniária.

É fato inegável que todos os instrumentos de controle resultaram numa profunda alteração do sistema de investigação, e a consequência direta passou a ser o não reconhecimento pelos nossos Tribunais das nulidades apontadas nas defesas criminais tradicionais. Portanto, estamos frente a um novo momento em que estratégias de defesa tradicionais encontram pouco êxito no Poder Judiciário. Em minuciosa análise de decisões recentes de nossos tribunais superiores constata-se que após legislações penais negociais, dentre elas a Lei n. 12.850/13, reduziram-se drasticamente as decisões judiciais acolhendo nulidades apontadas pelas defesas. Não será diferente com as recentes alterações trazidas ao CP. pela Lei Anticrime.

É justo neste ponto que os acordos penais passaram a integrar a estratégia de defesa técnica. Elas são um instrumento de defesa legítimo que atende aos princípios éticos que devem nortear a conduta de todos os advogados. Evidentemente, também carecem de aprimoramentos e que estão sendo apontados pelos críticos e também neste artigo. É preciso deixar claro que não se trata de simples benefícios a réus confessos. A confissão por si só não é suficiente para que seja concretizado um acordo penal. No caso da colaboração premiada é preciso ir além, e no caso do ANP. não poder ter havido violência ou grave ameaça o crime praticado. Ressalte-se que os benefícios a quem adere a um acordo penal somente são validados depois que seu depoimento for confirmado, e no caso da colaboração sejam as provas trazidas pelo colaborador e checadas pelas autoridades competentes.

Este novo paradigma negocial impõe uma ressignificação de tradicionais institutos jurídicos, como, por exemplo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. O art. § 4º, do art. 4º da Lei n. 12.850/13 dispõe que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia diante de certas condições. Da mesma forma, o art. 28-A do CP. segue similar tendência. Caminhamos rumo ao princípio da oportunidade da ação penal? Se acreditarmos na possibilidade de um Direito Penal Negocial (já existente com a realidade da transação penal, da suspensão condicional do processo, da colaboração premiada e do acordo de não persecução penal), a resposta é positiva.

Conclusão

Será fundamental para o aprimoramento dos acordos e do próprio paradigma negocial no âmbito penal que possamos cada vez mais estabelecer regras claras e amplas negociações não só com o Ministério Público, mas também com os órgãos de controle na esfera administrativa e também com autoridades na área cível.

Negociações se fazem mediante relações que vão se construindo, e comumente apresentam situações novas ou diversas da que foram inicialmente planejadas. Neste ponto, o papel do Advogado alcança enorme relevo pois cabe a ele deixar claro a seu cliente todos os riscos inerentes a um acordo penal, tanto quanto deve esclarecer acerca de seus possíveis benefícios.

Não é ousado afirmar, uma vez mais, que o papel do Advogado é o de maior destaque nos acordos penais, pois cabe a ele conduzir seu cliente verificando a legalidade do acordo, e mais do que isso, estando atento se cada passo dado na negociação está em consonância com a legislação e preservando o caráter voluntário da parte.

Temos que nos afastar do caráter maniqueísta com o qual avaliamos a negociação no direito penal. Com o direito penal negocial acredito possível construir uma ponte entre dois importantes temas constitucionais e que não podem continuar num embate eterno. A segurança pública e as garantias constitucionais podem sim caminhar em campo igualitário e de colaboração. Na linha prevista em nosso Código de Ética e Disciplina os Advogados têm papel importante e necessário no campo da conciliação, não só entre as partes, mas aqui também entre a segurança pública e as garantias constitucionais.

Portanto, não tenho dúvida que o paradigma negocial já está inserido em nosso ordenamento penal, e com os devidos ajustes doutrinários e jurisprudenciais, deixará de ser assunto polêmico para se sedimentar como um importante instrumento de defesa. Finalmente, acredito que a ética do Advogado não deve passar por criticar a "falta de ética" do colaborador que "trai" seu companheiro de crime, mas passa sim por reforçar o pleno exercício de todas as garantias necessárias a um acordo penal, verificando claramente se é conveniente e necessário negociar a pena, e se optar por este acordo, zelar para que sejam preenchidos os requisitos legais, em especial da regularidade do procedimento e voluntariedade de seu cliente, e finalmente, apoiando um Estado que seja verdadeiramente um Estado Democrático de Direito menos brutal e mais inteligente na investigação criminal.

Voltando ao Professor Alvino Augusto de Sá, dificilmente conseguiremos suprimir a violência inerente ao sistema penal, mas se conseguirmos fazer do cárcere menos cárcere, e do sistema penal impositivo um sistema com menos imposição e mais vias de diálogo, certamente já estaremos promovendo um ambiente de evolução. Oxalá que o diálogo ainda tímido dos institutos penais negociais abra uma via franca e dinâmica entre a Advocacia e os demais atores do sistema de justiça penal, com maior confiança, respeito e integridade.

33

A ADVOCACIA CRIMINAL EM TEMPOS DE AUTORITARISMO

Moisés dos Santos Rosa

"Trago à convenção, a verdade e a minha cabeça; poderão dispor da segunda, mas só depois de ouvir a primeira".

Nicolas Berryer

Introdução

Quando recebi o convite de escrever este artigo para a obra coletiva do Instituto dos Advogados do Estado de Minas Gerais, percebi um misto de sentimentos. Orgulhoso por ter sido convidado por um dos grandes advogados deste país: Dr. Felipe Martins Filho e ao mesmo tempo, receoso, acerca da grande responsabilidade a mim atribuída, tanto pela relevância dos temas discutidos na obra, como pela importância que Instituto tem não só no Estado, mas sobretudo, no país.

Por si só, a composição dos quadros de juristas desta Instituição e o tamanho da envergadura de seus componentes, além de nos encher de orgulho, nos dão a certeza de que estamos trilhando um caminho acadêmico de enorme importância e que a difusão de ideias libertárias é necessária para a sobrevivência democrática do Brasil. Vivemos tempos de autoritarismo, abusos de poder desmedidos e uma conjuntura atual pós democráticos que de alguma forma precisa ser combatida. Sem organismos que estimulam a elaboração de artigos científicos, monografias e teses para uma discussão de categorias normativas em prol da liberdade, certamente teríamos dificuldades para encontrar o caminho de volta na harmonia dos poderes e na proteção aos mais vulneráveis.

O sistema de justiça penal no Brasil em tempos de Pós Democracia revela que um dos grandes desafios da advocacia criminal tem sido lutar incansavelmente pela observância da Constituição brasileira e do devido

processo legal que, aliás, precisa ser dito, não é favor, muito menos indulgência do Estado e tem sido uma tarefa árdua repetir diariamente o óbvio no processo penal brasileiro, exigindo o cumprimento da Constituição, pois vivemos um dos momentos mais dramáticos em toda a nossa história, sobretudo, pelo sentimento punitivista que paira na nação brasileira.

Não é novidade o quanto advogados criminalistas são ofendidos por atuarem de forma contra majoritária, sobretudo, quando exigem de que as Instituições cumpram o que está preconizado pela Constituição brasileira e a lei. Registre-se alguns recentes exemplos de desrespeito a profissão onde um Promotor de Justiça do Estado de Goiás durante um debate *on line* associou a advocacia criminal ao câncer[1] e o inspirado Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho que xingou uma advogada em plena sustentação oral, achando que não estava sendo ouvido[2]. Isso de alguma forma demonstra que dentro das instituições temos profissionais que pensam e agem, de forma a macular a atuação profissional da advocacia.

Criminalistas, em tempos sombrios como os de agora, sem nenhuma dúvida, são um obstáculo dentro da Casa da Justiça, onde claramente se percebe que o advogado só existe para manter certa áurea de legalidade e formalidade tão necessárias a justificar o sono das autoridades que atuam no processo penal brasileiro.

Ser advogado criminalista, além do preconceito e do grande desafio inerente a todos aqueles que amam o seu ofício, é acima de tudo, ser um apaixonado pela justiça, ter no seu sangue o DNA da liberdade.

E sobre a liberdade, quem melhor do que Dom Quixote para nos reavivar:

> A liberdade, Sancho, é um dos dons mais preciosos, que aos homens deram os céus: não se lhe podem igualar os tesouros que há na terra, nem os que o mar encobre; pela liberdade, da mesma

---

1 SANTOS, Rafa. *Conjur* em 29/07/2020. *Promotor que comparou advocacia criminal a "câncer" pede desculpas*. Acesso em 30 de julho de 2020. Disponível em: https://www.Conjur.com.br/2020-jul-29/promotor-comparou-advocacia-criminal-cancer-desculpas

2 CANAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Redação em 30/07/2020. *Desembargador xinga durante sessão virtual de julgamento no TRT12*. Acesso em 30 de julho de 2020. Disponível em:https://canalcienciascriminais.com.br/desembargador-xinga-durante-sessao-virtual-de-julgamento-no-trt12/

> forma que pela honra, se deve arriscar a vida, e, pelo contrário, o cativeiro é o maior mal que pode acudir aos homens.[3]

Mas o fato de termos um amor incomensurável pela profissão, de alguma forma, também nos deixa completamente fragilizados em razão dela nos dias atuais, eis que, constantemente, não raro, continuamos sofrendo verdadeiros abusos em nossa atuação profissional, quando não assistimos aterrorizados na televisão e nas redes sociais o cometimento de crimes perpetrados contra colegas que militam na seara criminal, alguns deles, sendo violentamente algemados, com prisões arbitrárias no exercício de sua atuação profissional. São tempos difíceis, cinzas, com evidentes obstáculos ao livre exercício da advocacia criminal com intimidações de toda a sorte sem nenhuma consequência e vindas do próprio Estado.

É preciso então, diante da mácula que nos assombra, entender que tempos são esses que estamos atravessando em nossa democracia, onde garantias e direitos constantemente vêm sendo violados para justificar uma política utilitarista e neoliberal, fruto de um sistema de justiça criminal que ataca e despreza justamente o profissional que luta pela manutenção dessas garantias fundamentais em prol do cidadão. Como enfrentar esses desafios sem perder a esperança na justiça? Como afastar a relação binária que se estabeleceu no processo penal numa luta imaginária do suposto bem e do mal? Como ultrapassaremos essa fase nefasta da nossa história? O presente ensaio tem como objetivo, sem a pretensão de esgotar o tema, obviamente, analisar de forma crítica e suscinta o surgimento de um Estado Pós democrático de um viés autoritário que afeta diretamente a advocacia criminal no que ela tem de mais importante. A luta pela liberdade.

A história: nossa testemunha

A história da advocacia criminal é repleta de exemplos de abusos cometidos sobre a classe. Desde os tempos remotos, a figura do advogado sempre trouxe uma certa inquietação àqueles que veem na figura da pena, uma busca desenfreada por justiça, onde na verdade, em essência, só existe a vingança. Para combater o flagelo do corpo e da alma na visão Foucaultiana[4], a vítima abandonada pelo Estado por absoluta ausência de

---

3 CERVANTES, M. D. (2005). Quixote de La Mancha. eBooksBrasil.

4 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 38. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p. 21.

política pública contra a violência, raramente entende o papel e a necessidade do advogado no devido processo penal.

Num país como o nosso onde a seletividade do sistema criminal é a regra, o Estado escolhe quem irá punir e como punir e, a figura legitimada daquele que tem por princípio básico lutar pelo mais fraco diante do Poder Público é de todo imprescindível. Por esses valores e princípios norteadores da função de defesa, é preciso lembrar que muitos tombaram e inúmeros profissionais atualmente sofrem o preconceito da linha tênue que separa o criminoso do seu defensor.

No artigo publicado no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais Carla Juliana Viana ressalta que:

> O caminho da advocacia é uma das mais nobres escolhas profissionais. Entretanto, ser advogado criminalista requer nada menos do que a coragem em seu significado mais puro: a capacidade de agir não pela ausência de medo, mas sim apesar do medo. É preciso considerar sempre que todos os indivíduos, independentemente da hediondez de suas ações, têm o direito de ser representados por uma figura capacitada e profissional em meio a quaisquer circunstâncias desfavoráveis.[5]

O colóquio binário de que aquele que está ao lado do autor de um crime apoia o mal e o Estado que submete o infrator as mazelas da prisão é fruto do bem, principalmente no avanço de um Estado Pós democrático, torna-se um dos maiores equívocos perpetuados ao longo da história por nosso sistema de justiça criminal.

Na célebre frase de Rui Barbosa em diálogo com Evaristo de Moraes, recordamos que:

> Em matéria criminal, não há causa em absoluto indigna de defesa. Ainda quando o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova; e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta, não só apurá-la no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas.

---

5 VIANA, C. J. (janeiro – junho de 2019). Crime e Sociedade: A Função Social do Advogado Criminalista – Revista n. 27: janeiro – junho. *IBCCRIM*(27). Acesso em 24 de 07 de 2020, disponível em http://revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=348

Por essa razão, todas as vezes que analisamos a função da advocacia criminal olhamos sem pestanejar para o que diz o importante artigo 133 da Constituição Federal[6] que claramente elenca em alto e bom som "que o advogado é indispensável para administração da justiça" e essa palavra "indispensável" sem nenhuma dúvida nos faz compreender que o núcleo fundante da Justiça, necessariamente passa pela função de defender e quando o próprio Estado permite que se ataque obviamente as prerrogativas dos advogados, se ofende na essência o próprio núcleo legitimante do conceito de justiça.

Infelizmente, na prática a violação das prerrogativas é coisa rotineira e os advogados encontram sérios obstáculos à efetivação e a construção de uma cultura de respeito recíproco entre os atores judiciários, dentre eles, a figura do Juiz, Promotor, Delegados que atuam na investigação criminal. Esse conjunto todo de profissionais que deveriam construir um ambiente de respeito mútuo, harmonioso, tentando ocupar cada um o seu lugar, na maioria das vezes, não consegue estabelecer objetivos bem definidos voltados para a atuação da justiça com a isenção necessária para entender o papel do advogado criminalista.

Não se olvide que o respeito em relação principalmente aos advogados foi construído e desconstruído ao longo da história da humanidade, até porque, essa mesma história que atravessa os tempos não é linear, da mesma maneira que o crime tem oscilações entre as mais duras opressões e as mais amplas liberdades.

Há de se lembrar da mesma forma, a interessante obra de Nicolau Eymerich: Manual do Inquisidores escrito em 1376[7], em que se descreve que a época da inquisição propriamente dita, existiram várias formas de violações, no entanto, uma das mais representativas formas de opressão ocorria pela Igreja Católica que via na figura do advogado um obstáculo, um ser nefasto, e seu papel estava na maioria das vezes reduzido em fazer com que o herege confessasse, se arrependesse dos seus pecados e com isso abreviasse seu sofrimento. Não havia qualquer defesa para os acusados de um determinado delito. Guardadas as devidas proporções, nada diferente do que assistimos no Brasil atual.

---

6 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

7 EYMERICH, Nicolau & PEÑA, Francisco. *Le Manuel des Inquisiteurs*. France: Mouton, 1973.

É importante ainda considerar, ao longo do tempo a confusão que sempre existiu na cabeça da maioria das pessoas leigas sobre o advogado do delinquente e o advogado delinquente, eis que esse último, sem nenhuma dúvida deve ser punido com os rigores da lei. Todavia, o fato de o advogado defender alguém não o torna um criminoso, sócio do crime, ou que haja um pacto de anuência e admiração com o ato cometido. É preciso sempre dizer o óbvio para as pessoas, pois há um sentimento comum e essa confusão por vezes é estimulada pelos próprios agentes do Estado. Por fim, não esqueçamos que deve ser exaustivamente dito e lembrado, que onde existe advogado, há necessariamente um limite ao exercício do poder, e como todo limite ao exercício de poder, evidentemente incomoda, perturba os agentes mal preparados do Estado que dificultam qualquer atuação que ao menos em tese, vá de alguma forma impedir mecanismos arbitrários. Quem ama a democracia, limita o poder sempre.

Fragilidade da advocacia: arremedo de democracia

Conhecemos a força de um Estado Democrático de Direito pela autonomia de suas Instituições e nessa quadra da história não é só urgente valorizarmos a figura do advogado como proteger aquele como bem lembrou Carnelutti está sentado ao lado do réu no último degrau da escada.[8] Cada vez que um profissional da advocacia é atingido ou um direito seu é violado, frágil estará a democracia, capenga estará a Justiça, eis que nos dias atuais é nítido que o sistema de justiça criminal atualmente não aceita a possibilidade de ser limitado no seu poder de punir, porque o utiliza como resposta para a população e a crescente onda de criminalidade. E entre a punição e o meio que a conduz, existe apenas o advogado.

A verdade é que não se trata mais de um enfraquecimento ou uma mera crise voltada a anulação da atuação profissional dos advogados. Não se trata de mero exagero, retórica ou coisa que o valha. Basta olharmos para os diversos abusos noticiados diariamente na TV, nas redes sociais. Há algo de permanente no *"modus operandi"* das autoridades que compõe o sistema de justiça criminal apesar das recentes mudanças operada pela nova lei de abuso de autoridade[9].

---

8 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Servanda, 2010, p. 50.

9 BRASIL. Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n. 9.296, de 24

Nas precisas palavras de Rubens Casara:

> O que hoje se afirma como "crise", não o é. Se a "crise" é permanente, se a "crise" não pode passar, não é de crise que se trata, mas de uma nova realidade, uma trama simbólico-imaginária com novos elementos que se diferenciam daqueles que constituíam a realidade anterior, uma realidade que, hoje, existe apenas como lembrança, embora essa lembrança possa produzir efeitos ilusórios de que aquilo que não existe mais ainda se faz presente.[10]
>
> E arremata:
>
> O que há de novo na atual quadra histórica, e que sinaliza a superação do Estado Democrático de Direito, não é a violação dos limites ao exercício do poder, mas o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer esses limites. Isso equivale a dizer que não existe mais uma preocupação democrática, ou melhor, que os valores do Estado Democrático de Direito não produzem mais o efeito de limitar o exercício do poder em concreto. Em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que na pós-democracia desaparecem, mais do que a fachada democrática do Estado, os valores democráticos. [11]

São muitas as tentativas de relativização de direitos fundamentais perpetradas pelo Estado que enfraquecem o sistema de justiça criminal do país, e basta olhar para o curtíssimo espaço de tempo que essas mudanças vem ocorrendo, fruto de políticas públicas desencontradas e equívocas, sobretudo, o número elevado de presos provisórios, naturalização do uso abusivo e desnecessário de algemas e na prisão preventiva como forma de coagir eventuais réus para obter confissões, numa verdadeira inversão do ônus probatório em matéria penal, para que percebamos o quanto estamos convivendo com um arremedo de democracia.

Ora, quando a liberdade do cidadão é tratada como mercadoria e os profissionais que atuam contra a força do Estado tem suas prerrogativas violadas, a prestação de seus serviços relegada a um segundo plano e o uso de

---

de julho de 1996, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 27 set. 2019. Edição Extra A.

10 CASARA, Rubens R.R. *O estado pós-democrático: Neo-obscurantismo dos indesejáveis*. 1. ed.- Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 16.

11 Ibid., p. 21

violência e desprezo, certamente caminhamos para uma cruzada perigosa. O caminho, nos parece, sem prejuízo de outras alternativas, é estabelecer um projeto de alinhamento dos profissionais da área criminal através de seus organismos institucionais, e respectivas associações, no intuito de restabelecer urgentemente a valorização da advocacia criminal no país, contribuindo para a construção de uma cultura de respeito a profissão. Sem essas medidas, a liberdade do cidadão que é a regra dentro do nosso sistema, conquista maior da sociedade, estará constantemente sendo ameaçada pelos oportunistas de ocasião.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 27 set. 2019. Edição Extra A.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Servanda, 2010.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. Redação em 30/07/2020. *Desembargador xinga durante sessão virtual de julgamento no TRT12*. Acesso em 30 de julho de 2020. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/desembargador-xinga-durante-sessao-virtual-de-julgamento-no-trt12/

CASARA, Rubens R.R. *O estado pós-democrático: Neo-obscurantismo dos indesejáveis*. 1. ed.- Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CERVANTES, M. D. (2005). Quixote de La Mancha. eBooksBrasil.

EYMERICH, Nicolau & PEÑA, Francisco. Le Manuel des Inquisiteurs. France: Mouton, 1973.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 38. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

ViANA, C. J. (janeiro – junho de 2019). Crime e Sociedade: A Função Social do Advogado Criminalista – Revista n. 27: janeiro – junho. *IBCCRIM*(27). Acesso em 24 de 07 de 2020, disponível em http://revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=348

SANTOS, Rafa. (29 de 07 de 2020). *Promotor que comparou advocacia criminal a "câncer" pede desculpas*. Acesso em 30 de 07 de 2020, disponível em *Conjur*: https://www.Conjur.com.br/2020-jul-29/promotor-comparou-advocacia-criminal-cancer-desculpas

34

O PAPEL DO ADVOGADO CRIMINAL NO NOVO AMBIENTE DE DIREITO PENAL NEGOCIAL

Rodrigo Otávio Soares Pacheco
Natália Caliman Vieira

Introdução

A Justiça penal negocial e a evolução legislativa no ordenamento jurídico brasileiro

A partir da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, operadores do direito passaram a se debruçar sobre um novo paradigma no processo penal, que é a ampliação dos espaços de consenso no âmbito do direito penal. Isso porque referida lei inovou no ordenamento jurídico ao prever no art. 28-A, do Código de Processo Penal, a possibilidade de um acordo de não persecução penal.

De início, é necessário firmar o conceito do que se entende por justiça penal negocial. Trata-se de uma possibilidade de negociação entre acusado e órgão acusador, sempre com a participação do advogado, a fim de evitar o processo penal através de contrapartidas, como medidas despenalizadoras, acordos de não persecução, redução e abrandamento de penas, dentre outras. Em outras palavras,

> O negócio processual penal pode ser conceituado, de forma ampla, como um acordo entre acusação e defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito[1].

---

[1] SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016, p. 377-379.

O objetivo dessa prática é conciliar o expansionismo penal com a duração razoável do processo[2]. Significa dizer que o aumento dos bens jurídicos tutelados na esfera penal e o incremento de tipos penais na legislação provocaram a necessidade de uma resposta mais rápida do *ius puniendi* estatal. É nesse cenário que a justiça consensual vem se destacando.

A possibilidade de negociação no direito penal não é exatamente novidade em nosso ordenamento. Com efeito, a Lei n. 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais, que trata de crimes de menor potencial ofensivo, já trazia em seu bojo institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos.

Em seguida, surgiu a figura da delação premiada. A princípio, o instituto foi previsto na Lei de Crimes Hediondos (art. 8º, da Lei n. 8.072/90). A evolução, contudo, veio na previsão da colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013, que finalmente regulamentou o procedimento desse instituto no âmbito das organizações criminosas.

Recentemente, o legislador inovou com a previsão do acordo de não persecução penal no bojo do Pacote Anticrime (art. 28-A, Lei n. 13.964/2019). Nos dizeres de Renato Brasileiro:

> Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente (...), celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática de delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

Note-se que, à semelhança dos institutos da Lei n. 9.099/95, o acordo de não persecução penal não causa reflexos na culpabilidade do investigado. Contudo, a título de diferença, apontamos que é necessário confessar a prática da infração penal, que deve ter sido praticada sem violência ou grave ameaça, e cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos.

Nesse contexto, é relevante a análise da justiça penal negocial no direito brasileiro, à luz do modelo garantista penal e das diretrizes da

---

[2] Ibidem, p. 377-379.

Constituição Federal, bem como do papel do advogado criminal nesse novo cenário.

O garantismo penal sob o viés da autonomia de vontade e da segurança jurídica

A teoria do garantismo penal, consolidada por Luigi Ferrajoli no final do século XX, propõe a leitura do direito penal e do direito processual penal à luz do Estado Democrático de Direito. Significa dizer que o poder punitivo estatal deve ser exercido nos limites e nas possibilidades previstos na lei e na Constituição, sempre respeitando as garantias individuais, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Com efeito,

> Segundo um primeiro significado, "garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade", próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e o satisfaz efetivamente[3].

Não se pode olvidar, portanto, que no Estado Democrático de Direito a liberdade é a regra e a prisão é a exceção, de modo que a disposição de liberdades individuais somente poderá ser realizada dentro das balizas do ordenamento jurídico.

Destacamos que a justiça negocial não surge para substituir o processo penal convencional, nem subtrair direitos e garantias. Trata-se de uma alternativa, à disposição das partes em conflito, principalmente do acusado, com o objetivo de reduzir o tempo e o desgaste provocado pela persecução penal[4].

---

[3] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

[4] BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 29.

Dito isso, a implementação de ideias de consenso traz um novo elemento ao conflito entre o poder punitivo estatal e a garantia das liberdades: a autonomia da vontade.

A voluntariedade é requisito essencial da solução consensual. Trata-se de um dos caminhos possíveis no âmbito da defesa penal:

> Um caminho que, além de ser mais curto e célere, em razão de prescindir do processo, respeita a autonomia da vontade do próprio investigado. Pelo acordo, baseado na boa-fé e confiança recíprocas, ele pode determinar por si mesmo o que melhor lhe convier, preenchidos os requisitos exigidos pela norma. Além disso, evidencia-se menos gravoso porque livra o investigado do processo, que "impõe custos instantâneos ao pretendido réu. Custos muitas vezes maiores do que a incerta condenação legal. Não são impostos pelo juiz nem pela lei. São custos colaterais. Verdadeiras penas sem julgamento[5].

Assim, caberá negócio jurídico em matéria criminal se, e somente se, o investigado ou acusado, dentro de sua liberdade de escolha, entender que o desenrolar do processo penal por anos poderia ser mais penoso que a composição. E mais, a opção negociada somente poderá ser escolhida desde que sejam asseguradas ao acusado duas garantias: i) não ocorra mitigação do direito de defesa desse indivíduo e ii) seja garantida segurança jurídica em eventual acordo.

Sobre a primeira ressalva, quanto ao direito de defesa, há uma mudança de perspectiva. Isso porque não haverá a subtração da defesa, mas sim a mudança do modo em que essa defesa deverá ocorrer. A defesa técnica, portanto, continua sendo imprescindível e indisponível. O modo de atuação do defensor criminal é que será diverso e antecipado. Em outras palavras:

> O consenso não provoca o desaparecimento do processo e do direito de defesa. Na verdade, o que se pode aferir é uma situação de não exercício de certos direitos fundamentais processuais do

---

[5] ANDRADE, Ricardo Rangel de; MELO, Julio Gonçalves. Acordo de persecução penal: aprofundamento da atuação negocial do Ministério Público e valorização da autonomia da vontade do investigado. Migalhas, 2020. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/266286/acordo-de-nao-persecucao-penal-aprofundamento-da-atuacao-negocial-do-ministerio-publico-e-valorizacao-da-autonomia-da-vontade-do-investigado. Acesso em: 24/10/2020.

> arguido em detrimento de outras garantias e deveres processuais, em prol de ambas as partes processuais.
>
> (...)
>
> Na verdade, o que se observa com a possibilidade de um mecanismo de consenso é a ideia de uma opção a mais dentre os procedimentos de solução de conflitos penais, sob a égide da voluntariedade, disponibilidade do objeto processual, maior participação e cooperação entre as partes e magistrado, sem que haja um desacordo com a integralidade das garantias e direitos estabelecidos no sistema garantista de Ferrajoli[6].

Diante disso, concluímos que os institutos negociais previstos na legislação apenas serão legítimos quando puderem conciliar as garantias de liberdade do investigado/acusado, assim como seu direito defesa, com a autonomia da vontade e a resposta adequada do Estado ao ilícito penal.

Em relação à segurança jurídica, a legitimidade de uma resposta penal consensual depende de que as partem ajam de boa fé e de que o ordenamento seja capaz de conferir previsibilidade para as consequências do acordo, evitando arbitrariedades e mudanças nas regras do jogo. A lei e o procedimento devem ser claros e, assim como os termos do acordo, devem ser respeitados.

Em última análise, a submissão ao império da lei (bandeira defendida pelo garantismo penal), através da garantia de direitos fundamentais e da segurança jurídica, é a única maneira em que podemos vislumbrar legitimidade na desjudicialização das questões de direito penal.

Nesse sentir, entendemos que o defensor criminal deve, a um só tempo, apoiar tecnicamente a decisão do investigado/acusado e atuar como fiscal da segurança jurídica na justiça penal negocial. E é sobre esse aspecto da atividade do advogado que passamos a tratar.

A negociação como estratégia possível

A Constituição Federal, em seu artigo 133, alçou a figura do advogado como função essencial à justiça. Essa elevadíssima missão constitucional

---

6 BARROSO, Erica Montenegro Alves. Justiça penal negociada sob a ótica do sistema penal garantista. Âmbito jurídico, 2018. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/justica-penal-negociada-sob-a-otica-do-sistema-garantista-penal/#_ftn11. Acesso em: 24/10/2020.

e institucional denota a essencialidade da atuação dos advogados e advogadas na defesa de direitos, garantias e prerrogativas de estatura constitucional e legal – muitos deles dotados de importância indiscutível, como vida, liberdade, honra, imagem, privacidade, liberdades fundamentais, patrimônio e tantos outros.

No campo criminal, é a liberdade que está em questão. À exceção do direito à vida, o bem mais caro com *status* constitucional previsto em nosso ordenamento é a liberdade. Por essa razão, parte da doutrina afirma que não cabe negociação quando a liberdade estiver em jogo.

Aury Lopes Jr. sustenta que, no modelo atual de colaboração premiada, a negociação não se submete aos limites da legalidade e está no âmbito da discricionariedade do Ministério Público[7]. Nesse mesmo sentido, a doutrina, a partir da visão garantista de Ferrajoli, aponta problemas que podem surgir a partir da adoção do modelo da justiça consensual no âmbito penal, como transformação da acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança[8].

Diante desse cenário de incertezas, entendemos que são necessárias mudanças para que os acordos no ambiente criminal se tornem uma boa prática. As mudanças devem ocorrer em relação aos parâmetros legais e à postura dos agentes envolvidos.

Em relação aos parâmetros legais, por força dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, a lei deve descrever o procedimento, as hipóteses e as consequências em minúcias, a fim de evitar discricionariedades e arbitrariedades.

Sobre a postura dos agentes, a atuação do defensor criminal demanda um novo comportamento, em especial no que diz respeito ao acordo de não persecução penal, desenvolvendo inclusive habilidades de conciliação para métodos alternativos de solução de conflitos. Com efeito,

---

7 LOPES JR, Aury. Prefácio. *In:* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 14.

8 GALVÃO, Fernando. Direito penal military negocial: a experiência norte-americana. Observatório da Justiça Penal Militar, 2020. Disponível em: https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/05/20/Direito-Penal-Militar-negocial-a-experi%C3%AAncia-norte-americana. Acesso em: 24/10/2020.

> De acordo com os requisitos previstos em lei, o ANP. é cabível em mais de 70% dos crimes do nosso ordenamento, o que está revolucionando a forma de atuação dos profissionais, em especial advogados e defensores públicos, que estavam acostumados a atuar de forma combativa, e não colaborativa[9].

Obviamente, a mudança de postura deve ocorrer em todos os atores do procedimento. De nada adianta uma parte e um advogado dispostos à negociação se o Ministério Público oferece apenas um verdadeiro contrato de adesão ou se o juiz não assume seu papel de fiscalizar a voluntariedade e a legalidade da tratativa[10]. Entendemos que a solução consensual é direito subjetivo do acusado/investigado, que pode ser usada a seu favor, diante de criteriosa análise do arcabouço de elementos de prova produzidos e da jurisprudência. Porém, para que isso seja possível, todos os envolvidos devem entender que a solução consensual pressupõe concessões recíprocas.

A depender do caso concreto, e até se valendo de investigação defensiva (a análise da culpa na justiça consensual ocorre durante a fase preparatória da ação penal, podendo a defesa, nesse momento, se antecipar e produzir provas que possam ser usadas a favor de seu cliente, inclusive buscando o arquivamento), a defesa pode vir a concluir que é mais benéfico ao acusado se valer do negócio jurídico do que enfrentar o processo penal. No caso específico do acordo de não persecução penal, este deve ser

> firmado de maneira coerente, sem que haja qualquer afronta aos direitos fundamentais ou garantias constitucionais, é necessário que o advogado estude de forma criteriosa o caso concreto e participe ativamente na elaboração das condições, construa o termo em conjunto com o Ministério Público, impedindo-o de criar condições de cumprimento prejudiciais ao acusado, ou, que venham a significar restrição à sua liberdade de forma indevida e desnecessária[11].

