

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL PENAL

Contemporânea e Jurisprudência

Coordenação:

Professora Doutora Lilian Rocha

Professor Mestre Otávio Binato

Gabriel R. Rozendo Pinto

Leandro Soares Nunes

Lilian Rose Lemos Rocha
Gabriel Rocha Rozendo Pinto

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL PENAL

Contemporânea e Jurisprudência

Organizadores:

Naiara Ferreira Martins

Paulo Victor Lima

Pedro Almeida Costa

Pietro Pimenta

Rafael de Almeida Guimarães

Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

Brasília, 2016.

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Presidente do Conselho Editorial

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Gabriel Costa Mallab

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Capa

UniCEUB/ACC | André Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

AR Design

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : prática processual penal contemporânea e jurisprudência / organizadores, Naiara Ferreira Martins ... [et al.] ; [autores] Lilian Rose Lemos Rocha, Gabriel Rocha Rozendo Pinto – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2016.

174 p.

ISBN 978-85-61990-60-2

I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU: 343.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO	7
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DIRETA COMO FORMA DE PERSECUÇÃO PENAL.....	9
<i>CLAUDIA NASCIMENTO DE AMARAL</i>	
A INVESTIGAÇÃO E O PROCESSAMENTO DO CRIME MILITAR DE HOMICÍDIO DOLOSO PRATICADO POR MILITAR ESTADUAL EM SERVIÇO CONTRA A VIDA DE CIVIS EM TEMPOS DE PAZ	41
<i>JAMES FRADE ARAÚJO</i>	
O DILEMA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	63
<i>JOÃO RENATO BORGES ABREU</i>	
DELAÇÃO PREMIADA: A NOVA “PONTE DE DIAMANTE” DO DIREITO BRASILEIRO.....	81
<i>JORGE FRAGOSO NETTO</i>	
ANÁLISE DA LEI 11340/06 FRENTE À SÚMULA 536 DO STJ.	97
<i>KAUNA RENER KASSEM</i>	
O CUSTO DA VERDADE: CONSIDERAÇÃO SOBRE A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL	115
<i>RAFAEL SILVA DE ALMEIDA</i>	
ABORTO E MICROCEFALIA: ONDE HÁ A MESMA RAZÃO DE DECIDIR DEVE-SE APLICAR A MESMA DISPOSIÇÃO LEGAL	135
<i>RILANE SANTOS DE SOUSA</i>	
LIBERDADE VS INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: O INCÊNDIO DE TERREIROS DE RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS E A APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.260/16	155
<i>CAIO FELIPE CAVALCANTE CATARCIONE DE CASTRO</i>	



PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *e-book*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.



COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DIRETA COMO FORMA DE PERSECUÇÃO PENAL

Claudia Nascimento de Amaral¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Cooperação jurídica e cooperação judicial. 2.1. Classificação da cooperação judicial internacional. 2.1.1. Cooperação ativa. 2.1.2. Cooperação passiva. 3. Classificação das medidas de cooperação internacional. 3.1. Medidas de cooperação de primeira geração. 3.1.1. Extradicação. 3.1.2. Homologação de sentença estrangeira. 3.1.3. Carta rogatória. 3.2. Medidas de cooperação de segunda geração. 3.1.1. Transferência de apenados. 3.1.2. Entrega do tribunal penal internacional – surrender. 3.1.3. Auxílio direto. 4. Cooperação jurídica internacional como meio de persecução penal. 4.1. Posicionamento dos tribunais superiores sobre a convivência entre os institutos. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO

A globalização, a liberalização do comércio e a rápida evolução tecnológica vêm propiciando o aumento da prática de crimes transnacionais. Na busca pela contenção dessas atividades ilícitas, e em observância à soberania nacional – que impede a intervenção de terceiros nos assuntos internos de um país – os Estados incrementaram os mecanismos de cooperação internacional em matéria penal, outorgando às autoridades encarregadas da persecução penal maior autonomia, dispensando a intervenção judicial. O auxílio direto, uma das ferramentas de cooperação internacional, tem previsão em diversos tratados internacionais e visa fornecer, de maneira rápida e eficiente as informações solicitadas por autoridades estrangeiras alheias ao Poder Judiciário. No Brasil, a legalidade da cooperação jurídica direta vem sendo submetida ao crivo dos Tribunais Superiores desde o início deste século. Apesar de algumas decisões esparsas reconhecendo a validade e convivência entre os mecanismos de cooperação tradicional e direta, a matéria somente foi pacificada no Superior Tribunal de Justiça em 2009, no julgamento do caso Berezovsky. Não obstante, a resistência a essa nova forma de persecução penal ainda é elevada nas instâncias ordinárias, que se estão vendo obrigadas a enfrentar a matéria

¹ Mestre em Propriedade Intelectual, Industrial e Novas Tecnologias pela Universidad Autónoma de Madrid. Analista do Ministério Público da União/Apoio Jurídico/Direito, exercendo o cargo de Assessora Nível V no Gabinete do Exmo. Subprocurador-Geral da República Dr. Nívio de Freitas Silva Fiho. E-mail: claudia_amaral@hotmail.com. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCeub/ICPD.

com o uso cada vez mais costumeiro do auxílio direto no mundo atual. A deflagração da “Operação Lavajato” e o escândalo de corrupção na FIFA trouxe o assunto de volta a imprensa e revelou a vital importância da cooperação direta para o bom desenvolvimento dos atos de persecução penal e, principalmente, para a cessação das condutas criminosas e dos prejuízos delas advindas.

Palavras-chave: Persecução penal internacional. Cooperação penal internacional. Auxílio jurídico recíproco.

ABSTRACT

Globalization, trade liberalization and technological developments have led to a rise in transnational crimes². In order to contain these illicit activities, and in compliance with national sovereignty - which prevents third-party intervention in the internal affairs of a country - the States had increased the number of mechanisms to cooperate in transnational criminal matters, granting the authorities responsible for prosecution greater autonomy, admitting cooperation without judicial intervention. In Brazil, the legality of the direct international cooperation has been submitted to the scrutiny of the Superior Courts since the beginning of this century. Despite some sparse decisions recognizing the validity and coexistence of the mechanisms of traditional and direct cooperation, the matter was only pacified at the Superior Court of Justice in 2009 in the trial of Berezovsky case. However, resistance to this new form of criminal prosecution is still high in the ordinary bodies, which are being forced to confront the subject with the increasing use of direct international cooperation in the current world. The outbreak of “Operation Lavajato” and the corruption scandal in FIFA brought the matter back to the press and revealed the vital importance of direct cooperation for the successful development of the acts of criminal prosecution and primarily to the cessation of the criminal conduct and its damage.

Keywords: International prosecution. International criminal cooperation. Mutual legal assistance.

1. INTRODUÇÃO

É notório que a globalização e o consequente estreitamento das relações entre os Estados e seus povos, em especial, a abertura da economia e a integração dos fluxos financeiros, propiciaram o crescimento do fenômeno da criminalidade

² Crimes that are not only international, but crimes that by their nature involve cross-border transference as an essential part of the criminal activity, as well as crimes that take place in one country, but their consequences significantly affect another one.

de transnacional.

A prática de delitos internacionais, bem como aqueles que pela sua natureza envolvem a transposição fronteiriça como uma parte essencial da atividade criminosa e os crimes que ocorrem em um país e cujas consequências afetam significativamente outro Estado (crimes transnacionais), é realidade corriqueira no cenário mundial atual.

O crime – aqui incluído não somente sua execução ou consumação, mas seus atos preparatórios e as consequências dele advindas – transita com peculiar rapidez e facilidade entre os países. Tal fato demonstrou a necessidade de atualização dos métodos tradicionais de cooperação jurídica internacional, a fim de propiciar que os Estados disponham de meios adequados, eficientes, céleres e idôneos à investigação, prevenção e efetiva punição dos crimes dessa espécie.

A cooperação jurídica internacional, embora não exija a harmonização de legislações entre os Estados, constrói a ideia de um espaço comum de justiça, no qual há o reconhecimento mútuo de jurisdições, fortalecendo a visão de mundo como uma aldeia global.

No Brasil, muito há que ser feito no âmbito da cooperação jurídica internacional, especialmente no que concerne a mentalidade do Poder Judiciário e a ausência de legislação nacional sobre o tema.

Não se desconhece o anteprojeto de lei sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal, elaborado pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional-DRCI. Referido anteprojeto de lei cuida tanto da cooperação ativa quanto da passiva e dispõe sobre diversos meios de auxílio direto no procedimento investigativo e no processo penal. Todavia, após amplo debate no grupo de trabalho sobre cooperação jurídica internacional do Conselho Nacional de Justiça, extinto em 2014, o documento ainda carece de apreciação pelo Ministério da Justiça.

Logo, a análise do tema ainda se baliza pelas decisões judiciais sobre cooperação jurídica internacional.

2. COOPERAÇÃO JURÍDICA E COOPERAÇÃO JUDICIAL

A Cooperação Internacional engloba o conjunto de mecanismos que propiciam interação de Estados na efetivação da justiça penal, em atenção a proce-

dimentos ou processos específicos.

A Cooperação internacional em matéria penal não se restringe aos órgãos do Poder Judiciário, envolvendo todas as esferas de um Estado. Dessa forma, o termo cooperação judicial abrange somente os atos de assistência praticados entre órgãos judiciais de diferentes países, ou seja, refere-se ao modelo tradicional de cooperação internacional.

Ocorre que o modelo tradicional de cooperação, com a expansão da criminalidade transnacional, não mais se mostra adequado a demanda atual que exige maior eficiência e celeridade no intercâmbio de informações.

Esta é a razão pela qual, nos dias atuais, fala-se em Cooperação Jurídica, gênero do qual a cooperação judicial seria espécie. A cooperação jurídica engloba, portanto, os modelos de assistência mútua realizados entre os demais atores jurídicos (advogados, Ministério Público) e até mesmo policiais, dispensando a intervenção do Poder Judiciário para a prática da diligência.

No ponto, importante observar, conforme decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça que, em razão da soberania, os princípios e normas que regem.

No que concerne à cooperação internacional em matéria penal, é possível detectar um gênero e composto de duas espécies ou formas de cooperação. O gênero seria a cooperação jurídica e suas espécies seriam a cooperação administrativa em matéria penal que ocorre prioritariamente durante a persecução pré-processual e a cooperação judicial ou interjurisdicional, que pode se configurar em ato cuja validade depende de um juízo de delibação, por se tratar de matéria que reclama medida jurisdicional do Estado Requerido³.

2.1 Classificação da cooperação judicial internacional

2.1.1 Cooperação ativa

Nesta modalidade, a autoridade nacional é a requerente do pedido de cooperação, necessitando da atuação de agentes públicos de outro Estado para que sua solicitação seja atendida.

³ LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A assistência direta e a persecução penal transnacional pelo Ministério Público Brasileiro*. 2009. f. Tese (Doutorado) – Programa de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2009.

2.1.2 Cooperação passiva

A autoridade nacional recebe pedido de cooperação de outro país, devendo engendrar esforços para a efetivação da assistência internacional.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

3.1 Medidas de cooperação de primeira geração

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê expressamente a competência da União para manter relações com Estados estrangeiros⁴, a qual é exercida privativamente pelo Presidente da República⁵, auxiliados pelos Ministros de Estado, sempre em observância aos princípios elencados no artigo 4º do texto constitucional⁶.

Não obstante, o constituinte entendeu por bem exigir o concurso de outros Poderes na prática de alguns atos eminentemente de relações internacionais. A título de exemplo, citamos a competência do Congresso Nacional para resolver sobre tratados, acordos e atos internacionais que acarretem ônus gravosos ao patrimônio nacional.

O Poder Judiciário também interfere nas relações internacionais, posto que a seus órgãos compete decidir sobre pedidos de extradição, execução de sentença estrangeira e de cartas rogatórias.

Importante observar que as relações entre países que exigem a participação do Poder Judiciário diferenciam-se das demais por estabelecer, em última análise, uma relação internacional entre órgãos judiciários de diferentes Estados, cuja atuação deve observar o princípio da territorialidade da jurisdição, inerente

⁴ Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

⁵ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

⁶ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

à soberania estatal. Assim, estando a autoridade dos magistrados e, consequentemente, de suas decisões, restritas aos limites territoriais de seu país, a prestação jurisdicional que deva ser cumprida em território alheio depende, necessariamente, da cooperação internacional.

Atualmente, temos três modalidades de cooperação jurídica internacional tradicional em matéria penal vigentes no Brasil: extradição, homologação de sentença penal estrangeira e carta rogatória.

3.1.1 Extradição

Instituto básico da cooperação penal internacional previsto na Lei nº 6.815/80 (artigos 76 a 94) que consiste na entrega, por um país, de indivíduo ao Estado competente para processá-lo, julgá-lo e executar a pena imposta. A extradição pressupõe que o agente seja acusado da prática de crime cometido no território do Estado requerente, ou que a ele sejam aplicáveis as leis penais daquele país, ou que exista sentença final que o condene a pena privativa de liberdade decretada por autoridade competente no Estado Solicitante.

Compete ao Supremo Tribunal Federal o processamento dos pedidos de extradição, limitando-se sua análise aos aspectos previstos no Estatuto do Estrangeiro, conforme ressaltado pelo Exmo. Min. Celso de Mello no julgamento da Extradição nº 1.082⁷, *in verbis*:

[...] O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extraditacional perante o Supremo Tribunal Federal. – Revelar-se-á excepcionalmente possível, no entanto, a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, de aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, sempre que tal exame se mostrar indispensável à solução de controvérsia pertinente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. *Ext. 1.082*. Tribunal Pleno. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de junho de 2008.

determinada pessoa ao Governo brasileiro. Inocorrência, na espécie, de qualquer dessas hipóteses.

No ponto, insta salientar decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal em 19/03/2016, pendente de publicação, na qual a Primeira Turma daquele Colegiado, ao julgar o Mandado de Segurança nº 33.864, por maioria, entenderam ser o direito à nacionalidade brasileira disponível, razão pela qual plenamente possível a extradição de brasileiro nato quando o nacional voluntariamente adquire nova nacionalidade fora das hipóteses do artigo 12, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nessa hipótese, segundo os Exmos. Ministros, há a perda tácita da nacionalidade brasileira, sendo vedado o resgate dessa condição com o objetivo de evitar processo criminal – uso por conveniência da nacionalidade brasileira⁸.

3.1.2 Homologação de sentença penal estrangeira

Nos termos do artigo 9º do Código Penal Brasileiro, a sentença estrangeira que tenha condenado o agente à reparação do dano, à restituição, a outro efeito civil ou à medida de segurança, somente produz efeitos no Brasil após homologada pelo E. Superior Tribunal de Justiça. Observa-se que o ordenamento jurídico pátrio não admite a homologação de sentença penal estrangeira para fins de privação da liberdade do indivíduo. Todavia, nos termos do artigo 63 do Código Penal Brasileiro, o édito condenatório alienígena é hábil a gerar consequências penais em solo pátrio, decorrentes da sua simples existência, como a reincidência e a detração.

Não obstante a negativa de existência de efeito executivo próprio a sentença penal estrangeira pelo ordenamento jurídico pátrio, alguns atos bilaterais firmados pelo Brasil propiciam a execução de pena privativa de liberdade em local diverso daquele da condenação. Trata-se do instituto da transferência de condenados.

⁸ Segundo notícia publicada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br>, consultado em 29/04/2016 às 09:32) Cláudia Cristina Sobral, brasileira nata, após obter o visto de permanência nos Estados Unidos da América, requereu nacionalidade norte-americana. No processo de naturalização, seguindo a lei local, Cláudia declarou renunciar e abjurar fidelidade a qualquer outro Estado ou soberania. Cláudia retornou ao Brasil em 2007, dias antes de o governo norte-americano indiciá-la pelo homicídio de seu marido, nacional daquele país. Requerida sua extradição para que seja processada e julgada nos EUA, o Ministro da Justiça, com base no artigo 12, §4º da CRFB/88 cassou a nacionalidade da extraditanda, o que foi considerado legítimo pelo Tribunal Supremo.

3.1.3 Carta Rogatória

Nos termos do artigo 783 do Código de Processo Penal⁹, é o instrumento através do qual o juízo de um país requisita, em outro país, o cumprimento de suas decisões. Segundo Nádia Araújo, essas decisões podem ser atos processuais ordinatórios – citação, notificação, intimação – e atos processuais instrutórios, como por exemplo, a produção de prova.

O procedimento de processamento da carta rogatória é complexo e moroso. Verificada a necessidade de cooperação por autoridade judicial¹⁰, deve o magistrado formalizar o pedido de cooperação jurídica. Após a tradução dos documentos que a instrui, deve o Estado requerente remeter a rogatória ao Ministério da Justiça nacional, responsável pelo seu encaminhamento ao Ministério das Relações Exteriores. Recebido o pedido de cooperação na embaixada do Estado Requerente no país destinatário, é a rogatória enviada ao Ministério das Relações Exteriores no país destinatário, donde segue ao Ministério da Justiça para, finalmente, chegar ao juízo que cumprirá a carta rogatória. Após o cumprimento da diligência requerida, a carta rogatória retorna ao Estado requerente pelo mesmo caminho. O grande número de órgãos envolvidos e as formalidades que devem ser observadas para o cumprimento da carta rogatória, fazem com que seu processamento seja moroso, interferindo negativamente no curso processual penal.

As cartas rogatórias passivas (aquelas em que o Brasil é Estado requerido) devem ser apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹, a quem compete verificar o cumprimento dos requisitos formais da rogatória e a observância da ordem pública brasileira pelo seu conteúdo. Satisfeitos esses requisitos, será concedido o *exequatur* à carta rogatória estrangeira que, em seguida, será cumprida pelo juízo federal de primeiro grau.

3.2 Medidas de cooperação de segunda geração

O caráter transnacional da criminalidade recente, composta por organi-

⁹ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689/41*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação. *Rcl 2645/SP*. Corte especial. Relator (a): Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 18 de novembro de 2009.

¹¹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;

zações que operam mundialmente, desafia a criação de novos instrumentos de cooperação, aptos a combater estes delitos de forma eficaz e célere.

Esses novos instrumentos de cooperação internacional, que prescindem da participação do Poder Judiciário para a sua concretização, surgiram nos anos 90¹², como alternativa aos métodos tradicionais de cooperação e com o desafio de eliminar, ou ao menos reduzir, a distância entre as autoridades requerente e requerida e, por conseguinte, o tempo de cumprimento da medida solicitada.

3.2.1 Transferência de Apenados

Trata-se de instituto humanitário que possibilita o cumprimento da pena privativa de liberdade em local próximo ao meio familiar e social do apenado, facilitando sua reabilitação após o cumprimento da pena.

A Organização das Nações Unidas tem insistido quanto à imprescindibilidade de tal cooperação, dirigindo esforços no sentido de difundir a proposta da transferência de presos como método moderno de reeducação para fortalecer o alicerce de reconstrução pessoal do preso diante da perspectiva de futura vida livre no convívio social¹³.

Na transferência de preso, acordada em ato bilateral internacional, a fase de cumprimento de pena se transporta do país onde se encontra o condenado para o de sua nacionalidade, desde que haja concordância do agente envolvido.

Nesta hipótese, o Estado receptor deve respeitar o conteúdo da sentença condenatória, tendo competência somente para decidir questões referentes à execução da pena e dos incidentes daí decorrentes. Logo, não há que se falar em nacionalização da decisão estrangeira, uma vez que o mérito do julgado pelo Estado receptor, seja através de recurso ou de revisão criminal não é possível, sob pena de violação do acordo firmado.

Segundo informações do site do Ministério da Justiça, o Brasil possui em vigor 13 tratados internacionais sobre a matéria, sendo 11 bilaterais (Argentina, Bolívia, Canadá, Chile, Espanha, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Reino dos

¹² Convenção de Viena sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional e Estatuto de Roma, são exemplos de tratados internacionais que contêm previsão de cooperação direta.

¹³ BRASIL. Ministério da Justiça. *Transferência de pessoas condenadas*. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/estrangeiros/medidas-compulsorias/transferencia-de-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

Países Baixos e Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte) e 2 multilaterais (Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior e Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa).

3.2.2. Entrega ao tribunal penal internacional – surrender

Mecanismo instituído pelo Estatuto de Roma, cujo artigo 89 confere ao Tribunal Penal Internacional legitimação para solicitar a qualquer Estado a detenção e entrega de indivíduo acusado da suposta prática dos delitos incluídos na esfera de competência de referido Tribunal (crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão).

Este instituto não se confunde com a extradição, uma vez que a entrega do agente é ao Tribunal Penal Internacional e não há outro Estado¹⁴. Embora a entrega de um indivíduo seja resultado comum a ambos os institutos, eles diferenciam-se, ainda, pelo fato de a extradição, em nosso ordenamento jurídico pátrio somente poder ser requisitada por Governo de país estrangeiro¹⁵. Essa distinção entre os institutos faz surgir interessante discussão, ainda não levada à apreciação do Poder Judiciário Brasileiro, referente à possibilidade de entrega de brasileiro nato ou naturalizado ao Tribunal Penal Internacional, uma vez que a vedação constitucional se refere somente à extradição.