---

9 ROSA, Luisa Walter da. É incabível o acordo de não persecução penal em caso de arquivamento. Canal de Ciências Criminais, 2020. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/e-incabivel-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-em-casos-de-arquivamento/. Acesso em: 20/10/2020.

10 Ibidem.

11 MONTEIRO, Pedro. O papel do advogado no acordo de não persecução penal. Canal de ciências criminais, 2020. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/o-papel-do-advogado-no-acordo-de-nao-persecucao-penal/. Acesso em: 24/10/2020.

Mais do que nunca, a presença da defesa técnica efetiva deve ser exigida, de modo que entendemos que a defesa técnica deficiente é causa de nulidade do acordo.

É bem verdade que, ao realizar um acordo, o acusado abre mão de direitos como o julgamento por um juiz imparcial e o de não se auto incriminar. Apenas através de um juízo de ponderação técnico é que será possível avaliar se vale a pena abrir mão dessas garantias em prol da melhor defesa possível. Nesse sentir, é o advogado que oferece elementos para que o acusado possa aderir, ou não, à proposta negociada. E mais, cabe ao advogado, na condição de fiscal da segurança jurídica, analisar os termos do acordo para garantir a segurança jurídica da negociação.

Conclusão

A expansão de bens jurídicos tutelados pelo direito penal demanda, a cada dia, mecanismos para que a resposta estatal, no âmbito de seu poder punitivo, seja célere e eficiente. O processo penal moroso é capaz de ensejar, a um só tempo, injustiça e impunidade.

A legislação brasileira tem buscado nos espaços de consenso mecanismos para conferir celeridade processual aos ilícitos penais, sobretudo nos casos em que as penas são reduzidas. Atualmente, encontram previsão na lei a transação penal, a suspensão condicional do processo, a composição civil dos danos, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal.

À luz do garantismo penal, o modelo de justiça negocial somente poderá ser legítimo se respeitados os parâmetros de voluntariedade, garantia de defesa efetiva e segurança jurídica. Assim, entendemos que mecanismos de justiça consensual podem ser usados no âmbito penal como estratégia de defesa, desde que a escolha por esse caminho seja voluntária e que seja garantida segurança jurídica.

O papel do defensor criminal deve ser o de trazer elementos técnicos, traçando uma estratégia de defesa, para que o acusado/investigado possa aderir, ou não, às propostas consensuais. Além disso, na hipótese de opção pelo negócio jurídico, cabe ao defensor criminal zelar pela segurança jurídica dos termos do acordo. Respeitados os parâmetros aqui expostos, entendemos que há espaço para a justiça negocial no âmbito do direito penal, e que os profissionais da área devem se adaptar a essa nova realidade, vislumbrando o consenso como uma opção dentre as possíveis.

Referências

ANDRADE, Ricardo Rangel de; MELO, Julio Gonçalves. Acordo de persecução penal: aprofundamento da atuação negocial do Ministério Público e valorização da autonomia da vontade do investigado. Migalhas, 2020. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/266286/acordo-de-nao-persecucao-penal-aprofundamento-da-atuacao-negocial-do-ministerio-publico-e-valorizacao-da-autonomia-da-vontade-do-investigado. Acesso em: 24/10/2020.

BARROSO, Erica Montenegro Alves. Justiça penal negociada sob a ótica do sistema penal garantista. Âmbito jurídico, 2018. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/justica-penal-negociada-sob-a-otica-do-sistema-garantista-penal/#_ftn11. Acesso em: 24/10/2020.

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

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALVÃO, Fernando. Direito penal military negocial: a experiência norte-americana. Observatório da Justiça Penal Militar, 2020. Disponível em: https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/05/20/Direito-Penal-Militar-negocial-a-experi%C3%AAncia-norte-americana. Acesso em: 24/10/2020.

LOPES JR, Aury. Prefácio. *In:* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MONTEIRO, Pedro. O papel do advogado no acordo de não persecução penal. Canal de ciências criminais, 2020. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/o-papel-do-advogado-no-acordo-de-nao-persecucao-penal/. Acesso em: 24/10/2020.

ROSA, Luisa Walter da. É incabível o acordo de não persecução penal em caso de arquivamento. Canal de Ciências Criminais, 2020. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/e-incabivel-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-em-casos-de-arquivamento/. Acesso em: 20/10/2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 1, 2016.

35

MEMORIAIS ADITIVOS
Levando ao extremo o princípio da ampla defesa na atividade impugnativa processual penal

Nestor Eduardo Araruna Santiago

A doutrina já consagrou a ideia que o direito ao recurso é prolongamento do direito de ação e de defesa, pois acontece dentro de uma mesma relação processual. Decorre de uma situação jurídica conhecida como *sucumbência*, que é a perda de um interesse juridicamente relevante, mas que não tem efeitos de natureza patrimonial – por óbvio, já que o processo penal é, por excelência, o *locus* de discussão da liberdade do cidadão, e esta é a análise a que se propõe este texto. Ainda que a minirreforma de 2008 tenha trazido a indenização causada pelo crime para o campo processual penal, como forma de, indiretamente, inserir a vítima no debate, ainda prevalece a noção de que a questão maior a se debater é, sim, o direito de ir, vir e permanecer.

E quanto a este ponto – a liberdade ambulatória – já se consagrou que o *habeas corpus* é a ação constitucional por excelência para protegê-la, sendo que o Supremo Tribunal Federal (STF) teve papel preponderante no que se convencionou chamar de *doutrina brasileira do habeas corpus*, surgida nos primórdios da Primeira República e que teve como principal baluarte o advogado e jurista Ruy Barbosa. Aliás, vale sempre lembrar que há um busto dele na entrada do STF, haja vista sua importância do trabalho que desempenhou como advogado, mas também sua participação determinante em Haia, na 2ª Conferência Internacional da Paz.

E a lembrança feita aqui ao *habeas corpus* serve para demarcar a diferença deste instituto e os recursos no processo penal, ordinários ou extraordinários: enquanto o recurso é um desdobramento do direito de ação e de defesa, o *habeas corpus* inaugura nova relação jurídica, decorrente de

situação jurídica em que o direito de deambular se veja limitado ou em vias de o ser. Portanto, a confusão normalmente que se faz – com a ajuda do vetusto Código de Processo Penal (CPP) – ao colocar recursos e *habeas corpus* no mesmo plano somente enfraquece o papel deste em detrimento daquele, com prejuízo à própria história do *habeas corpus*. Assim, ao falarmos em *medidas impugnativas*, estaremos utilizando a locução mais adequada, juridicamente falando.

Ainda que se faça a diferença a respeito da natureza jurídica entre os recursos e o *habeas corpus* – um como prolongamento do direito de ação e de defesa, outro como ação autônoma de impugnação – em um ponto há uma proximidade inegável: em ambos os casos, o uso do foro já consagrou a prática da apresentação de *memoriais escritos* antes do julgamento do órgão colegiado do Tribunal. Não se trata de algo que se aprende nos bancos das Faculdades de Direito pelo Brasil afora, e nem é algo que os antigos manuais de Prática Forense Penal também trouxessem em seu conteúdo; sequer há previsão legal ou mesmo regimental. Entretanto, uma breve consulta à tabela de honorários de várias Secções da Ordem dos Advogados do Brasil mostrará que o advogado poderá ser contratado para interpor o recurso, apresentar memoriais escritos e/ou fazer a sustentação oral.

Por não haver previsão normativa para os memoriais escritos, não há, obviamente, regras do que neles pode constar. É importante que o defensor encarregado de sua elaboração tenha em mente que seu conteúdo deve ser um resumo do que está sendo debatido na causa: nada de se alongar em exposições que já deveriam constar do conteúdo das razões ou contrarrazões recursais, ou mesmo da impetração do *habeas corpus*. A elaboração de bons memoriais deve guardar a parcimônia, o comedimento, em que o profissional deve exercer ao máximo seu poder de síntese, porque é isso que os memoriais são: uma síntese da questão penal posta em julgamento.

Por ser uma síntese, deve se procurar manter um limite máximo de páginas: alguns colegas falam em três, outros em quatro, alguns mais em cinco. Certamente a extensão da peça escrita dependerá muito do tamanho da peça principal que tenha sido apresentada ao Tribunal, mas seu tamanho carece de consenso. Tenho por hábito não ultrapassar as cinco páginas, já que, nas minhas atuações perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, no Recife, a assessoria de gabinete de alguns Desembargadores solicita, ainda que informalmente, que este quantitativo

não seja ultrapassado, mormente se a peça for encaminhada por e-mail e se a sustentação oral que se lhe segue for feita por videoconferência. Não é uma regra inflexível, já afirmei, mas os defensores procuram segui-la, até para que não haja prejuízo para a estratégia processual adotada.

Vem ganhando espaço nas peças jurídicas de uma forma geral o uso de elementos visuais e gráficos, que vem sendo explorado por defensores que estão familiarizados com o *visual law*, que é um dos pontos estudados dentro do *legal design*. Trata-se de forma interessante e diferente de apresentar argumentos jurídicos, inovando no meio de entrega da informação já contida no curso do processo, saindo um pouco do formalismo estrutural dos "fatos-fundamentos-pedido", com a intenção de esclarecer pontos controversos e de facilitar a compreensão dos julgadores e seus assessores, sempre assoberbados com o acúmulo processual e com pouco tempo de fazer uma leitura mais alentada de todos os casos que vão a julgamento.

Embora com menos intensidade, a utilização de vídeo como forma de complementar os memoriais escritos, disponibilizando-se na peça o *link* de acesso por QR Code, endereço no YouTube ou em qualquer outra plataforma de vídeo ou de hospedagem de arquivos em nuvem. Cuida-se de excelente meio de serem apresentados os argumentos pelo provimento ou não provimento do recurso, ou pela concessão da ordem de *habeas corpus*, pelo que se recomenda a mesma parcimônia, síntese e objetividade da peça escrita, produzindo-se um vídeo de 3 minutos, no máximo.

Para além das inovações visuais, gráficas e tecnológicas que possam existir na peça de natureza extraordinária nominada de memoriais escritos, há uma questão que surge na prática recursal, decorrente da substituição de defensores que atuaram na primeira instância e apresentaram razões ou contrarrazões (ou mesmo na impetração do *habeas corpus*) por outros que passam a atuar a partir da apresentação das razões ou contrarrazões recursais (ou mesmo na sustentação oral do *habeas corpus*).

Veja-se: não se trata de uma substituição usual, em que os novos Defensores fazem todo o peticionamento na fase recursal, podendo explorar pontos ainda não devidamente explorados pelo(s) defensor(es) responsável(is) anteriormente pelo caso, que atuaram até a prolação da sentença. A situação aqui é muito específica: a substituição do profissional se dá *após* a apresentação das peças escritas, restando pouco espaço de manobra para que o profissional recém-contratado possa inovar em argumentos a serem

apresentados ao Tribunal, seja de forma escrita, seja na sustentação oral. Costumo comparar estas situações àquelas que ocorrem no exercício da docência acadêmica, em que o professor efetivo da disciplina precisa ser substituído às pressas por outro colega, em razão de motivos profissionais ou pessoais, causando grande ansiedade nos discentes.

Na situação em que a atuação do novo profissional ocorre após a apresentação das razões e/ou contrarrazões, ou no momento da realização da sustentação oral perante os Tribunais, a regra da complementaridade recursal deve ser compreendida de forma a ser aplicada também a estes casos. Originariamente, referida regra "significa a possibilidade de complementação do recurso em razão de modificação superveniente na fundamentação da decisão"[1], como, por exemplo, os efeitos infringentes aplicados a uma sentença em decorrência da oposição de embargos declaratórios pelo Ministério Público em razão da qual a defesa já apresentara razões recursais.

A ideia de complementaridade recursal, tal como apresentada, nada mais é do que a aplicação adequada do princípio constitucional da ampla defesa, que prevê aos acusados os meios e recursos a ela inerentes, da qual não podem se excluir manifestações orais e escritas antes de qualquer julgamento, em qualquer instância, mormente se houver modificações substanciais na fundamentação, ou até mesmo na decisão que foi objeto de impugnação. Também falam sobre complementaridade Sergio Rebouças e André Nicolitt[2], lembrando que não há preclusão consumativa em decorrência de modificação na decisão recorrida, conforme regra aplicada de forma subsidiária (art. 3º do CPP), de acordo com a previsão do § 4º do art. 1024 do Código de Processo Civil. De forma um pouco distinta sobre a mesma regra, mas com o mesmo sentido, pronuncia-se Eugênio Pacelli de Oliveira[3].

Para estas situações, Aury Lopes Júnior menciona se tratar ser possível a apresentação de *memoriais aditivos*, a serem entregues para cada Ministro ou Desembargador que irá participar do julgamento da medida

---

1 LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1062.

2 NICOLITT, André. Manual de processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 557; REBOUÇAS, Sergio. Curso de direito processual penal. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1256-1257.

3 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 959.

impugnativa, com a possibilidade, também, de protocolização nos autos. Ressalta, ainda, que não há qualquer violação do contraditório, porque o Ministério Público poderá fazer o devido contraponto antes do julgamento do caso penal, especialmente se houver sustentação oral por parte do Defensor. Cabe aqui salientar que o Prof. Aury Lopes Júnior é o único doutrinador brasileiro que fala sobre memoriais aditivos – ou, pelo menos, nomeia a peça aditiva desta forma.

Voltando à questão posta – substituição de defensor após a apresentação de razões e/ou contrarrazões recursais, ou mesmo após a impetração de *habeas corpus* – também os *memoriais aditivos* devem ser utilizados de forma indiscriminada, sempre em prol do princípio da ampla defesa. Não se deve impossibilitar ao novo Defensor que assume a demanda a chance de acrescentar novos argumentos à impugnação, principalmente se estes levarem ao reconhecimento de alguma irregularidade processual em razão da qual deva ser imposta a sanção de nulidade, ou mesmo uma situação clara de revisão do mérito – absolvição, redução do *quantum* da pena imposta, modificação de regime, classificação do fato etc. A qualquer objeção que se faça com relação à impossibilidade de impugnação por parte do representante ministerial que funciona perante o Tribunal, ela deve ser contestada pelo fato de que ele terá o momento certo de se manifestar oralmente antes do julgamento da medida impugnativa, e que talvez não o tivesse caso o Tribunal, por exemplo, reconhecesse de ofício alguma irregularidade processual.

O ponto é que os memoriais aditivos, assim nominados por Aury Lopes Júnior, devem ir *além* da regra da complementaridade, de modo a permitir que a defesa técnica possa alcançar seu máximo de eficiência. Vale lembrar que os Tribunais têm por obrigação constitucional o dever de analisar toda a matéria processual e de mérito que possa ser benéfica ao acusado. Então, mais sentido ainda tem o uso dos memoriais aditivos para além da situação que seria considerada "normal" no fluxo procedimental, com o intuito de objetivar o debate e suscitar questões que podem não ter sido adequadamente trabalhadas pelo defensor que foi substituído após a interposição recursal ou impetração do *habeas corpus*.

36

JUSTIÇA PENAL (IN)JUSTA
Reflexões sobre a persecução penal

Obregon Gonçalves

Introdução

O tema proposto "o sistema de justiça penal visto por nós advogados" é palpitante. É a oportunidade que o advogado criminalista militante tem de apresentar a sua ótica da justiça penal. A matéria aguça minha memória, minha vida, minha militância profissional. Exerço a advocacia criminal no Foro da Justiça Comum e Justiça Militar, há 60 (sessenta) anos, o que nos dá a oportunidade de discorrer não só acerca das dificuldades do exercício da profissão, como também um pouco da história da advocacia, neste período.

Desenvolvimento

Ao iniciar a carreira profissional no ano de 1960, a Legislação Penal em vigor era composta pelo Código Penal, fruto de um Decreto Lei que entrou vigor em 1942, enquanto o Código de Processo Penal, também fruto de Decreto Lei, havia entrado em vigor em 1941. O procedimento era regido pelo princípio inquisitório. É importante relatar que o Juiz presidia a audiência, mas também produzia toda a prova, pois era o primeiro a inquirir. O Representante do Ministério Público poucas vezes se fazia presente na audiência, assinando a ata da audiência posteriormente. Vale dizer, toda a prova da acusação era resultado da ação do Juiz. O mesmo Juiz que produzia a prova, também julgava o feito. Havia juízes justos, muito poucos, como haviam juízes que aplicavam o Código Penal condenatório.

O Brasil que saia de um período de exceção, de uma ditadura comandada por Getúlio Vargas, ainda não havia absorvido o regime democrático. Os inquéritos policiais eram regidos pelo que se denominava

"rainha das provas", a confissão, imperando os processos "científicos" do "pau de arara", do "telefone". Os suspeitos eram presos pela famosa prisão "correcional", destituída de autorização Judicial, ocasião em que eram submetidos a interrogatórios. A primeira legislação visando coibir a arbitrariedade policial, a tortura, foi a Lei n. 4898/65. A história da Justiça Penal nos dá conhecer centenas de condenações que foram fruto da tortura, sendo a mais famosa, o caso dos *irmãos Naves*, defendido pelo bravo advogado João Alamy Filho.

Mas, no Brasil, a história sempre se repete. Em primeiro de abril de 1964, voltamos aos tempos antigos, eclode a revolução, as garantias individuais são suspensas, a justiça é submetida ao poder central, o *habeas corpus* é suspenso. Os advogados passam a sofrer ameaças, sendo que vários colegas de profissão são presos. O Conselho Federal da OAB sofre atentado a bomba, o apartamento do professor Raimundo Cândido, então presidente da OAB, também, é atacado por bomba.

Na época, defendíamos centenas de cidadãos acusados de supostos crimes contra a segurança nacional. No ano de 1973, quando exercia a Presidência da Caixa da Assistência dos Advogados de Minas Gerais, ao descer do veículo que me conduzia à sede da Caixa de Assistência na Rua Albita, defronte ao prédio da OAB, fui surpreendido pelo estrondo de uma bomba e, ao verificar o que havia acontecido, o carro do qual eu havia acabado de descer estava em chamas. Posteriormente, constatou-se que o carro foi incendiado por um coquetel molotov, que havia sido lançado de um veículo que transitava pelo local. Era a ameaça, a tortura, a intimidação.

Mas como dizia o grande Sobral Pinto, com o qual tive a honra de dividir algumas vezes a mesma Tribuna em defesa de presos políticos: *a advocacia não é profissão para covardes*.

Não me intimidei. Prossegui na defesa daqueles que me confiaram os seus destinos.

O exercício da advocacia não é para todos. O advogado tem que ser um vocacionado. Costumo comparar o exercício da advocacia ao músico que toca flauta: se não tiver embocadura, jamais tirará um som mavioso de seu instrumento. A flauta não tem palheta, é o músico que tem que produzir o som com os lábios.

Restabelecido o Estado de Direito com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com as reformas da legislação penal de 2008, através das Leis 11.689/08 e Lei n. 11.719/08, ocorreram profundas

modificações quanto ao procedimento do Júri e quanto ao procedimento comum. Porém, tais alterações não foram e ainda não são absorvidas por alguns juízes, que continuam na gestão da prova, como verdadeiros juízes inquisidores. É preciso que os juízes que se encontram na presidência dos procedimentos saibam que não mais existe o Juiz inquisidor, estando em vigor o sistema acusatório, onde a iniciativa probatória é das partes, devendo o Juiz permanecer na imparcialidade.

Alguns juízes valem-se da redação do artigo 156 do Código de Processo Penal, que lhes defere alguns poderes instrutórios, assumindo a posição de inquisidores, quando na verdade o Juiz é o terceiro na relação processual, cuja função é a de julgar, devendo permanecer na imparcialidade, requisito Garantista do sistema acusatório. Aury Lopes Júnior citando Ferrajoli, leciona:

> A posição do juiz é o ponto nevrálgico da questão na medida em que 'ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz expectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório sem embargo, um juiz ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerto, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação'.[1]

Ainda segundo Aury, nas palavras de Ferrajoli: "são características do sistema acusatório a separação rígida entre o Juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento".[2]

No dia a dia do exercício da advocacia, deparamos sempre com o não reconhecimento da paridade de armas. Ao Ministério Público todos os pleitos são deferidos. À defesa nem sempre são acolhidos os meios de provas. A comprovação do cumprimento de prazos é realizada através do sistema de protocolo mecânico do Fórum. Ao Órgão Acusador não se exige o protocolo de arrazoados, bem como de petições recursais. Quando questionados tais privilégios, vem o argumento de que tal fato não acarretou prejuízo para a defesa, quando na verdade, nos casos dos prazos fatais, podem acarretar, inclusive, a preclusão recursal.

---

1 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 50.

2 Op. cit.,

Todo cidadão tem direto a uma prestação Jurisdicional adequada, de ser julgado dentro de um prazo razoável. O Código de Processo Penal prevê prazos para vários procedimentos sem, contudo, fixar sanções pelo seu não cumprimento. Os únicos que sofrem sanções são os advogados que podem ser punidos com multas e outras sanções, que não se estendem ao Órgão Acusador, tampouco a outros atores envolvidos no processo. Trata-se de uma discriminação.

No rito ordinário, previsto no art. 399, § 2º c/c art. 400, ambos do Código de Processo Penal, determinam que a audiência de instrução e julgamento deverá ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias. No rito sumário, o prazo para a realização da audiência da instrução e julgamento é de 30 (trinta) dias, a teor do art. 399, § 2º, c/c art. 531, do Código de Processo Penal.

Nos procedimentos de competência do Júri, o prazo máximo para a realização da audiência de instrução e julgamento é de 90 (noventa) dias, nos termos do art. 400 do Código de Processo Penal, no entanto, o Código de Processo Penal em nenhum momento define o prazo máximo para o encerramento do processo, isto é, para a sentença de primeiro grau, inexistido qualquer sanção por eventual demora no encerramento do processo.

O art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, prevê que: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O inquérito policial também tem prazos fixados para o seu encerramento. O art. 10 de Código de Processo Penal, fixa o prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado estiver preso e de 30 (trinta) dias, se estiver solto e, quando o fato for de difícil elucidação, o Juiz poderá, a pedido da Autoridade Policial, fixar prazo para complementação das diligências. É verdade que existem prazos fixados no Código de Processo Penal, porém inexiste qualquer sanção pelo não cumprimento dos prazos legais.

A demora na prestação Jurisdicional constitui uma violação à Constituição e ao direito do cidadão. Tornou-se comum dizer que a demora favorece à defesa, sendo do interesse dos advogados a procrastinação dos processos. Enganam-se os que assim pensam, porque a demora na prestação Jurisdicional se transforma, na maioria das vezes, em pena prévia à sentença, no dizer de Aury Lopes Júnior,

> (...) através da estigmatização, da angústia prolongada, da restrição de bens e, em muitos casos, através de verdadeiras penas

> privativas de liberdade aplicadas antecipadamente (prisões cautelares). É o que CARNELUTTI define como a *misure di soffrenza spirituale ou di umiliazione*. O mais grave é que o custo da pena processo não é meramente econômico, mas social e psicológico.[3]

A falta de celeridade do andamento processual, também, está atrelada ao pequeno número varas criminais e à má gestão dos serviços Cartorários. Ao longo dos anos temos constatado o *ping-pong* existente entre a Autoridade Policial e o Órgão do Ministério Público, com os constantes requerimentos para o encerramento dos inquéritos policiais, que as vezes chegam a atingir 15 (quinze) anos (em processos de homicídio). Os inquéritos policiais têm prazos limites para o seu encerramento. Aury Lopes Júnior, leciona:

> Também é importante compreender que as pessoas têm o direito a razoável duração do processo estando presas (neste caso a demora é ainda mais grave) ou soltas (pois o processo é uma pena em si mesmo); sendo absolvidas ou condenadas ao final (a condenação não legitima a demora, sob pena de os fins justificarem a barbárie dos meios (...)). No Brasil, infelizmente, a visão sempre foi muito reducionista, falando-se apenas em excesso de prazo na prisão cautelar. O direito fundamental do artigo 5º, LXXVIII da Constituição é muito mais amplo e abrangente do que isso.[4]

É verdade que não se desconhece a carência de pessoal e a falta de estrutura para o funcionamento da polícia. Anderson Paiva Gabriel, em magnífico artigo, assim tratou a matéria:

> As dificuldades operacionais da polícia são enormes e notórias, mas, ainda assim, o cidadão que é vítima de um crime faz jus a uma resposta do Estado em um prazo razoável, ainda que seja o insucesso da investigação. É uma exigência constitucional do Estado Democrático de Direito. Posto isso, analisando o enorme passivo que se acumula há décadas nas delegacias, devemos

---

3 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 79-80.

4 LOPES JR, Aury. Direito à duração razoável do processo tem sido ignorado no país. Revista Consultor Jurídico, 25 jul. 2014. Disponível em: http://www.Conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais. Acesso em 23 jul. 2020.

> salientar que, lamentavelmente, existem muitos inquéritos policiais que simplesmente aguardam que o crime apurado seja fulminado pela prescrição (art. 107, III do CP). São procedimentos que, face o dilatado prazo prescricional e a completa ausência de diligências úteis a se realizar, simplesmente passam anos tramitando entre polícia, ministério público e juiz (em alguns Estados, diretamente entre polícia e *parquet*) com infindáveis protestos por renovação de prazo. Há de se destacar que o transcurso do tempo é um dos maiores inimigos do êxito de apuração de um crime, impactando sobremaneira sobre todos os possíveis 'elementos investigativos' que poderiam ser colhidos para lastrear a justa causa necessária a deflagração da ação penal, o que maximiza a potencial inefetividade de prosseguimento do inquérito. (...) A permanência desses inquéritos nas delegacias congestiona os cartórios e emperra as investigações que ainda tem chance de demonstrar a materialidade e os indícios de autoria de um crime, ou seja, de terem sucesso investigativo, o que atenta contra o princípio constitucional da eficiência, que deve nortear a Administração Pública.[5]

Os juízes que presidem o procedimento devem fiscalizar os reiterados pedidos de devolução dos autos, para o prosseguimento das diligências. O inquérito também deve obedecer ao princípio da duração razoável do processo, e o Juiz é o garantidor dos direitos fundamentais, devendo em razão do exercício funcional impedir a violação de uma das garantias do direito funcional.

O Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal adotaram nova metodologia para resolver o grande volume de recursos endereçados àqueles Sodalícios, sejam recursos ordinários em *habeas corpus*, recursos especiais, recurso extraordinários, além de alguns pedidos de *habeas corpus*. Os recursos são colocados nas prateleiras por longo tempo e, durante este tempo, alguns servidores daquelas Egrégias Cortes, mantêm o monitoramento dos feitos em primeira instância e, tão logo sejam

---

5 GABRIEL, Anderson de Paiva. A duração razoável dos procedimentos investigativos: reflexões sobre a justiça contemporânea. Jota, 01 out. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-duracao-razoavel-dos-procedimentos-investigativos-01102018#sdfootnote9sym. Acesso em 22 jul. 2020.

julgados, juntam aos autos do recurso a informação constante zdo site do Tribunal *a quo* e julgam os recursos prejudicados. É a negação da obrigatoriedade da prestação Jurisdicional. É tudo o que não pode acontecer no Estado Democrático de Direito.

Conclusão

O princípio da inocência vem há muito sendo atacado por aqueles que se dizem preocupados com a impunidade. Confundem a impunidade com justiça, não procurando verificar as verdadeiras causas da impunidade: *a morosidade da justiça, causada por vários motivos*. Mas, o que mais me preocupa, é o fato de, a cada dia, reduzir os instrumentos de defesa, especialmente os recursos. A Lei Anticrime n. º 13.964/19, retoma com a obrigatoriedade da prisão em casos de condenações perante o Tribunal do Júri. Noutro vértice, atenua as punições em relação aos crimes contra o patrimônio particular e público, estabelecendo que somente se procederá mediante representação nos crimes de estelionato e, nos crimes praticados sem violência, cuja pena não for superior a 04 (quatro) anos, será deferido o acordo de não persecução penal. Resultado da Ópera: no caso do Decreto Lei n. 201/67, peculato, apropriação indébita e outros, ninguém mais ficará preso. Tais crimes praticados, geralmente, por agentes públicos contra a Fazenda Pública, repercutindo na assistência à saúde, à educação, aos menos favorecidos. Nas palavras do Juiz Carlos Haddad

> A desigualdade social gera dois tipos de clientes penais: os do andar de cima e os do andar de baixo. Os primeiros possuem automóvel, estudaram em escolas particulares e têm plano de saúde. O lumpemproletariado criminal faz uso do transporte coletivo, se frequentou, foram escolas públicas, e cuida da saúde no SUS. A diferenciação existente, por incrível que pareça, tem reconhecimento jurídico: foro privilegiado, suspensão de ação penal contra parlamentares, escolha de local, dia e hora para juízes e promotores deporem, prisão especial para advogados, isenção de serviço do júri para vereadores.[6]

[6] HADDAD, Carlos. Sistema de justiça criminal: construído para não funcionar. Revista Consultor Jurídico, 31 jan. 2016. Disponível em: https://www.Conjur.com.br/2016-jan-31/segunda-leitura-sistema-justica-criminal-construido-nao-funcionar#: ~: text=Ronald%20Biggs%2C%20ao%20vir%20para, lava%20jato%22%2C%20pouco%20mudou. Acesso em 20 jul. 2020.

Precisamos acabar com o privilégio. O que será impunidade dentro deste conceito político-jurídico? A Justiça Penal deve ser igual para todos.

Referências

GABRIEL, Anderson de Paiva. A duração razoável dos procedimentos investigativos: reflexões sobre a justiça contemporânea. Jota, 01 out. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-duracao-razoavel-dos-procedimentos-investigativos--01102018#sdfootnote9sym. Acesso em 22 jul. 2020.

HADDAD, Carlos. Sistema de justiça criminal: construído para não funcionar. Revista Consultor Jurídico, 31 jan. 2016. Disponível em: https://www.Conjur.com.br/2016-jan-31/segunda-leitura-sistema-justica-criminal-construido-nao-funcionar#: ~: text=Ronald%20Biggs%2C%20ao%20vir%20para,lava%20jato%22%2C%20pouco%20mudou. Acesso em 20 jul. 2020.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR, Aury. Direito à duração razoável do processo tem sido ignorado no país. Revista Consultor Jurídico, 25 jul. 2014. Disponível em: http://www.Conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais. Acesso em 23 jul. 2020.

37

ADVOCACIA CRIMINAL E INVESTIGAÇÕES EMPRESARIAIS
Desafios do direito penal econômico

Paula Brener

Introdução

O presente ensaio é redigido atendendo ao convite do Instituto dos Advogados de Minas Gerais para uma obra cuja finalidade é conjugar reflexões sobre a advocacia e o sistema de justiça criminal. Muito me alegra participar desta obra, iniciativa fundamental dos advogados Felipe Martins Pinto, Leonardo Marinho Marques e Luciano Santos Lopes. Conforma-se um fórum único para que se coloquem em questão os desafios contemporâneos da advocacia criminal, clamando por um engajamento democrático na efetivação do direito fundamental a uma defesa efetiva. Espera-se aqui contribuir com tão relevante iniciativa trazendo algumas questões com as quais me deparei em minha atuação, apresentando um panorama das peculiaridades e desafios da advocacia no âmbito do Direito Penal Econômico.

Comecemos esta reflexão destacando que discorrer sobre o sistema de justiça é tarefa nada fácil. Afinal, requer uma análise sobre a interação entre instituições, os influxos de poder, os ideais de correção e equidade, em suma: um enorme arcabouço positivado de normas que se pretendem completas e justas em sua articulação prática pela efetivação da Justiça. Não por outro motivo, o tema parece sempre despertar opiniões discordantes e emotivas. De um modo geral, na sociedade contemporânea, verifica-se uma crescente percepção do direito como um instrumento de efetivação de interesses, conquista de direitos e emancipação. Esse fenômeno pode ser observado, exemplificativamente, pela observação da evolução do papel do Supremo Tribunal Federal,

o qual se tornou protagonista na determinação de pautas políticas centrais para a sociedade[1].

A percepção do direito como uma arena para a resolução de problemas, definição de políticas e conquista de interesses pessoais e patrimoniais acarretou severas consequências para o direito penal. Compreendido como um forte instrumento coercitivo para a proteção de bens jurídicos, o direito penal avançou e se expandiu para as mais diversas searas jurídicas. Aproveita-se do seu valor simbólico para fazer valer interesses antes reduzidos às esferas negociais, políticas, concorrenciais, familiares, dentre outras. Essa expansão pode ser identificada não apenas na prática jurídica, como também apresenta reflexos nas próprias reformas sobre o direito e processo penal, as quais convergem para a expansão de espaços de consenso e negociação no sistema de justiça criminal[2].

---

1 Vale apresentar em nota alguns exemplos apenas ilustrativos desse protagonismo, representativos da crescente judicialização de pautas políticas essenciais no STF: AgRg/RE 271.286-8-RS (distribuição do coquetel anti-HIV); ADI 3197 (cotas raciais de ingresso pelo ProUni) e ADPF 186 (cotas raciais de ingresso pela UNB); ADI 3137 (controle do porte de arma de fogo estabelecido no Estatuto do Desarmamento); ADPF 54 (utilização para fins de pesquisa científica de células-tronco embrionárias); MI 670-9-ES (direito de greve dos funcionários públicos); PET 3388 (demarcação de terras indígenas); ADPF 132 e ADI 4277 (união homoafetiva); ADPF 54 (aborto em hipóteses de anencefalia); HC 124 306, decidido pela 1ª turma do tribunal, (avanço inicial rumo à descriminalização do aborto consentido no início da gestação); ADI 4815 (publicação de biografias não autorizadas); ADC 29 e 30 e ADI 4578 (constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa); ADC 43 e 44 (execução provisória de sentença condenatória com a decretação da prisão em segunda instância); ADO 26 e MI 4733 (criminalização da LGBTI+fobia como hipótese de racismo). Para uma análise mais aprofundada sobre esse panorama, *cf.* VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

2 Essa tendência pode ser observada, de *lege lata,* pela composição de danos e a transação penal (Lei nª 9.099/95), as colaborações premiadas (Lei 12.850/13 e, recentemente, a Lei 13.964/19) e, por fim, a inserção do Acordo de Não Persecução Penal pela Lei n. 13.964/2019, muito comparado e associado a características do *plea bargain* norte americano. Para maior aprofundamento, *cf.* BRENER, Paula. Direito penal negocial após a Lei n. 13.964/2019: uma contribuição às discussões sobre o Acordo de Não Persecução Penal. *In:* GOMES, Carla S. C. L. B. *et al*. (Org.). *20 anos do Instituto de Ciências Penais*: Estudos em Homenagem à Professora Sheila Jorge Selim de Sales. Belo Horizonte: IAMG, 2020, p. 371-391; PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. A participação da vítima no processo penal: análise crítica do conceito de partes adequado ao modelo democrático de processo penal. *In: Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais* – PUCRS. v. 04. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2017. p. 191-211.

Relevantes também as discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a ampliação da participação da vítima no processo e mesmo a inclusão da parte civil no processo penal[3].

Conforme o direito penal se amplia para as esferas econômicas e empresariais, comportando novos interesses em seu jogo processual e ampliando sua complexidade, também a advocacia criminal precisa se transformar. A efetividade da defesa nesse contexto demanda crescentemente que o advogado se antecipe, que atue de modo dinâmico dentro de empresas e grupos econômicos, adaptando-se a uma nova e complexa rede de interesses que precisa enfrentar. Precisa fazer valer direitos e garantias fundamentais de seus clientes para muito além da simples arena do litígio judicial, realizando a gestão antecipada de crises e verdadeiros procedimentos de investigação defensiva[4] no âmbito empresarial para a obtenção de elementos de prova que permitam desenvolver estratégias sofisticadas de modo independente. E, tudo isso em consideração às necessidades do cliente no contexto corporativo, com o atendimento a rigorosos padrões de conformidade.

Adiante, aprofundaremos a análise sobre os desafios da atuação do criminalista na condução e acompanhamento de investigações empresariais, lançando luz sobre as dinâmicas do exercício de uma defesa ampla e efetiva no direito penal econômico. Inicialmente, apontaremos para as novas tendências de atribuição de responsabilidade penal e em como é relevante a reação das empresas diante disso. No segundo tópico serão delimitadas as diferentes formas de investigações empresariais, precisamente i)

---

3 Se o Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) ampliou os espaços de consenso e as oportunidades de manifestação da vítima – como no arquivamento do inquérito policial –, o Projeto de novo Código de Processo Penal (PL n. 8.045/2010) chegou a ir além, propondo, inicialmente, a inserção no ordenamento da própria figura da parte civil.

4 O Provimento n. 188/2018 da OAB representa um grande avanço na regulamentação da atuação profissional do advogado na realização de diligências investigatórias defensivas. Tais investigações defensivas, entretanto, não se confundem com as chamadas investigações internas de *compliance*. Ambas as formas de investigações no âmbito empresarial devem ser conduzidas conforme os mais elevados padrões de integridade, devendo ser assegurada a transparência e a informação a todos os envolvidos. É, contudo, imprescindível que reste claro que, no caso das investigações defensivas, o que se realiza são diligências investigatórias voltadas especificamente para a Defesa do cliente, para a instrução do respectivo procedimento ou processo criminal, não consistindo em ampla apuração interna de fatos na empresa. Ressalta-se aqui que se trata de prerrogativa profissional e deve ser devidamente protegida e assegurada.

as investigações internas, ii) as investigações de qualidade e auditorias e iii) as investigações defensivas. Sobre esse último procedimento será dedicada especial atenção no tópico três, abordando-se suas potencialidades e relevância no contexto mercadológico. No quarto ponto, será exposto um breve panorama das provas defensivas, como forma de enfrentamento das desigualdades processuais, em busca de uma efetiva defesa em paridade de armas. Por fim, serão apontadas as considerações finais.

Desafios do direito penal econômico e gestão de riscos

A ordenação penal moderna tem se caracterizado por uma expansão das técnicas gerencialistas de controle e a redução do espaço dos riscos permitidos[5], sob o – questionável – argumento de se oferecer resposta aos problemas e inseguranças contemporâneos que tornariam insuficientes as técnicas clássicas de enfrentamento à criminalidade. Nesse contexto, a reação do Estado tem caminhado no sentido de uma socialização de riscos e um incremento contínuo da responsabilização criminal de gestores fundamentada em deveres objetivos de cuidado e de garantidor.

A inflação desses deveres, consubstanciada pelo paradigma da sociedade do controle[6], confere ampla margem a uma indevida ingerência estatal sobre os negócios e sobre a atividade empresarial. Torna-se comum a vinculação de dirigentes a Termos de Ajustamento de Condutas (TAC) e a programas de integridade extremamente amplos, os quais abarcam inúmeros deveres especiais até mesmo sobre a esfera de terceiros. A título de exemplo, a imposição de *due diligence* e auditorias sobre parceiros e colaboradores. Socializam-se não apenas riscos, mas também responsabilidades de fiscalização e apuração, até então detidas exclusivamente pelo Estado. A resposta penal à infração desses deveres, em inúmeros casos, abre campo para um excessivo e inidôneo gerencialismo e

---

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 e GARLAND, David. *The Culture of Control:* Crime and Social Order *In:* Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 167-206.

6 GARLAND, David. *The Culture of Control:* Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 167-206.

traz consigo grave perigo de esvaziamento da efetividade das proibições penais, reduzidas a um papel simbólico.

Referido contexto impõe aos gestores uma reação na política de suas empresas, com a implementação de programas de integridade criminais rigorosos e de investigações internas eficazes, de modo a: a) assegurar o adequado diagnóstico de riscos; b) permitir a individualização de responsabilidades por ilícitos e irregularidades; c) aplicar medidas corretivas e disciplinares. Embora os sistemas de *compliance* sejam instrumentos voluntários de autorregulação das empresas, devem, cada dia mais, ser percebidos como um imperativo à garantia do funcionamento íntegro das atividades econômicas da empresa, bem como à segurança jurídica de seus dirigentes e colaboradores. Tal cuidado propicia o adequado diagnóstico de riscos, permitindo a individualização de responsabilidades por ilícitos, bem como uma reação mais eficiente da empresa na correção de suas falhas organizacionais. Com a adoção de efetivas medidas de conformidade, minimiza-se o risco de atribuição de indevida responsabilidade penal objetiva, pela simples posição ocupada em cargos de alta direção. Evita-se ainda a atribuição de responsabilidade por violação de deveres de diligência e cuidado.

A transformação das empresas, orientadas por valores de integridade e conformidade, traduz-se para os advogados criminalistas um novo contexto de atuação, antecipado e dinâmico, inserido num entremeado de interesses: as investigações empresariais.

Precisões conceituais, espécies de investigações internas e procedimentos de governança e *compliance*

A realização de investigações empresariais não é exatamente uma novidade. A ocorrência de eventos ilícitos contra seus direitos e patrimônio, bem como faltas trabalhistas sempre levaram empresas a procedimentos de apuração em busca pelos responsáveis e pela promoção de melhoramentos. O que alçou esses procedimentos a uma posição de centralidade na atualidade é a sua ampliação e integração à cultura corporativa, diante da crescente exigência pela adoção de procedimentos formais, na busca das empresas por se adequarem a standards e padrões de integridade e *compliance* exigidos nos países em que atuam. O movimento de formalização desses procedimentos culmina em uma miríade de diferentes manifestações, elaboradas na prática

conforme a arquitetura institucional das companhias e as exigências normativas que a elas se impunham. Destacam-se as i) investigações internas; ii) as investigações de qualidade e auditoria; e iii) as investigações defensivas.

Investigações internas

Em seu sentido mais literal, um programa de *compliance* significa um conjunto de regras, regulamentos, ferramentas e instrumentos que buscam o estrito cumprimento legal nas atividades de uma Empresa, de tal sorte a evitar, detectar e corrigir quaisquer desvios e inconformidades[7]. Nesse contexto, inserem-se as investigações internas, com o propósito de identificar, enfrentar e sanar prejuízos de eventuais infrações criminais. Devem ser conduzidas de forma transparente, rigorosa e imparcial, afastando-se a interferência de quaisquer interesses externos para que sejam consideradas investigações internas efetivas.

Tratam-se, portanto, de investigações por meio das quais se verifica a conformidade ou não de condutas aos estritos termos da lei penal, as quais, usualmente, se iniciam diante de denúncias internas recebidas através de canais de comunicação (*hot spots*). Nesse sentido, esses procedimentos internos de apuração se desenvolvem antes mesmo que qualquer procedimento oficial tenha sido instaurado por parte de autoridades perante a Empresa, buscando assegurar a higidez da companhia diante de rumores ou sinais internos sobre a ocorrência de ilícitos. A eventual identificação de ilícitos demanda a rápida tomada de medidas por parte dos seus dirigentes para a correção dos problemas internos, bem como para a contenção e mitigação de danos.

A formalização da realização e dos mecanismos utilizados para essas investigações internas é imprescindível para a sua parametrização e para que se confira maior segurança às informações obtidas, resguardando tanto a pessoa jurídica quanto os responsáveis pelo *compliance* na execução desses procedimentos. Importante a previsão adequada de mecanismos que assegurem a proteção da identidade dos denunciantes (*whistleblowers*), bem como a proteção de dados dos denunciados, investigados internamente, de sorte a evitar a estigmatização e pré-julgamentos sobre fatos não confirmados.

---

7 PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. Responsabilidade corporativa e *compliance:* novas estratégias de prevenção à criminalidade econômica. *In:* FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 339-353.

Por fim, vale apontar o fato de que os resultados obtidos por esses processos investigativos interessa à Empresa também por suas repercussões criminais, seja no sentido de enfrentar e eliminar riscos penais antes de sua concretização, seja em possibilitar a redução da multa estabelecida pela Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13)[8], bem como a possibilidade de extinção da ação punitiva no caso de negociações de leniência sob a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11), quando levadas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE informações acerca de infrações ainda não conhecidas pela Superintendência Geral[9], e já concretizados ilícitos penais.

Investigações de qualidade e auditorias

Atualmente pode-se perceber uma relevante ampliação das margens do que se compreendia pelos programas de *compliance*. Em lugar de sistemas de cumprimento normativo, vem-se adotando programas de integridade, considerando que uma empresa íntegra é muito mais do que simplesmente aquela que segue as normas jurídicas. Assim, o programa de integridade "pretende estabelecer consonância entre as práticas empresariais, os valores

---

8 "Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
[...]
2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável."

9 "Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:
I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e
II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.
[...]
§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:
I – decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; [...]"

e os princípios adotados na empresa, incluindo referenciais éticos e morais, como honestidade e transparência na condução dos negócios e nas relações pessoais"[10]. Sob esse manto, o programa de integridade busca um ideal de qualidade e ética, conforme o horizonte de valores da marca e seus objetivos programáticos.

É sob esses ideais que ganham espaço investigações de qualidade, onde tornam-se pertinentes observações de aprimoramento e a satisfação de diversos interesses – dos dirigentes, dos funcionários, dos *stakeholders* etc. Para além do estrito cumprimento normativo preconizado pelos tradicionais sistemas de *compliance*, as investigações de qualidade buscam responder a demandas de integridade indicando melhorias referentes a parâmetros de qualidade e bem-estar no trabalho, a promoção de igualdade racial e de gênero, a preservação do meio ambiente, dentre outros, bem como alçar a Empresa a um posto de liderança e pioneirismo em seus valores e ideais.

Essas investigações de aprimoramento ou de qualidade empresarial não devem se imiscuir com apurações internas de conformidade, as quais têm por finalidade a identificação de comportamentos ilícitos e responsáveis. A confusão ou união em um só procedimento dessas diferentes finalidades – qualidade e responsabilidade – conforma um grave risco penal de interpretações equivocadas, que associem sugestões de aprimoramento a falhas de organização penalmente relevantes, ensejando questionamentos acerca da responsabilidade penal por fatos objeto de análises de qualidade, os quais não deixaram de obedecer aos parâmetros normativos.

Investigações defensivas

Por fim, tem-se as investigações defensivas, sobre as quais o presente trabalho se debruçará mais atentamente. Nessas hipóteses o que se realiza são diligências investigatórias voltadas especificamente para a Defesa do cliente em uma apuração criminal, buscando contribuir com provas para a instrução do respectivo procedimento ou processo criminal. Trata-se,

---

[10] GALVÃO, Fernando. *Teoria do crime da pessoa Jurídica*: proposta de alteração do PLS n. 236/12. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 151-152. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Suzana Fagundes Ribeiro de; GAIOTTI, Danielli. Por uma cultura de integridade efetiva: case ArcelorMittal. *In:* OLIVEIRA, Luiz Gustavo Miranda de (org). *Compliance e integridade*: aspectos práticos e teóricos. V. 2. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

portanto, de uma investigação intimamente ligada aos interesses defensivos, na medida em que tem por finalidade expressa a satisfação de cargas processuais que permitam ao investigado ocupar uma melhor posição em um eventual processo penal. A investigação defensiva, afinal, é conduzida pelo defensor para a defesa. Enquanto atividade parcial, contrapõe-se às investigações internas e de qualidade, cuja condução deve ser marcada pela mais rigorosa imparcialidade, tendo por finalidade a identificação de riscos e falhas na organização da empresa e sua correção.

A precisa separação entre as diferentes formas de investigação defensiva é crucial para a interpretação adequada da atuação do advogado, assegurando a plena proteção de seu exercício profissional e de suas prerrogativas. Especialmente quando no desempenho de investigações defensivas, seu trabalho de apuração se encontra assegurado não apenas pelo sigilo entre cliente e advogado, como também pelos princípios da ampla defesa e do contraditório. Nesses termos, o trabalho produzido pelo advogado ao longo de investigações defensivas deve poder ser utilizado pela parte no processo conforme melhor se amolde à sua estratégia defensiva. Assim, nesses casos, deve ser empreendida uma difícil gestão de diversos interesses em jogo, para que se assegure uma efetiva Defesa de seu cliente, assegurando-lhe paridade de armas e buscando melhor igualar o jogo processual.

Investigações defensivas: possibilitando o diagnóstico e a gestão de riscos penais em contextos de alta dinamicidade

Partem de uma ideia muito simplista aqueles que acreditam que o advogado criminalista, especialmente em se tratando de Direito Penal Econômico e da criminalidade de empresa, tem por frente de atuação somente os autos de um processo. Que basta uma postura reativa, alguma carga de leitura, uma ou outra menção à jurisprudência e à dogmática. Ou ainda, que seus interesses se opõem aos da sociedade que deposita suas expectativas de progresso no direito penal. Muito antes pelo contrário.

O trabalho do advogado criminalista em contextos corporativos insere-se em uma complexidade muito mais ampla do que aquela característica do direito penal clássico e de uma defesa substancial. Nesse âmbito, sua posição não é a de inércia e reatividade, mas sim uma postura de

proatividade[11], que se inicia diante de qualquer possibilidade de riscos penais que possam vir a atingir o cliente. Trata-se de uma atuação muitas vezes prévia às ações penais, iniciando-se em geral já nos momentos iniciais de investigações policiais[12].

A competitividade do mercado exige uma rápida atividade reativa, desde os primeiros indícios ou rumores de ilícitos, ainda que, posteriormente se constate que os fatos não apresentavam relevância de um ponto de vista criminal, de modo a evitar uma precipitada e – muitas vezes – irreversível repercussão danosa para a imagem do cliente e da empresa. Nesses termos, em lugar de se deixar surpreender pelo processo avançado com uma narrativa midiática e processual já moldada, antecipa-se para que se possa gerir a sua repercussão, ganhar controle da informação e planejar de modo estratégico o tom da narrativa a ser construída.

É preciso ter em vista que os crimes econômicos alçam uma ampla repercussão midiática – seja pela monta de valores envolvidos ou de danos que podem resultar da atividade industrial em grande escala –. Essa repercussão possui necessariamente efeitos sobre o processo penal, na medida em que mobiliza a sociedade, a qual direciona suas expectativas para o Direito Penal, exercendo pressão sobre os órgãos oficiais para a adoção de medidas rigorosas que satisfaçam esses interesses. Assim, despejam-se frustrações contra empresas e seus dirigentes, os quais em diversos casos tornam-se réus em processos marcados por subjetivismo e espetacularização, nos quais os fatos e as provas perdem relevância frente à magnitude das expectativas de aplicação de pena.

Frente a esse problemático Direito Penal do autor, a atuação da Defesa deve adotar também uma força simbólica, pois, para além de termos estritamente jurídicos, deve trabalhar na proteção da imagem do cliente, participando da construção da narrativa e interpretação dos

---

11 PETTER, Gottschalk. White-collar crime defense strategies. *Matters of Russian and International Law*, 4, p. 19-36, 2013. p. 21.

12 PETTER, Gottschalk. White-collar crime defense strategies. *Matters of Russian and International Law*, 4, p. 19-36, 2013. p. 21. Destaca-se: "*White-collar crime lawyers do also contribute substance defense like street-crime lawyers, but there are several differences. There are differences related both to points In: time and to magnitude of contribution. White-collar substance defense starts much earlier In the investigative process, and it may last much longer into all kinds of appeals and retrials. The magnitude of contribution is related to the level of detail and the scope of evidence*".

fatos[13]. Noutros termos, deve se atentar para a construção comunicativa dos fatos, fazendo frente às pressões externas que incidirão sobre o processo, prejudicando a posição de seu cliente no jogo processual[14]. Assim, deve compreender o caso de forma ampla, antecipar reações e fluxos de fatos e informações que possam ter efeito sobre o caso. E, principalmente, antever e evitar incompreensões e compreensões erráticas sobre dados e ambiguidades[15]. Nesses termos:

> Pero, por regla general, para las empresas el binomio «investigacióncooperación» tiene más ventajas que inconvenientes. Aunque los costes de la investigación pueden ser considerables, esta evita las distorsiones de todo tipo que puede ocasionar la investigación pública (registros, clausura de locales, precintado de equipos informáticos etc.) e incluso puede evitar la imposición de medidas cautelares, que en algunos ordenamientos pueden ser tan graves como la interdicción judicial, o de carácter interdictivo (prohibición de participar en concursos públicos). Además, quien investiga tiene siempre mayores posibilidades para construir la «realidad» tal como a él le conviene. Y en este caso, lo que le conviene a la empresa es mostrar que sus controles funcionan, que es una empresa cumplidora y todo ha sido culpa de un free rider[16].

A viabilidade desse trabalho encontra suas bases nas chamadas investigações defensivas. Uma investigação defensiva criminal nada mais é que uma investigação criminal conduzida pelo advogado de defesa[17], de modo a obter elementos de prova destinados à construção de

---

13 PETTER, Gottschalk. White-collar crime defense strategies. *Matters of Russian and International Law*, 4, p. 19-36, 2013. p. 34.

14 PETTER, Gottschalk. White-collar crime defense strategies. *Matters of Russian and International Law*, 4, p. 19-36, 2013. p. 23.

15 PENNINGTON, Jeremy Lee. *Criminal defense investigation*: theory, practice and methods. Ironton: Pennington & Associates Ltda., 2016. p. 77.

16 NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In:* KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Ínigo Ortiz de Urbina (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 48

17 Nesse sentido: *"A criminal defense investigation and a criminal investigation are one and the same. The difference is the purpose of the investigator, one of criminal defense and one of the prosecution."*. PENNINGTON, Jeremy Lee. *Criminal defense investigation*: theory, practice and methods. Ironton: Pennington & Associates Ltda., 2016. p. 31.

uma efetiva defesa criminal em juízo – afinal, ainda que o ônus probatório no processo penal incumba à acusação, frente às pressões sociais e midiáticas, tem sido crescente a necessidade de uma adoção de um papel ativo da defesa.

Como toda e qualquer investigação, conforma-se como o trabalho de um historiador, no qual o advogado dá início a um verdadeiro trabalho histórico de reconstrução dos fatos, para que possa antever o que surgirá no processo. Trata-se ainda de um trabalho científico, pautado na criação de hipóteses a partir das informações colhidas internamente à empresa, antecipando possíveis rumos para as apurações oficiais, bem como possíveis teses defensivas e estratégias[18]. De um modo geral, como destaca Pennington, trata-se de um trabalho artesanal, que se inicia com base em uma quantidade de informações usualmente muito precária e pouco segura. Assim, o advogado se depara com um ambiente de grande abstração, não raro de difícil compreensão, para que possa identificar das variáveis relevantes às necessidades dos clientes em cada caso[19]. Diante de tal cenário, o trabalho de investigação defensiva se estrutura de forma específica e se renova e transforma conforme um maior número de informações é obtido.

Embora as investigações defensivas encontrem escassa regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, é prevista como prerrogativa da advocacia e pode se desenvolver nos limites de tudo o que não for proibido, tendo por limites as proibições constitucionais, legais e administrativas[20]. No seu rol de atividades se incluem a juntada de documentação, o registro oficial em ata, a entrevista pessoal a testemunhas e envolvidos, a pesquisa sobre os fatos em bancos de dados e registros oficiais, a busca por pareceres técnicos, o requerimento em juízo de produção de determinadas provas, dentre outros. Noutros termos, pode atuar nos limites de sua criatividade para a descoberta de elementos essenciais para a solução de um caso, desde que respeitados os limites legais de proibições, sendo assim assegurados o sigilo e a preservação de documentos e testemunhas, bem como de

---

18 PENNINGTON, Jeremy Lee. *Criminal defense investigation*: theory, practice and methods. Ironton: Pennington & Associates Ltda., 2016. p. 31.

19 PENNINGTON, Jeremy Lee. *Criminal defense investigation*: theory, practice and methods. Ironton: Pennington & Associates Ltda., 2016. p. 70.

20 DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 156.

garantias fundamentais daqueles que venham a ser objeto da investigação – assim o direito à não autoincriminação de funcionários e trabalhadores, seu direito à intimidade etc.

Seja qual for o interesse do cliente e as estratégias disponíveis, informação é sempre imprescindível. Nesses termos, as investigações feitas por advogados podem ter por finalidade tanto o preparo para um julgamento, quanto finalidades colaboracionais. Pode se desenvolver em defesa de um investigado, mas também para fundamentar a assistência de acusação[21]. Independentemente da finalidade, por meio dessas técnicas, ou seja, a partir da análise de documentações internas, da entrevista a testemunhas e envolvidos, torna-se possível "preencher o vazio deixado pelas deficiências do método científico ou recursos limitados"[22].

Não se pode perder de vista que a viabilidade de procedimentos investigativos de defesa no âmbito corporativo requer a formalização de procedimentos internos para que seja possível assegurar a confiabilidade das informações recebidas, sua precisão e objetividade de um ponto de vista jurídico-penal. Para a obtenção segura de informações surge aqui um ponto de atenção imprescindível do advogado na estruturação de planos de ação e procedimentos formalizados, que assegurem o registro completo de informações e que garanta a precisão jurídica dos dados, de modo a evitar ambiguidades que criem riscos penais desnecessários.

Assim, para muito além de uma atuação defensiva probatória na lide, a atuação voltada para investigações internas tem por externalidade positiva o aprimoramento da cultura organizacional interna. Para que os advogados possam trabalhar sobre bases mais sólidas, torna-se necessária a planificação de uma série de procedimentos formais estruturados, a se integrarem à cultura de integridade da empresa, de modo a uniformizar procedimentos, registros e dados, possibilitando segurança em sua análise e comparabilidade. Nesses termos, a atuação dos advogados na empresa apresenta como consequência mais ampla a promoção do aprimoramento das técnicas da área criminal da empresa e

---

21 DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 155.

22 No original: "*fill the void left by the shortcomings of the scientific method or limited resources*." PENNINGTON, Jeremy Lee. *Criminal defense investigation*: theory, practice and methods. Ironton: Pennington & Associates Ltda., 2016. p. 37.

da comunicação interna e externa, contribuindo para um maior nível de segurança e organização de dados, o incremento do potencial de prevenção de futuras violações promovendo a antecipação de riscos penais, a ampliação da compreensão e enfrentamento de riscos penais e construção de *standards* de resposta a violações.

É partir desses dados e de um relevante arcabouço de informações que se torna possível a elaboração de estratégias mais sofisticadas, compatíveis com técnicas de imputação de responsabilidade contemporâneas. Estratégias essas que, em última análise, se consubstanciam na produção de provas.

Defesa efetiva e produção de provas defensivas

O sistema de justiça criminal é marcado por uma forte desigualdade. Enfrentam-se o particular, de forma solitária, e o Estado, em toda a sua magnitude. De um lado, a acusação tem em mãos todo um aparato institucional para a realização da apuração, enquanto o sujeito, doutro lado, pode apenas apresentar sua percepção dos fatos, sua realidade, sua individualidade e corporeidade[23]. Ademais, julga-se a parte com o Direito que é do todo. A conformação do sistema de justiça é resultado de um inevitável processo de desnaturação da infinidade de realidades que compõem a sociedade contemporânea, para que possa se formar como uma instituição única, geral e – supostamente – racional[24].

Diante da desconcertante magnitude do Estado, das contradições e desigualdades do sistema de justiça, o cidadão que procure por segurança jurídica apenas a encontrará no arcabouço de garantias processuais que o modelo democrático de Estado lhes assegura[25]. Noutros termos, é no sistema de limites substanciais à atuação do Estado-poder que se encontram assegurados os direitos fundamentais do indivíduo[26]. Assim, no modelo de Estado adotado contemporaneamente, este se encontra atrelado ao

---

23 BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 162, a. 27, p. 171-215, dez. 2019. p. 186 *et seq*.

24 DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. *Tradução de* Monica Stahel, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 88.

25 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 28

26 PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milão: Giuffré Editore, 2007. p. 159.

direito positivo que lhe impõe uma atuação consistente, que não permite condicionar ou reduzir esses direitos.

No plano do sistema de justiça criminal, são esses direitos que permitem elevar a condição do indivíduo frente ao Estado, para que aquele possa participar e ter voz, levando para o processo sua versão dos fatos, sua realidade própria e suas peculiaridades. A participação plena e efetiva do acusado no processo leva a democracia para o sistema de justiça, de modo que toda a pluralidade desnaturada para a construção de um Direito uno possa se revelar no processo, conferindo-lhe vida, dando-lhe realidade.

Ao advogado criminalista cabe fazer valer esses instrumentos, levando o indivíduo para o processo. É tornar o pequeno recorte da vida do acusado em um inteiro. É levar a democracia para o processo, conferindo fala e efetivando participação àqueles que, diante de toda a institucionalidade se descobrem, em princípio, sós. À advocacia criminal incumbe a missão de levar ao processo o humano, para além do simples recorte já realizado, localizando-o no mundo e no tempo. Retomando o antes, o depois, o todo, o inteiro. Preenchendo as lacunas que a narrativa em papel oferece ao magistrado, para que, em lugar do inimigo, este possa ver o sujeito em carne e osso, em sua individualidade.

Essência de um verdadeiro processo adversarial está em enfrentar a desigualdade material entre indivíduo e o Estado, especialmente na fase preliminar de investigações. Em contextos de criminalidade econômica e de empresa, esse enfrentamento perpassa, antes do mais, por um trabalho investigativo, forma pela qual se pode obter conhecimento dos fatos, individualizar responsabilidades, romper nexos de causalidade e de deveres, em suma, encontrar provas defensivas capazes de confrontar a acusação e estruturar uma estratégia eficiente. Noutros termos, é fazer valer, em alguma medida, a paridade de armas.

As investigações defensivas são uma parcela desse esforço, permitindo à parte efetivamente participar no processo. Afinal, é pressuposto da natureza dialética do processo penal que também a parte possa colher e levar ao processo provas que lhe permitam uma defesa ampla[27]. Esse

[27] STF. Segunda Turma. RHC 97.926/GO. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 02/09/2014. Publicado em 29/09/2014, *DJE*-189. Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes: "É ínsita ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de provas hábeis à defesa de seus interesses.".

trabalho, como apontado anteriormente, permite que o advogado confira novos contornos à narrativa processual, afastando equívocos nexos de causalidade e contextualizando adequadamente os fatos que envolvem a realidade de seu cliente.

No entanto, o advogado criminalista se depara com um grave vazio legal sobre a matéria. Se, por um lado, o sistema de justiça penal passou por uma série de reformas ampliando espaços de participação da vítima, responsabilidade penal de pessoas jurídicas e garantidores, com o acréscimo de novos tipos penais e espaços de consenso, de outro, resta um relevante vazio no que concerne às investigações defensivas. O ordenamento jurídico-penal brasileiro não apresenta expressamente quais os direitos e deveres dos defensores na condução de investigações defensivas, o que dificulta a efetivação de diversos meios de obtenção coercitivos de informações.

E mais, do silêncio da norma penal resulta uma exposição daqueles que conduzem as investigações a acusações acerca de infrações penais, além de tentativas de retirar o valor da prova produzida[28]. Isso porque, enquanto compreendido o direito penal como uma arena para a solução de problemas sociais e satisfação de interesses pessoais, aglomeram-se expectativas, conformando-se uma contraposição artificial entre interesses da sociedade e interesses do acusado, como se a eventual condenação pudesse funcionar como resposta às frustrações e à falência no enfrentamento de problemas como a criminalidade econômica[29].

A consequência em termos processuais desse fenômeno para a gestão da prova defensiva é a tendência de, a partir das pressões sociais, uma rejeição antecipada do valor e credibilidade das provas, bem como da

---

28 Nesse sentido: "Essa lacuna normativa tem como consequências práticas diretas: (a) inviabilizar o acesso do defensor técnico a informações sigilosas e impedir a colheita coercitiva de declarações testemunhais por ele; (b) expor o defensor técnico que realize atividade investigativa ao risco de acusações pela prática de infrações penais contra a Administração da Justiça (v. g. falso testemunho; fraude processual etc.); (c) induzir preconceito contra a credibilidade de elementos informativos amealhados durante a investigação defensiva". MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal – defense investigation in the criminal procedure. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 96, p. 279-309, maio-jun. 2012. p. 12.

29 *Cf.* MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013; JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos?* Sobre a legitimação do Direito Penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

atuação do advogado, confundido ou associado aos crimes imputados aos seus clientes, subvertendo a compreensão de seu *mister* profissional como se uma defesa moral do injusto fosse.

A ausência de regulamentação em torno das investigações defensivas não compromete apenas a atividade probatória, como também representa uma sensível exposição para o advogado, o que torna imprescindível que toda a condução das investigações seja realizada com base em uma ampla formalização, alinhada aos mais rigorosos *standards* de conformidade. Dessa forma, para além da obtenção de informação e elementos de prova para a construção de sua estratégia, o advogado deve se atentar para o cuidadoso registro de documentos e informações, para boas práticas em informar e advertir funcionários entrevistados sobre os seus direitos, dentre outros.

Assegurar a admissibilidade das provas produzidas requer no mínimo a observância ao sistema de provas legais, especialmente as regras concernentes às provas ilícitas. Assim, a condução das investigações defensivas deve se atentar para as normas constitucionais e direitos fundamentais envolvidos no procedimento de apuração, tais como a intimidade, privacidade e sigilo de informações – o sigilo bancário, profissional, das comunicações e de correspondência de envolvidos –, a inviolabilidade de domicílio, dentre outros.