3.2.3. Auxílio direto

Segundo a definição da Procuradoria-Geral da República, consiste no “instrumento de colaboração penal internacional, através do qual é feito o encaminhamento do pedido de realização de um ato judicial que se faz necessário para a instrução de um procedimento penal em curso no Estado requerente”¹⁶.

No auxílio direto, os pedidos de cooperação são transmitidos diretamente pelo estado Requerente à autoridade central nacional, que a envia à autoridade central do país destinatário, sem passar por canais diplomáticos. A autoridade

¹⁴ Artigo 102 Termos Usados Para os fins do presente Estatuto: a) Por ‘entrega’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto. b) Por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição. *Ext. 955/DF*. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília, 17 de dezembro de 2004.

¹⁶ Disponível em: <http://gtdl.pgr.mpf.br/gtdl/cooperacao-internacional/glossario/glossario-cooperacao-internacional>. LINK INVÁLIDO

central do País requerido cumprirá a solicitação de imediato, quando tiver competência para tanto, ou encaminhará o pedido a autoridade competente.

A autoridade central, portanto, é a peça fundamental no sistema de cooperação jurídica internacional direta. Cuida-se de um órgão, designado por cada país, que tem as funções de receber e encaminhar os pedidos de cooperação recebidos das autoridades nacionais, bem como dar cumprimento ou encaminhar às autoridades locais os pedidos oriundos da autoridade central estrangeira, além de prestar informações ou diligenciar para um rápido andamento dos pedidos.

Segundo informação constante no site do Ministério da Justiça, este órgão, por intermédio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ), atua como Autoridade Central para a maioria dos Tratados de Cooperação Jurídica Internacional dos quais o Brasil faz parte. Excetua-se somente os seguintes acordos bilaterais, cuja Autoridade Central é a Procuradoria-Geral da República: Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa – Decreto n.º 1.320/1994; e Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá – Decreto n.º 6.747/2009¹⁷.

Nos termos da Portaria Conjunta MJ/PGR/AGU, quando a medida solicitada necessitar da intervenção do judiciário brasileiro¹⁸ – como, por exemplo, no caso de busca e apreensão em residência, quebra de sigilo bancário ou interceptação telefônica – deve a solicitação de cooperação passiva ser encaminhado à Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República “para que esta proceda à distribuição dos pedidos às unidades do Ministério Público Federal com atribuição para promover judicialmente os atos necessários à cooperação”¹⁹.

Observa-se, portanto, que o pleito da autoridade central estrangeira tem

¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. *Cooperação jurídica nacional em matéria penal*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>>. Acesso em:

¹⁸ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

¹⁹ Art. 1º da Portaria Conjunta MJ/PGR/AGU n.º 1/2005.

seu mérito analisado pelo Poder Judiciário nacional que proferirá uma decisão judicial brasileira sobre a matéria, decisão esta que deve atender aos mesmos requisitos exigidos no julgamento de uma causa criminal nacional.

O Estado estrangeiro, ao se submeter à alternativa do pedido de auxílio jurídico direto, concorda que a autoridade judiciária brasileira, quando a providência requerida exigir pronunciamento jurisdicional, analise o mérito das razões do pedido. [...] No pedido de auxílio, busca-se produzir uma decisão judicial doméstica e, como tal, não sujeita ao juízo de deliberação²⁰.

Não obstante a amplitude dos atos de cooperação direta – o que demanda maior cautela, a fim de evitar que a ordem jurídica interna, a soberania nacional e os direitos individuais do cidadão sejam infringidos - uma grande vantagem proporcionada pelo auxílio direto é a possibilidade de que a prova seja produzida de acordo com a legislação do Estado requerente, quando assim for solicitado, evitando eventual discussão sobre a validade dessa prova no Brasil. Todavia, esta requisição não vincula o Estado requerido, que pode praticar a diligência conforme sua legislação nacional sem que isso leve à ilicitude da prova no Estado requerente.

2. O interrogatório e a oitiva de testemunhas no exterior são realizados, em face do princípio da soberania, segundo as regras do Estado Requerido, nos termos do item 3 do artigo V do Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001, que rege a cooperação judiciária internacional entre Brasil e EUA. Precedente do STF (HC 91444/RJ, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Menezes de Direito, DJ 02/05/2008). Assim, é legítima a inquirição nos EUA na forma de *deposition* (depoimento fora do tribunal competente), perante autoridade não-judiciária e na presença de autoridades policiais dos dois países.

3. Se o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América também assegura, em seu artigo VIII, item 3, a presença das pessoas indicadas na solicitação, as quais é franqueado o direito de perguntas,

²⁰ DIPP, Gilson Langaro. Carta Rogatória e cooperação internacional. *Revista CEJ*, Brasília, ano 11, n. 38, p. inicial – final, jul. /set. 2007. p. 42.

inexiste nulidade se a oitiva de testemunhas é realizada sem a presença de advogados de defesa que, embora indicados na solicitação de cooperação encaminhada à Autoridade Central e devidamente intimados do referido ato processual, deixam de comparecer ou não comprovam a ocorrência de qualquer obstaculização por parte das autoridades do Estado Requerido.²¹

Isso porque, por óbvia razão de soberania, não se pode apreciar a questão segundo os princípios e normas da legislação alienígena. Tendo sido o pedido solicitado por autoridade competente no país de origem e em estrita observância aos ditames legais lá vigentes, não cabe à jurisdição do Estado requerido questionar sua validade e legalidade tendo como parâmetro o ordenamento jurídico pátrio. Ou seja, a realização do pedido de cooperação deve respeitar a legislação do Estado requerente e o seu cumprimento deve observância ao ordenamento jurídico do país requerido. Ausente qualquer vício ou ilegalidade nestes dois países, é vedado questionar a licitude da cooperação por inobservância do país requerente na efetivação do ato de cooperação.

Outro aspecto relevante da cooperação direta é que em razão da regra da especialidade, presente na maioria dos tratados, a prova obtida mediante auxílio internacional somente poderá ser utilizada no processo para a qual foi solicitada, a não ser que haja concordância do País requerido para sua utilização em outros procedimentos.

Por fim, plenamente possível que a medida de cooperação tramite e seja cumprida de forma sigilosa, a fim de preservar investigações em andamento, proteger colaboradores, testemunhas ou agentes públicos, ou mesmo garantir a eficácia da própria medida, em casos como busca e apreensão.

4. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO MEIO DE PERSECUÇÃO PENAL

Os pedidos de colaboração em matéria penal que visam cumprir atos de preparação e desenvolvimento do processo penal abrangem, basicamente, duas

²¹ PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal. ACR2006.70.00.020042-0. Oitava Turma. Relator: Des. Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 14 de junho de 2007.

modalidades de cooperação, quais sejam: a Carta Rogatória e o Auxílio Direto.

Conforme anteriormente demonstrado, nem todo pedido de assistência jurídica solicitado por autoridade central estrangeira se enquadra no conceito constitucional de carta rogatória (há uma decisão estrangeira que para ser cumprida no território nacional necessita de um endosso do Poder Judiciário Brasileiro). Assim, quando o pedido de auxílio não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira, a hipótese é de assistência direta, que tem fundamento em tratado internacional de cooperação e, por conseguinte, prevalece sobre a lei geral (artigos 780 e 786 do Código de Processo Penal) tendo em vista o critério da especialidade.

Observa-se, portanto, que o auxílio direto convive harmoniosamente com a carta rogatória, sendo institutos que não se confundem – aquele tem previsão em tratados internacionais de cooperação e cumprimento simplificado, por meio de autoridades centrais, esta tem previsão constitucional e cumprimento moroso e formal – e têm hipótese de incidência diversa²². No ponto, a Portaria Interministerial nº 50 de 2012 (Ministério das Relações Exteriores e Ministério da Justiça) estatui em seu artigo 2º que:

Art. 2º. Para fins da presente Portaria, considera-se:

- I – pedido de auxílio direto passivo, o pedido de cooperação jurídica internacional que não enseja juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 7º, parágrafo único, da Resolução STJ n. 9, de 4 de maio de 2005;
- II – carta rogatória passiva, o pedido de cooperação jurídica internacional que enseja juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Diante da evidente diversidade entre os institutos, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 09/05, posteriormente incorporada ao seu Regimento Interno, estabelecendo que:

Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos

²² ARAS, Vladimir. Direito probatório e cooperação jurídica internacional. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JUsPodivm, 2015. p. 279-287.

pelo Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

4.1 Posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a Convivência entre os Institutos

O Supremo Tribunal Federal, em 2003, reconheceu a existência do auxílio-direto, dispensando o *exequatur*, quando existente acordo firmado entre o Estado requerente e o Brasil²³.

Com a fixação da competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar as cartas rogatórias pela EC nº 45/04²⁴, a Corte da Cidadania, não obstante reconhecer a convivência entre a carta rogatória e a cooperação direta (art. 7º da Resolução nº 09/05), somente no ano de 2009, com o julgamento da Reclamação nº 2.645²⁵ (Caso Berezovsky) e do Agravo Regimental nº 3.162²⁶, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento quanto a convivência entre o auxílio-direto e a carta rogatória.

Segundo o acórdão proferido pela Corte Especial do STJ no Caso Berezovsky, a competência que lhe é constitucionalmente conferida para conceder *exequatur* a cartas rogatórias não impede e tampouco é incompatível com as outras formas de cooperação jurídica previstas em tratados internacionais, ressaltando que a norma do artigo 105, I, i, da CRFB/88 refere-se exclusivamente a relações entre órgãos do Poder Judiciário.

Na apreciação da matéria, a Corte Especial do STJ reconheceu expressamente a força normativa dos tratados internacionais de cooperação em matéria penal firmados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

A matéria, todavia, ainda não possui ampla aceitação nos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro. Tal fato se mostrou notório no ano de 2015 quando a Promotoria Federal de Nova York, após a prisão de José Maria Marin (envolvido no escândalo de corrupção da FIFA), enviou pedido de cooperação jurídica direta ao Brasil para que fosse realizada busca e apreensão de documentos e

²³ JURISDIÇÃO. Tribunal. Carta Rogatória nº 10.920/PT. Relator: Min. Maurício Corrêa. Cidade, 29 de setembro de 2003.