Trata-se de cuidados imprescindíveis inclusive diante do entendimento jurisprudencial apresentado no ARE 1.182.051/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Conforme a decisão, foi reconhecida a ilicitude de provas sobre as quais pairava dúvida razoável sobre a possível violação de sigilo bancário de um indivíduo para a sua obtenção quando realizada uma auditoria sobre a instituição financeira em questão. A continuidade da ação penal foi admitida apenas em função da constatação da independência e licitude das investigações internas conduzidas pela instituição[30].

---

[30] STF. ARE 1.182.051/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento realizado em 25/02/2019. Publicado em 01/03/2019, *DJe*-043. "A defesa de R. alega a nulidade do processo em razão de prova ilícita, qual seja, a quebra do sigilo bancário do acusado sem a devida autorização judicial. Conforme se verifica da sentença ora recorrida, o Juízo *a quo* desconsiderou a informação de que o réu teria recebido cheques da empresa 'W.', vez que reconheceu que 'não restou bem explicado como a Auditoria descobriu os cheques (..). Existe, ao menos, uma dúvida razoável sobre a possível violação ilícita do sigilo bancário do réu, (..)'. Assim, afastou os cheques

Por fim, vale destacar que, em 2018, a Ordem dos Advogados do Brasil emitiu o Provimento n. 188, o qual representa um grande avanço na regulamentação da atuação profissional do advogado na realização de diligências investigatórias defensivas, na medida em que expressamente a positiva como uma prerrogativa profissional do advogado e um "ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades". Assegurou ainda o sigilo do trabalho de investigações defensivas, inserindo-o no plano do privilégio entre cliente e advogado[31]. No entanto, a normativa representa apenas um primeiro passo de um caminho que precisa ainda avançar muito, fornecendo aos advogados mecanismos com força coercitiva e segurança para a obtenção de provas defensivas e melhor estabelecendo os limites investigativos.

Conclusão

Diante de todo o exposto, vale considerar que os advogados não invocam privilégios em sua atuação, apenas exigem a real, plena e efetiva realização de garantias positivadas. Demandam respeito no exercício de seu ministério profissional, momento essencial à Justiça, no qual tornam o processo em Democracia. Seu mister é justamente assegurar à sociedade aquilo que lhe pertence e que mais deveria lhe interessar: todo o conjunto de direitos fundamentais e garantias conquistados ao longo de

---

do conjunto probatório e, por consequência, quaisquer nulidades que poderiam viciar a ação penal.

Por sua vez, as demais provas presentes nos autos não derivam da possível quebra ilícita de sigilo bancário. Isso porque, como ressalta a testemunha A. (fls. 519/520), as investigações internas da CEF que deram origem à ação penal objetivavam analisar 'irregularidades em concessões de operações pessoa jurídica, todas ligadas a um convênio que a Caixa tinha feito com o SIMPI – Sindicato de Micros e Pequenas Empresas lá na Capital, lá na cidade de São Paulo'. Essa testemunha ainda acrescenta que 'na maioria dos casos, as operações, as concessões feitas elas ficaram inadimplentes, então isso levou a Caixa a fazer essa investigação e na condução da Comissão de Apuração do qual eu fiz parte nós levantamos todos os dossiês dessas concessões para analisar essas irregularidades'."

31 Assim: "Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte."

séculos de luta e desenvolvimento. É chegada a hora de lembrarmos que "[e]ssas liberdades não são dádivas dos oligarcas. Foram conquistas pela ação democrática e sua efetividade somente é mantida por meio dessa ação"[32]. Imprescindível o compromisso dos diversos setores com o respeito às instituições, com o equilíbrio democrático e, principalmente, com os direitos fundamentais e balizas que fundamentam um sistema de justiça criminal liberal.

Fundamental ainda o compromisso também para com o reconhecimento de prerrogativas e para com a devida regulamentação do desempenho da atividade probatória por parte da Defesa, como mais um passo na consolidação de um sistema adversarial democrático e paritário. O aprimoramento da cultura corporativa de governança e integridade deve ser acompanhado pelo estabelecimento também de regulamentações que confiram maior segurança e efetividade à atuação investigativa, consubstanciando de forma transparente os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Encerro o presente ensaio com breves palavras ao Instituto dos Advogados de Minas Gerais, ao qual devo o agradecimento pelo honroso convite para participar da presente obra. Que a instituição centenária, dedicada ao aprimoramento da ordem democrática e à efetivação da Justiça, continue a representar esse farol, atuando na consolidação de garantias e de uma atuação da advocacia séria, irreverente e transformadora.

Referências

BRENER, Paula. Direito penal negocial após a Lei n. 13.964/2019: uma contribuição às discussões sobre o Acordo de Não Persecução Penal. *In:* GOMES, Carla S. C. L. B. *et al*. (Org.). *20 anos do Instituto de Ciências Penais*: Estudos em Homenagem à Professora Sheila Jorge Selim de Sales. Belo Horizonte: IAMG, 2020, p. 371-391.

BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 162, a. 27, p. 171-215, dez. 2019.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. v. II. Tradução de Antônio José Brandão. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1959.

[32] RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 95.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 150, p. 145-187, dez. 2018.

DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. *Tradução de* Monica Stahel, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2013.

GALVÃO, Fernando. *Teoria do crime da pessoa Jurídica*: proposta de alteração do PLS n. 236/12. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GARLAND, David. *The Culture of Control:* Crime and Social Order *In:* Contemporary Society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GREEN, Bruce A.; PROGDOR, Ellen S. Unregulated corporate internal investigations: achieving fairness for corporate constituents. *Boston College Law Review,* v. 54, n. 73, p. 73-126, 2013.

JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos?* Sobre a legitimação do Direito Penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal – defense investigation *In:* the criminal procedure. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 96, p. 279-309, mai.-jun. 2012.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In:* KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íngo Ortiz de Urbina (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Suzana Fagundes Ribeiro de. Principais desafios enfrentados pelos departamentos jurídicos corporativos. *In:* PERRUCI, Felipe Falcone; *et al.* (Org.) *Advocacia corporativa reflexões e perspectivas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

OLIVEIRA, Suzana Fagundes Ribeiro de; GAIOTTI, Danielli. Por uma cultura de integridade efetiva: case ArcelorMittal. *In:* OLIVEIRA, Luiz Gustavo Miranda de (org). *Compliance e integridade*: aspectos práticos e teóricos. v. 2. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PENNINGTON, Jeremy Lee. *Criminal defense investigation*: theory, practice and methods. Ironton: Pennington & Associates Ltda., 2016.

PETTER, Gottschalk. White-collar crime defense strategies. *Matters of Russian and International Law*, 4, pp.19-36, 2013.

PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milão: Giuffré Editore, 2007.

PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. A participação da vítima no processo penal: análise crítica do conceito de partes adequado ao modelo democrático de processo penal. *In: Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais* – PUCRS. v. 04. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2017. p. 191-211.

PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. Responsabilidade corporativa e *compliance:* novas estratégias de prevenção à criminalidade econômica. *In:* FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 339-353.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

38

O ÓDIO À DEMOCRACIA E A CRIMINALIZAÇÃO DA ADVOCACIA

Raphael Boldt

Ainda há futuro para a democracia no Brasil? A resposta à pergunta pressupõe a discussão sobre o que é democracia e se ela realmente existe em nosso país. São questões relevantes, mas que perpassam os limites deste ensaio. De qualquer forma, o que parece inquestionável atualmente é o desprezo que parte considerável da sociedade tem demonstrado pela democracia. Não que isso seja algo novo historicamente. Para Jacques Rancière, o ódio à democracia é tão antigo quanto ela, originalmente um insulto inventado na Grécia Antiga por aqueles que viam a ruína de uma ordem legítima no inominável governo da multidão[1].

Em *O ódio à democracia*, Rancière vai além e afirma que não vivemos em democracias, mas em Estados de direito oligárquicos nos quais "o poder da oligarquia é limitado pelo duplo reconhecimento da soberania popular e das liberdades individuais"[2]. As críticas do autor ao que chamamos de democracia não se referem meramente ao uso ilegítimo do termo, senão ao processo que desloca e inverte os seus sentidos. Em detrimento da ampliação da esfera pública e da participação popular, Rancière sugere que, desde a perspectiva liberal de Estado, a democracia se apresenta como imune aos interesses econômicos e financeiros, um instrumento ideológico que despolitiza as relações sociais, configurando-se, pois, como um sistema de dominação ainda mais intenso.

Apesar das limitações da democracia, o furor antidemocrático e o ressentimento contemporâneo invertem a lógica das causas e dos efeitos.

---

1 RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 08.

2 RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 94.

As recentes manifestações que demandam o retorno da ditadura militar e a eliminação de direitos fundamentais fundam-se na ideia de que experimentamos um "excesso de democracia". Assim, a sociedade democrática, que defende o individualismo ilimitado, tem se convertido no seu oposto, promovendo um projeto autoritário que desconsidera a representação popular, as leis e as instituições.

Na democracia sem democratas[3], os riscos e os desafios para os advogados são enormes, especialmente porque a criminalização da advocacia reduz a resistência aos abusos do poder e facilita o avanço do autoritarismo. As investidas contra o direito de defesa são normalizadas em prol da *eficiência* da persecução penal e da ilusória redução da impunidade. O advogado, sobretudo aquele com atuação na esfera penal, passa a ser visto como um obstáculo à administração da justiça e suas manifestações em favor de réus ou investigados são transformadas em estratégias criminosas contra a sociedade e o bem-estar coletivo.

O ódio à democracia também expressa a adesão ao pensamento único e o antagonismo ao contraditório e à pluralidade. Em meio a esse cenário, surgem teorias que procuram respaldar práticas contrárias aos direitos e garantias individuais, que propõem, por exemplo, a relativização de provas ilícitas, que demandam a restrição ao sistema recursal e à utilização do *habeas corpus*, que defendem a quebra de sigilo bancário e buscas e apreensões em escritórios de advocacia.

Com o devido cuidado para não incorrer em comparações indevidas, vivemos, em alguma medida, uma realidade que se assemelha à República de Weimar, onde a politização do judiciário contribuiu para a disseminação da injustiça e a destruição da república. Embora a seletividade seja uma característica estrutural do sistema penal, Douglas Morris apresenta, desde a perspectiva do advogado criminalista Max Hirschberg, uma narrativa impressionante sobre o funcionamento da justiça criminal em Weimar e demonstra como o funcionamento do sistema legal e o poder punitivo foram fundamentais para a ascensão do partido nacional-socialista e a derrocada dos movimentos progressistas[4].

---

3 HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos*: o breve século XX. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

4 MORRIS, Douglas G. *Justice Imperiled*. The Anti-Nazi Lawyer Max Hirschberg *In:* Weimar Germany. University of Michigan Press, 2005.

Morris descreve a justiça de Weimar como uma "espiral da morte"[5], onde a defesa era inoperante e pessoas eram investigadas e presas por tempo indeterminado simplesmente por se oporem ao regime. Réus eram condenados em processos obscuros, nos quais a estratégia do *overcharging* era uma prática usual para constranger meros suspeitos a abdicar de direitos que se tornavam cada vez mais escassos. Os juízes e os tribunais continuaram a existir mesmo após a queda da república, mas o Estado de Direito foi desmantelado, leis penais foram endurecidas, o princípio da legalidade foi abolido e cedeu lugar ao *Führerprinzip*. Nas palavras de Franz Neumann, o verdadeiro direito passou a ser a ordem do *Führer* ou a cláusula geral[6].

Diante de um contexto de corrosão simbólica dos mecanismos constitucionais e processuais de contenção do poder e de criminalização da advocacia, qual o papel a ser desempenhado pelos advogados? Em um mundo no qual o sistema penal pode ser comparado à figura de *Behemoth*[7], o monstro da escatologia judaica que promove o caos e retira os direitos e a dignidade das pessoas, como os advogados podem fazer a diferença?

O primeiro e, possivelmente, um dos maiores desafios, é alterar a maneira como pensamos o sistema penal, a punição e as instituições penais. Na esteira do pensamento de David Garland, ao projetar a política penal, não estamos apenas decidindo como lidar com os desvios ou empregando recursos econômicos para fins penológicos, mas também estamos nos definindo como sociedade, conforme escolhas que podem ser centrais para a nossa identidade cultural e política[8]. As representações projetadas pela prática penal não são apenas ameaças dirigidas aos *criminosos*, senão símbolos que ajudam a produzir subjetividades, formas de autoridade e relações sociais. Em termos foucaultianos, a punição não apenas disciplina a sociedade, mas ajuda a criá-la.

O populismo penal tende a levar o Estado a pôr em prática políticas penais que refletem o senso comum do público, desconsiderando pesquisas

---

5 MORRIS, Douglas G. *Justice Imperiled*. The Anti-Nazi Lawyer Max Hirschberg *In:* Weimar Germany. University of Michigan Press, 2005, p. 32.

6 NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte. n. 109. p. 13-87, jul/dez. 2014.

7 NEUMANN, Franz. *Behemoth*: Pensamiento y acción en el Nacional Socialismo. Cidade do México: 1943.

8 GARLAND, David. *Punishment and Modern Society*: a Study *In:* Social Theory. Chicago: The University of Chicago Press, p. 309-310.

acadêmicas relevantes e as experiências daqueles que sofrem as mazelas da justiça criminal. Por isso, aos advogados cabe resistir à *razão punitiva*[9] que defende a restrição de direitos individuais e legitima os altos níveis de encarceramento no Brasil, não mais vistos como uma aberração que pode ser revertida ou superada por argumentos racionais, mas como uma das condições de existência da estrutura social, *produto natural* de uma sociedade que rejeita a democracia e os valores constitucionais.

A criminalização da advocacia tem se tornado possível no Brasil porque há condições propícias para tanto, especialmente em virtude da conjunção entre o racionalismo burocrático associado ao próprio processo civilizatório que dinamiza o sistema penal e um Estado que cede às demandas do punitivismo populista. Em vez de assumir um papel contramajoritário, o Judiciário reiteradamente sucumbe diante da opinião pública que, devido à falta de segurança fornecida pelo Estado, parece capaz de tolerar níveis mais elevados de repressão penal e privação do que a maioria das outras sociedades civilizadas.

Outro desafio para a advocacia é lidar de modo adequado com a ambivalência inerente aos meios de comunicação de massa. Embora seja fundamental para a democracia, a mídia se tornou um instrumento eficiente no que diz respeito à destruição simbólica da figura do advogado. Ao retratá-lo como uma espécie de coautor ou partícipe do crime, fenômeno percebido como anormal diante da suposta normalidade do corpo social, os meios de comunicação dissociam a imagem do advogado de padrões éticos socialmente aceitáveis, da moralidade e da própria sociedade. Com os megaprocessos e as grandes operações contra a *corrupção*, à "figura espúria" do advogado tem sido contraposta a imagem dos agentes da persecução penal, geralmente representados pelo discurso midiático como paladinos da justiça. De maneira extremamente simplificada, os crimes são apresentados como desvios morais, omitindo-se, por exemplo, o fato de que certas condutas estão relacionadas ao triunfo do mercado e à mercantilização das relações humanas e do cotidiano[10]. Como resultado, o direito à defesa e as garantias constitucionais são percebidos pela opinião

---

9 SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Stuttgart: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001.

10 SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*: os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 20.

pública como obstáculos à justiça, identificada pela *criminologia midiática*[11] com o poder punitivo.

Nesse contexto, espera-se que os advogados estejam dispostos a oferecer a sua contribuição, desempenhando um papel crítico na luta contra a injustiça e em prol da democracia. O meio mais óbvio para obter resultados concretos é por intermédio do ensino jurídico, desde que comprometido com uma prática jurídica socialmente responsável. Entretanto, ainda que se reconheça o potencial transformador da formação acadêmica e do ensino jurídico, nada substitui as experiências com situações da vida real. Como conduta ética e política, a resistência à violência e à injustiça não pode ser aprendida apenas nos livros. Ela precisa ser praticada e internalizada. Como advogados, temos que experimentar o sofrimento alheio, a dor que eventualmente decorre de um agir ético – porque a conduta ética às vezes consiste em fazer o que não se quer ou em agir de forma contrária a um interesse pessoal. Como o advogado alemão de origem judaica Max Hirschberg, é fundamental assumir responsabilidades e não criar ou perpetuar a injustiça. Em tempos de propagação do ódio, cabe ao advogado resistir e demonstrar a sua afeição pela democracia.

[11] BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática*: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

39

A ADVOCACIA CRIMINAL NA PÓS-PANDEMIA
Riscos e receios em relação às novas tecnologias no novo normal

Renato de Mello Jorge Silveira

Introdução

Poucas áreas do Direito são, ou parecem ser, tão sensíveis às angústias humanas como o Direito Penal. Os criminalistas – profissionais que se dedicam ao mister da defesa e da acusação privada ou, mesmo, da assistência da acusação – são vistos assim, e não raro, como verdadeiros gestores de crises humanas. Sob esse prisma, sofrem e administram esses sentimentos, os quais são agudizados de vez em vez.

Sem dúvida, talvez pela sua formação, talvez por desconfiança nas inovações, talvez por receio a agressões aos sagrados direitos de seus defendidos, os criminalistas historicamente têm uma certa aversão a mudanças radicais. Assim como houve resistências ao uso das primeiras máquinas de escrever, e, depois, da estenotipia, hoje tantas tecnologias são vistas de soslaio por muitos. Mas isso, mormente, não se dá por mera e momentânea idiossincrasia e, sim, por razões outras, como uma dúvida sobre a legitimidade colocada pela inovação.

Essa não é uma situação novidadeira. Pelo contrário. Talvez na seara criminal, aliás, seja bem mais frequente do que se imagina. No entanto, parece que essa situação se vê agudizada em períodos de crise, como a situação da pandemia do Covid-19, na qual, por imperativos momentâneos, verifica-se o distanciamento do Advogado do Juiz e do Tribunal.

O debate é urgente e fundamental, pois já se pensa no futuro pós-crise, apregoado como um "novo normal." Desde logo, no entanto, se vislumbra que esse "novo normal" talvez não se mostre tão ideal, ante a

defesa de interesses e direitos individuais. Hoje, já se tem audiências e sustentações orais por videoconferência, sendo que se fala, mesmo, na possibilidade – espera-se que remota – até de júris virtuais. A dúvida que se verifica versa sobre a segurança com isso sentida. Valeria a pena, enfim, como a própria balança da Justiça, ponderar-se os prós e os contras de tantas inovações, sem a sedução do canto de uma sereia que prega um novo sistema de justiça criminal.

Nesse sentido, e com tantas outras metas e questionamentos, o honrado Instituto dos Advogados de Minas Gerais, fundado que foi em 1915, congregando a fina flor do mundo jurídico mesmo para além de suas fronteiras, lança a presente coletânea sobre ensaios e reflexões acerca da Advocacia Criminal, intitulada *O sistema de justiça criminal visto por nós advogados*, em uma oportuna releitura contemporânea de Calamandrei. Por deferência absoluta de seus coordenadores, o Instituto dos Advogados de São Paulo se faz aqui, também, presente, adesivando à obra um pequeno ensaio sobre as dificuldades postas pela tecnologia.

A advocacia criminal, da província à metrópole

Calamandrei, político e jurisconsulto italiano, foi professor de Direito Processual Civil em Florença. Em que pese sua ampla obra, foi seu opúsculo, que recebeu o título em português sobre *Eles, os juízes, vistos por nós, advogados*. Embora a versão original diga respeito à noção de elogio, cumpre, aqui, destacar a importância da avaliação do sistema criminal como se propõe, sob a lente da garantia que reveste as prerrogativas do Advogado.[1] E, isso, fica muito mais sensível, em tempos de crise como a atual, em especial em um espaço como o brasileiro.

---

[1] De se recordar que "a natureza jurídica das prerrogativas profissionais é a garantia, isto é, assegurar direitos ao Advogado no exercício da profissão, uma vez que a própria natureza de suas atividades, marcada pela litigiosidade, ora de particulares entre si, ou destes com o Estado, ou contra o Estado contra o indivíduo, como nas ações penais, reclama uma proteção especial. Da mesma forma que João Mendes de Almeida Júnior assinalou, e consagrada lição, que as regras do processo penal são o complemento necessário das garantias constitucionais, as prerrogativas profissionais dos Advogados são, na grande maioria dos casos, o complemento imprescindível para se dar vida ao devido processo legal, ao contraditório e, obviamente, à amplitude do direito de defesa." TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. Prerrogativas profissionais. TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. Brasília: OAB, 2006, p. 26.

A candente vida da Advocacia criminal brasileira é motivo de orgulho para seus membros. Com sua origem, em termos de classe, datada em 1843, junto ao Instituto dos Advogados Brasileiros,[2] conheceu-se, nos anos seguintes, uma proliferação de outros Institutos, anos antes da formação da Ordem dos Advogados, em 1930.[3] Mesmo assim, já era ela tida como heroica, como se verifica da vida e obra de personagens como Luiz Gama.[4]

Eram, de todo modo, dias mais românticos, no bom sentido da palavra. De se ver que a Advocacia já foi diferente em um mundo mais simples. O embate em defesa de seu cliente dava-se, estritamente, nos autos. Em alguns momentos, mais emblemáticos, a Advocacia, batia-se contra nuances que poderiam influenciar na decisão final da Justiça. É de se recordar que em momentos outros, como, por exemplo, os duros dias do Estado Novo, diversos funcionários públicos, e mesmo professores, foram aposentados,[5] além de juízes que deixaram a magistratura (ainda que temporariamente), sob uma alegação, comum naqueles dias, de que não se sujeitariam a julgar por leis de regime não democrático. Naqueles dias, enriqueceram e cerraram fileiras da Advocacia, questionando tantas coisas.

Naqueles tempos, a Advocacia dividia espaço com os chamados rábulas, cuja formação prática diferenciava toda a bagagem acadêmica dos primeiros.[6] Mesmo assim, o sistema parecia se adequar às necessidades de

---

2 Cf. LIMA, Herotides da Silva. *O ministério da advocacia*. São Paulo: A Palavra, 1925, p. 88 e ss.

3 Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Advocacia e a questão do ensino jurídico: o exame de ordem como necessária pedra angular complementar. *In:* COELHO JÚNIOR, Hélio Gomes; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; TEIXEIRA, Gilberto Lopes (Org.). *A nova advocacia*. Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, 2019, p. 90 e ss.

4 Cf. CÂMARA, Nelson. *O advogado dos escravos*. São Paulo: Lettera, 2010, p. 133 e ss.

5 Cf., entre outros, MOTA, Carolina. *Brazil under Vargas*. A análise jurídica de Karl Loewnste*In:* sobre o Regime de 1937. *In:* MOTTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. *Os juristas na formação dos Estado-Nação brasileiro 1930 – Dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307, nota 44. Alguns desses fatos são também retratados em CRUZ, Sérgio Marques da; CRUZ FILHO, Sérgio Marques da. Waldemar Ferreira. Muitos homens em um. RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *Grandes juristas brasileiros Livro II*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 402 e ss.

6 Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Advocacia (...)Op. cit.,, p. 87 e ss.

então. Entretanto, nuances simbólicas podiam ser notadas. Naquele momento, a grande preocupação aparentava ser sobre como influências externas prejudicariam a higidez de determinado julgamento, e, com isso, as próprias prerrogativas profissionais. Sob tais lentes, nada mais claro do que se pautar em relação a como tais influências eventualmente prejudicariam as liberdades. E isso seria de se dar por uma forma de registro das audiências, dos autos ou, mesmo, pela forma com que a Justiça se fazia sentir.

Nesse aspecto, discutiu-se sobre a influência, por exemplo, das palmas no Tribunal – em especial no Tribunal do Júri –, e como estas poderiam, de qualquer sorte, interferir na decisão posta ou futura. Nos idos de 1945, Soares de Mello, Professor das Arcadas de São Francisco, então despido de sua toga por ato de Vargas, e na condição então de Advogado, defendeu, com veemência, a manifestação popular no Tribunal do Povo.[7] Não poderia se imaginar, aliás, diferente, pois o Tribunal do Júri é o tribunal de todos, e as eventuais manifestações espontâneas das massas, após o julgamento e os acalorados discursos apenas estava a referendar a vontade de todos.

O Júri era, então, o grande palco dos embates entre acusação e defesa. Lá, eram formados e lapidados os grandes tribunos. Lá, no cenário germinal da Advocacia criminal, tinha-se o desespero dos passos perdidos,[8] a ansiedade dos discursos e o sentimento da Justiça. Foi lá que se questionou, noutro momento, e ainda no Júri, a possibilidade de gravação de

---

7 Dizia, então, que "aplausos no tribunal do Júri, e das nações mais cultas, encontrávamos a mancheias, se bem que jamais alguém se abalançasse a dizer que daqueles povos pouco ou nada se poderia esperar de alevantado e nobre. Ferri defendeu, certa vez, na Itália, um estudante estrangeiro, Carlos Cienfuegos, inteiramente desconhecido, que matara por amor a uma 'donna' de heráldica linhagem, a Condessa Hamilton. O livro em que vem reproduzida a sua defesa, narra, à página 134: Un aplauso lungo, unanime, fragoroso dell'immensa folla prorrompe nell'aula, aplauso che i richiami energici dell'energico Presidente non riescono a frenare.' Interando-nos dos trabalhos forenses do mesmo e fulgurante defensor criminal, encontramos. Na defesa de Carmine Fischetti, no Tribunal do Júri de Lucerna, maio de 1901: 'Il verdetto dei giurati fu di completa assoluzione, tra gli applausi del pubblico, che fece una entusiastica accoglienza all'accusato ed ai suoi difensori.' Mais. No julgamento dos componeses mantuanos, em fins de 1884 e princípios de 1885, no Tribunal de Júri de Veneza: ' (...)esito finale del processo, che, come si sa, fu di competa assoluzione, fra l'entusiasmo e la commozione indimenticable di tutti (...)' (...)." MELLO, J. Soares de; DELMANTO, Dante. *O caso Iolanda Guastini*. São Paulo: |s.e.|1945, p. 15 e ss.

8 Cf., sobre a noção dos passos perdidos e o Tribunal do Júri, LÈBRE, G. *Nos grands avocats*. Paris: A. Chevalier-Marescq, 1883, p. 5 e ss.

julgamentos. Sobre isso, duas questões são distintas. Embora possam se encontrar entendimentos diversos nos vários estados brasileiros, se permitidas, as gravações deveriam guardar a figura dos membros do Conselho de Sentença, buscando proteger a liberdade de todos os julgados. E tal restrição versa, também, sobre a prerrogativa profissional de questionar e objetar tal exposição.

Com o passar dos anos, muita coisa mudou. O romantismo cedeu, em parte, espaço a uma nova coqueluche do Direito Penal. Nos últimos vinte anos – ou mais –, o chamado Direito Penal Econômico ganhou inegável espaço de debates. Passaram a ser, nesse campo, inúmeras inovações verificadas. Com o advento dos processos derivados da chamada Operação Lava Jato, tem-se quase que uma nova dimensão penal, algo que, em terras tupiniquins, poderia ser qualificado como Direito Penal da Era Lava Jato. A lógica anticorrupcional passou a gerir inúmeras pautas penais, não raro, contudo, gerando um sem-número de acusações de atropelamentos de prerrogativas profissionais, consubstanciando fins em detrimento de meios.

De todo modo, a partir de então, novos institutos e, por assim dizer, também tecnologias dogmáticas passaram a ser constatáveis. A Advocacia criticou e apontou as mazelas de tantos daqueles momentos. Mas eram todos ainda pequenos e embrionários ao que hoje se verifica.

A tecnologia, a máquina de escrever, o computador e, agora, o distanciamento dos julgamentos

A tecnologia, e o novo mundo por ela apregoado, senão assustadores, são, ao menos, desconhecidos e misteriosos por muitos. O salto, quase quântico, sentido em relação às inovações e o mundo do Direito deve ser percebido em suas ideais dimensões. E mais. Há de se ter em mente que tais dimensões também podem sofrer alterações em cada dia e alvorecer, aqui vistos, sempre, sob uma percepção em relação às prerrogativas profissionais.

Em outros momentos, acima vistos e tidos como românticos, chegou-se a questionar a viabilidade da utilização da máquina de escrever, que, nos anos 1920, dava passo em substituição à pena e a tinta. Tinha-se, então, o debate que isso poderia implicar perda da essência do alegado, e, por conseguinte, como modo de violação de prerrogativas, ainda que essa noção fosse diversa da atual. O mesmo, aliás, foi sentido no início

dos anos 1980, quando da inovação do computador.[9] A tecnologia, então, era acusada de causar um afastamento do réu, das partes, e do julgador. Como se sabe, tudo foi superado.

Ainda nos anos 1970, Mario Losano, Professor de Milão e Turim, compareceu a diversos cursos inaugurais nas Arcadas de São Francisco.[10] Iniciava-se, então, toda uma gama de questões que passaria a atormentar o jurista pelos próximos anos.[11] Hoje, pode se mostrar curiosa tal evolução, mas é de se lembrar que até poucos anos não se falava, ou cogitava, acerca de tantas possibilidades de incursão criminosa virtual, tais como delitos informáticos[12] ou crimes de ódio pela internet,[13] algo tristemente corriqueiro nestes dias. Talvez o maior temor sentido nos dias de hoje diga respeito à chamada inteligência artificial e seu emprego na seara da Justiça.[14] Com

---

9 Lembra Fábio Ulhoa Coelho que "Em 1929, a Câmara Criminal do Tribunal da Relação de Minas Gerais anulou uma sentença judicial porque não tinha sido escrita pelo juiz de próprio punho. A decisão havia sido datilografada! O tribunal considerou, naquela oportunidade, que o uso da máquina de escrever era incompatível com um dos valores basilares do processo penal, o do sigilo das decisões antes da publicação. No fim da década de 1980, várias sentenças foram anuladas porque os juízes haviam usado o microcomputador. Os tribunais receavam que o novo equipamento, na medida em que permitia a reprodução de sentenças 'em série', pudesse prejudicar a devida atenção do magistrado para as particularidades de cada caso. Outro dia, um colega advogado contou que, ainda estagiário, teve dificuldade ao protocolar uma petição num Fórum do interior de São Paulo porque a peça tinha sido impressa em impressora a laser, despertando a desconfiança do escrivão, que só conhecia, até então, a impressão matricial. Aconteceu uns 12 anos atrás." COELHO, Fábio Ulhoa. Judiciário brasileiro ainda reluta a avanços tecnológicos. *Conjur.* Disponível na internet: https://www.Conjur.com.br/2007-set-08/judiciario_ainda_reluta_avancos_tecnologicos. Acesso em 2.7.2020.

10 Cf. LOSANO, Mario G. *Lições de informática jurídica*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974, *passim*.

11 Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Informática e criminalidade*. Primeiras linhas. Ribeirão Preto: Nacional de Direito, 2001, p. 11 e ss.

12 SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29 e ss. TABLANTE, Carlos. *Delitos informáticos delincuentes sIn: rosto.* Una propuesta legal para enfrentar las amenazas del ciberespacio. Caracas: EnCambio, 2001, 45 e ss.

13 Cf., entre outros, CITRON, Danielle Keats. *Hate crimes In: ciberspace*. Havard: Harvard University Press, 2014, p. 35 e ss.

14 Cf., genericamente, BONET NAVARRO, José. Reflexiones sobre la inteligencia artificial como elemento configurador del futuro processo. *In:* SIMONS, Adrian; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RAGONE, Álvaro Perez; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini e José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 745 e ss.

variações de maior empolgação,[15] a cautela,[16] trata ela de um desafio tão grande como a própria busca de responsabilidade criminal quando se imagina a questão possível e aparentemente distante de acidentes automobilísticos com veículos autônomos.[17] Mas, note-se: a grande parte desse questionamento não afetava diretamente a noção de prerrogativas profissionais.

Mesmo assim, é de se ver que os problemas desenhados sempre foram presentes. E não se mostravam de pequena monta. Entretanto, diziam respeito a questões imaginadas, como os potenciais vícios da prova digital, do correio eletrônico ou, mesmo, de tantas falsidades possíveis,[18] além, também, de uma esperada proteção em momento anterior à Lei Geral de Proteção de Dados.[19] Como se disse, o temor do futuro parece retrair a audácia de muitos. Mas é fato que, de tempos em tempos, desafios são postos e, de alguma forma, enfrentados, e, nesse contexto, superados pelo avanço do dia-a-dia.