²⁴ BRASIL. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em:

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação. Rcl 2.645/SP. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, data do julgamento.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. AgRg 3.162. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, data do julgamento.

bloqueio de valores da empresa Klefer Produções e Promoções, do empresário Kleber Leite. Recebida a solicitação das diligências pela Procuradoria Geral da República, foi a mesma efetivada, após decisão do Juízo da 9ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em menos de 12 horas. No entanto, a 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, entendeu que a execução do acordo dependeria de *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça. O recurso interposto pelo Ministério Público Federal questionando a referida decisão encontra-se pendente de julgamento pela Corte da Cidadania²⁷.

O mesmo argumento, qual seja, usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça para conceder *exequatur* as cartas rogatórias, foi utilizado por Márcio Fária, condenado em primeira instância por crimes investigados no curso da Operação Lava-jato, para questionar cooperação jurídica direta entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Suíço.

Submetida a questão à análise do juízo originário, assim restou consignado na sentença condenatória:

175. Como adiantado, as informações e documentação pertinente a essas contas e transferências vieram ao Juízo em pedido de cooperação jurídica internacional enviado pelas autoridades suíças para o Brasil (processo 5036309-10.2015.4.04.7000).

176. A Suíça também instaurou investigação naquele país sobre crimes de lavagem de dinheiro praticados agentes da Petrobrás e por executivos da Odebrecht mediante contas abertas em nome de off-shores.

177. Enviou, em decorrência, ao Brasil pedido de cooperação jurídica internacional solicitando informações sobre as investigações e processos aqui e oitivas de pessoas relacionadas ao esquema criminoso que vitimou a Petrobrás (evento 1 do processo 5036309-10.2015.4.04.7000).

178. O pedido de cooperação tem por base o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal celebrado entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, que foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.974/2009.

179. As autoridades suíças instruíram o pedido de coopera-

²⁷ JURISDIÇÃO. Tribunal. Recurso Especial. REsp nº 154830/RJ. Relator: Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Cidade, data do julgamento.

ção com diversos documentos bancários relativos a transações suspeitas de envolverem a prática de crime, para que as testemunhas a serem ouvidas no Brasil fossem inquiridas a respeito dos fatos atinentes a essas transações.

180. Em outras palavras, as contas da Odebrecht e dos agentes da Petrobrás são investigadas também na Suíça, já que, em tese, haveria também prática de crimes naquele país. Ao enviarem pedido de cooperação ao Brasil para obtenção de provas colhidas na assim denominada Operação Lavajato, como a oitiva de testemunhas, juntaram ao pedido documentação atinente às contas, a fim de permitir a apropriada colheita da prova no Brasil. Na ocasião, expressamente permitiram o uso de tal documentação pelas autoridades brasileiras

181. Esses documentos foram apresentados a este Juízo pelo MPF, no processo 5036309-10.2015.4.04.7000, tendo sido solicitado pelo MPF autorização expressa para utilização desses documentos.

182. Autorizei, pela decisão de 23/07/2015 (evento 3), do processo 5036309-10.2015.4.04.7000, a utilização de tal prova no Brasil. Transcrevo trechos:

“[...]”

Remetendo ao cumpridamente fundamentado em ambas as decisões, há provas, em cognição sumária, do envolvimento da Odebrecht e dos referidos executivos na prática de crimes de cartel, ajuste de licitações, corrupção e lavagem de dinheiro no esquema criminoso que afetou a empresa estatal Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras.

O quadro probatório justifica a quebra do sigilo bancário sobre contas no exterior utilizadas pelo Grupo Odebrecht para o pagamento de propina em contas em nome de off-shores controladas por Paulo Roberto Costa, Pedro Barusco, Renato Duque, Nestor Cerveró, Jorge Luiz Zelada e até mesmo pelo intermediador Alberto Youssef.

Além disso, em processo no qual se apuram crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, inevitável recorrer-se ao rastreamento financeiro, sendo a quebra do sigilo bancário imprescindível para a investigação.

Nessa perspectiva, este Juízo, a pedido do MPF, já decretou

inclusive a quebra do sigilo bancário sobre diversas dessas contas, conforme, v.g., decisão de 09/03/2015 (evento 9 do processo 5009225-34.2015.4.04.7000) relativamente a contas no exterior das quais teriam partido depósitos para contas no exterior controladas por Alberto Youssef.

Assim, por exemplo, já naquela decisão autorizei a quebra do sigilo bancário sobre algumas das contas ora relacionadas pelo Ministério Público Federal, como a conta em nome da off-shore Klienfeld Services Ltd. por depósitos em favor da conta Quinnus Services S/A no HSBC Private Bank na Suíça, esta controlada por Paulo Roberto Costa, a conta em nome da off-shore Constructora Internacional Del Sur S/A, por depósitos em favor da conta Quinnus Services S/A no HSBC Private Bank na Suíça, esta controlada por Paulo Roberto Costa, e a conta em nome da off-shore Innovation Research Engineering Development Ltd., por depósitos em favor da conta Sygnus Assets S/A no PKB Privatbank da Suíça, esta controlada por Paulo Roberto Costa.

Entretanto, o caso em questão não envolve quebras autorizadas pela Justiça brasileira, mas quebras efetuadas pelas próprias autoridades suíças, em suas investigações próprias, tendo elas encaminhado os documentos à Justiça brasileira sem qualquer restrição para utilização nos processos daqui.

A respeito da falta de qualquer restrição imposta para utilização dos documentos, não há qualquer vedação afirmada na documentação enviada pelas autoridades suíças e, por outro lado, houve expressa consulta nesse sentido ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI junto ao Ministério da Justiça, que é a Autoridade Central responsável no Brasil pela implementação do tratado. Conforme consta no documento do evento 1, anexo16:

‘... informamos que, conforme entendimento firmado pela Autoridade Central suíça, quando se tratar de pedido passivo advindo daquele país - ou seja, o Brasil, enquanto sujeito passivo da cooperação -, as autoridades suíças não impõem restrição ou proibição quanto à utilização das informações pelo Estado requerido; não sendo necessária, portanto, au-

torização prévia daquelas autoridades.’

As quebras de sigilo bancário foram realizadas segundo a lei suíça, do local dos fatos, seguindo o princípio que rege a matéria, ‘locus regit actum’.

Desnecessária, portanto, nova quebra judicial no Brasil.

De todo modo, embora a quebra de sigilo bancário na Suíça tenha sido efetuada, como é próprio, com base na lei daquele país e motivada por investigações próprias, é o caso de salientar que a quebra também é compatível com a legislação brasileira, havendo amplas justificativas para a quebra de sigilo bancário de contas a partir das quais partiram direta ou indiretamente créditos para contas em nome de off-shores controladas por Paulo Roberto Costa, Pedro Barusco, Renato Duque, Nestor Cerveró e Jorge Luiz Zelada.

Também se justificariam quebras de sigilo bancário sobre contas controladas pelo Grupo Odebrecht suspeitas de terem alimentado direta ou indiretamente as contas off-shores controladas pelos referidos dirigentes da Petrobrás.

[...]”

183. Na decisão, após fazer relato sintético acerca do fluxo financeiro entre as contas secretas do Grupo Odebrecht e as contas em nome dos agentes da Petrobrás, conclui:

“Assim, pelo relato das autoridades suíças e documentos apresentados, há prova, em cognição sumária, de fluxo financeiro milionário, em dezenas de transações, entre contas controladas pela Odebrecht ou alimentadas pela Odebrecht e contas secretas mantidas no exterior por dirigentes da Petrobras.

3. Como as quebras de sigilo bancário já foram decretadas pelas autoridades suíças e apenas compartilhada a prova com as autoridades brasileiras, é de se questionar a necessidade de decisão da Justiça brasileira renovando a quebra ou autorizando a utilização do material.

Entretanto, a fim de evitar questionamentos desnecessários e considerando que os elementos probatórios anteriores à própria vinda dos documentos autorizariam as quebras de sigilo também em conformidade à legislação brasileira, assim como os elementos ora trazidos, defiro o requerido para o fim de levantar o sigilo bancário, também no Brasil,

sobre os referidos documentos e autorizar a utilização pelo MPF de toda documentação recebida da Suíça relativamente às contas no exterior acima referidas em processos em trâmite perante este Juízo.

A autorização abrange toda a documentação, inclusive a relativa às contas em nome das off-shores acima referidas, Smith & Nash Enginnering Company, Arcadex Corporation, Havinsur S/A, Golac Project and Construction Corporation, Rodira Holdings Ltd., Sherkson International, Constructora International Del Sur, Klienfeld Services e Innovation Research, e todas as transações pertinentes.”

184. Questiona, parte das Defesa, esta decisão.

185. Como ali consignado as quebras foram decretadas pelas próprias autoridades suíças e a documentação pertinente enviada ao Brasil. Não cabe ao Juízo brasileiro examinar a validade das decisões das autoridades estrangeiras, sujeitas à lei própria.

186. Quanto à competência deste Juízo para autorizar a utilização das provas, é ela óbvia já que se trata do Juízo competente sobre a presente ação penal, no qual as provas foram utilizadas, e perante o qual corriam as investigações preliminares acerca dos crimes praticados pelos agentes da Petrobrás e agentes da Odebrecht (inquéritos 5049557-14.2013.404.7000 e 5071379-25.2014.404.7000 e processos conexos, especialmente o processo de busca e apreensão 5024251-72.2015.4.04.7000),

187. Reclama parte das Defesas que o pedido de cooperação vindo da Suíça deveria ter sido encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça, para a concessão do exequatur, e não ao MPF ou a este Juízo.

188. Ocorre, ainda que assim fosse, a parte relevante, para a presente ação penal, da referida decisão de 23/07/2015, consiste na autorização para utilização dos documentos para os processos aqui em trâmite, o que é inequivocadamente da competência deste Juízo.

189. Então o questionamento das Defesas, se acolhido, apenas afetaria o processamento do pedido de cooperação para prestação de informações e colheita de depoimentos, mas não a autorização para utilização dos documentos.

190. De todo modo, o pedido de cooperação das autoridades suíças veio ao Brasil na forma de auxílio direto baseado em tratado bilateral.

191. Tendo vindo na forma de auxílio direto, a competência é da Justiça Federal de primeira instância.

192. O auxílio direto não se confunde com a rogatória ou o pedido de homologação de sentença estrangeira, estes dois sujeitos à competência do Superior Tribunal de Justiça.

193. No auxílio direto, usualmente fundado em tratado bilateral ou multilateral de cooperação, como é o caso, a autoridade do País Requerido assume o compromisso de promover, perante o Judiciário local, o requerimento da autoridade do País Requerente.

194. Assim, é o Ministério Público Federal quem figura como autoridade requerente perante este Juízo das diligências ora examinadas e não propriamente a Confederação Suíça.

195. Não se trata, portanto, aqui de conceder exequatur a alguma decisão de autoridade judicial estrangeira para que ela opere no Brasil.

196. Requerimentos de diligências formulados através de auxílio direto, com a promoção deles por autoridade local, podem ser apresentadas diretamente ao Judiciário Federal de primeira instância.

197. A esse respeito, destaco precedentes específicos do Superior Tribunal de Justiça, tendo por desnecessária a submissão aquela Corte de pedidos como o ora em questão (CR 9502, decisão de 25/09/2014, Min. Francisco Falcão; 4.841, decisão de 31/08/2010, Min. Cesar Asfor Rocha).

198. Vale ainda destacar o conhecido acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Reclamação nº 2645/SP no qual foi efetuada a necessária distinção entre o auxílio direto e a rogatória, competindo ao Superior Tribunal de Justiça a competência para conceder o exequatur somente a última (Reclamação n.º 2.645/SP, Relator Min. Teori Zavascki, Corte Especial do STJ - por maioria, 18/11/2009)

199. Por outro lado, pretendendo o MPF, para atender o pedido de auxílio direto, o compartilhamento de provas que

instruem processos que tramitam perante a presente Vara, é evidente a competência deste Juízo para decidir a esse respeito.

200. Assim, o questionamento de parte das Defesas acerca da competência deste Juízo para autorizar a utilização das provas documentais vindas das Suíça não é procedente.

201. Supervenientemente, veio notícia de que a decisão das autoridades suíças de encaminhar, junto com o pedido de cooperação enviado ao Brasil, os documentos bancários foi questionado na própria Suíça perante o Tribunal Penal Federal daquele país.

202. O recurso foi apresentado pela off-shore Havinsur S/A, ou seja, pelo Grupo Odebrecht, já que é a Construtora Norberto Odebrecht a beneficiária controladora da referida conta.

203. Não por acaso, a Defesa de Márcio Faria da Silva, ou seja, de um dos principais executivos da Odebrecht, peticionou no evento 1.317, informando que o r. Tribunal Penal Federal da Suíça teria reconhecido a ilegalidade na remessa de tais documentos ao Brasil. Assim, e “embora o defendente não tenha relação alguma com tais documentos e operações neles retratadas”, a prova deveria ser excluída da ação penal porque ilícita. Requereu na ocasião a exclusão de tais provas.

204. Após a oitiva do MPF (evento 1.35), indeferi o requerido pela decisão de 10/02/2016 (evento 1.353). Retomo os argumentos ali expendidos.

205. A questão é objetiva, há ou não decisão da r. Corte Suíça obstaculizando a utilização dos documentos?

206. A resposta é negativa.

207. Examinando a referida decisão da Corte Suíça, constata-se inicialmente que trata-se de recurso interposto pela off-shore Havinsur S/A, uma das off-shores que foram utilizadas, conforme detalhamento do tópico II.6, retro, pelo Grupo Odebrecht para efetuar o pagamento de propina.

208. Observa-se, inicialmente, que a cópia da decisão do Tribunal Suíço apresentada a este Juízo diz respeito exclusivamente à Havinsur, não abrangendo a documentação relativa às diversas outras contas supostamente controladas

pela Odebrecht e que teriam sido também utilizadas para realizar transferências de propinas aos executivos da Petrobras, como as off-shores Smith & Nash Engineering Company, Arcadex Corporation, Golac Project, Rodira Holdings, Sherkson Internacional, Constructora Internacional Del Sur, Klienfeld Services e Innovation Research, com os diversos documentos e transferências descritas na denúncia.

209. Certamente, é possível que a argumentação utilizada na decisão da r. Corte Suíça quanto à Havinsur seja estendida às demais, mas, pelo menos, não foi apresentada qualquer decisão a esse respeito a este Juízo.

210. Mas cumpre examinar com cuidado a própria decisão da r. Corte Suíça relativa à Havinsur (evento 1.317, out2).

211. Transcrevo trechos:

“No pedido de cooperação em questão, o Apelado [escritório do Ministério Público Suíço] afirma que autoridades criminais brasileiras estão conduzindo numerosas investigações em conexão com o escândalo de corrupção da Petrobrás [...]. Resultados de prévias investigações do Apelado alegadamente demonstraram que a Construtora Norberto Odebrecht S/A mantém numerosas contas bancárias em nome de empresas sediadas na Suíça, através das quais diretamente ou por intermédio de outras empresas, teriam sido realizados pagamentos significativos a ex-Diretores da Petrobrás. A esse respeito, há suspeitas de que esses pagamentos são propinas (ato 12.1. p. 2f). Um deles foi efetuado numa conta de n.º 1.1.54894 no nome do Apelante [Havinsur] no PKB - Privatbank. De acordo com o formulário A o beneficiário econômico dessa conta é alegadamente a Construtora Norberto Odebrecht. Em 26/03/2010, foram alegadamente transferidos USD 565.037,35 dessa conta para uma conta que pode ser atribuída a um certo Duque (também um ex-Diretor da Petrobrás) (ato 12.1., p. 6, fl). Os fundos pagos pelo Apelante [Havinsur] foram previamente tornados disponíveis por empresas do Grupo Odebrecht. [...]”

“Nesse caso, torna-se claro com base nos arquivos que as investigações criminais conduzidas no Brasil e na Suíça estão extremamente interligadas [...]. De acordo com isso, a

Construtora Norberto Odebrecht e seus representantes são acusados pelo Judiciário brasileira de terem obtido grandes projetos por suborno. Como espelho desses fatos, surgiu forte suspeita na Suíça, com base nos documentos bancários obtidos, de que a Construtora Norberto Odebrecht criou diversas empresas para, através delas, encaminhar propinas a membros da Direção da Petrobrás através dessas empresas ou através de estruturas bancárias criadas na Suíça para essas empresas.”

212. Apesar da aparente identificação de condutas criminais envolvendo a conta, entendeu a r. Corte que a documentação não poderia ser encaminhada via pedido de cooperação ativo (da Suíça) ao Brasil, pois deveria seguir o procedimento do pedido de cooperação ativo do Brasil à Suíça. Em especial, como diferença procedimental relevante, antes da remessa da documentação ao Brasil, deveria o Ministério Público Suíço ter oportunizado a manifestação da Havinsur no procedimento.

213. Por consequência do erro de procedimento, a r. Corte Suíça estabeleceu que o Apelado (o Ministério Público Suíço) deveria “iniciar retroativamente o procedimento correto de cooperação mútua”.

214. Isso significa que, na Suíça, caberá ao Ministério Público Suíço corrigir o erro procedimental, abrindo vista à Havinsur para se manifestar e, após, decidir pela ratificação ou não do envio dos documentos ao Brasil.

215. A Havinsur também efetuou pedido expresso para:
“- que os documentos bancários já transmitidos e concernentes à conta bancária nº 1.1.54894 titularizada pela Havinsur SA no PKB Privatbank S/A não possam ser utilizados de qualquer maneira;
- que os documentos sejam devolvidos de imediato.”

216. A r. Corte Suíça expressamente denegou esses dois requerimentos.

217. Consignou, expressamente, que o País Requerido, no caso o Brasil, não “pode ser responsabilizado por medidas falhas de órgãos públicos suíços” e que a falha procedimental seria suprível, o que não justificaria a proibição da utilização dos documentos ou a determinação de sua devolução.

A expressão utilizada é a de que solicitação de devolução das provas ou que a proibição de sua utilização “mostrar-se-ia supérflua” (“turns out to be superfluous”). Transcrevo: “6.1 Já que o presente apelo resultou parcialmente válido e a disponibilização de documentos bancários, que se referem ao Apelante, aos órgãos judiciais penais brasileiros resultou ilegal, impõe-se a questão, em seguida, quais as consequências de tal constatação.

6.2 Com respeito às consequências jurídicas de uma transmissão espontânea ilegal, o Tribunal Federal precisou, inicialmente, em BGE 125 II 238, que uma transmissão espontânea de provas e informações, executada de forma ilegal, não seria passível de contestação direta (BGE 125 II 238 E. 5d, pág. 247, confirmada em BGE 129 544 E. 3.6). Quaisquer violações do art.67a IRSG podem vir a ser eventualmente contestadas por apelo contra o despacho final, desde que o Estado rogante dirija pedido formal judicial à Suíça, após a transmissão.

Caso venha a ser constatada a violação do art.67a IRSG, no âmbito do apelo, tal fato poderá levar à exigência de uma recuperação das provas ou das informações transmitidas ou de sua desconsideração judicial pelo Estado informado (BGE 125 II 238 E. 6a). De todo modo, não existe obrigação fundamental, por parte do Estado rogante, de cooperar neste sentido, dado que o mesmo não pode ser responsabilizado por medidas falhas de órgãos públicos suíços (Zimmermann, vide supra, N.415, pág.424). Tal medida (a exigência da devolução das provas ou das informações prestadas ou de sua desconsideração judicial) mostrar-se-ia supérflua, se os requisitos para a concessão do auxílio judicial vierem a ser preenchidos ou se o seu preenchimento esteja pendente (BGE 129 II 544 E. 3.6; 125 II 238 E. 6a pág.248; sentença do Tribunal Federal 1A.333/2005 de 20 de fevereiro de 2006, E.4.2; cp. no contexto amplo a sentença do Tribunal Federal Penal RR.2012.311 de 11 de julho de 2013, E.5.3.3.).

6.3 Em comparação com tal caso, os órgãos judiciais brasileiros dificilmente irão requerer a devolução expressa de provas já recebidas, de modo que não há expectativa de envio de um pedido formal dirigido à Suíça, neste contexto.

Por analogia a tais conjecturas, deve-se verificar retroativamente, quanto à questão da transmissão espontânea de provas, executada de forma ilegal, se os requisitos materiais para o auxílio judicial internacional, já concedido, estariam realmente preenchidos. Em caso positivo, a transmissão maculada de provas estaria restaurada. Caso o resultado do exame seja negativo, a Secretaria Federal de Justiça (“BJ”) deverá tomar as medidas necessárias perante os órgãos judiciais brasileiros. Assim, o Apelado deve iniciar retroativamente o procedimento correto de cooperação mútua concernente à disponibilização de dados bancários que afetou o Apelante com o fim de verificar se estão presentes os requisitos materiais de uma transmissão de provas (no caso já ocorrida) e de garantir ao Apelante, ao menos a posteriori, a proteção jurídica prevista neste contexto, o Apelado deverá iniciar novo processo rogatório relativo à transmissão dos documentos bancários do Apelante.”