Veio, no entanto, a pandemia do Covid-19. O ano de 2020, nesse sentido, foi um divisor de águas em tantos aspectos. Em um quase ressuscitar do pânico de 1918, a nova gripe alcançou gerar um no mínimo distanciamento social não visto ao menos em gerações recentes. Entre outros, o Judiciário e o Ministério Público, de modo geral, também adotaram medidas nesse sentido. Serão, no mínimo, quatro meses de trabalho remoto, sendo que existem previsões que os Tribunais passarão boa parte do ano de 2020 sem atendimento presencial. Aqui, uma inegável preocupação que se agiganta.

---

15 Cf. FREITAS, Vladimir Passos de. Os desafios da inteligência artificial no Poder Judiciário. Disponível na internet: https://www.Conjur.com.br/2019-mar-31/segunda-leitura-desafios-inteligencia-artificial-poder-judiciario. Acesso em 5.7.2020.

16 Cf. ROQUE, André Vasconcellos. Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. Disponível na internet: http://genjuridico.com.br/2019/11/27/inteligencia-artificial-decisoes-judiciais/. Acesso em 5.7.2020.

17 Cf., entre outros, HILGENDORF, Eric. Direito e máquinas autônomas. Um esboço do problema. *In:* ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor (Org.). *Veículos autônomos e direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 65 e ss.

18 Cf. RAMOS, Armando Dias. *A prova digital em processo penal: o correio eletrónico*. Lisboa: Chiado, 2014, p. 21 e ss.

19 Cf. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Direito à privacidade e ´proteção de dados pessoais: aproximações e distinções. *Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo, n.* 144, 2019, p. 15 e ss. Cf., genericamente, AA.VV. *Robo de identitad y protección de datos*. Navarra: Thompson Reuters, 2010, *passim*.

Em relação à esta questão, tem-se que a emergência talvez tenha impulsionado o mundo jurídico a algo que lhe era estranho. A tecnologia veio, de súbito, a se mostrar como um auxiliar fundamental ao dia-a-dia do instrumental jurídico, em especial no que diz respeito a audiências e julgamentos telepresenciais, à distância e com uso de recursos virtuais, consoante fixado e autorizado, nesta época de pandemia global, por Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. E essa inovação parece ter encantado a muitos. A produtividade do Judiciário, de outra sorte, atingiu índices altamente elogiáveis, superando a média mensal em tempos normais.

Por fim, o atendimento nos Tribunais, quer em relação de despachos presenciais, quer em termos de sustentações orais, foi readequado, recebendo elogios por parte da Advocacia. Há quem diga que essa relação, na pandemia, se mostra mais exitosa e prestimosa, e disso não se duvida. O receio, entretanto, diz respeito à busca desse "novo normal."

As metas de um futuro possível

A expressão "novo normal," sob alguma óptica, é das mais infelizes, senão perigosas. Em termos do mundo jurídico, o "novo normal" deveria ter em mente a noção de uma Justiça esperada e não de um normal racional desde o ponto de vista sanitário. É claro que não necessariamente haveria uma possibilidade de paridade de ambas as perspectivas, mas isso não implica dizer que o "normal possível" seja o "normal ideal," também em termos de direitos e garantias individuais.

O Judiciário tem inegáveis situações de gargalo que devem ser levadas em conta. Além de sua cúpula, em boa medida, ser composta por indivíduos pertencentes a grupos de risco variados, também se deu – e talvez de alguma forma se mantenha, um distanciamento judicial, para além do social. Partes distantes. Defesa e acusação postos para além de campos distintos, geograficamente separados, além do próprio magistrado se postar também fora da visão e de um mínimo contato. Essa, uma situação que incomoda, pois passada a pandemia – e aqui está a se entender a situação emergencial –, não seria de se aceitar a manutenção de uma prática que, de alguma forma, até mesmo pela possibilidade de troca de impressões (que podem conduzir um despacho, uma audiência ou uma sustentação oral), seja tida por ultrapassada pelos meios eletrônicos.

Em quatro meses, todos passaram a se comunicar, de modo instantâneo, por sistemas computacionais que permitem reuniões virtuais. Em

primeiro momento isso pode ter gerado incomodo variado. No entanto, parece ter tomado dimensões bastante acentuadas durante o período de afastamento social. Mas muitos já se perguntam: e o pós-pandemia? Como irão se dar as relações no ambiente judicial a partir de agora?

Parafraseando Marc Goodman, a jornada foi, até aqui, como é evidente, longa e dura. Dúvidas e incômodos relativos à tecnologia e o novo maquinário tecnológico, onipresentes nestes dias,[20] parecem ser regra. E se justificam plenamente durante a crise. Mas passada esta, há de se pleitear o sagrado direito de se estar, ou pelo menos de seu advogado estar, defronte, fisicamente de seus julgadores. Esse direito, bipartido em noções de confrontação e de audiência,[21] é expressamente definido pelo art. 14.1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo art. 8.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Soares de Mello já relatara, em relação ao júri, que a "função do advogado criminal é empolgar o ânimo dos jurados. Em contato com o auditório, arrastado pelo calor da improvisação, dominado pelo fogo da ação, a sua palavra traduzirá certamente grande emoção sentida, e não como em outros discursos uma emoção calculada."[22] As colocações são, ainda, atuais. Ainda que ao falar a juízes togados outro possa ser o tom, não se pode tolher o momento de viver o tribunal, pois torna, em verdade, sem razão a própria espontaneidade da sustentação.

Em uma versão moderna do drama vivido por Demange, o qual, no caso Dreyfus, não teve acesso a peças e dossiês secretos, hoje corre-se o potencial risco de viver-se em uma corte virtual. Mas com isso, e em especial no campo criminal, corre-se o risco de um tolhimento indevido ao direito fundamental de poder estar em audiência. O desafio de tantos tribunais há de ser, justamente, o sopesamento destes em época de pandemia. Para além desta, no entanto, não se pode admitir semelhante possível restrição. E o mesmo vale aos Tribunais de instância superior. O

---

20 Cf. GOODMAN, Marc. *Los delitos del futuro. Todo está conectado. Tomos somos vulnerables. ¿Qué podemos hacer al respecto?* Traducción de Gemma Deza Guil. Barcelona: Ariel, 2015, p. 539.

21 Cf., genericamente, MALAN, Diogo. Advocacia criminal e julgamento por videoconferência. Disponível na internet: https://www.Conjur.com.br/2020-jul-15/diogo-malan-advocacia-criminal-julgamento-videoconferencia?imprimir=1. Acesso em 16.7.2020.

22 MELLO, J. Soares de. *O juri e a limitação dos debates*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1941, p. 9.

defensor, em seu mister, tem o direito de um apelo de palavra, de gesto e colocação, tudo no contexto de sua causa. E esse também é direito inalienável a ser defendido.[23]

Rui, apesar de destacar a legalidade daquele procedimento, apontou o protesto do mesmo Demange, que teve cortada peremptoriamente a palavra durante aquele julgamento.[24] Pois bem. De igual forma, julgamentos virtuais podem ser legais. Mas, talvez, e apenas talvez, não representem um ideal de Justiça e de respeito às prerrogativas dos Advogados, e em particular os criminalistas, os quais, em seu labor, apenas procuram defender o bom Direito e a legalidade. Esse, o direito a ser defendido em um "novo normal," que, em termos de garantias, deve ser o mais tradicional, e normal, possível. Entretanto, e dada a possível afronta a postulados internacionais, a Advocacia deve defender o justo e o legal a toda população.

Referência

AA.VV. *Robo de identitad y protección de datos*. Navarra: Thompson Reuters, 2010.

BARBOSA, Rui. Cartas da Inglaterra. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, vol. XXIII, tomo I.

BONET NAVARRO, José. Reflexiones sobre la inteligencia artificial como elemento configurador del futuro processo. *In:* SIMONS, Adrian; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RAGONE, Álvaro Perez; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini e José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CÂMARA, Nelson. *O advogado dos escravos*. São Paulo: Lettera, 2010.

---

[23] Para Soares de Mello, "não existirá verdadeiramente julgamento onde não tiver havido defesa; ou porque não a permitam, ou porque a mutilem, o que dá no mesmo. O julgamento de um acusado, inocente ou culpado, interessa a todos. A condenação num processo em que a defesa não tenha sido permitida, isto é, não tenha sido livre, não tenha sido completa, é ameaça a todos, ameaça de que poder ser vítimas a seu turno do arbítrio, da prepotência. É o sacrifício da liberdade. É a justiça banida dos tribunais." MELLO, J. Soares de. *O júri (...)*Op. cit., p. 125.

[24] Cf., BARBOSA, Rui. Cartas da Inglaterra. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, v. XXIII, tomo I, p. 34. Soares de Mello, com sua eloquência particular, faz ampla análise sobre as colocações de Rui sobre o dossiê secreto, reputando-o como legal dentro do espectro francês de então. MELLO, J. Soares de. Rui e a questão Dreyfus. *Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo* v. LXII, fasc. I, 1967, p. 85 e ss.

CITRON, Danielle Keats. *Hate crimes In: ciberspace*. Havard: Harvard University Press, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. Judiciário brasileiro ainda reluta a avanços tecnológicos. *Conjur*. Disponível na internet: https://www.Conjur.com.br/2007-set-08/judiciario_ainda_reluta_avancos_tecnologicos. Acesso em 2.7.2020.

CRUZ, Sérgio Marques da; CRUZ FILHO, Sérgio Marques da. Waldemar Ferreira. Muitos homens em um. *In:* RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *Grandes juristas brasileiros Livro II*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 402 e ss.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Informática e criminalidade*. Primeiras linhas. Ribeirão Preto: Nacional de Direito, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. Os desafios da inteligência artificial no Poder Judiciário. Disponível na internet: https://www.Conjur.com.br/2019-mar-31/segunda-leitura-desafios-inteligencia-artificial-poder-judiciario. Acesso em 5.7.2020.

GOODMAN, Marc. *Los delitos del futuro. Todo está conectado. Tomos somos vulnerables. ¿Qué podemos hacer al respecto?* Traducción de Gemma Deza Guil. Barcelona: Ariel, 2015.

HILGENDORF, Eric. Direito e máquinas autônomas. Um esboço do problema. *In:* ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor (Org.). *Veículos autônomos e direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

LÈBRE, G. *Nos grands avocats*. Paris: A. Chevalier-Marescq, 1883.

LIMA, Herotides da Silva. *O ministério da advocacia*. São Paulo: A Palavra, 1925.

LOSANO, Mario G. *Lições de informática jurídica*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

MALAN, Diogo. Advocacia criminal e julgamento por videoconferência. Disponível na internet: https://www.Conjur.com.br/2020-jul-15/diogo-malan-advocacia-criminal-julgamento-videoconferencia?imprimir=1. Acesso em 16.7.2020.

MELLO, José Soares de; DELMANTO, Dante. *O caso Iolanda Guastini*. São Paulo: |s.e.|1945.

_____. *O juri e a limitação dos debates*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1941.

_____. Rui e a questão Dreyfus. *Revista da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo* v. LXII, fasc. I, 1967.

MOTA, Carolina. *Brazil under Vargas*. A análise jurídica de Karl Loewnste*In:* sobre o Regime de 1937. *In:* MOTTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. *Os juristas na formação dos Estado-Nação brasileiro 1930 – Dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Direito à privacidade e ´proteção de dados pessoais: aproximações e distinções. *Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo, n.* 144, 2019.

RAMOS, Armando Dias. *A prova digital em processo penal: o correio eletrónico.* Lisboa: Chiado, 2014.

ROQUE, André Vasconcellos. Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. Disponível na internet: http://genjuridico.com.br/2019/11/27/inteligencia-artificial-decisoes-judiciais/. Acesso em 5.7.2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Advocacia e a questão do ensino jurídico: o exame de ordem como necessária pedra angular complementar. *In:* COELHO JÚNIOR, Hélio Gomes; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; TEIXEIRA, Gilberto Lopes (Org.). *A nova advocacia*. Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, 2019.

SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TABLANTE, Carlos. *Delitos informáticos delincuentes sIn: rosto.* Una propuesta legal para enfrentar las amenazas del ciberespacio. Caracas: EnCambio, 2001.

TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. Prerrogativas profissionais. TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. Brasília: OAB, 2006.

40

O PERIGO DO ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL A USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA NO ATIVISMO JUDICIAL

René Ariel Dotti

Nota de exclarecimento

Um dos maiores problemas sociais e jurídicos da atualidade é o chamado "ativismo judicial" que resumidamente pode ser definido como o abuso na interpretação e aplicação da lei, desnaturando o seu conteúdo ideológico. O fenômeno transcende a esfera exegética para assumir contornos de insegurança jurídica com inegáveis reflexos no universo dos bens e interesses sociais e, mais especificamente, na arquitetura dos direitos e das garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

O trabalho aborda dos aspectos. O primeiro, referente à garantia constitucional e legal da elaboração legislativa em matéria penal como competência privativa da União (CF, art. 22, I) viabilizada pelo Congresso Nacional (CF, art. 48) e inerente ao princípio da independência dos poderes do Estado (CF, art. 2º). O segundo, relativa à *teoria dos precedentes* considerada como elaboração dogmática de garantia na aplicação do Direito em função das decisões judiciais reiteradas sobre determinados casos.

O ativismo judicial

Manejando com o apoio do sofisma de *"uma interpretação conforme a Constituição"*, precedentes do Supremo Tribunal Federal estão atravessando a linha divisória entre os poderes da República para legislar em casos concretos submetidos a julgamento, dando a dispositivo legal redação distinta do seu espírito e, conforme o caso, de seu próprio corpo. A *nouvelle vague* pretende afirmar-se nos usos e costumes jurídicos como forma de ascensão do Poder Judiciário na exegese e aplicação do direito positivo, conforme o modelo constitucional vigente, dando-lhe, porém,

um sentido coerente com princípios e regras dos direitos e das garantias fundamentais. O marco dessa mudança de paradigma de compreensão da norma jurídica é a *dignidade da pessoa humana,* reconhecida como um dos fundamentos da República. É oportuno considerar que, na impossibilidade de se viabilizar o *mandado de injunção*, previsto para suprir a falta de norma regulamentadora para o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5ºLXXI), muitas decisões judiciais são proferidas para efetivar determinados direitos. Um dos exemplos é a ordem judicial para que o poder público forneça medicamento para o hipossuficiente, reconhecida a saúde como direito de todos e dever do Estado.

No entanto, forçoso é admitir que o ativismo judicial não é um modelo de exegese e sim uma técnica semântica que substitui a legalidade vigente pela convicção pessoal do juiz com o fim de ajustá-la ao preceito constitucional. Na verdade, porém, a expressão repetida em vários julgamentos que encerrariam uma "interpretação conforme a Constituição" é um autêntico eufemismo com o objetivo de alterar o texto legal, procedimento cuja competência é exclusiva do Poder Legislativo. É óbvio que a "interpretação" de que resulta conclusão frontalmente contrária à literalidade do texto, interpretação não é, mas pura e simples negação de seu sentido; desobediência ao seu claro comando. Tal extravagância de exegese é o mesmo quanto afirmar que onde se lê quadrado, deve-se passar a ler círculo; onde está escrito escuro, leia-se iluminado; no lugar de "a apelação *terá* efeito suspensivo", entenda-se "a apelação *não* terá efeito suspensivo". Valendo-se dessa curiosa (e perigosa) "técnica interpretativa", todas as leis escritas poderão, subitamente, ser ignoradas – e, junto com elas, a confiança que devem inspirar as palavras da lei.

Na monografia "Judicialização e Ativismo judicial", seus autores afirmam que "no contexto brasileiro, com o avanço constitucional pós-1988, pode-se dizer que o juiz deixou de se limitar a meramente aplicar a lei já existente, passando até a agir em substituição do legislador. Assim, tanto os juízes quanto os tribunais desempenham uma atividade mais criativa, o que ocasiona críticas sobre a possibilidade destes, muitas vezes, utilizarem-se menos da técnica e mais da política". [1]

---

[1] hennig leal, Mônia Clarissa/Dalenogare Alves, Felipe. *Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de*

Sob uma perspectiva completamente diversa – e de segurança jurídica – o Código Civil português (1966) revela um conceito preciso do fenômeno da exegese, válido para qualquer ramo do Direito. É oportuno reproduzir: "1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. 3. Na fixação do sentido e do alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados" (art. 9º). Em outras palavras, conforme a síntese magistral de Clóvis Beviláqua, "interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras".[2]

O problema em matéria criminal

Enquanto o protagonismo judicial pode realizar o objetivo da justiça material na área dos direitos sociais e eventualmente em outros campos, o mesmo exercício de construção é absolutamente inadequado em matéria criminal quando a interpretação afeta direitos e interesses do sujeito passivo[3] da investigação ou da ação penal. Com efeito, vigora nesse terreno a máxima: *odiosa restringenda, benigna amplianda*. Confirma tal orientação o princípio da *taxatividade da norma incriminadora*, vedado o uso do costume e da analogia *In: malam partem*. Mais adiante serão analisados casos de ativismo judicial que atentam contra o interesse público e os direitos e garantias individuais expressos no ordenamento positivo.

A legislação criminal contém dispositivos que surgiram em face do *poder criador da jurisprudência*. São exemplos as Súmulas STF n. s 145, 497, 499 e 604 e as Súmulas STJ ns. 17, 220, 241, 337, 338 e 444, mas cujos enunciados traduzem a reiteração de julgados no mesmo sentido.

---

atuação dos demais Poderes", Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 111. (Itálicos e negritos meus).

2 *Teoria Geral do Direito Civil*, 7. ed., atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 37.

3 Por *sujeito passivo*, entende-se: suspeito, indiciado, denunciado, réu, paciente, condenado e recorrente.

A crítica fundada na experiência, antevendo o risco para a segurança jurídica produzido por alguns magistrados seduzidos pela auréola legiferante, deve ser constante e vigorosa como missão relevante do sagrado direito de defesa para a democracia e a cidadania.

II – A execução provisória da pena de prisão

O paradoxo institucional

Afrontando o dever elementar de guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, ao indeferir o pedido de HC 126292 (SP), decidiu, em 17/02/2016, que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal". Acompanharam o relator, Teori Zavaschi, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Divergiram os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. A orientação foi consagrada no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo, a que se deu repercussão geral (are 964246, j. 10.11.2016).

O desmonte de princípios e normas legais

Com o malsinado precedente e agindo sob a influência da mídia sensacionalista, a Corte Suprema, com uma só "penada" afrontou: (*a*) o princípio constitucional da *presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII); (*b*) os princípios de independência e *harmonia* entre os poderes do Estado, essenciais em um Estado Democrático de Direito; (*c*) o princípio legal da presunção de inocência (CPP, art. 283); (*d*) o direito de iniciar o pagamento da multa somente após 10 (dez) dias do trânsito em julgado da sentença (CP, art. 50); (*e*) os comandos dos arts. 105, 147, 160 e 164 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), que regulam a execução das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, do *sursis* e da multa.

Como é curial, na relação constitucional de direitos e garantias fundamentais existem *cláusulas pétreas* que não podem ser objeto de emenda tendente a suprimi-las, por expressa disposição do art. 60, § 4º, IV. E uma delas é a *presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII). Sendo assim, além de assumirem o papel de "legisladores de ocasião",

alguns ministros da mais alta Corte do País foram ao extremo de negar eficácia a uma cláusula consagrada por sistemas estrangeiros a partir da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (Paris, 1786), portanto, há quase 300 (trezentos) anos! [4] e outros documentos de igual natureza, como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (Paris, 1948)[5] *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (Bogotá, 1948, art. XXVI); Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Roma, 1950, art. 6º, n. 2); *Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica* (1969, art. 8º, n. 2). No mesmo sentido, Cartas Políticas mais recentes, como a de Portugal (artigo 32º, n. 2) e da Espanha (art. 24, n. 2).

Os danos materiais e morais da prisão antecipada

A propósito do relevante assunto, abre-se uma fecunda discussão sobre o açodamento de maioria dos juízes da Corte Excelsa, por essa anomalia que provocará situações aberrantes, como por exemplo: (*a*) se expedido e cumprido o mandado de prisão pela Câmara ou Turma dos tribunais, houver a admissibilidade do recurso especial e/ou extraordinário; (*b*) *idem*, *ibidem*, quando houver a concessão de *habeas corpus* pelo STJ ou STF, reconhecendo a nulidade parcial do processo incluindo a sentença (CPP, art. 573, § 1º); (c) *idem*, *ibidem*, diante do aumento do número de ações de indenização contra os Estados e a União, fundadas no inciso LXXV, do art. 5º, da Lei Maior: *"o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"*. É muito provável que os efeitos do *erro judiciário* praticado pela Corte Maior sejam objeto de inúmeras *ações de indenização* quando o Superior Tribunal de Justiça e até mesmo o Supremo anularem, por força de *habeas corpus* ou recurso especial ou extraordinário, condenações penais executadas provisoriamente. É oportuno lembrar a indagação do Ministro Ricardo Lewandowski no aludido julgamento: *"e quem restitui a liberdade? "*.

---

4 "Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei" (Art. 9º)

5 "Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (Art. XI, n. 1).

A alegação de recursos protelatórios e a *mass midia*

Foram dois os motivos (*rectius:* pretextos) determinantes da arbitrária decisão que, a pretexto de *"dar a interpretação conforme a Constituição"* decepou a cláusula pétrea da presunção de inocência nos termos aprovados pelo legislador constituinte afrontando, grosseiramente, o art. 60, § 4º, IV da Carta Política de 1988: *"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais"*. A propósito, a Ministra Rosa Weber ponderou que o novo posicionamento atropela o texto constitucional porque o STF "viola a separação de poderes ao promover a alteração de uma cláusula pétrea definida pela Assembleia Constituinte eleita pelo mesmo povo que demanda maior rigidez na punição".[6]

O primeiro foi o congestionamento das pautas pelo alegado excesso de recursos protelatórios com o objetivo de alcançar a prescrição, além de um imenso número de *habeas corpus*. Se é certo que nos últimos tempos o remédio heroico tem sido receitado em larga medida, não se pode ignorar que essa terapia constitucional é utilizada para combater a epidemia de atos ilegais e abusivos praticados por juízes e tribunais de instâncias inferiores. Esse, a rigor, é um problema administrativo que exige sensibilidade e competência de gestão para distribuir as causas atinentes aos direitos e garantias fundamentais por canais distintos no protocolo por onde irão tramitar os litígios de interesse de entes públicos. Com efeito, alterando radicalmente a ordem de preferência das matérias adotadas desde a Constituição imperial, ou seja, a organização do Estado, a Carta Magna de 1988 inicia com as declarações dos princípios fundamentais e dos direitos e garantias fundamentais (Títulos I e II). É elementar que as demandas envolvendo os assuntos contemplados nos arts. 1º a 5º devem ter preferência na ordem de distribuição, sem a *desleal* competição hoje existente entre os interesses de oligarquias burocráticas, potentados econômicos, demandas do funcionalismo público, as cargas oceânicas do INSS, as instituições financeiras de caráter público etc. O segundo fator determinante da violação constitucional foi a campanha midiática atribuindo a lentidão da justiça criminal ao manejo de advogados para procrastinar a solução dos processos. [7] Conforme o relató-

---

[6] "O pêndulo do Supremo", editorial do Boletim do IBCCrim n. 281, abril,2016, p. 1.

[7] Mais do que nunca os defensores de acusados precisam reagir à difamatória imputação de que são responsáveis exclusivos pela excessiva demora do processo mediante expedientes protelatórios quanto à prova e petições repetitivas quanto aos recursos. Como é elementar, nenhum desvio ético pode prosperar na "indústria

rio, *Supremo em Números*, produzido pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, sob a competente coordenação do Professor Joaquim Falcão, "apenas três partes figuram em mais de 50% dos processos do Supremo Recursal, quais sejam, Caixa Econômica Federal, União e INSS". Este incrível percentual autoriza a arguta constatação de que "não são simplesmente os recursos que afogam o Supremo – são os recursos de algumas poucas partes, quase todas do Poder Executivo".[8] Portanto, é evidente que a redução da carga de processos que asfixia os Tribunais não pode ser realizada com sacrifício de direitos dos cidadãos. Afinal, como bem conclui o estudo da FGV/Direito Rio, "o maior responsável por essa grande quantidade de recursos não é o cidadão comum que litiga em excesso, mas um agente muito bem definido: o Poder Executivo, em especial o da esfera federal".[9]

Os *juízes paralelos* dos casos criminais, atuando em jornais, televisão e rádio são os apóstolos da acusação temerária e militantes no exército popular da presunção de culpa. Mais que a notícia do fato delituoso, o mote é a condenação prévia de meros suspeitos ou simples indiciados. Um aspecto revelador do *mass media* sobre a fatídica decisão dos ministros-legisladores são as permanentes manifestações de alguns deles em entrevistas para os meios de comunicação sobre temas sociais e políticos de natureza controvertida e que servem para desqualificar o dever de imparcialidade inerente ao seu missionário cargo e à sua cívica missão institucional.

III – A suspensão do prazo prescricional Intervenção abusiva no ordenamento penal

Prosseguindo na exótica aventura de reinventar o direito positivo em tema criminal, o Supremo Tribunal Federal decidiu, na sessão de 7 de junho deste ano, por maioria de votos, que é possível a suspensão do

---

da prescrição" se não tiver o *exequatur* do magistrado e a leniência ou indiferença do Ministério Público e/ou do seu assistente. Afinal, o juiz tem o *domínio do fato processual* enquanto o *parquet* é o fiscal da lei.

8 FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Abril de 2011. p. 69.

9 FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo. Abril de 2011. p. 70. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv. br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/I%20Relat%c3%b3rio%20do%20Supremo%20em%20N%c3%bameros.pdf?sequence=1&isAllowed=y). (O destaque em itálicos é meu).

prazo prescricional em ações penais sobrestadas em decorrência do reconhecimento de assunto de repercussão geral. A nova *regra,* que surgiu no julgamento de questão de ordem no julgamento do Recurso Extraordinário 966177, não incide nos processos de réu preso e nos procedimentos investigatórios no âmbito do Ministério Público. O plenário ressalvou a possibilidade do juiz, na instância de origem, determinar a colheita de provas de natureza urgente. A maioria dos ministros assentou que o § 5º do art. 1035 do Código de Processo Civil[10] é aplicável ao processo penal. Apesar da ressalva de que a decisão é uma faculdade do poder discricionário do relator (não obrigatória, portanto), o precedente é manifestamente inconstitucional, porque envolve a competência para legislar sobre Direito Penal – que é privativa da União (CF, art. 22, I). O Ministro Luiz Fux, relator desse excêntrico julgado, cedeu ao fetiche da *"interpretação conforme a Constituição"* para acrescentar uma hipótese ao art. 116, I do Código Penal, *verbis: "*Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime"; o esquisito ativismo para reunir disposição processual civil, inerente aos *recursos* extraordinário e especial (art. 1.029), a uma ação penal *originária* provoca uma série de dúvidas fundadas que vão desaguar na violação do princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º,LXXVIII), além de confundir situações completamente distintas que, como azeite e vinagre, não se misturam.

Saudáveis divergências

Os Ministros Edson Fach*In:* e Marco Aurélio divergiram, rejeitando a questão de ordem. O primeiro argumentou que a imposição de barreiras ao fluxo prescricional legalmente estabelecido implica em ampliar o poder punitivo estatal o que somente é possível por edição de lei. O segundo ponderou que a suspensão da jurisdição no território brasileiro mediante ato individual de ministro conflita com o art. 5º, XXXV da Constituição (acesso à jurisdição) pois inviabiliza o processo e sua tramitação. E disse mais: "O processo crime pressupõe instrução e há

[10] CPC, art. "1.035- (...) § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional"

elementos a serem coligidos que podem se perder no tempo, principalmente quando se esperará o julgamento do Recurso Extraordinário em que admitida a repercussão geral pelo Plenário do Supremo".[11]

IV – Execução imediata da condenação pelo júri

O caso concreto

O réu Marcel Ferreira de Oliveira foi condenado pelo Tribunal do Júri de Ibiúna (SP) à pena de 25 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, como autor de homicídio qualificado, sendo-lhe negada a oportunidade de aguardar em liberdade o julgamento de recurso. Contra essa decisão foram impetrados e negados *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça. Junto ao Excelso Pretório a súplica foi renovada (HC 118.770-SP), ao argumento de que a decisão que manteve a prisão preventiva – durando já 7 (sete) anos – não estava motivada quanto ao requisito da ordem pública. E requereu a concessão da liminar que foi deferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO, na qualidade de relator, reconhecendo o excesso de prazo.

Iniciando a divergência, o Ministro ROBERTO BARROSO assentou que o caso seria de *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário previsto constitucionalmente, situação processual que não admite conhecimento em face da jurisprudência da 1ª Turma. Ao rejeitar a possibilidade de concessão de ofício da ordem, sustenta ele a constitucionalidade da execução provisória da condenação proferida pelo tribunal popular com a seguinte "Tese de julgamento. 'A prisão do réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade".[12]

Na *overture* de seu pronunciamento consta: "DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO, AMBOS QUALIFICADOS.CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI.SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE".

---

11 Notícias STF- Supremo Tribunal Federal 07.junho de 2017. www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe e *Revista Consultor Jurídico,* 7 de junho de 2017 (acesso em 30.06.2017)

12 http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406. www.criminal.mppr.mp. br/arquivos/File/HC 118770 10 mar2017.pdf

A primeira das *considerandas* do voto refere a competência constitucional do tribunal do povo para os crimes dolosos contra a vida e a soberania de seus veredictos "a significar que os tribunais [togados] não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular". A segunda estabelece: "Diante disso não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá apreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri".

Como contraponto à inusitada orientação, o ministro faz uma ressalva, na terceira série de ponderações: "Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns[13], o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso".

O writ nãofoi conhecido pela inadequação da via eleita e não foi concedido *ex officio*. A ementa encerra com a seguinte "Tese de julgamento: 'A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade".

Os fundamentos da "tese de julgamento"

Ampliando o espaço do ativismo judicial para hipótese de contribuição acadêmica a ideologia do voto é exposta com a maestria típica das manifestações orais e escritas do exímio jurista quanto à clareza de linguagem e escorreita forma gramatical. Sob o título "III. A AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE DA PRISÃO E A SOBERANIA DO VEREDICTO DO TRIBUNAL DO JÚRI", o laureado mestre advoga sua opinião iniciando com preceitos da lei fundamental que define a competência do Júri e a soberania de seus veredictos (art. 5º, XXXVIII, d e c, respectivamente). Arremata que "os tribunais não podem substituir a decisão

[13] Afirmação sem dados que a comprovem. Anulado o julgamento por um ou outro fundamento e devolvido o recorrente à liberdade, quem pagará as horas, os dias e os meses da prisão ilegal, se não houver o reconhecimento do erro judiciário (CF, art. 5º, LXXV)?

proferida". E invoca o magistério de NUCCI: "o veredicto popular é a última palavra, não podendo ser contestada, quanto ao mérito, por qualquer Tribunal togado". Ao mencionar que a sentença absolutória dos jurados pode ser invalidada a pedido do Ministério Público (nulidade ou decisão manifestamente contrária à prova dos autos), reafirma: "Porém, como regra geral, o Tribunal não poderá substituir uma decisão do júri, mas apenas determinar a realização de um novo julgamento"[14]

O núcleo da fundamentação da "tese", pela sua originalidade e relevância, merece transcrição literal: "12. Como já assentei, a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, art. 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. 13. Essa forma de solucionar a questão se mostra compatível com a lógica adotada nas deliberações do Plenário Físico (HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki; ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio) e do Plenário Virtual por este Tribunal (ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki), relativamente à exequibilidade das condenações criminais após o julgamento em segundo grau de jurisdição. É que, como já observado, tendo em vista a competência privativa do Tribunal do Júri e a soberania dos seus veredictos, o Tribunal não pode rediscutir autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de substituir os jurados na apreciação de fatos e provas. Daí ser legítima a execução antecipada da condenação"[15]. (...)