218. E, como conclusão:

“7. Face ao exposto, o apelo se apresenta como parcialmente justificado. Deve ser deferido, na medida em que a transmissão dos documentos bancários do Apelante às autoridades brasileiras foi ilegal [o tradutor contratado pela Odebrecht utilizou o termo “ilícita”, o que não corresponde ao termo correto empregado no original, “illegal”]. O Apelado obriga-se, por sua vez, a abrir novo processo rogatório, ao longo do qual será analisado o cumprimento dos requisitos materiais para a concessão do auxílio jurídico requerido. Quanto ao resto, o apelo deve ser indeferido.”

219. Então, pelos termos expressos da decisão da r. Corte Suíça, foram apenas reconhecidos erros procedimentais na transmissão dos documentos atribuíveis às autoridades suíças (“executada de forma ilegal”).

220. Não foi reconhecida qualquer ilicitude na quebra de sigilo bancário na Suíça ou na avaliação da presença de relevante conduta criminal apta a justificar a quebra e a cooperação.

221. Como consequência do erro procedimental, foi ordenado ao Ministério Público Suíço que refizesse o procedimento.

222. Como o erro procedimental é suprível e sanável, a r. Corte denegou expressamente o pedido da Havinsur de que fosse proibida a utilização da prova ou que fosse solicitada a devolução imediata dos documentos.
223. Pelo contrário, consignou que, como os erros procedimentais eram sanáveis, medida da espécie seria “superflua” (“turns out to be superfluous”).
224. Em pese a irrisignação das Defesas dos executivos da Odebrecht, não cabe extrair da decisão da r. Corte Suíça mais do que ela contém.
225. A cooperação jurídica internacional, em tempo de globalização do crime, deve ser ampla.
226. As exigências e decisões de cada País devem ser respeitadas.
227. No caso presente, apesar do reconhecimento do erro procedimental suprível por parte do Ministério Público Suíço, a r. Corte Suíça não proibiu as autoridades brasileiras de utilizar os documentos, nem solicitou a sua devolução. Pelo contrário, denegou expressamente pedido nesse sentido da Havinsur/Odebrecht.
228. O erro procedimental deve ser corrigido na Suíça, sem qualquer relação com os procedimentos no Brasil.
229. O erro procedimental não é suficiente para determinar a ilicitude da prova, já que suprível.
230. Não se trata aqui de prova ilícita, ou seja produzida em violação de direitos fundamentais do investigado ou do acusado, como uma confissão extraída por coação, uma busca e apreensão sem mandado ou uma quebra de sigilo bancário destituída de justa causa.
231. Há apenas um erro de procedimento, na forma da lei Suíça e suprível também nos termos da lei Suíça e da decisão da r. Corte Suíça.
232. Na terminologia equivalente na doutrina jurídica brasileira, há uma mera irregularidade procedimental. Se o erro de forma fosse no Brasil, seria igualmente suprível, aplicando-se o regime dos artigos 563 e seguintes do CPP, com a possibilidade de repetição do ato ou saneamento da irregularidade.
233. Afinal, diante da prova de que conta da Havinsur S/A

é controlada pelo Grupo Odebrecht e que através da referida conta, como demonstrado no tópico II.6, retro, foi transferido vultoso valor monetário à conta controlada por Renato de Souza Duque, é evidente que há e havia, mesmo pelos padrões legais rigorosos da Suíça, causa fundada para a quebra de sigilo bancário e para justificar a cooperação com o Brasil.

234. Não faz, por outro lado, sentido aguardar que a irregularidade procedimental seja sanada na Suíça se, pela decisão da r. Corte daquele país, isso aparenta ser certo e se não foi imposta por ela tal condição para que as autoridades brasileiras continuassem a utilizar os documentos. Havendo ainda, no processo local, acusados presos, menos ainda sentido faz aguardar mais tempo.

235. No fundo, a Odebrecht, seus executivos e seus advogados, ao mesmo tempo em que deixam de explicar nos autos ou em suas inúmeras manifestações na imprensa os documentos alusivos às contas secretas, buscam apenas ganhar mais tempo, no que foram bem sucedidos considerando a decisão da r. Corte Suíça, mas isso somente em relação aos procedimentos na Suíça, que terão que ser corrigidos, sem qualquer, porém, afetação ou reflexo, como também decidiu expressamente aquela r. Corte Suíça, da possibilidade de utilização dos documentos nos processos no Brasil.

236. Para espantar qualquer dúvida, as autoridades suíças ainda encaminharam o ofício do evento 1.374, deixando claro que não há qualquer decisão do Tribunal Penal Federal da Suíça proibindo a utilização das provas documentais relativas às contas no Brasil (“É útil salientar enfim que o TPF [Tribunal Penal Federal] recusou-se no julgado a exigir a restituição dos documentos transmitidos ao Brasil em anexo ao pedido de cooperação suíço e mesmo que ele recusou-se também a impor medidas de limitação para seu emprego”).

237. Portanto, considerando os próprios termos expressos da r. Corte Suíça, reconhecendo erro procedimental sanável e denegando a moção de proibição de utilização da prova no Brasil ou de solicitação de retorno dos documentos, conforme ainda explicitado no referido ofício do even-

to 1.374, não tem cabimento o pedido de exclusão dessas provas²⁸.

Por fim, importante salientar que na última semana, ao apreciar a Reclamação nº 27.594-DF²⁹, o Superior Tribunal de Justiça seguiu a jurisprudência firmada quando do julgamento da Reclamação nº 2.645³⁰. Na decisão, o Exmo. Ministro Francisco Falcão, presidente do STJ, salientou que o acordo de cooperação, praticado pelo Ministério Público Federal no exercício de função administrativa, consistia na instauração de procedimento investigatório e “Nesse contexto, à míngua de decisão proferida pela Justiça daquele Estado, mas, como se disse, cuida-se de atos investigatórios, é de todo incabível a submissão do feito ao juízo deliberatório pelo Superior Tribunal de Justiça”. Por fim salientou que:

Por outro lado, incumbe salientar que as medidas requeridas diretamente pelo Ministério Público estrangeiro (suíço) ao Ministério Público nacional (brasileiro), consistentes na produção de provas testemunhal e documental, consubstanciam medidas clássicas de cooperação jurídica direta, que podem e devem ser solicitadas por esta via, não podendo ser solicitadas por via de carta rogatória, por não envolverem decisões judiciais³¹.

5. CONCLUSÃO

Os instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal não são fins em si mesmos, mas mecanismos que visam assegurar uma comunicação eficiente e célere entre os Estados.

Os instrumentos aqui estudados não são os únicos existentes, podendo a cooperação direta dispor de diversos veículos de prestação cooperacional entre Estados, a depender do tratado ou da prática costumeira internacional. Por isso, não é inconstitucional a veiculação de pedido de assistência jurídica penal direta.

²⁸ JURISDIÇÃO. Tribunal. Nome da peça. *N. da peça*. Turma. Relator. Cidade, data do julgamento.

²⁹ JURISDIÇÃO. Tribunal. Reclamação *Rcl 27.594/DF*. Turma. Relator. Cidade, data do julgamento.

³⁰ JURISDIÇÃO. Tribunal. Reclamação. *Rcl 2.645*. Turma. Relator. Cidade, data do julgamento.

³¹ JURISDIÇÃO. Tribunal. Nome da peça. *N. da peça*. Turma. Relator. Cidade, data do julgamento.

O ato de cumprir diligências requeridas por outro Estado é prática que observa a Constituição da República Federativa do Brasil ao observar os princípios da reciprocidade e da solidariedade internacional, além de cumprir compromissos assumidos pelo Brasil de assistência jurídica internacional em matéria penal, preservando o princípio da confiança.

Os tratados de assistência jurídica internacional em matéria penal, ao instituírem novos veículos de auxílio, apenas aprofundam a cooperação, criando instrumentos que viabilizam o acesso à justiça penal e zelam pela igualdade na aplicação da lei penal em um mundo globalizado. Impera na cooperação direta o princípio *pro solitudine* que conduz a uma interpretação finalística do pedido de cooperação para que seja o pedido atendido de forma rápida e eficaz.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Direito probatório e cooperação jurídica internacional. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JUSPodivm, 2015. p. 279-287.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689/41*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. *Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. **Acesso em:**

BRASIL. Ministério da Justiça. *Cooperação jurídica nacional em matéria penal*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protacao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>>. **Acesso em:**

BRASIL. Ministério da Justiça. *Transferência de pessoas condenadas*. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/estrangeiros/medidas-compulsorias/transferencia-de-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. *AgRg 3.162*. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, **data do julgamento**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação. *Rcl 2645/SP*. Corte especial. Relator

(a): Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 18 de novembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. *Ext. 1.082*. Tribunal Pleno. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de junho de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. *Ext. 955/DF*. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília, 17 de dezembro de 2004.

DIPP, Gilson Langaro. Carta Rogatória e cooperação internacional. *Revista CEJ*, Brasília, ano 11, n. 38, p. inicial – final, jul. /set. 2007.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Carta Rogatória nº 10.920/PT. Relator: Min. Maurício Corrêa. Cidade, 29 de setembro de 2003.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Reclamação Rcl 27.594/DF. Turma. Relator. Cidade, data do julgamento.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Reclamação. Rcl 2.645. Turma. Relator. Cidade, data do julgamento.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Recurso Especial. REsp nº 154830/RJ. Relator: Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Cidade, data do julgamento.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A assistência direta e a persecução penal transnacional pelo Ministério Público Brasileiro*. 2009. f. Tese (Doutorado) – Programa de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2009.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal. ACR 2006.70.00.020042-0. Oitava Turma. Relator: Des. Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 14 de junho de 2007



A INVESTIGAÇÃO E O PROCESSAMENTO DO CRIME MILITAR DE HOMICÍDIO DOLOSO PRATICADO POR MILITAR ESTADUAL EM SERVIÇO CONTRA A VIDA DE CIVIS EM TEMPOS DE PAZ

James Frade Araújo¹

SUMÁRIO: 1. Considerações e Delimitações Gerais. 2. Da Análise da Lei nº 9.299/96 e EC nº 45/2004: Da Permanência da Natureza de Crime Militar no Crime de Homicídio e a Competência da Polícia Judiciária Militar. 3. Da Investigação e Processamento do Crime Militar de Homicídio Doloso Contra a Vida de Civis em Âmbito dos Estados da Investigação e Processamento do Crime Militar de Homicídio Doloso Contra a Vida de Civis em Âmbito dos Estados 4. Reflexões que auxiliam na Compreensão do Tema. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO

O presente trabalho traz como tema de pesquisa a investigação e o processamento do crime militar de homicídio doloso praticado por militar estadual em serviço contra a vida de civis em tempos de paz. Inicialmente, haverá considerações e delimitações sobre o tema, a fim de tornar mais didática a compreensão do foco do trabalho. Além disso, haverá uma análise sobre a permanência da natureza de crime militar no crime de homicídio na fase administrativa-inquisitiva e a manutenção da competência da Polícia Judiciária Militar. Bem como, será debatido sobre a investigação e processamento do crime militar doloso contra a vida de civil no âmbito dos estados. E por derradeiro, haverá uma reflexão sobre algumas questões que auxiliam na compreensão do tema. Esse artigo objetiva discutir sobre a competência de investigação da Polícia Judiciária Militar, através dos inquéritos policiais militares, em apurar os crimes militares dolosos contra a vida de civis e o seu encaminhamento à Justiça Militar como primeiro exame do Judiciário, antes da remessa ao Tribunal do Júri, levando-se em conta as alterações trazidas pela Lei nº 9.299/96 e pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

¹ Formado no Instituto Superior de Ciências Policiais de Brasília em 2007. Oficial combatente com carta-patente no posto de Capitão da Polícia Militar do Distrito Federal. Graduado no UniCeub em 2015. Pós-Graduando em Direito Penal e Controle Social pelo UniCeub em 2016.