Em uma nota de rodapé (n. 5), o ministro propõe nova redação ao art. 597 do Código de Processo Penal[16], nos seguintes termos: *"Deve-se*

---

14 BARROSO, Roberto. Voto no HC 118.770 (SP). (Os itálicos são meus)

15 Idem, ibidem.

16 CPP, art. 597. "A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdição de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional da pena".

conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 597 do Código de Processo Penal, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, de modo a compatibilizá-lo com as exigências constitucionais de soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c) e de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal no caso de crimes dolosos contra a vida".[17]

É relevante destacar que a ilação do emérito constitucionalista não tem eficácia *erga omnes*, mesmo porque a "tese" não foi discutida com os demais membros da Turma, como se verifica pelo resumo do julgamento: "Decisão. Por maioria de votos, a Turma não admitiu a impetração e revogou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Senhor Ministro Luis Roberto Barroso, relator do acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente e Relator, que admitia e implementava a ordem. Primeira Turma, 7.3.2017.[18]

O flagrante equívoco dessa proposta

(a) A relatividade do princípio da soberania da decisão do júri

A soberania das decisões dos *juízes de fato* não é absoluta como não são absolutos os direitos e as garantias fundamentais, a exemplo do bem maior de todos que é a vida humana, em face da previsão da pena de morte para crimes militares em tempo de guerra (CF, art. 5º, XLVII, a c/c arts. 55-57 e 355 e seguintes do Código Penal Militar).

(b) Precedentes específicos

Há inúmeros julgados afirmando a possibilidade de, em sede revisional, desconstituir a decisão do tribunal popular, demonstrando que a soberania do Júri não implica na intangibilidade de suas decisões. Seguem alguns antigos, outros recentes. Inicio por acórdãos colhidos por RUI STOCO na obra *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 4, p. 1195: "Júri. Revisão criminal. Peticionário condenado por homicídio duplamente qualificado

---

17 Itálicos meus.

18 http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406 (Itálicos meus).

(meio cruel e recurso que impossibilitou ou dificultou a defesa da vítima). Testemunhas que afirmaram não ter o réu participado do linchamento. Exclusiva versão de que se pode extrair veracidade. Soberania do Júri que não significa intangibilidade de suas decisões. Garantia constitucional da soberania dos veredictos que deriva das garantias individuais e não da instituição propriamente dita. Absolvição do peticionário, com fundamento no art. 386, IV do CP. Revisão deferida"[19] "Os juízes togados podem, validamente, no processo de revisão criminal, reexaminar os veredictos do Tribunal do Júri, pela prevalência do interesse social do *status libertatis*".[20] "A condenação penal imposta pelo Júri, quanto transitada em julgado, reveste-se de revisibilidade. É passível de desconstituição, mediante ação de revisão criminal, não se lhe sendo oponível a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Júri". (RT 656/364) (TJSP. – 2º Gr. Cs. Crims. – Rev. 227.269-3 – Rel. Des. BITTENCOURT RODRIGUES – j. 20.10.1998 – JTJ-LEX 222/328)". E, ainda mais: "O fato de tratar-se de decisão do Júri, recoberta pelo manto da soberania, não impede a revisão criminal. É que *o conceito de soberania aqui não se confunde com o sentido absoluto e rígido de 'poder incontrastável de querer coercitivamente e fixar competências'* do Direito Constitucional".[21] "Em revisão, o Tribunal de Justiça pode absolver réu condenado pelo Júri".[22]

Um notável paradigma

O Tribunal de Justiça do Paraná, em acórdão relatado pelo Desembargador LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA, mostra igual orientação: "REVISÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIOS (CONSUMADO E TENTADO). DECISÃO CONDENATÓRIA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DO AUTOS. JULGAMENTO AMPARADO APENAS EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE CONFIGURADA. ERRO JUDICIÁRIO CONFIGURADO. NECESSIDADE DE ABSOLVIÇÃO. PEDIDO PROCEDENTE. – Contraria a evidência dos autos a decisão condenatória que se fundamenta apenas em prova testemunhal produzida no

19 TJSP- Gr.Cs.- Rev. 224.406-3/8-00 – Rel. Des. WALTER GUILHERME, j. 04.05.1999, *Boletim IBCCRIM* 82/379, set. 1999

20 TJRJ, Rec. – Rel. Des. ENÉAS COTTA, RT 594/372.

21 TJSP, RT 479/321. (Itálicos meus).

22 TJ da Guanabara, RT 449/476.

inquérito policial e que é retificada em Juízo e em Plenário, a impor a sua absolvição, eis que houve erro judiciário, inclusive diante da nova redação do art. 155, CP. Não seria lógico simplesmente encaminhar o réu a novo júri, diante da possibilidade de manutenção do aventado erro, limitando a matéria a ser discutida em novo recurso".[23]

Há determinada passagem do aresto que merece destaque: "Baseando-se a condenação, pois, unicamente em declarações prestadas no Inquérito Policial, não confirmadas em Juízo, mas, sim, retificadas, impõe-se decretar a nulidade da condenação por ofensa ao princípio do contraditório, mas não o submetendo a novo julgamento perante o Tribunal Popular, uma vez que o apontado erro poderia persistir, inclusive com prejuízo na esfera recursal. Sobre o tema, muito embora não sendo algo corriqueiro, foi lapidar o voto proferido pelo Ministro Celso Limongi, do Superior Tribunal de Justiça, ao entender que seria caso de absolvição e não de mera anulação com novo júri, haja vista a possibilidade da perpetuação do erro, não sendo esse o objetivo do sistema processual penal. Assim, faço uso do seu voto para justificar o presente, não sem antes citar a referida ementa: 'HABEAS CORPUS.CONDENAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA. TRIBUNAL ESTADUAL. MANIFESTO ERRO JUDICIÁRIO COMETIDO PELO JÚRI. REVISÃO QUE PODERIA E DEVERIA RESCINDIR A SENTENÇA CONDENATÓRIA E ABSOLVER O PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA PARA ABSOLVER O PACIENTE, POR FALTA DE JUSTA CAUSA.1. A soberania do Júri é garantia em favor do *jus libertatis*. 2. A revisão criminal também objetiva proteger o *jus libertatis*, pois só pode ser utilizada pela defesa. 3. Institutos que convergem para proteção da liberdade de ir, vir e permanecer. 4. Indeferida a revisão só resta o *habeas corpus* a impedir a perpetuidade do erro judiciário. O remédio heroico, por sua natureza, pode, diante de claro erro judiciário, desconstituir e injusta condenação e absolver o ora paciente. 5. Ordem concedida para absolver o paciente, com expedição de alvará de soltura clausulado. HC 63290/RJ, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), Rel. p/Acordão Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., j. 03.09.2009, *DJe* 19.04.2010.

---

[23] TJ-PR, 1ª C.Crim. em composição integral, RCS, 610690-9-Ibiporã, unânime, j. 19.08.2010.

O exame do mérito por tribunal togado

A afirmação da "tese" de que as cortes togadas não têm competência para examinar o mérito dos processos de crimes dolosos contra a vida é neutralizada pela interpretação sistemática de normas constitucionais e por lúcida e firme jurisprudência. O mérito da imputação é analisado pelo Tribunal de apelação quando a decisão dos jurados (condenando ou absolvendo) for "manifestamente contrária à prova dos autos" (CPP, art. 593, III, d). É certo que repetida a decisão de mérito em novo julgamento pelo tribunal do povo "não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação" (CPP, art. 593, § 3º, *In:* fine). Mas, no juízo universal da Revisão Criminal, essa possibilidade é assegurada não só pela lógica jurídica como também pela lucidez da doutrina e inteligência de precedentes judiciais.

Reconhecendo a existência de conflito entre princípios constitucionais relevantes e a necessidade de enfrentá-lo, o talentoso Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ resolveu-o com absoluta precisão dogmática: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. REVISÃO CRIMINAL.ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA SOBRE A SOBERANIA DE VEREDITOS E COISA JULGADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 1. Havendo o Tribunal de origem consignado que a solução condenatória contrariou a evidência dos autos, inviável rever o entendimento do Tribunal, porquanto importaria em reexame do acervo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial, por força do enunciado sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.2. Diante do conflito entre os princípios da soberania dos vereditos e da dignidade da pessoa humana, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário (REsp. 964978/SP) 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido".[24]

A "tese" desatende o precedente STF HC 126.292 (SP)

É necessário rememorar a ementa do voto do Ministro TEORI ZAVASCKI (HC 126.292-SP) em todas as vertentes de convencimento porque a sua construção teve a excepcional força para desconstituir o princípio

[24] REsp 1050816 (SP), STJ, 6ª T., J., 01.12.2016, *DJe* 15.12.2015 (Negritos meus.)

da presunção de inocência, frente à uma nova perspectiva de interpretação, *verbis:* "CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado".

Como é elementar, os casos criminais submetidos ao comando desse precedente não podem ser objeto de aplicação analógica ou interpretação extensiva, máxime porque o mandamento judicial em referência caracteriza uma elaboração de conteúdo misto: penal e processual penal. A propósito, essa espécie foi reconhecida no julgamento do TRF 1ª Região, 2ª Turma, na AP. – AP. 1998.01.00.051300-9-MG- Rel. Des. VERA CARLA CRUZ, 26.02.2002, RT 804/687, verbis: "Prescrição. Admissibilidade. Indiscutível essência de direito material, uma vez que extingue a pretensão punitiva do Estado. Nova redação conferida pela Lei 9.271/96 ao art. 366 do CP. cominou ao mesmo tempo em consagrar norma de direito processual, determinando suspensão do curso do processo, e, ainda, na regra de direito material, suspendendo o fluxo da prescrição. Inaplicabilidade. Norma mais gravosa ao acusado, conduta anterior à referida lei. Aplicação ao princípio constitucional da irretroatividade da norma menos benéfica".

O pressuposto do duplo grau de jurisdição, literalmente exigido como conteúdo material para embasar a revolucionária exegese, é igualmente mencionado no voto do Ministro BARROSO. Em síntese: a execução antecipada está sujeita a uma *condição suspensiva*, ou seja, a confirmação da sentença condenatória de primeiro grau. Ocorre que a decisão do Júri não caracteriza, obviamente, uma "sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição", nos termos do enunciado paradigmático do voto condutor que atropelou o princípio constitucional da presunção de inocência.

Uma crítica bem fundamentada

Em vigoroso e bem lançado artigo, comentando o voto em análise, o procurador de Justiça da Bahia, Professor RÔMULO MOREIRA,

observa: "A soberania popular aproveita ao réu, não à acusação! Não esqueçamos, outrossim, que as decisões do Tribunal do Júri são imotivadas. Sequer se exige grau de instrução aos jurados (confira-se o Código de Processo Penal). Como, então, podemos admitir que alguém, condenado pelo Conselho de Justiça, sem estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, seja imediatamente forçado a cumprir uma pena? E se o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal anular o julgamento por entender, à vista das provas juntadas aos autos, que houve uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos (portanto, não se trata apenas de análise de questão de Direito)? E se, depois do segundo julgamento, quando não mais haverá possibilidade de recurso sob o mesmo fundamento (art. 593, parágrafo terceiro do Código de Processo Penal), o réu for absolvido, quem arcará com o erro judiciário? Algum Ministro, certamente, colaborará com a indenização. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 89544, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso, assentou não haver violação à soberania popular a proibição da reformatio *In:* pejus, decisão repetida no Habeas Corpus n. 136.768".

O texto do prestigiado mestre de Direito Processual Penal encerra com essa irônica e suposta dúvida: *"Será mesmo que, 'doravante, ocorrerão com menor frequência as lamentáveis situações em que homicidas condenados pelos jurados saem pelas portas do tribunal do júri ao lado de seus julgadores e dos familiares de suas vítimas*?'[25] Mas, quem os disse homicidas? Já existe uma decisão judicial transitada em julgado? Eis a questão!".[26]

Revisão criminal para absolver o réu condenado pelo júri

A *Revisão Criminal* é um direito subjetivo do condenado previsto e tutelado pela Constituição (arts. 101, I, (j) e 105, I, (e) e pelo Código de Processo Penal,[27] visando desconstituir o *erro judiciário* fenômeno

---

25 Uma nota de rodapé com o número 5 tem a seguinte redação: "[5] https://vladimiraras.blog/2017/03/12/a-soberania-do-juri-e-a-execucao-penal-imediata/"

26 www.cecgp.com.br/noticias/1619-0-juri-a-presuncao-de-inocencia-e-como-sempre-os-fascistas-de-plantao (acesso em 27.03.2017)

27 CPP, art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária à lei expressa ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas

reconhecido pela lei fundamental para obrigar o Estado a indenizar o condenado (art. 5º, LXXV). O seu deferimento poderá consistir em *(a)* mudança da classificação da infração; *(b)* absolvição do réu; *(c)* modificação da pena, ou *(d)* anulação do processo (CPP, art. 626).

Autorizada doutrina – além da jurisprudência já referida – sustenta a viabilidade dessa *ação penal constitutiva* quando, entre outras hipóteses legais, *"a sentença condenatória for contrária (...) à evidência dos autos"*. (CPP, art. 621, I, *In:* fine). O saudoso Procurador de Justiça de São Paulo, MIRABETE, comentando o art. 621 do Código de Processo Penal, sustenta: *"É admissível a revisão de sentença condenatória irrecorrível proferida pelo Tribunal do Júri*, pois a alegação de que o deferimento pedido feriria a 'soberania dos veredictos', consagrada na Constituição Federal não se sustenta. A expressão é técnico jurídica e a soberania dos veredictos é instituída como uma das *garantias individuais*, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir sua liberdade. Não pode, dessa forma, ser invocada contra ele".[28] Em monografia específica, o Desembargador OLIVEIRA JUNIOR, do Tribunal de Justiça de São Paulo, esclarece: "O júri popular exercitando um julgamento político, ou simplesmente fático – e não jurídico – não detém o atributo de quem fala por último, sem que se possa dar o dito pelo não dito. Não se há de confundir, como assinalado por Marcus Vinícius Amorim de Oliveira,[29] *'soberania com onipotência insensata e sem freios'."* Afinal, o poder dos jurados, consistente em julgar sem fundamentação jurídica, ao reverso de certo indicativo constitucional (CF, art. 93, inc. IX),[30] "não pode colidir com o direito à plenitude de defesa do réu, em que se incluem o contraditório, o princípio da reserva legal e o princípio da presunção de inocência. Daí a

---

de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena"

28 MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado, 7. ed., São Paulo: Editora Atlas S/A, 2000, p. 1349-1350. (Destaques em itálico, do original; destaques em negrito, meus)

29 "OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional, Curitiba: Juruá, 2002, p. 87". (Itálicos do original). (Número original da nota de rodapé: 259).

30 "Há quem, aliás, como fizemos no passado e agora reformulamos nosso pensar, em função da desnecessidade da fundamentação dos veredictos, dita que o júri não é órgão do Poder Judiciário. TUBENCHLAK, James. *In:* Tribunal do Júri – contradições e soluções, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, s/n". (Número original da nota de rodapé: 260).

necessidade da existência de mecanismos de controle da legalidade da decisão dos jurados".[31]

Prossegue o magistrado OLIVEIRA JÚNIOR: "Hoje está assentado que 'a soberania os veredictos é preceito estabelecido como garantia do acusado, podendo ceder diante de norma que visa exatamente a garantir os direitos de defesa e a própria liberdade';[32]; e, a revisão criminal, sendo aquele instrumento constitucional para a obtenção de um especial juízo de amparo para o restabelecimento da Justiça e da Liberdade, é perfeitamente utilizável em face de decisões injustas do Tribunal Popular, não lhe denegrindo a soberania".[33]

Na mesma obra em referência, a lição do notável processualista penal, MARQUES PORTO,[34] imortal membro do Ministério Público de São Paulo, adotada *"com cunho de definitiva"*, merece invocação: "a soberania dos veredictos tem seu sentido próprio – impossibilidade de outro órgão jurisdicional modificar a decisão dos jurados, para absolver o réu condenado ou condenar o réu absolvido pelo Tribunal do Júri – e seus efeitos restritos ao processo enquanto relação jurídico-processual não decidida. Assim, transitando em julgado a sentença do Juiz Presidente, é cabível a revisão do processo findo [...] e o que foi decidido na esfera revisional não fere a soberania do Júri".[35]

Um exemplo prático

Penso que um exemplo da realidade cotidiana joga uma pá de cal na crença aberrante que faz da soberania do veredito condenatório do Júri a barreira intransponível para o reexame togado. Determinado réu, dirigindo um automóvel com excesso de velocidade atropela cinco

---

31 OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional, Curitiba: Juruá, 2002, p. 87. (Itálicos do original). (Número original da nota de rodapé: 261)

32 "GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; e, FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal, 5. ed., Revista dos Tribunais, 2008, p. 315". (Itálicos do original). (Número original da nota de rodapé: 262)

33 OLIVEIRA JUNIOR, Antonio Sydnei de. Revisão Criminal, cit, p. 166. (Itálicos e negritos meus)

34 MARQUES PORTO, Hermínio Alberto. Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 38-39.

35 OLIVEIRA JUNIOR, Antonio Sydnei de. Revisão Criminal, cit., p. 167. (Itálicos do original; negritos meus).

pessoas que estavam em uma fila de ônibus, causando-lhes a morte. Denunciado e pronunciado por homicídio qualificado com dolo eventual é condenado a 15 anos de reclusão pelo tribunal popular sensibilizado com a extraordinária repercussão midiática do fato e a existência anterior de infrações de trânsito. O tribunal de apelação dá provimento ao recurso reconhecendo que a decisão é "manifestamente contrária à prova dos autos" que, indubitavelmente, caracteriza um crime culposo. Em segundo julgamento os jurados decidem contrariar o veredito togado. Não cabe segunda apelação. Pode-se falar em *"efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal"* com esse tipo de *justiça das ruas* sem a proteção legislativa da Revisão Criminal operando para a *restitutio In: integrum*?

Uma lição que o tempo não apagou

Entre todas as críticas feitas ao esdrúxulo procedimento do ativismo judicial há uma categoria delas que são predominantes porque referem-se à desviada aplicação da lei em matéria penal

cujo arsenal de reações contra o delito configura o centro de gravidade na proteção de bens e interesses fundamentais do homem e da sociedade. Com efeito, dar à norma incriminadora ou de outra natureza uma exegese que se antagoniza com a *voluntas legis* é praticar, no exercício da judicatura, um dos mais graves abusos de autoridade que, conforme as circunstâncias, tipifica um dos crimes previstos na Lei n. 13.869/2019[36].

Renasce, então, com toda a força lógica e de proteção da dignidade da pessoa humana, a centenária lição do imortal criminalista, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria (1738-1794):

"O poder de interpretar as leis penais também não pode recair sobre juízes criminais pela simples razão de que eles não são legisladores" (Beccaria – 1738-1794).[37]

---

[36] Este diploma revogou a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965.

[37] *Dei delitti e dele pene* (*Dos delitos e das penas*), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, trad. José de Faria Costa,1998, "IV – Interpretação das leis" (p. 68).

41

A FALÁCIA DA LIMINAR EM *HABEAS CORPUS*

Ronaldo Garcia Dias

Introdução

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LXVIII, determina a concessão de ordem de *habeas corpus* sempre que "alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Assim como se dá com outros direitos individuais, violações à liberdade de ir e vir vem acontecendo com enorme frequência, incidindo sobre um crescente número de pessoas. Esse encarceramento massivo e abusivo de sua modalidade preventiva resulta de uma política criminal que recorre à prisão como principal resposta à violação da lei penal e como forma de mitigar o descrédito do judiciário, perceptível em vários segmentos da sociedade.

Para os integrantes da comunidade jurídica, notadamente para os penalistas, não é novidade que a prisão antes de transitar em julgado a sentença condenatória é medida excepcional. Também não é novidade que a garantia da ordem pública ou econômica, a manutenção célere e sem tumulto da instrução criminal ou a efetividade de aplicação da lei penal, por si só, não justificam o seu decreto, e que a prisão processual deve ser utilizada no caso de situações extremas, onde não seja conveniente, a aplicação das medidas alternativas da prisão preventiva, dispostas no art. 319 do CPP.

Como bem salientou Raphael Spinola Costa, "sem que seja necessário o aprofundamento na análise do *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, é possível, em sede liminar e apenas em juízo de proporcionalidade, a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas enquanto se aguarda o julgamento final do *writ*, sem que isso comprometa eventual avaliação do colegiado acerca do mérito do *habeas Corpus*"[1].

---

[1] Spinola Costa, Raphael, Boletim do IBCCrim n. 325, dez./2019, p. 2239.

Ainda que se considere ter havido sensível diminuição da população carcerária com a implantação, pelo Conselho Nacional de Justiça, da audiência de custódia, com base no Pacto de São José da Costa Rica, já que, inegavelmente, ela passou a representar um importante espaço para que o Ministério Público exerça o seu dever de controle externo da atividade policial e para que o magistrado vele pela aplicação das garantias constitucionais do processo, os centros de detenção e penitenciárias continuam cheios como nunca.

O Poder Judiciário, concebido pela Constituição Federal para atuar na defesa do povo contra o poder punitivo, não raras vezes, age como simples extensão da atividade policial, contribuindo para manter um sistema penal sob o signo da seletividade contra as populações historicamente vulneráveis, ou em relação àqueles, onde a sua atuação gera impacto midiático, fazendo com que as prisões provisórias superem as definitivas.

A medida liminar em *habeas corpus*

Não obstante o caráter de presteza com que está informado o instituto constitucional do *habeas corpus* – a ocorrência ou não da ilegalidade ou de abuso de poder, em relação ao direito de liberdade da pessoa –, o seu processamento nos tribunais exige a realização de determinados atos de procedimento, que possuem inquestionável dimensão temporal.

Assim, da impetração até o julgamento, flui um espaço de tempo, maior ou menor, na dependência da rapidez ou não com que a autoridade coatora preste as informações solicitadas, o representante do Ministério Público emita o parecer, sem contar com os atos cartoriais, que têm muitas vezes, uma injustificável demora. Há de se considerar, também, a excessiva quantidade de processos atualmente em tramitação que praticamente inviabiliza a prestação jurisdicional dentro de prazo razoável, nos termos do que preconiza a Constituição Federal no art. 5º, LXXVIII.

É evidente, assim, que, apesar da tramitação mais acelerada do remédio constitucional, em confronto com as ações previstas no ordenamento processual penal, o direito de liberdade do cidadão é passível de sofrer flagrante coarctação ilegal e abusiva.

Para obviar tal situação é que foi sendo construído, na doutrina e na jurisprudência o instituto da liminar em *habeas corpus*, com o mesmo caráter de medida de cautela, que lhe é atribuída no mandado de segurança.

Atualmente, grande parte dos Tribunais incorporou a liminar em *habeas corpus* no seu regimento interno.

Conforme acentua Ada Pellegrini, de natureza cautelar é a concessão liminar do *habeas corpus*, que embora não autorizada pela lei, se esboça em doutrina na esteira da concessão *In: limine* do mandado de segurança, quer em sua modalidade preventiva, quer na sucessiva, inserindo-se entre os provimentos cautelares que Calamandrei classificou como antecipatório de um provimento definitivo[2].

A decisão liminar em *habeas corpus*, embora não prevista no sistema normativo brasileiro, decorre de sólida e definitiva construção jurisprudencial. É, nas palavras de Tourinho Filho, "uma das mais belas criações da nossa jurisprudência".[3]

Também Guilherme de Souza Nucci sustenta que a concessão de medida liminar em *habeas corpus* não é hipótese expressamente prevista em lei, mas admitida com tranquilidade pela jurisprudência[4].

Aliás, as medidas liminares, proferidas em *habeas corpus* ou mandado de segurança, existem justamente para, em sede de cognição sumária, antecipar a pretensão trazida pela parte. Ou seja, não há nenhum mistério quanto à possibilidade do relator do feito, monocraticamente, apreciar as teses sobre a ilegalidade da prisão, baseando-se nos dados fáticos delineados pela decisão que a decretou.

O Superior Tribunal de Justiça pontificou que o *habeas corpus* é ação constitucionalizada para preservar o direito de locomoção contra atual, ou iminente ilegalidade, ou abuso de poder, sendo por isso, admissível a concessão da medida liminar[5].

Também o Supremo Tribunal Federal vislumbrou a importante função instrumental da medida liminar em sede de *habeas corpus*, posto destinar-se a garantir, pela preservação cautelar da liberdade de locomoção física do indivíduo, a eficácia da decisão a ser ulteriormente proferida quando do julgamento definitivo[6].

---

2 *O Processo em sua unidade,* II/72, Forense, RJ, 1984.

3 Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, v. 1. 35. ed., SP, Saraiva, 2013, p. 679.

4 NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado.* P. 1071

5 STJ, 6ª Turma, HC 5574, j. 08.04.97.

6 STF, HC 70177-9, DJU 07.05.93, p. 8.331.

A posição dos tribunais

Não se desconhece que no âmbito de cognição do *habeas corpus* não se admite exame de prova – verdadeiro mantra utilizado pelos Tribunais para denegar a medida liminar e a própria impetração – no entanto, o princípio não deve ser visto como regra absoluta, admitindo exceção, que nem sempre é levado em consideração.

O que não se admite é o aprofundado exame de prova, mas em determinados caso em que dele, exclusivamente dele, depende a apuração do constrangimento, tal exame é tolerado e permitido, mesmo nos restritos limites da ordem impetrada.

Pontes de Miranda, em obra[7] editada há mais de meio século, ao comentar decisão da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, que recusava exame à matéria de prova, deixou assinalado: "(...) mas entenda-se, matéria de prova há em qualquer processo de Habeas Corpus. A 1ª Câmara decerto quis referir-se à matéria controvertida de prova, que deixa fora, como de outra classe, a matéria evidente de provas (...)".

O *habeas corpus*, principalmente depois da passagem de Nelson Hungria pelo Supremo Tribunal Federal, adquiriu nova dimensão e a reiterada alegação de que a matéria de prova não é de ser apreciada em seus estreitos limites foi progressivamente perdendo prestígio. Aquele eminente jurista classificava-a mesmo de autêntica superstição, salientando que a matéria de prova existe, necessariamente, em todo processo de *habeas corpus*. O essencial é que se demonstre através dela a indiscutível ocorrência de constrangimento ilegal.

Posteriormente, o Ministro Pedro Chaves, do STF, sustentou não ser possível o exame da justa causa e legitimidade para o processo penal sem examinar as provas, pois não há outro processo lógico para a ela se chegar[8].

De todo inaceitável, pois, a impermeável afirmação no sentido de que referido exame é inteiramente estranho ao *habeas corpus*. Não se pode excluí-lo, quando indispensável à demonstração da coação ilegal e do abuso de poder referidos na Constituição Federal.

Os textos constitucionais, referindo-se à ilegalidade e também a abuso de poder, são muito mais amplos que as disposições do Código de Processo Penal em seu art. 647, que lhe são anteriores, e não impede,

---

7 *História e prática do habeas corpus*, 1951, p. 430.

8 HC 43.413-SP, RTJ 40/270.

antes exige o exame de prova, sempre que indispensável à caracterização do abuso de poder da acusação pública, do juiz processante ou julgador, ou, ainda, à demonstração da total ou parcial ausência de justa causa para a *persecutio criminis*, prosseguimento do processo e situações análogas.

Pelas mais variadas razões, os tribunais do país, têm sido extremamente avarentos na concessão de liminares em *habeas corpus*. Não se desconhece que alguns pleitos são desconsiderados porque têm caráter satisfativo, confundindo-se com o próprio mérito, o que denota falta de técnica do impetrante.

No entanto, há também razões meta jurídicas que concorrem para a negativa da medida liminar e estão diretamente ligadas à postura do relator, para quem a impetração foi distribuída, do plantonista, nos casos fora do expediente normal ou do Presidente do Tribunal, quando do recesso forense, que são os competentes para apreciá-la.

Em alguns casos, há o inconfessável temor em vê-la cassada pela câmara ou turma, quando do julgamento do mérito, o que constitui injustificável demonstração de insegurança ou vaidade pessoal.

Em outros, há manifesta intranquilidade de que a concessão possa ter sido resultante da promessa de vantagem indevida, pelo tráfico de influência, infelizmente comum nos nossos tribunais, onde alguns de seus integrantes concedem liminares até mesmo afrontando a jurisprudência do próprio tribunal a que pertencem. Aqui, o julgador íntegro, prefere sonegar o direito de alguém a correr o risco de ser taxado prevaricador, em demonstração inequívoca de falta de independência e coragem pessoal, que são atributos indispensáveis para o exercício da judicatura.

Fato é que, em sua maioria, as pretensões deduzidas em sede de preliminar, como a substituição da prisão preventiva por monitoramento eletrônico, entrega do passaporte ou outra medida prevista no art. 319 do CPP, ou, ainda, a dispensa da autoridade apontada coatora, quando se instrui a impetração com todas as suas peças, para agilizar o procedimento, não têm encontrado eco em nossos tribunais.

A questão do procedimento

É inegável que o Direito tem de se adaptar à realidade social, não somente no que diz respeito ao seu acervo normativo, bem como nos procedimentos de entrega da prestação jurisdicional.

Vivenciamos o momento em que a atividade judicial está abdicando do papel para se manifestar no mundo dos computadores em decorrência do processo eletrônico ou do avanço das tecnologias postas à disposição das rotinas judiciárias.

Julgamentos que se faziam nos espaços físicos dos tribunais, com os seus protagonistas no mundo real, identificados pelas suas posturas simpáticas ou não, estão cedendo espaço para os softwares, em um universo virtual, onde os julgadores transitam pelos votos de seus pares, anuindo ou não com eles, simplesmente apertando uma tecla, às vezes sem um debate efetivo da matéria fática e jurídica, levando à monocratização do colegiado.

Algumas impugnações, como os agravos e os embargos, inauguraram essa forma de julgamento nos tribunais superiores, que os regulamentou através de normas internas – o STF, pela Resolução 587/2016 e o STJ, pela Emenda Regimental 27/2016 – que serviram de inspiração para as cortes estaduais e federais de Justiça, que as adotaram sob a justificativa do combate à morosidade dos julgamentos. Os temas, objeto dos julgamentos virtuais, foram, aos poucos se ampliando, até alcançar o *habeas corpus*.

Embora vislumbre inconstitucionalidade no julgamento virtual por violação dos artigos 93, inciso IX e 133, da Constituição Federal, que determina a publicidade nos julgamentos e preconiza a essencialidade da advocacia na administração da Justiça, é preferível que a medida liminar em *habeas corpus* deixe de ser atribuição solitária do relator, plantonista ou dos presidentes dos tribunais – o que já se demonstrou, em muitos casos, sem efetividade ou até tendenciosa – passando para a apreciação da câmara ou turma julgadora, em ambiente virtual, sem prejuízo, portanto da rapidez que o caso impõe, ficando o julgamento do mérito da impetração para o espaço físico do tribunal, independente de ter advogado inscrito para a sustentação oral, dado ao caráter de cidadania impregnado em todo *writ*.

Afinal, a ideia de viver sob o império de um Processo Penal Democrático, conforme alardeado pela Constituição, deve ser algo mais do que uma simples falácia.

Conclusão

Em razão do excessivo número de prisões processuais, notadamente da preventiva, o instituto do *habeas corpus* se transformou em notável aliado da advocacia para a discussão da legalidade ou conveniência de sua decretação.

No entanto, ainda que possua um processamento mais célere do que as outras formas de impugnação, dificilmente ele é julgado em prazo inferior a 30 dias, por disponibilidade de pauta e demais atos cartoriais. É a pior notícia que o advogado leva ao conhecimento do cliente e de seus familiares. A outra, também não muito alvissareira, é a dificuldade, por variadas razões, de se obter uma medida liminar, minimizando aquele ato de coarctação.

Embora sem previsão legal, a liminar em *habeas corpus* é criação doutrinária e jurisprudencial de enorme valia, cuja apreciação se dá de forma monocrática. Daí, a raridade para a sua obtenção.

É indiscutível que o processo eletrônico e seus corolários cibernéticos, na atual quadra do nosso desenvolvimento, constituam uma necessidade inarredável, embora possa carregar desvios constitucionais em alguns de seus atos. Ainda assim, para dar maior efetividade para a medida liminar no *habeas corpus*, é melhor atribuir a câmara ou turma a sua apreciação em ambiente virtual, reservando-se o espaço do mundo real para o seu julgamento de mérito.

42

A ADVOCACIA DE ONTEM, HOJE E AMANHÃ

Silvana Lourenço Lobo

Não que seja assim tão velha, mas, por certo, nova também não sou. Completo 29 anos de colação de grau em Direito no próximo dezembro, e desde 1990 – ainda estagiária, não parei de "relar a minha barriga" nos balcões das secretarias de Varas Criminais. Então, o que pretendo aqui descrever é muito mais fruto de minhas observações pessoais, do que qualquer pesquisa empírica e vultosa, mas que pode ser útil para atiçar as reflexões pessoais.

Se observarmos bem, a advocacia de "antanho" (e nem tanto tempo assim se passou) era muito diferente desta advocacia de hoje em dia, e traz muita preocupação para o quê será efetivamente a advocacia de amanhã. E ressalte-se que aqui não quero, em hipótese nenhuma, realçar ou pontuar os novos recursos tecnológicos, a inteligência artificial ou os processos eletrônicos, e menos ainda o interesse do CNJ por quantidade de julgados, pouco se interessando pela qualidade destes julgados[1].

Não é desconhecido por nenhum de nós, advogados vivos nesta data, a despeito se centenários ou neófitos, acerca da brilhante atuação dos causídicos durante os momentos históricos mais importantes do país, sempre se destacando por sua coragem e independência na defesa do interesse dos clientes.

Ainda nesta semana deparei-me com uma lembrança histórica feita pelo Prof. Ronaldo Brêtas em sua rede social do Facebook nos recordando a brilhante passagem ocorrida logo no início de nossa história republicana,

---

[1] Um juiz que no mês sentencie um único processo, mas de importância para milhares de jurisdicionados, trazendo a paz social, será muito menos conceituado do que aquele julgador que fez 3.000 sentenças, todas elas de extinção da punibilidade, sem qualquer decisão de mérito (...)

em que com a renúncia do Marechal Deodoro da Fonseca da Presidência, e a assunção da Presidência da República pelo seu vice, Floriano Peixoto[2]:

> A queda de Deodoro suscitara grave questão política: o preenchimento do cargo vago.
>
> Rui Barbosa, numa longa carta, definira-se pela necessidade constitucional de uma eleição imediata, para escolha do novo presidente.
>
> Em abril daquele ano de 1892, pedindo a convocação das eleições, a fim de ser restabelecida a tranquilidade, 13 generais publicaram um manifesto.
>
> Para Floriano, a atitude equivaleu a um desafio. Aceitou-o. E, imediatamente, reformou 11 dos signatários, enquanto os outros 2 foram transferidos para a reserva.
>
> Foi visto isso como uma medida violenta e radical.
>
> Os ânimos exaltaram-se e populares tentaram realizar um comício em frente a casa de Deodoro de cuja ditadura pareciam saudosos.
>
> Foi o pretexto esperado por Floriano Peixoto: decretou o estado de sítio. As prisões encheram-se.
>
> Senadores, deputados, generais, almirantes, todos que se opunham à permanência do ditador no poder, sem distinção de categoria, foram para os cárceres. E, antes de esgotar-se o prazo de suspensão das garantias constitucionais, muitos deles embarcariam deportados para sítios longínquos.
>
> Quem teria coragem de protestar contra Floriano Peixoto?
>
> (...) Rui Barbosa foi, naquele instante, o único que não teve medo.
>
> Rui Barbosa ajuizou *habeas corpus* para a defesa daqueles militares prejudicados em seu ir e vir.
>
> Quando informaram ao frio e sagaz Floriano Peixoto ser impossível negar a ordem devido à limpidez dos argumentos, ele comentou: "Esta notícia me contraria sobremodo. Não, amanhã, quem dará *habeas corpus* aos ministros do Supremo Tribunal (...).".
>
> O julgamento foi considerado sensacional.
>
> Piza e Almeida declarou-se favorável ao *habeas corpus*.

---

2 O CONFRONTO DE RUI BARBOSA COM FLORIANO PEIXOTO E O EXÍLIO – Rogério Tadeu Romano – texto publicado no jus.com.br, em 26/04/2019

No entanto, todos os demais 10 ministros do STF da época negaram a ordem, pois, a profissão que não é de covardes é a ADVOCACIA, não é mesmo?

E aproveitando esta célebre frase, também não se pode olvidar do brilhante advogado Sobral Pinto, e as defesas que fez de seus clientes na Coluna Prestes, dos perseguidos políticos do regime militar, e, principalmente dos direitos humanos e dos princípios constitucionais.

> Em abril de 1984, nos últimos respiros da ditadura militar, em meio às inúmeras manifestações populares pela redemocratização do país, o advogado Sobral Pinto, aos 90 (noventa) anos, sob um vigor de uma juventude de espírito, ao lado de Ulisses Guimarães, Tancredo Neves, Leonel Brizola e outros, discursou na Cinelândia, no Centro do Rio de Janeiro, para mais de um milhão de pessoas, defendendo a democracia e a legitima escolha dos governantes pelo sufrágio popular, posicionando-se:
>
> "Quero falar à nação brasileira, através desta multidão de um milhão de conterrâneos meus. Nós queremos que se restaure no Brasil o preceito do artigo primeiro, parágrafo primeiro da Constituição Federal: 'Todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido'. Esta é a minha mensagem. Este é o meu desejo. Este é o meu propósito."[3]

Cito estes dois nominalmente, para não ser injusta com os vários outros, desta feita com quem pude conviver e ouvir pessoalmente, mas que sempre fizeram da advocacia mais do que a sua vocação, um verdadeiro sacerdócio.

E, aquilo que me fazia admirá-los a ponto de os imitar e querer muito fazer tal e qual eles faziam, era exatamente o imenso senso de responsabilidade que possuíam com seus princípios mais arraigados de ética, moral, conjugados com os princípios gerais do direito e constitucionais, sem esquecer nunca a base dos direitos humanos, em consonância evidente aos interesses de seus clientes, sempre tratados com profundo respeito.

Nesta advocacia de ontem que menciono aqui com saudades, os advogados, que jamais defenderam crimes ou criminosos, mas sempre as ideias e o direito, nos demonstravam por suas atitudes (e com elas

---

[3] Sobral Pinto: "A advocacia não é profissão de covardes". *Canal Ciências Criminais* Por Armstrong Lemos, publicado em 2017

aprendíamos pelos exemplos) que ser advogado era ter muito apreço pelo ser humano que é o seu cliente, com família, com história pessoal, com dificuldades de saúde e psicológicas, com sentimentos, voltados a sempre adequar a verdade do cliente àquilo que a lei, que o direito e que a justiça podem e devem reconhecer.

Vale dizer que o advogado de ontem realmente quando recebia a causa, tirava de seu cliente a preocupação da causa, tomava-a como se sua fosse, e estudava e dedicava a sua vida para solucioná-la, dando ao seu cliente a verdadeira paz que eles sempre buscam de uma decisão jurisdicional.

O advogado de ontem, de forma ética, ciente e consciente da importância do exercício de sua profissão, esclarecia ao cliente o seu direito, inclusive, ressaltando a ele que nem sempre o cliente tem a razão, posto que a razão é uma só, e pode realmente ocorrer que esta não seja daquele que queira constituí-lo. E como é importante saber reconhecer a razão do outro em qualquer espécie de relacionamento humano.

Esclarecer o cliente sobre o molde de suas ações às previsões legais é dever do advogado. Dizer que a conduta do cliente não é correta, que é criminosa, e quais são os meios de defesa para que a decisão seja a mais justa e adequada possível.

Não é função do advogado se tornar "cúmplice de seu cliente", ajudá-lo a forjar a apuração do crime, ou esconder as provas, ou produzir as tais provas.

O advogado que vai lidar com um fato que já ocorreu, e para o qual na maioria das vezes não orientou ou contribuiu em absolutamente nada, portanto, cabe a ele mostrar com a maior sinceridade e coerência as consequências destes atos. Os advogados também são agentes transformadores da sociedade, com dever de contribuir para uma paz social global.

Assim, o que se vislumbrava na advocacia de ontem?

Sacerdócio: estudo com afinco, esmero, qualidade e de forma incansável; humanidade para com o seu próprio cliente e com a outra parte; elegância no trato com o advogado da outra parte, respeito pelos sentimentos e razões da outra parte; ser aguerrido sem ser grosseiro e agressivo; tratar com respeito e sinceridade os serventuários e correção nas atitudes forenses, sem subserviência; vida recatada, em que os honorários são devidos pelo trabalho bem feito, vem de honra, e se ganhar mais dinheiro do que o necessário para uma vida confortável, não utilizar isso como forma de espezinhar o restante dos colegas; não procurar o

juiz para oferecer-lhe facilidades e apoio como forma de cobrar retribuição em benesses; ser simples sem ser simplório e lembrar-se que a humildade talvez seja mesmo a maior das virtudes.

E a advocacia de hoje? O que se tem visto? Nestes 30 anos de advocacia e mais de 27 como professora de curso superior, o que tenho observado é que os valores fundamentais para este bom exercício profissional se tornaram frívolos, e os objetivos principais se distanciaram muito mesmo daqueles da advocacia de ontem.

A começar pela observância que a maioria dos estudantes dos cursos de Direito não querem mais exercer a advocacia, todos, no início, primeiros dias nos bancos discentes das faculdades, se manifestam por fazer concursos.

Concurso para qual cargo? Pouco interessa, desde que se ganhe muito.

$$$$ este passou a ser o significado dos cursos de Direito. Dinheiro, ganhar muito bem. Trabalhar? Não, não (...) ganhar muito bem, dinheiro $$$$.

Qual a espécie de trabalho? Pouco interessa, desde que se ganhe muito.

Em qual lugar do país? Pouco interessa, desde que se ganhe muito.

Com qual vocação? Pouco interessa, desde que se ganhe muito.

Sendo chefe ou subordinado? Pouco interessa, desde que se ganhe muito.

Honestamente? Pouco interessa, desde que se ganhe muito.

Com qual finalidade? Pouco interessa, desde que se ganhe muito.

E poderia realizar uma lista interminável de perguntas em que todas as respostas seriam *pouco interessa, desde que se ganhe muito.*

É certo que não posso culpar apenas os estudantes de Direito, esses são valores de nossa atual sociedade: TER e não SER (como sempre ressalta Raimundinho, o Presidente da OAB/MG já em seu 5º mandato).

Mas, aqueles que não têm tanto afinco para estudar ordenadamente por um, três ou doze anos à fio até passar em um concurso para ganhar muito, vão para o que lhes sobrar, ou vão tentar a sorte na advocacia. E advocacia não é lugar para se aventurar, ou fazer "bico". Tratamos com direitos, justiça dos outros.

E quais são as preocupações que vejo na advocacia de hoje?

Ganhar honorários pela honra de seu trabalho resignado e competente? Não, pouco interessa a causa e o trabalho, desde que se ganhe muito.

Estudar muito, com afinco todas as suas causas, até a exaustão? Não, acreditam que o Exame de Ordem é muito, muito difícil, e, portanto, uma vez aprovados, sabem tudo sobretudo e para todo o sempre: amém.

Ter interesse e respeito pelo seu cliente como ser humano que precisa da justiça e de justiça? Não. Quantas vezes presencio um colega que ao ver em seu celular que é o cliente que lhe telefona, faz cada cara feia e não atende de jeito nenhum? O cliente é detalhe, é a ponte para "ganhar muito", mas causa mais repulsa do que admiração e respeito.

Respeitar o interesse e a razão da outra parte e de seu advogado? Não mesmo. Jamais se quer admitir a razão do outro, e não se respeita o bom trato e a dignidade do colega advogado da outra parte.

Admite as verdades de sua causa ao cliente? Nunca, senão ele não te contrata, e se o pretenso cliente já está sendo atendido por um colega, destrói a honra do colega para se expor como melhor e mais eficiente, até porque muito amigo do juiz, nas diversas fotos que expõe em suas redes sociais.

Trabalha com os fatos já ocorridos? Não, adora construir as provas, avistar-se e orientar as testemunhas, os peritos, inclusive, desfazendo dos serventuários da justiça para justificar seus próprios erros.

Dá a mais ínfima importância ao seu comportamento artístico perante a sociedade? Não, pelo contrário, adora a exposição pública, gosta de ternos muito caros, carros muito caros, exposição dos sinais de riqueza, capas de revistas, redes sociais.

Quando contrata um colega para atuar em defesas de massa no seu escritório pessoal, respeita os direitos trabalhistas desse colega? Não, ele é o que mais conhece a norma, mas não para respeitá-la e sim para burlar-lhe.

Enfim, hoje temos uma outra advocacia, com valores muito estranhos àqueles de ontem.

E exatamente por este comportamento atual da classe é que a sociedade que já viu com imensa importância e respeitabilidade a atuação dos advogados, e da classe jurídica como um todo, o que pensa desta classe hoje?

Por final, encerrando estas reminiscências, e a advocacia de amanhã?

Utilizando da observação das advocacias de ontem e de hoje, com a situação atual do mundo, com esta pandemia que depende da disciplina da população mundial para coibir o avanço desenfreado da doença COVID-19, e que a humanidade não parece querer melhorar e evoluir, é que espero nas novas gerações que possam utilizar-se dos benefícios trazidos pelo avanço tecnológico como forma exclusiva para fazer valer o fim principal do direito que é o bem comum.

Espero, de forma até romanceada, muito embora não acredite, que a advocacia de amanhã busque na advocacia de ontem as melhores formas, atuações e exemplos, para se recompor diante das inadequações da advocacia de hoje, e procurar construir uma sociedade bem mais igual, mais humana, mais responsável, mais ética, com valores mais equânimes, dando importância à meritocracia, ao respeito, aos sentimentos mais humanizados e humanizadores.

Que a advocacia de amanhã possa ser bem próspera sim, mas em contribuir com o melhor andamento da justiça, com a intercessão da solução dos conflitos, com a paz social, propiciando que cada um possa receber o que é realmente seu, com as garantias das mesmas oportunidades e satisfação a todos.

Ou seja, espero que a advocacia de amanhã volte a ser a profissão efetivamente mais importante de todas, reassumindo a sua função de timoneiro das sociedades modernas, com orgulho sem ser orgulhosa, com destemor sem ser violenta, com altivez sem ser soberba, com qualidade sem ser repugnante, e principalmente com o devido amor pela profissão revelado por vocação. *Ad vocare*, atendendo a sua vocação.

Romanceado ou não, espero uma advocacia de amanhã coesa com estes princípios, até para que em futuro bem próximo não passe a existir somente a advocacia de ontem.

Defensora Pública, Advogada Criminalista, Professora e Coordenadora de Direito da Universidade Fumec.

43

ALGUNS ASPECTOS DA LEGÍTIMA DEFESA DOMICILIAR NO CÓDIGO PENAL ITALIANO (à luz da Lei n. 36, de 26 de abril de 2019)

Sheila Jorge Selim de Sales

Considerações iniciais

A recente Lei n. 36, de 26 de abril de 2019, trouxe modificações que incidem, em especial, sobre a legítima defesa, prevista no art. 52 do código penal italiano. Mas também modificou outros artigos do código penal, *e. g.,* os arts. 55 (excesso culposo), 614 (violação de domicílio) e 624-*bis* (furto em habitação).

Trata-se de uma reforma que inclui tão somente a legítima defesa no domicílio, também denominada legítima defesa domiciliar ou, ainda, legítima defesa alargada, há muito mencionada e anunciada na Itália, mas somente agora constituída em lei.

De se notar que na normativa vigente no direito penal italiano, o instituto da defesa legítima se coloca dentre as causas de justificação ou da ilicitude do fato, e encontra seu fundamento na necessidade de autotutela da pessoa, que se manifesta no momento em que, ausente a ordinária tutela prestada pelo Estado, é reconhecida uma derrogação ao monopólio do uso da força pelo Estado, dentro de determinados limites.

Os requisitos e pressupostos da legítima defesa permanecem os mesmos, previstos no *caput* do art. 52, CP italiano: existência de um direito próprio ou alheio, atualidade da agressão, injustiça da agressão, necessidade e proporcionalidade da defesa.

Os parágrafos 2º e 3º *comma* do art. 52, foram introduzidos pela Lei n. 59/2006, que introduziu a denominada legítima defesa domiciliar ou legítima defesa alargada, com expressa referência, no art. 614 (§ 2º *comma*)

e a "outro lugar onde seja exercitada uma atividade comercial, profissional ou empresarial" (§ 3º *comma*).

Nestes casos, é autorizado o recurso à uma arma, que o agredido possua de forma legítima, ou outro meio idôneo à repelir a injusta agressão, para a configuração ou subsistência da descriminante.

O ponto central da reforma, como já afirmado reside na legítima defesa domiciliar: habitações e outros lugares de *privata dimora*, incluindo-se os lugares onde se desenvolvem atividades comerciais, profissionais e empresariais.

Antes de referirmos os pontos centrais da reforma, importa dizer que, em relação aos crimes de violação de domicílio (art. 614) e furto em habitação (art. 624-*bis*), a nova lei modificou o tratamento sancionatório, aumentando os limites editais das penas previstas.

Para a espécie de fato prevista no art. 614, previa-se pena de reclusão, de seis meses a três anos, substituída agora pela reclusão, de um a quatro anos. Em relação ao furto em habitação, cuja sanção era a reclusão de três a seis anos, foi substituída pela reclusão, de quatro a sete anos.

Exclusão da ilicitude e presunções na legítima defesa domiciliar

O art. 1 da nova lei, ao inserir nos casos de legítima defesa domiciliar, o advérbio "sempre", logo após o vocábulo "subsiste", estabelece uma relação de proporcionalidade entre defesa e ofensa, ou agressão. Note-se que o vocábulo *sempre*, foi introduzido no § 2º *comma*, do art. 52, pela nova lei.1

Portanto, foi realizada uma verdadeira e própria presunção – e presunção absoluta – de proporção entre a injusta agressão e a defesa.

Com efeito, uma presunção inadmissível, que suscita questões de legitimidade constitucional. É absurdo não se verificar o requisito da proporcionalidade nos casos de legítima defesa domiciliar. Seguramente uma leitura jurisprudencial conforme a Constituição, orientada a superar o rigor desta presunção legal, com base na hierarquia dos bens jurídicos constitucionais (defesa de bens patrimoniais sacrificando a vida), será realizada pelos tribunais italianos.

---

1 Para as modificações aportadas pela referida lei, cf. https://www.asaps.it/downloads/files/Legge%20nr_%2036_2019.pdf, acessado em 13.06.2019.

Infelizmente, a nova lei não extirpou a desafortunada expressão "arma legitimamente detida" pelo agredido, inserida pela Lei n. 50/2006. Façamos um exemplo: se a pessoa agredida usa uma arma sem ter o porte legal, responderá por homicídio voluntário? Evidentemente resta criada uma situação absolutamente injusta, arbitrária, porque se punirá por homicídio quem deveria responder somente por porte ilegal de arma.

A nova lei inseriu no art. 52 o 4º *comma*, que traz expressa referência ao § 2º e ao § 3º *comma* e, assim, apontando para a presunção anteriormente mencionada.

Nos mesmos casos, diz o § 4º *comma,* atuará *sempre* em defesa legítima não apenas quem está dentro do domicílio ou em lugar a ele equiparado, mas também a pessoa que venha a repelir a invasão, a intrusão, por parte de uma ou mais pessoas, mediante violência ou ameaça de uso de armas ou de outros meios de coação física. O elemento especializante, aqui, nos é dado pelo caráter violento da violação de domicílio.

Mas ainda que assim o seja, absurdamente, neste caso, não se realizou a presunção da proporcionalidade, mas fez-se uma modificação *via* inserção do § 4º *comma*, tão inédita quanto inoportuna, presumindo-se o próprio instituto da legítima defesa domiciliar em todos os seus requisitos... Assim, caberá ao juiz penal unicamente verificar se o fato (por exemplo, um homicídio) foi praticado após violação de domicílio mediante violência, para rechaçar a intromissão ou invasão por parte de uma ou mais pessoas, mediante violência ou ameaça de uso de arma ou outros meios de coação física. É possível, portanto, mediante interpretação literal, invocar legítima defesa de bens patrimoniais em detrimento da vida do agressor.

Normalmente, intrusão ou violação de domicílio são repelidas de outras formas, segundo o *id quod plerumque accidit*, como sistemas de alarme, tiros de arma de fogo disparados para cima etc.

Também esta nova disposição legal, pois, é contaminada pela ilegitimidade constitucional. O modelo de legítima defesa domiciliar presumido, desprovida dos pressupostos da necessidade e da proporção são incompatíveis com o direito de defesa enquanto faculdade excepcional e não como um direito à defesa armada.

Excesso culposo e perturbação "grave"

A recente Lei n. 36, de 26 de abril de 2019 trouxe modificações também ao excesso culposo nas causas de exclusão da ilicitude, previsto no art. 55, CP italiano, nele inserindo o 2º *comma*, aplicável apenas à legítima defesa domiciliar.

Nele se estabelece que, nos casos de legítima defesa domiciliar, a punibilidade é excluída, se a pessoa que cometeu o fato para a salvaguarda da incolumidade própria ou de outrem, agiu nas condições previstas do art. 61 do código penal italiano, *primo comma, numero 5*, ou em estado de grave perturbação (*grave turbamento*), proveniente da situação de perigo.

Se o excesso é doloso, nenhuma dúvida existe em relação à não exclusão da ilicitude. O agente responderá pelo fato praticado.

Mas no excesso culposo em legítima defesa domiciliar um primeiro problema se coloca: é possível sua configuração em relação à hipótese de legítima defesa domiciliar presumida?

Pelo menos antes de uma interpretação jurisprudencial que coloque limites ao § 4º *comma* do art. 52, permanece configurável o excesso culposo em relação ao §§ 2º e 3º do art. 52. Mas permanece indeterminado e vago o que se deve compreender por perturbação "grave".

Aqui também a praxe deverá fazer uma aplicação restritiva, em grau de excluir a presunção da perturbação "grave".

A situação psicológica de quem é agredido é sempre muito delicada e pessoal, pois cada um tem a sua forma de reagir a situações de ofensa. É natural que, nestas circunstâncias, a pessoa não esteja em condições de dominar completamente suas emoções e ímpetos. Por isto parece-nos que a palavra "grave", porque a perturbação é sempre subjetiva, impossível de ser mensurada.

Considerações finais

Delineou-se aqui um breve *excursus* sobre a legítima defesa domiciliar e as inovações trazidas pela novel Lei n. 36, de 26 de abril de 2019 no direito penal italiano. Em breve teremos a crítica da doutrina peninsular e, espera-se, uma aplicação ajustada aos cânones constitucionais, das inserções feitas no código penal pelo Parlamento.

Talvez as consequências mais graves das modificações legislativas, impregnadas de populismo, sejam culturais, em vista da forma como atualmente é realizada a comunicação: mídia em geral, redes sociais e o contato entre pessoas comuns, sem conhecimento jurídico. Provavelmente a mensagem para público em geral é a de atuar justiceiramente – e não em autotutela – em razão de um *déficit* do Estado de promover justiça, vivente na mentalidade da pessoa leiga.

44

A ADVOCACIA CRIMINAL ENQUANTO EXERCÍCIO DA LEGALIDADE
A luta pela efetiva introdução do sistema acusatório

Túlio Figueiredo Duarte

Introdução

Há mais de dez anos, antes mesmo de minha graduação na Faculdade de Direito Milton Campos, as reformas no Código de Processo Penal de 1941 trazidas pela Lei n. 11.719/08 prometiam um alinhamento ou mesmo uma aproximação para com o sistema acusatório previsto na Constituição Republicana de 1988, algo que infelizmente ainda não se concretizou até o presente momento, ao menos no cotidiano forense.

Recentemente, a Lei n. 13.964/19, vulgarmente conhecida como "pacote anticrime", propôs inovações no tocante ao regime das cautelares e também no concernente ao sistema processual a ser adotado pelo Código de Processo de Penal (dentre tantas outras modificações que fogem ao escopo do presente ensaio). E, uma vez mais, a eficácia do sistema acusatório restou prejudicada em razão de uma decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux em 22/01/2021, que suspendeu *sine die* a eficácia de normas responsáveis pela implementação da figura do juiz das garantias[2].

De uma forma bem resumida, o presente artigo tem por objetivo apresentar algumas dificuldades enfrentadas pelos advogados, em especial os criminalistas, em decorrência da resistência apresentada por parte de membros do ministério público e, principalmente, da magistratura no

[2] Durante a elaboração do presente artigo ainda inexistia data para o julgamento do mérito da questão pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

que diz respeito única e exclusivamente à aplicação da lei processual penal em conformidade com a Constituição Republicana.

Afirma-se, desde já, que o exercício da advocacia criminal, para além de sua imprescindibilidade, constitui um verdadeiro exercício de constante reafirmação do princípio da legalidade processual em um hostil ambiente de insegurança jurídica trazido por algumas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

O exercício da advocacia após o advento Lei n. 11.719/08

É possível afirmar com tranquilidade que a Lei n. 11.719/08 foi uma das mais importantes reformas sofridas pelo Código de Processo Penal, pois foi com ela que o sistema acusatório implicitamente previsto na Constituição Republicana ganhou contornos mais robustos em sede de aplicação da lei processual penal.

Dentre algumas modificações trazidas pela referida lei, destacam-se a morfologia procedimental, facultando ao acusado o direito de ser ouvido ao final da instrução criminal[3], após a colheita de toda a prova produzida em juízo. No tocante à produção de provas, observa-se o abandono do sistema presidencialista e a possibilidade de formulação de perguntas diretamente pelas partes[4], vedando-se, por conseguinte, qualquer iniciativa probatória por parte do magistrado.

Lamentavelmente, o cotidiano forense mostrou-se extremamente avesso à regulamentação do sistema acusatório e não foram poucos os episódios onde a vigência da lei restou veemente negada. Na época, atuando enquanto orientador no Núcleo de Assistência Judiciária da

---

3 Artigo 400 do CPP: "Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado".

4 Artigo 212 do CPP: "As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição."

Faculdade de Direito Milton Campos, me recordo que sustentei inúmeras vezes, em audiência, nulidade em razão da ausência de inversão da ordem do interrogatório nos casos oriundos da lei de drogas, pedido que restou indeferido por quase todos os magistrados das Varas de Tóxicos de Belo Horizonte ao argumento de que, por se tratar de lei especial, não haveria incidência do disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal.

Pois bem, passados cerca de oito anos após a publicação da Lei n. 11.719/08, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 127.900/AM, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 03/03/2016 que a realização do interrogatório ao final da instrução, tal como previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal, seria obrigatória a todos os procedimentos, até mesmo naqueles previstos em legislações extravagantes.

Alusivamente à inciativa probatória por parte do magistrado, por mais que a redação do artigo 212 do Código de Processo Penal seja clara no sentido de que o papel do magistrado seja subsidiário no tocante às perguntas direcionadas às testemunhas (limitando-se aos pontos controvertidos), fato é que a jurisprudência tanto do Superior Tribunal de Justiça[5] como do Supremo Tribunal Federal[5]

[5] PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. (1) ART. 212 DO CP. ORDEM DAS PERGUNTAS. MAGISTRADO QUE PERGUNTA PRIMEIRO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO (RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA RELATORA). (2) COLHEITA DE DEPOIMENTO. LEITURA DAS DECLARAÇÕES PRESTADAS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. RATIFICAÇÃO. NULIDADE. RECONHECIMENTO. 1. O entendimento que prevaleceu nesta Corte é de que, invertida a ordem de perguntas, na colheita de prova testemunhal (CPP, art. 212, redação conferida pela Lei n. 11.690/2008), tem-se caso de nulidade relativa, a depender de demonstração de prejuízo – o que não se apontou. Ressalva de entendimento da Relatora. 2. A produção da prova testemunhal é complexa, envolvendo não só o fornecimento do relato, oral, mas, também, o filtro de credibilidade das informações apresentadas. Assim, não se mostra lícita a mera leitura pelo magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória, para que a testemunha, em seguida, ratifique-a. 3. Ordem concedida para anular a ação penal a partir da audiência de testemunhas de acusação, a fim de que seja refeita a colheita da prova testemunhal, mediante a regular realização das oitivas, com a efetiva tomada de depoimento, sem a mera reiteração das declarações prestadas perante a autoridade policial. (HC 183.696/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, *DJe* 27/02/2012).

tem relativizado a norma em questão, condicionando-a à demonstração do prejuízo[7].

Nesse sentido, o trabalho do advogado adquire complexidade e ganha ares de dramaticidade, na medida em que uma evidente violação a norma infraconstitucional, que apresenta em seu conteúdo a essência do contraditório, passa a ser tratada como nulidade relativa, a ser impugnada a tempo e modo pela defesa e, não fosse isso o suficiente, o prejuízo para o acusado há de ser demonstrado (mesmo que se verifique no caso concreto a inobservância do artigo 212 da lei processual penal), sob pena de manipulação da prova por parte daquele que é seu destinatário.

Há quem diga por ignorância ou por má-fé que o êxito da defesa criminal no Brasil estaria condicionado à suposta existência de uma "indústria de nulidades". Mas o correto seria questionar se é o juiz ou o advogado quem verdadeiramente dá causa à uma nulidade? No caso dos artigos 212 e 400 do Código de Processo Penal, a resposta parece intuitiva.

Com efeito, o saneamento de determinada nulidade em seu nascedouro impede o surgimento de debates perante os Tribunais Estaduais e/ou Federais ou mesmo os Tribunais Superiores, evitando, por conseguinte, uma eventual incidência do instituto da prescrição, cujos reflexos quase sempre sinalizam impunidade.

---

6 E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS" – INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS INICIADA POR PERGUNTAS FORMULADAS PELO MAGISTRADO E, SOMENTE APÓS, PELAS PARTES – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 212 DO CPP, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI n. 11.690/2008 – NULIDADE MERAMENTE RELATIVA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER PREJUÍZO – "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF" – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RHC 111251 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe*-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

7 No âmbito do Supremo Tribunal Federal há uma pequena divergência a esse respeito quando do julgamento do HC n. 111.815/SP, cuja ementa se transcreve: "Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO. ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. ORDEM DEFERIDA PARCIALMENTE PARA DECLARAR INSUBSISTENTE A OITIVA DAS TESTEMUNHAS". (HC 111815, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO *DJe*-025 DIVULG 09-02-2018 PUBLIC 14-02-2018).

O exercício da advocacia após as mudanças trazidas pela Lei n. 13.964/19

A advocacia criminal travava uma verdadeira batalha no sentido de fazer valer as regras do sistema acusatório, mas o cenário jurídico-político não era nada animador, principalmente porque o PLS 156/09[8], responsável pela elaboração de um novo Código de Processo Penal, o qual previa a figura do juiz das garantias, não ganhava qualquer espaço de debate parlamentar, principalmente após a deflagração de operações midiáticas, tais como a Ação Penal n. 470 (Mensalão) e a alcunhada "lava-jato".

Neste cenário, a elaboração do provimento n. 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), responsável por instituir a investigação defensiva[9], objetivou auxiliar os advogados na árdua tarefa de produzir provas necessárias, por vezes inadmitidas em juízo ou mesmo em sede de inquérito policial, procedimento administrativo voltado basicamente à acusação, ao menos na prática.

Em dezembro 2019, quando publicado o "pacote anticrime", a sociedade foi surpreendida, pois naquele arcabouço legal, inicialmente criado visando ao recrudescimento da aplicação da lei penal, o parlamento entendeu por bem incluir os dispositivos relativos ao juiz das garantias tal qual se encontrava no mencionado PLS 156/09, aderindo, inquestionavelmente, ao sistema acusatório[10].

Assim, entre discussões acerca do período de *vacatio legis* ou mesmo para um prazo razoável para a implementação do juiz das garantias, fato é que o Supremo Tribunal Federal foi acionado num primeiro momento, oportunidade em que o Ministro Dias Toffoli suspendeu por 180

---

8 Hoje em tramite perante a Câmara dos Deputados sob a rubrica do PL 8.045/2010.

9 Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.
Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

10 Nesse sentido é a atual redação do artigo 3º-A do CPP: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

dias a implantação do aludido instituto[11], sendo que, em 22/01/2020, em decisão monocrática, o Ministro Luiz Fux suspendeu *sine die* a eficácia de normas responsáveis pela eficácia do juízo das garantias[12].

Causa estranheza o fato de que tais ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação dos Juízes Federais (AJUFE) e, pasmem, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

Fora o fato de que o Código de Processo Penal entrou em vigor em plena Ditatura Vargas, inspirado no Código Rocco da Itália fascista, é realmente difícil conceber o fato de que associações tão relevantes em nossa sociedade resistam de forma tão veemente à evolução da legislação processual penal.

Há de se destacar que a adoção do juiz das garantias não prejudicará em nada a boa prestação jurisdicional, pelo contrário, irá aprimorá-la, fazendo com que o juiz responsável pelo julgamento da causa não tenha contato prévio para com a prova produzida na fase de inquérito. Além disso, a aludida mudança também não contribuirá para com a impunidade, na medida em que todo um filtro probatório será realizado pelo juiz das garantias, responsável pelo controle de legalidade dos atos probatórios ocorridos durante o inquérito policial.