Palavras-chave: Tribunal do júri. Crime contra a vida. Crime militar. Homicídio doloso. Inquérito policial militar. Justiça militar.

ABSTRACT

This present work the theme of research investigating the military crime of murder committed by state military service to civilian life in peacetime. Initially, there will be considerations and delimitations on the subject, in order to make more didactic understanding the focus of the work. In addition, there will be an analysis of the continuing nature of military crime in the crime of murder in the administrative-questioning phase and the maintenance of the competence of the Military Judicial Police. And it will be discussed on the investigation and prosecution of military felony against the civilian life within the states. And last, there will be a reflection on some issues that help in understanding the subject. This article aims to discuss about the competence of the Judicial Military Police investigation by the military police investigations in determining the intentional military crimes against the lives of civilians and their submission to the Military Justice as the first examination of the judiciary, before shipment to the Court of jury, taking into against the changes introduced by Law No. 9,299 / 96 and by Constitutional Amendment No. 45/2004.

Keywords: Jury court. Crime against life. Crime military. Intentional homicide. Military police investigation. Military justice.

1. CONSIDERAÇÕES E DELIMITAÇÕES GERAIS

Em linhas gerais, o Tribunal do Júri no Brasil tem por competência julgar os crimes dolosos contra a vida, em regra, conforme previsão constitucional, no art. 5º, inciso XXXVIII, da Lei Maior². Esse tribunal tem como princípios norteadores a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos vereditos e a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Em âmbito infraconstitucional, o Código Penal comum brasileiro³ disciplina os crimes contra a vida na Parte Especial no Título I (*Dos crimes contra a pessoa*), em especial no Capítulo I (*Crimes contra a vida*), entre os artigos 121 e

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

³ BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

128, a saber: homicídio; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio; e aborto. Já o Código de Processo Penal⁴ estabelece o rito processual a ser seguido em relação aos delitos de competência de julgamento pelo Tribunal do Júri, consoante aos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal.

Na legislação castrense, o Código Penal Militar⁵ se subdivide na Parte Especial, que dispõe sobre os tipos penais, em Livro I (*Crimes em tempos de paz*) e Livro II (*Crimes em tempos de guerra*). Na parte Especial do Livro I deste código, o Título IV que trata *Dos Crimes contra a pessoa* traz o capítulo I (*Do homicídio*) e Capítulo II (*Do genocídio*) o qual catalogam entre os artigos 205 a 208 os crimes com o objeto vida: homicídio, homicídio culposo, provocação direta ou auxílio a suicídio e o genocídio. No Livro II (*Dos crimes em tempos de guerra*) deste código existe também a previsão no Título III (*Dos crimes contra a pessoa*) em seus Capítulos I e II, dos delitos de homicídio e genocídio, respectivamente, porém sob a condição de guerra, não sendo o objeto em específico deste estudo a apuração dos crimes contra a vida em situação de beligerância, pois somente trataremos da fase apuratória em tempos de paz.

Ressalta-se que o Código Penal Militar não prevê o delito de infanticídio e nem o tipo penal de aborto, pois o legislador não visualizou que estes delitos fossem lesivos diretamente aos interesses militares.

Um esclarecimento importante deve ser feito em relação ao delito de genocídio, pois apesar de similitudes em razão da previsão no código penal militar e disciplinado igualmente na legislação extravagante penal comum, há sensíveis peculiaridades na legislação militar. O bem tutelado no crime comum ou militar de genocídio não é a vida individualmente considerada, mas sim a proteção coletiva de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso no todo ou em parte, contra uma possível intenção de destruição deste grupo, através do crime de homicídio; lesão à integridade física ou mental; submissão intencional a um estado de existência capaz de provocar a destruição dos membros de um grupo, adoção de práticas que inviabilizem nascimentos de um grupo; ou transferir forçosa-

⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

⁵ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

mente crianças de um grupo⁶. É um crime coletivo, transindividual⁷ e que atenta contra os ideais humanitários dos povos e grupo de pessoas em suas diferenças e direitos como o de serem reconhecidas o seu direito a existência e com a devida dignidade da pessoa humana⁸. Em relação ao delito de genocídio capitulado no artigo 208 do Código Penal Militar, deve-se ainda considerar a complexidade do bem jurídico tutelado militar *sui generis* e agregar à interpretação também os bens tutelados próprios do Direito Militar: hierarquia e disciplina, a integridade das instituições militares quanto a sua regularidade e preservação da autoridade⁹. E no tocante aos delitos de genocídio, em tempos de guerra, previstos nos artigos 401 e 402 do Código Penal Militar, há de se considerar além dos bens tutelados acima expostos, a condição de beligerância e a ocorrência do delito em zona militarmente ocupada.

Sendo assim, o *crime contra a pessoa* de provocação direta ou auxílio a suicídio não será objeto deste estudo por não ser tão frequente na rotina castrense. Delimitaremos o estudo deste trabalho ao crime militar doloso contra a vida (ou contra a pessoa, de acordo com o Código Penal Militar) de homicídio de civis praticado por militar estadual em tempos de paz. Bem como analisaremos a competência para apurar este delito e encaminhar esta investigação ao Ministério Público para a devida propositura da ação penal ou não (em virtude das excludentes de ilicitudes), principalmente por parte das forças militares estaduais, em razão de sua recorrência no dia-a-dia das auditorias militares e tribunais, conforme veremos a seguir.

O crime de homicídio tem por objeto jurídico a proteção da vida do ser humano e recebe o tratamento de crime hediondo quando praticado em atividade típica de grupos de extermínio e o homicídio qualificado, por força do Artigo

⁶ BRASIL. *Lei nº 2.889 de 1º de outubro de 1956*. Lei que define e pune o crime de genocídio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2889.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

⁷ JORDACE, Thiago Helver Domingues Silva. *O genocídio: alguns aspectos dogmáticos*. 2012. f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

⁸ MAURACH, ano apud FRAGOSO, Heleno. Genocídio. *Título da revista, local, volume, número, p. inicial - final, mês ano*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/helena_artigos/arquivo59.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2016. p. 06.

⁹ RAMOS, Paulo Pereira. Bem jurídico penal militar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 11, n. 57, set. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5162>. Acesso em: 17 abr. 2016.

1º, inciso I, da Lei dos Crimes Hediondos¹⁰ e do artigo 5º, inciso XLIII da nossa Lei Maior, Constituição Federal. Ressalta-se que o crime de homicídio sempre esteve presente em todas as legislações brasileiras em matéria penal militar, desde os Artigos de Guerra de Conde Lippe que puniam o soldado por homicídio a condenação ao carrinho perpétuo¹¹ ou morte, passando pelo nosso primogênito Código Penal Militar de 1891 (artigo 150), em seguida pelo Código Penal Militar de 1944 (artigo 181) e atualmente pelo atual Código Penal Militar em seu artigo 205¹².

2. DA ANÁLISE DA LEI Nº 9.299/96 E EC Nº 45/2004: DA PERMANÊNCIA DA NATUREZA DE CRIME MILITAR NO CRIME DE HOMICÍDIO E A COMPETÊNCIA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Antes da promulgação da Lei nº 9.299/96, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos pelos militares estaduais contra civil eram de competência da Justiça Militar estadual. A lei 9.299/96 realizou três mudanças em matéria de direito penal militar e processual penal militar.

A primeira alteração foi no art. 9º, parágrafo único¹³, do Código Penal Militar em que deslocou a competência do julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis para a competência da justiça comum.

A segunda mudança foi no art. 82 do Código de Processo Penal Militar¹⁴

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

¹¹ Carrinho perpétuo: Colocavam-se argolas de ferro nas pernas dos condenados.

¹² ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 161-162.

¹³ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

Art. 9º - Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011).

¹⁴ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz: (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996)

em que declarou que o foro militar é especial, exceto em relação aos crimes dolosos contra a vida de civis.

A terceira modificação se deu no art. 82, do Código de Processo Penal Militar, acrescentado o §2º¹⁵ e dispondo que a Justiça Militar, nos crimes dolosos contra a vida de civis, encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum. Consta-se assim que a Lei 9.99/96 não revogou ou excluiu o crime militar de homicídio referente ao artigo 205 do Código Penal Militar, realizando apenas um deslocamento de competência.

Durante o período de promulgação da Lei nº 9.299/96, discutiu-se bastante quanto à inconstitucionalidade desta lei, em virtude de alterar a competência das justiças militares prevista nos artigos 124 e 125 da Constituição Federal, através de norma infraconstitucional. Porém o entendimento dos Tribunais Superiores, exceto o Superior Tribunal Militar, foi de que a dita lei era constitucional. É sabido que houve uma forte manipulação da opinião pública e midiática durante os debates legislativos que levaram a publicação da lei nº 9.299/96, principalmente em consequência da repercussão de casos como: mortes na rebelião do presídio Carandiru, homicídios na Candelária, Vigário Geral, Favela Naval, Eldorado dos Carajás.