Atualmente, diante da ausência da figura do juiz das garantias, muitos magistrados se veem pressionados a deferir, desprovidos de indícios mínimos, interceptações telefônicas, requerimento de busca e apreensão, sequestro de bens, dentre outras cautelares, as quais os advogados tentam impugnar ou, em outras hipóteses, realizar um controle de legalidade do inquérito perante os Tribunais e, ainda assim, somos acusados levianamente de impetrar inúmeros *habeas corpus*, contribuindo para a morosidade da justiça.

Conclusão

Tentei demonstrar ao longo deste ensaio que o sistema acusatório e a distribuição de carga probatória durante a persecução penal busca, principalmente, separar tarefas que são incompatíveis entre si: a de acusar, defender e julgar.

---

11 **ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, julgadas em 15/01/2020.**

12 **ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305.**

Em razão de fatores históricos e políticos, apenas após 2007 é que o sistema acusatório ganhou contornos mínimos dentro do Código de Processo Penal e as partes (especialmente a Defesa) passaram a participar de forma mais proativa da colheita de provas durante a instrução criminal.

Em razão de uma práxis forense acomodada e, por que não, viciada em velhas práticas, a eficácia da lei é ignorada quando não mutilada no que tange à implementação de um efetivo sistema acusatório.

O exercício da advocacia criminal, para além de um sacerdócio arrimado em muito estudo, ética e rompimento de barreiras corporativistas, constitui senão o último, mas o sopro de legalidade (processual) negligenciado por alguns magistrados e promotores de justiça.

Enfrento há mais de 10 anos uma inexplicável resistência no que concerne à amplitude e eficácia do sistema acusatório, algo que apenas reforça minha convicção de que escolhi não apenas a profissão correta, como também estou do lado certo da história em termos de respeito à lei.

45

A PÓS-MODERNIDADE DA JUSTIÇA LÍQUIDA
Um estudo preliminar entre a filosofia de Zygmunt Bauman e o atual caos sistemático da justiça penal

Warley Belo

"Felicidade se acha é em horinhas de descuido."
Guimarães Rosa

Zygmunt Bauman (1925-2017) foi um dos principais sociólogos do mundo. Bauman abordou o tema insegurança, tópico diretamente relevante para a criminologia e a justiça criminal.

Palavras-chaves: Direito; Sociologia; Criminologia; Sistema; Justiça Criminal; Zygmunt Bauman; Crime; Advogado; Advocacia; Insegurança.

Abstract

Zygmunt Bauman was one of the world's leading sociologists. Bauman adresseded as theme the unsafety, a topic that are directly relevant *In:* criminology and criminal justice.

Key words: Law; Sociology; Criminology; System; Criminal Justice; Zygmunt Bauman; Crime; Lawyer; Advocacy; Unsafety.

1. Introdução 2. A ilusão de um sistema penal atemporal 3. A justiça penal 4. A advocacia pós-pandemia 5. O sistema jurídico visto por este advogado frente à filosofia de Bauman 6. A literatura e a visão pós-moderna 7. À guisa de conclusão 8. Bibliografia referida e consultada

Introdução

A ideia central de Bauman, em apertada síntese, é a de que nada é feito para durar e estamos em uma corrida extrema, mas ninguém sabe para quê ou para onde. Com base na leitura de alguns de seus livros, ousamos traçar paralelo entre a sua filosofia e o mundo jurídico -penal atual.

O conceito de liquidez da pós-modernidade assola de maneira literal uma biblioteca de Direito não só em seu contexto sociológico, mas também realístico. É uma lei atrás da outra e aqui já podemos perceber uma similaridade entre os dois universos a serem discutidos.

O professor de direito, antes de ministrar a sua aula, assim como o advogado, antes de adentrar à audiência, obrigatoriamente, devem investigar a lei para ver se na madrugada anterior não houve alguma modificação, sob pena de atuar em defasagem.

Isso é o retrato do mundo pós-moderno que explicita Bauman. É algo, até certo ponto, introjetado no contexto da advocacia brasileira.

Vamos além, entretanto. Essa vertiginosa produção legiferante alia-se à tecnologia desenfreada que faz os aparelhos e os programas obsoletos de um ano para o outro.

Isso nos coloca em um mundo incerto, rápido e complexo porque o que eu estou defendendo hoje em um tribunal, amanhã poderá ter uma modificação tal que não poderei mais alegar e terei que modificar o pensamento no meio de uma jornada processual.

Assim, temos o "direito líquido" – com a permissão de Bauman para lançar o jargão – que faz, permite e produz uma "justiça líquida", em anologia:

"Liquid life is a precarious life, lived under conditions of constant uncertainty." (Bauman, 2005)

O absurdo limite do conceito metafórico de liquidez, entretanto, ainda não foi apreendido em sua inteireza por nós juristas.

O foco no crime e na lei criminal que pugnam pela segurança jurídica individual e sua propriedade está, sem sombra de dúvidas, sob o pálio da precariedade.

Num primeiro momento, a impressão é que as ideias não serão bem-vindas.

A perspectiva da liquidez é oposta à perspectiva prevalente jurídica de conceitos "sólidos" como os princípios e as regras, a classificação e a pirâmide kelseniana colocando a Constituição no topo do sistema.

Na nossa primeira interpretação, esses conceitos não possuem guarita na pós-modernidade a não ser em uma interpretação inocente das relações e eventos sociais imaginados como estáticos. Talvez, uma das coisas mais difíceis de explicar ao homem moderno é a de que o mundo pode ser diferente do que ele criou em sua fantasia mental.

Para onde a pós-modernidade nos levará? Será o fim da estrutura positivista?

A ilusão de um sistema penal atemporal

Sistema, etimologicamente, significa um conjunto de elementos organizados. É um todo onde agrupamos várias informações, princípios e regras, para uma melhor compreensão.

Esse sistema já partiu do idealismo jurídico tendo como origem Deus, depois a Natureza, a Religião, a Racionalidade (...) Com inúmeras influências, tivemos o forte surgimento das teorias formalistas, normativistas que, até hoje, em verdade, estamos inseridos. Esse sistema seria correto se a nossa sociedade fosse fria ou sem história (Miaille) ou a-histórica. É muito mais um esforço de se imaginar o que deveria ser, do que o quê realmente é.

A ideia na qual ou você se encaixa ou é considerado inimigo, em maior ou menor grau (Jakobs), decorre de um sistema no qual exige que você faça pré-julgamentos porque ele quer identificar a realidade, a verdade e fazê-la subsumir naquilo que se entende melhor, o mais justo ou o correto trazendo por base estruturas ditas estáticas. Entretanto, não é preciso ser sociólogo para compreender que essas estruturas se movem para manter o *status quo*, qual seja, aquilo que o sistema encontra, momentaneamente, estabelecido como "verdade".

Desta forma, é ilusório pensar que um sistema de justiça penal, ou qualquer tipo de sistema pré-concebido, seja atemporal, mesmo no mundo jurídico-positivo. Kelsen, em sua teoria pura do direito, propõe a ideia de uma norma pensada. É uma concepção idealista e, por assim dizer, moderna. Nos parece, num primeiro nível, conflitante com o pensamento pós-moderno. É claro que Kelsen pressupôs a mutabilidade da

Grundnorm, mas entendemos que essa mutabilidade está próxima da sua inexistência. O que há é o direito positivo. A norma fundamental é o não haver. Bauman substituiu essa comezinha essência à incerteza. É hercúleo trabalho para os filósofos do Direito.

O sistema, esse conjunto de fatores, verdades, princípios e razões, constrói, para nós do Direito, uma imagem de uma pseudoliberdade dentro de uma fatalidade sócio-política incontrolável.

É uma ilusão, tanto numa visão macro, quanto micro, acreditar num sistema de garantias, numa estabilidade legal, assim como também é uma ilusão qualquer tipo de certeza que se construa. A certeza é mutável, é líquida, com muito mais facilidade podemos apontar que o sistema penal também o é. O que era crime ontem, poderá não sê-lo amanhã e o normal de hoje poderá ser criminalizado.

Parece evidente, pois que se o sistema pressupõe estabilidade, esse conceito é falho e ilusório.

Lentamente vamos construindo teorias causalistas, finalistas, funcionalistas para adequar à realidade amorfa que nos rodeia já prevendo que esse sistema é temporário e não com balizas imutáveis, como se pugnava inocentemente na modernidade.

Crimes que eram ditos vexaminosos para a vítima como o estupro ao se estabelecer o *streptus iudicii* ao ponto de elencá-lo como ação de iniciativa privada, passou depois a condicionado à representação, em determinados pontos, e hoje é completamente público (Lei n. 13.718/18).

Os ideais políticos, filosóficos e jurídicos da modernidade eram críveis como dogmas, cernes fixos e ditos como verdades absolutas. A pós-modernidade impõe observar que esses valores são irreais e nenhum algoritmo seria capaz de estabelecer equilíbrio e segurança pretendidos pelos modernos. Uma consequência já prevista, aliás (Ulrich Beck).

As concepções da construção de um sistema penal são funcionalistas e dialéticas. Nele são congregados aspectos históricos, políticos, sociais e econômicos, mas momentâneos e cada um desses universos com indizíveis variáveis. Ao mesmo tempo, quer consolidar saberes críticos, reflexivos e transformadores da sociedade através de seu principal instrumento que é a lei. Esse instrumento, concebido previamente, para regular fatos posteriores a fim de se estabelecer uma sociedade de paz e equilíbrio.

A ciência jurídica tem, assim e em última análise, um propósito de descobrir regularidades empíricas (...) é analogamente postulável que o

objetivo único da ciência é a premeditação, não só aos fatos, mas às consequências da punição desses fatos, mormente à estrutura da teoria da prevenção geral negativa da pena, como forma de coerção e controle social.

Para ter esse objetivo, nós juristas, temos que o Direito deva ser por pressuposto atuante num mundo de estruturas e relações imutáveis e, portanto, predizível. E isso é uma ilusão romântica moderna se analisarmos a filosofia de Bauman.

O mundo é volátil, a segurança é irreal e inalcançável. Não há o sistema moderno, o sistema é ontológico (Heidegger), imprevisível, portanto no pós-moderno o que há é o *não sistema*. A compreensão da ontologia é muito para nós.

Qual a função da justiça penal neste "sistema" se levarmos em consideração esse pressuposto?

A justiça penal

Como corolário decorrente do que aponta Bauman, a justiça penal é e sempre será mutável. Nenhuma novidade até aqui.

Não se pode predizer como será o amanhã, quando muito temos ideia remota do que foi o ontem porque o passado não existe. Não é possível remontá-lo. É velhíssima e ultrapassada a discussão de verdade real quando já sabemos que isso não existe porque não se sabe nem o que é a verdade e muito menos o que é o real (...) de qualquer modo, quando se pugna numa audiência trazer provas, é no sentido de se remontar o passado. Real? Não, nunca. Um passado reconstruído através de uma perspectiva do advogado, ou do promotor de justiça, simplesmente para convencer psicologicamente o juiz de que se está com a melhor razão, que se tem o melhor direito e, por isso, se deve efetivar a "justiça" nesta vertente.

Se formos parar para analisar, isso é uma alucinação.

Nós, advogados, sabemos como é mágico dizer a verdade, a nossa verdade, diga-se, porque o advogado não tem compromisso com a justiça, tem compromisso com o seu cliente. Quem não suporta essa verdade, com arroubos de moralismo, deve cerrar fileira em outras frentes, não tem tino causídico. Esse é um universo do microcosmo (Foucault) da justiça que talvez permaneça por uma miríade temporal. Uma exceção ao conceito pós-modernista.

Mas, não restam dúvidas, a justiça penal é mutável.

Ela que surgiu como vingança privada, passou pela *blutrache*, como diriam os alemães, onde se poderia punir descendentes do criminoso de maneira puramente objetiva, até que o Estado passa a sequestrar o conflito penal (Zaffaroni). Hoje, entretanto, parece inaugurar passos para uma justiça restaurativa (Leis 9.714, 9.099, Acordo de Não Persecução Penal etc.), que seria, de fato, um retorno ao início com a relevância da palavra da vítima, de uma justiça negocial.

Contraditoriamente, nas relações privadas entre os casais, notamos o inverso, qual seja, a mulher que detinha o poder de escolher processar ou não o marido por uma lesão corporal, hoje se vê tolhida em seu direito porque o Estado a entende incapaz dessa escolha substituindo sua vontade pela a dos agentes estatais e ordenando-lhe o processo (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424/DF). Retira direito da mulher sob a alcunha de protegê-la (...)

Como se pode observar, a justiça penal é amorfa, assistemática e com graves problemas estruturais.

Ao mesmo tempo em que traz o acordo de não persecução penal para crimes de até 04 anos, em um de seus requisitos (artigo 28-A, Lei n. 13.964/19), o retira das relações de violência doméstica (art. 28-A, parágrafo 2º, IV). Ao mesmo tempo em que dá passos largos para a autocomposição, para alternativas à justiça punitiva, retributiva, ataca de maneira mortal a ideia restaurativa na *celula mater* ao não permitir uma descentralização da justiça penal para outras instâncias extrajurídicas como a psicologia, psiquiatria, educação etc. Ao mesmo tempo em que pugna pelo respeito e autonomia das mulheres (Lei Maria da Penha), retira o direito da mulher escolher ou não processar quem lhe agrediu (...)

É um *non sense* absoluto demonstrando, assim, que a justiça penal está afeita a movimentos rápidos, pontuais, com uma vertiginosa proliferação de leis penais, entretanto não dentro de um esforço inteligente de avanço porque há inúmeros retrocessos escondidos em subterfúgios de micropoderes (Foucault) ideológicos de menor validade. A sociedade que deverá trilhar até o fim o "caminho" para se aperceber que não era por ali que se deveria ter caminhado porque era uma trilha calcada em ideologias rasas.

E isso é ruim? É errado? Não, claro que não. Em verdade, como aponta Bauman em sua filosofia, não há um caminho certo e nem há esperança que saibamos tomar um caminho que seja melhor do que o outro. O que fazemos é criticar os caminhos tomados, apontando-lhes os erros, os

equívocos de pensamento e procurando tomar prumo a nau do Direito.

As ciências assim chamadas auxiliares, não de modo depreciativo, evidentemente, ao Direito Penal como a Criminologia e a Política Criminal ficam subjugadas.

À par delas não se entenderem em muitos pontos, como as difíceis questões sobre droga, crimes econômicos, aborto, dosimetria das penas dentre outros relevantes temas, num contexto geral, as instâncias legislativas penais são mais influenciadas pela mídia ou movimentos adolescentes de *internet* do que por estudiosos dessas áreas.

É evidente que o arroubo momentâneo de um crime grave contra uma pessoa, um animal ou a natureza como um todo são fatos de grande comoção e não poderia ser mesmo diferente. Entretanto, até que ponto se deve submeter toda uma sociedade à uma lei quando a criação dessa lei nasce de uma ideia emocional?

O artigo 273, do Código Penal é um exemplo marcante quando a falsificação de medicamentos foi apenado com reclusão de 10 a 15 anos, sendo que o homicídio simples é de 6 a 20 anos (...)

É claro, evidente, que a falsificação de um medicamento é grave e pode até trazer a morte de muitas pessoas, mas objetivamente, esse crime não poderia ter sido apenado com pena maior do que um homicídio doloso quando alguém deliberadamente se propõe a matar outrem.

Essas distorções estão por toda parte desde, então, a sua primária formação legislativa, passando pelo Poder Judiciário e indo desaguar no Poder Executivo quando uma grande massa carcerária é vilipendiada em seus direitos estabelecidos por esse mesmo Estado penal.

Como podemos observar, o mundo pós-moderno não é tão ficcional para nós. Ele apenas está sendo desnudado e desromantizado.

E que elementos podemos inferir desses fatos expostos para o futuro da advocacia nesse mundo líquido?

A advocacia pós-pandemia

A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e provoca uma pandemia, já que redijo este artigo em julho de 2020, que parece ter encerrado o convívio social desde março neste corrente ano. A par de essa consequência ser extrema, poderíamos encontrar alguma vantagem deste quadro? Quais as principais mudanças que haveremos de vivenciar?

Essas indagações são correntes e, por certo, não temos como averiguar objetivamente quais as principais mudanças que existirão. Há um ano, ninguém imaginaria que seríamos obrigados a andar de máscaras pelas ruas, as praias estariam completamente vazias e os bares fechados.

Como já é perceptível à inteligência pós-moderna, a incerteza é a única certeza.

De qualquer modo, podemos apontar algo que sobressalta: o fator tecnologia.

De um dia para o outro fomos obrigados a sermos um técnico em *internet*, *lives*, aulas remotas, várias redes sociais, fazer consultas com clientes via salas virtuais, sustentações orais nos tribunais à distância (...) uma infinidade de atividades que tínhamos noção de sua existência, mas que, com a paralisação dos serviços presenciais, houve uma demanda irrefreável. Obrigaram-nos a sermos conhecedores e utilizadores diários dessas ferramentas.

Acreditamos que cerca de 5 anos foram antecipados.

Já estávamos numa fase de digitalização processual nas searas criminais (a execução penal era a mais adiantada), mas com o evento sanitário, tivemos um incremento recorde.

De um modo geral, isso indica o que sempre soubemos: o profissional da advocacia não poderá, jamais, parar de estudar.

As exigências, entrementes, distam do estudo das leis.

Agora, somos obrigados a termos máquinas modernas, celulares, *e-tokens* e saber operá-los.

Como é posto sabido, a advocacia criminal é a que mais exige o estudo interdisciplinar. Não são raros os casos em que nos debruçamos sobre a engenharia, medicina, psicologia, economia (...) agora também somos obrigados a estudar e sermos bons conhecedores (e os professores replicadores) de conhecimentos de informática e comunicação digital.

E estudar por conta própria, sozinhos.

Nesse quadro, o advogado hodierno se vê na contingência de aprender dados analíticos, logaritmos, *marketing* digital, inteligência artificial (...) a multidisciplinaridade para além do Direito é uma exigência para o novo advogado pós-moderno. Aprender essas habilidades passou a ser questão de necessidade num mundo moderno anterior no qual elegia esses conhecimentos como *hobbies*. Já se disse alhures que bastava ao

advogado criminal a Bíblia e o Código Penal. Tempo idos. Hoje o estudo é uma constante e a cada dia que se deixa de estudar, se torna menos advogado (Couture). O mundo dos especialistas, assim, tende a acabar. A generalidade retornará à tônica. Não só no universo multidisciplinar do direito, mas num sentido mais amplo, saindo para outras áreas do conhecimento como a tecnologia, medicina ou matemática.

Talvez nasçam daí duas categorias de profissionais do Direito.

Os operadores do direito que seriam reprodutores da ordem dada, estudantes de resumos, *youtubers* jurídicos, copiadores de modelos, sujeitos à complacência e simples busca do capital para sobreviver e outra classe, a pensante, que se indigna com a burocracia, exige tratamento igualitário, não prescinde de liberdade crítica e se utiliza de maneira preeminente dos novos instrumentos tecnológicos de que dispõe. Não é simplesmente uma questão de querer opor embargos de declaração. Mas, saber manejar os instrumentos tecnológicos capazes de fazer com que aqueles embargos alcancem o seu devido fim.

E qual das duas classes é a melhor?

Nem uma e nem outra.

Numa visão pós-moderna não há o certo ou o errado.

Cada qual tem seus benefícios e malefícios a partir de um determinado ponto de vista. Talvez até o melhor partido seja a união das duas em um só profissional (...)

Desta forma, a única certeza neste momento é a de que será necessárias novas habilidades, estudar novas matérias, ter a capacidade de raciocínio afiado, ser dinâmico e tudo isso sem estresse e tendo a consciência de que amanhã será tudo diferente.

Talvez a questão maior então seja de adaptabilidade (Darwin) à esse novo modelo de vida pós-moderno de mudanças rápidas e estruturais.

Nada obstante, como toda a dificuldade da vida, há, por trás, uma oportunidade.

E a oportunidade surge com o *marketing* digital, que é legal e autorizado com limites pelo Código de Ética, assim como aulas remotas.

De forma que não ficamos completamente espantados ao sermos consultados em um caso de falsa acusação de crime ocorrido em outro Estado da federação. Consulta essa com pauta e objetivo. Assim também como foi enorme prazer proferirmos palestra com amiga de São Luís do Maranhão,

estando em Belo Horizonte. Também fizemos sustentação oral em tribunal fora do Estado e a cultura dos tribunais é uma cultura presencial (...)

Qual não é outra conclusão se não a de que não interessa onde você está, mas, fundamentadamente, o que você pode fazer.

O lugar é líquido, não importa mais. Você pode fazer uma sustentação oral no TRF-1 de dentro de seu carro em Capitólio, por exemplo. É indiferente. É um conceito de *fast full justice*. Não importa mais o onde, mas o que você pode resolver.

A pandemia fez um mundo digital. O processo de aprender, desaprender e aprender novamente diferente é algo que estamos vivendo e talvez, dessa trilogia, o mais difícil seja desaprender o que aprendemos que era o certo.

Temos assim um mundo muito mais simples porque a informação é ilimitada e ao toque de uma tela por todos, mas, ao mesmo tempo, muito mais complexo, paradoxalmente, porque todo excesso esconde uma falta e o excesso de informação significa escassez de raciocínio.

É dizer, na perspectiva docente, há cada vez mais importância o ato de transformar muita informação em conhecimento. Conhecimento é a informação organizada e útil para ser aplicada na prática. De nada adianta você ter um celular com toda a legislação e jurisprudência brasileira se você não souber equacioná-la.

Desta forma, não basta ter acesso às informações. Como antigamente não bastava também decorar súmulas e textos de lei se você não fosse capaz de fazer o raciocínio num contexto, ligar a letra da lei aos fatos. Ou seja, não basta saber de leis, jurisprudência, súmulas se você não sabe raciocinar o Direito. A defesa criminal nunca foi um panegírico de citações bonitas, de demonstração de erudição de textos filosóficos ou doutrinadores. Isso até é bonito, mas a advocacia é, sobretudo, cotejo analítico. Decorar é diferente de ter criatividade em uma defesa aliando-se ao conhecimento da multidisciplinaridade.

Há facilidades, mas isso não indica que será mais fácil.

O sistema jurídico visto por este advogado frente à filosofia de Bauman

A modernidade impôs uma ideia de que a lei mudaria a realidade social. Entretanto, não é tão simples assim. Agora o sabemos no mundo pós-moderno. A inocência acabou.

A adaptação é dificultada porque vivemos num mundo pós-moderno, com problemas do século XXI, mas nossa educação está fundada na modernidade, em fórmulas pré-concebidas, rígidas.

Não há uma solução final para o Direito. E isso, certamente, não é novo. Mas, observamos que a partir da década de 80, a filosofia passou a recusar teorias muito longas e complexas porque na modernidade houve o fracasso das utopias complexas. Na pós-modernidade, há um despertar de um sonho não para a realidade, mas para um pesadelo. Como na caixa de Pandora, por mais que haja pesadelos, a esperança sempre estará presente, no fundo da caixa, como querem os modernos. Os pós-modernos sabem que perder a esperança é o único caminho para a liberdade. E quem se aventura?

Não somos mais pessoas que dormem como apontam Bauman (Modernidade e Holocausto), e de maneira incrivelmente similar Hannah Arendt (A Banalidade do Mal). As pessoas faziam seus misteres e não se enxergavam como peça de uma grande engrenagem, viviam e faziam suas atividades normalmente sem uma reflexão moral. Hoje, nós não podemos mais fazer isso porque estamos despertos para a realidade moral.

Certamente, a advocacia atravessa um deserto e não um jardim florido.

Mas, não deve ter sido diferente com os advogados em outras épocas como a do holocausto, da escravidão, em regimes de exceção, quer dizer, a dificuldade da advocacia sempre esteve presente e exigiu acuidade, combatividade para a mudança do mundo, para a evolução social. Só que hoje temos a consciência de que, sim, continuamos com a combatividade, mas o mundo pós-moderno nos impõe uma realidade: não há um destino, não sabemos para onde ir porque de fato o caminho se faz é na caminhada. Não há um ponto final, um ponto de chegada do Direito ou da lei. Isso nunca existiu e nunca existirá. Estaremos eternamente condenados à aperfeiçoar o que já sabemos de antemão que é imperfeito e que produz injustiças e disfuncionalidades sociais.

Na modernidade, que teve início nos idos de 1500, propugnava-se transformar o mundo pela ciência. Era alvissareiro objetivo, de propostas concretas de visualização no horizonte. Foi assim até o século XIX. No século XX, percebeu-se que isso não existe que não há fórmulas imutáveis. E agora, no século XXI, estamos tomando consciência disso. Da necessidade de nos refazermos como profissionais a cada semana, a ter

consciência de que as coisas sempre mudarão e isso é o novo normal. A ideia de imutabilidade tão cara aos princípios penais é irreal, não há nada concreto porque tudo é líquido, escorre pelos dedos, é temporário.

Na modernidade sólida, havia uma ideia de que uma justiça racional calcada em princípios imutáveis resolveria problemas, traria segurança jurídica e paz social. O Estado iria garantir isso. É a ideia do garantismo (Ferrajoli). Hoje se observa que o Estado mais atrapalha do que ajuda, é ineficiente no trato da execução penal, os altos índices de reincidência e a violência do sistema penal demonstram que não existe garantia nenhuma do Estado, a não ser nos livros de Direito. Com isso, o Estado vai cada vez mais terceirizando funções e a ideia de mercado livre vai tomando conta desde o Direito até o que se entende por amor nos relacionamentos.

Qualquer caminho que tomarmos não será mais ou menos ruim. Será um caminho. Você poderá até imaginar que se fosse para o outro lado, talvez, mais à frente, encontraria uma paisagem mais arbórea, quem sabe até um oásis onde poderia, finalmente, refrescar-se. Essa forma de pensar é a forma de pensar moderna, do homem antigo, do passado. Nesta pós-modernidade, acreditamos na lei, mas sempre à espreita de uma melhor, sempre procurando aperfeiçoá-la e então nos desapegaremos da antiga, da arcaica para esse novo modelo que parece melhor porque mais útil e funcional. Entretanto, já sabemos de antemão que essa novíssima lei vai durar muito pouco porque ela também é imperfeita e em brevíssimo espaço de tempo será obsoleta.

Assim, o direito tradicional, o direito moderno, apoiado na racionalidade positiva de Kelsen, na sociologia dura de Max Weber, na estrutura filosófica de Beccaria, que acredita que o Direito tenha uma função social, de produzir "segurança jurídica" como, por exemplo, na criação de um princípio da legalidade, numa expectativa de estabilização do sistema, encontra hoje uma autoconsciência de que o Direito é autônomo, temporário e não sabe para onde está indo. É como um bombeiro que apaga um incêndio aqui outro acolá, e você o entrega um extintor mais potente para que ele resolva o problema da queimada definitivamente, mas já tendo a consciência de que essa queimada acontecerá também nos anos vindouros. Querer extirpar as queimadas da realidade não existe, é uma quimera. É antinatural. Não há esperança de isso acontecer e nem se quer que isso aconteça porque a queimada é também um movimento natural que traz inúmeros benefícios ao bioma. Sua extirpação completa

seria um grave erro, por evidência. Então, somos aqueles que temos consciência. Ser pós-moderno é ter consciência do transitório, do impermanente, da insegurança.

A literatura e a visão pós-moderna

A literatura já se digladiou com o tema e podemos lançar alguns exemplos. Peço permissão para uma rápida e apertada análise comparativa com alguns clássicos, já em toque de conclusão.

Os homens modernos ficam a esperar Godot (Esperando Godot, Brechet). A esperança dele de encontrar algo, que ele mesmo não sabe que não sabe. Mas, espera. Inocentemente. Docilmente. Sua vis'ao moderna é no sentido de que tem esperança.

Em O Processo (Kafka) é inelutável se rebelar contra a realidade posta. Não adianta lutar. Joseph K. também era um homem moderno, ele lutava, procurava se defender. Ele já tinha uma consciência que era inútil, mesmo assim lutava.

Ao contrário de Meursault (O Estrangeiro, de Albert Camus). Esse, sim, essencialmente um homem pós-moderno. Um homem do "tanto faz", qualquer caminho dará sempre no niilismo (Nietzsche). Essa ideia de ser inútil lutar contra uma fatalidade dada é uma ideia essencialmente pós-moderna. A ideia do absurdo é você esperar ou lutar se rebelando contra o teatro do absurdo.

Não se é livre, não se caminha para lugar nenhum. É uma corrida sem sentido. Talvez em círculos, como camundongos em rodas. E aí, por evidência, um professor de biologia seria mais competente para explicar do que um jurista o porquê o animalzinho continua a correr.

Por outro lado, a sociedade do espetáculo que estamos inseridos (Vargas Llosa) com a multiplicação da brutalidade, da coisificação do sujeito, de pessoas sendo execradas ou mesmo linchadas por boatos de *internet* nos traz um cenário distópico nem mesmo imaginado em 1984 (George Orwell) ou em Admirável mundo Novo (Huxley). Talvez mesmo estejamos mais próximos de O Alienista (Machado de Assis) e de seu personagem Simão Bacamarte (...) Esse personagem ainda teve a consciência de se internar ao final demonstrando assim toda a sua modernidade. Ao homem pós-moderno, isso pouco importa. O que existe é uma realidade dada, que mudará.

A pós-modernidade é a consciência de que ninguém tem conhecimento e nem é capaz de apontar o melhor caminho. Isso significa que todos perceberam que O Rei Está Nu (Andersen), quer dizer, o Direito não sabe para onde vai, não tem certeza de suas políticas. É cheio de dúvidas e pressuposições completamente erradas e estamos apontando isso.

Exatamente nesse contexto, a passagem literata que mais resume a pós-modernidade talvez esteja presente em Alice no País das Maravilhas (Carroll): para quem não sabe para onde vai, qualquer caminho serve.

Conclusão

Apesar de não sabermos para onde, não podemos parar. É no caminhar que temos o equilíbrio. Entretanto, o ceticismo é consciente. Nada do que façamos, como indivíduos ou sociedade, irá trazer uma solução final. Será sempre algo temporário, um paliativo. E isso é atormentante para o homem moderno que pensa de maneira racional, classificatória, em soluções estanques. Esse homem moderno busca a segurança na lei, nos contratos, nas suas relações amorosas, até em seu medo. Mas, a pós-modernidade lhe infringirá a terrificante consciência de que a liberdade é não se prender à segurança nenhuma.

O sistema penal pode e deve ser diferente do que temos discutido que ele seja. A realidade social, por evidência, não poderá nunca ser apreendida por ideias positivistas. Como temos construído, na esteira de Bauman, há um "bogus of positivism". A concepção moderna de positivismo não é mais habilitada para capturar a necessária resposta que se espera do Direito. A construção de um novo modelo de Direito passa necessariamente por um "funcionalismo líquido" visto que ideias estanques e imutáveis com princípios e regras parecem encontrar resistência significativa no mundo pós-moderno.

Referência

Bauman, Zygmont. *Modernidade e holocausto*. Tradução Marcus Penchel. São Paulo: Zahar, 2008.

Bauman, Zygmunt. Identidade. *Entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2005.

Bauman, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien, São Paulo: Zahar, 2017.

Beccaria. Dos Delitos e das Penas. Tradução Ridendo Castigat Mores. http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf, acessado em 29 de julho de 2020.

Beck, Ulrich. *A sociedade do risco*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

Brecht, Samuel. *Esperando Godot*. Tradução Flávio Rangel. São Paulo: Abril, 1976.

Camus, Albert. *O estrangeiro*. Tradução de Valerie Rumjanek. São Paulo: Record,

Carrol, Lewis. *Alice no país das maravilhas*. Tradução de Monteiro Lobato. SãoPaulo: TT, 2009.

Daems, Tom; Robert, Luc. *Crime and insecurity In: liquid modern times:* an interview with Zygmunt Bauman. (2007) Contemporary Justice Review. 10(1). p.87-100.

Foucault, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

Freud, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

Huxley, Aldous. *Admirável mundo novo*. 5. ed. Tradução de Vidal de Oliveira. Porto Alegre: Globo, 1979.

Jacobsen, Michael Hviid; Walklate, Sandra. Liquid Criminology: Doing imaginative Criminological Research. London: Routledge, 2016.

Kafka, Franz. *O processo*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Abril, 1979.

Machado de Assis. *O alienista*. 14. ed. São Paulo: Ática, 1988.

Miaille, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1989.

Orwell, George. *1984*, 27. ed. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo: Cia Editora Nacional, 2002.

Santos, Boaventura Souza. *Epistemologies of the south*: justice againt epistemicide. London: Routhleadge, 2016.

Zaffaroni Apuntes. *Sobre El piensamiento penal In: el tiempo*. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.