Vale ressaltar que o foro por prerrogativa de função constitucionalmente previsto não é ofendido com a existência da competência do Júri. Não era incompatível o julgamento dos militares perante a própria justiça especializada militar como ocorria anteriormente a existência da Lei nº 9.299/96 e por previsão legal da Constituição, pois existem várias hipóteses na Constituição em que o foro especial por prerrogativa de função prevalece sobre o Tribunal do Júri, por exemplo: a) Foro Especial por Prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal referente aos deputados e senadores, Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República, Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União,

¹⁵ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.002, de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: §2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996).

os chefes de missão diplomática de caráter permanente, conforme o artigo 53, §1º a §3º e art. 102, inciso I, alínea b, todos da Constituição Federal; b) Hipótese dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Desembargadores, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho serem julgados no Superior Tribunal de Justiça, consoante artigo 105, inciso I, alínea “a”, da Lei Maior; c) Membros do Ministério Público da União, juízes federais, juízes militares e juízes da Justiça do Trabalho serem julgados no Tribunal Regional Federal, nos termos do artigo 108, inciso I, alínea a da Carta Magna; d) Membros do Ministério Público e juízes estaduais serem julgados pelo Tribunal de Justiça, conforme artigo 96, inciso III, da Constituição Federal¹⁶.

Após a Edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, se consolidou o entendimento quanto à constitucionalidade da lei nº 9.299/96, pois essa Emenda alterou o texto do artigo 125, § 4 e §5º da Lei Maior que trata da competência da Justiça Militar. Essa modificação no texto constitucional também deslocou a competência dos crimes dolosos contra a vida de civis, no entanto, não foi retirada a natureza de crime militar, nem tampouco se retirou a competência das autoridades com Poder de Polícia Judiciária Militar de apurarem por meio de Inquérito Policial Militar esses crimes militares de homicídio.

O crime de homicídio doloso praticado por militar contra a vida de civil, mesmo com a edição da Lei nº 9.299/96 e da Emenda Constitucional nº 45/2004, permanece de natureza militar, constituindo-se em crime militar impróprio, ou seja, mesmo que haja igual definição na lei penal comum, ainda o crime de homicídio se mantém também capitulado em lei especial no artigo 205 (homicídio simples, privilegiado e qualificado) e artigo 9º, inciso II, e suas alíneas, ambos do Código Penal Militar brasileiro. As edições destes normativos não excluem a natureza intrinsecamente militar do delito de homicídio.

Vale destacar que a fase administrativa (investigatória-inquisitorial) e a fase processual julgadora devem ser separadas, conforme preceitua o art. 82, §2º do Código de Processo Penal.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 69.344/RJ*. Segunda turma. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 22 de setembro de 1992.

3. DA INVESTIGAÇÃO E PROCESSAMENTO DO CRIME MILITAR DE HOMICÍDIO DOLOSO CONTRA A VIDA DE CIVIS EM ÂMBITO DOS ESTADOS

A Constituição Federal assevera no artigo 144, §4º que compete as Polícias Civis a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais, exceto às de competência da União (art. 144, §1º e incisos) e os crimes militares. Indiretamente, a Lei Maior recepcionou a competência de Polícia Judiciária Militar de apurar os crimes militares, conforme o artigo 8º, letra “a” do Código de Processo Penal Militar¹⁷.

A lei nº 9.299/96 e a Emenda Constitucional nº 45/2004 não retiraram a qualidade de crime militar do crime de Homicídio e o artigo 205 do Código Penal Militar permaneceu íntegro. Concluindo-se pela permanência da competência de investigação desse delito pela Polícia Judiciária Militar quando haja o perfeito enquadramento entre o fato e o tipo penal de crime militar de homicídio e, além disso, das hipóteses e condições diferenciadoras entre crime militar e crime comum elencadas do artigo 9º do Código Penal Militar.

Por maioria dos votos, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.494 – DF¹⁸ e favoreceu em votação a apuração do crime de homicídio militar pela Polícia Judiciária Militar, não concedendo a liminar a qual a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil queria que os ministros declarassem a inconstitucionalidade do artigo 82, §2º do CPPM (artigo que ordena a Justiça Militar encaminhar os autos do Inquérito Policial Militar à Justiça Comum quando da ocorrência de crimes dolosos contra a vida contra civis) e que declarassem que tal dispositivo ofendia os artigos 144, §1º e §4º da Constituição Federal (dispositivos que explicitam a competência da Polícia Judiciária Estadual e Federal), o que não foi aceito pelo Excelso Pretório. Porém,

¹⁷ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.002, de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: Competência da polícia judiciária militar
Art. 8º Compete à Polícia judiciária militar:

a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria;

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADIN 1.494/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 17 de agosto de 2001.

deve-se fazer uma nota importante quanto a esse julgamento, pois não houve o julgamento do mérito em plenitude, pois se considerou que a Associação dos Delegados não teria legitimidade ativa para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e também não se impediu que essa investigação também pudesse ocorrer por parte das Polícias Civis, paralelamente.

Essa decisão e votos dos ministros, por mais que favorecessem a investigação da Polícia Judiciária Militar, não consolidou plenamente o entendimento de que a fase administrativa-inquisitiva deveria ser apurada com exclusividade do Inquérito Policial Militar. Porém, há diversos julgados de Tribunais e Comarcas no sentido de separação da fase administrativa-inquisitiva em relação à fase processual. A fase de investigação dos crimes militares de homicídio doloso contra a vida de civis por militar de serviço são de competência da esfera castrense através do Inquérito Policial Militar das Polícias Militares, *ex vi* do disposto no artigo 8º, alínea “a” e artigo 82, §2º, todos do Código de Processo Penal Militar. Vale ressaltar que esse artigo 82, §2º do Código de Processo Penal Militar foi validado pelo Pretório Excelso. Enquanto a competência para processar e julgar esse crime de homicídio seria da Justiça Comum através do Tribunal do Júri, por força do art. 125, §4º da Constituição Federal e artigo 9º, parágrafo único do Código Penal Militar.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou, em decisão unânime, ser inconstitucional a Resolução SSP nº 110/2010 da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. Pois este normativo administrativo ordenava que a investigação dos crimes militares dolosos contra a vida de civil fosse apenas da Polícia Judiciária de São Paulo (Polícia Civil) e o Tribunal decidiu que a investigação seria de exclusividade da Polícia Judiciária Militar, em função da permanência da natureza de crime militar. A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Lei nº 9.299/96 somente transferiram a competência de julgamento ao Tribunal do Júri desses homicídios¹⁹.

Conforme preceitua o artigo 82, §2º, do Código de Processo Penal Militar (alterado pelo artigo 2º da Lei nº 9.299/96), a Justiça Militar remeterá a Justiça Comum os autos do Inquérito Policial Militar, quando se constatar indícios do

¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. Arguição de Inconstitucionalidade. AI 001/10. Primeira Câmara. Relator: Paulo Adib Casseb. São Paulo, 03 de dezembro de 2010.

cometimento de crime militar de homicídio doloso contra a vida de civil, ou seja, essa primeira análise do inquérito policial militar, se o crime é doloso contra a vida ou não, caberá à Justiça Militar Estadual. Isso fica indubitável quando da leitura do artigo 23 do Código de Processo Penal Militar quando aduz a respeito da remessa dos autos do inquérito ao juiz-auditor da Circunscrição Judiciária Militar do local onde se realizou a infração penal militar.

Em seguida é dada vistas dos autos ao Ministério Público que atue na Justiça Militar para a formação de sua *opinio delicti*, podendo dar sequência a algumas possibilidades, a saber: a) Se há indícios de crime militar de homicídio culposo (art. 206 do Código Penal Militar), caberá à Justiça Militar Estadual ou do Distrito Federal o processamento e julgamento, ainda que a vítima seja civil; b) Se o crime militar de homicídio for cometido por militar contra militar indubitavelmente a competência será da própria Justiça Militar Estadual²⁰; c) Se há incontestavelmente a incidência de excludente de ilicitude – legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal – ainda que a vítima seja civil, afastar-se-á o crime doloso e permitir-se-á o arquivamento do inquérito policial militar, não remetendo o inquérito militar a Justiça Comum, afastando-se a conduta criminosa em razão dessas causas justificantes²¹ e não haverá o encaminhamento dos policiais militares ao Tribunal do Júri²²; d) Constatando-se hipótese de crime militar doloso contra a vida de civil, o Ministério Público requererá a remessa dos autos ao Tribunal do Júri.

A competência constitucional dos policiais militares de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública é a razão pela qual estes heróis estatais agem no intuito de prender o infrator durante o cometimento de crime em flagrante delito, conforme art. 302 do Código de Processo Penal e artigo 243 do Código de Processo Penal Militar. Com isso, em hipótese de confronto armado iniciado pela ação de criminoso contra policial seria então incompatível a existência de dolo específico para matar (*animus necandi*) na conduta do policial,

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 2003.0001583-4/SP. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Scartezini. Brasília, **data do julgamento**.

²¹ Art. 42 e incisos do Código Penal Militar. BRASIL. Decreto-lei nº 1.001, de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

²² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar. Recurso Inominado. RI 63. Relator. Juiz Décio de Carvalho Mitre – J. 21 nov. 2002.

tornando assim a conduta desprovida de dolo de matar ou o policial teria pautado sua conduta na excludente de legítima defesa e a Justiça Militar manteria a competência para analisar o inquérito militar²³. Em suma, havendo genuína atuação policial pautada na legítima defesa ou manifesta ausência de dolo específico (*animus necandi*), competirá a Justiça Militar ao exame do Inquérito Policial Militar e o ato decisório.

Uma decisão valorosa na jurisprudência no Supremo Tribunal Federal foi a decisão a respeito de quem seria a competência de julgar quando houvesse a desclassificação do Tribunal do Júri para crime de lesão corporal seguida de morte. Tendo o Pretório Excelso decidido que por mandamento constitucional caberia o retorno dos autos à Justiça Militar e o reestabelecimento da competência original castrense, em razão de que ao Tribunal do Júri a competência excepcional estaria restrita apenas quando houvesse crime doloso contra a vida de civil. Ou seja, se o crime for considerado culposos, subsistirá a competência da Justiça Militar²⁴. Permanecerá também a competência da Justiça Militar quando a vítima for militar.

Questão curiosa se dá na hipótese de *aberratio ictus* ou erro de execução em que o militar estadual, por erro de execução, ao invés de atingir a vítima virtual militar²⁵, acaba atingindo a vítima real civil. O Superior Tribunal de Justiça afastou a aplicação do art. 37 do Código Penal Militar que prevê o erro de execução o qual manteria a competência da Justiça Militar e decidiu que no sentido de prevalecer à regra posta pela lei nº 9.299/96 e encaminhando o julgamento para o Tribunal do Júri. O Superior Tribunal de Justiça trouxe que independentemente do fim pretendido de um militar matar um outro militar, a vítima virtual permaneceria sendo civil, conforme exame de corpo de delito. E ainda esse tribunal decidiu também que, caso o Tribunal Popular condene o réu militar, o juiz presidente possa aplicar a pena considerando não a situação da vítima real civil, mas a “virtual” militar, constituindo-se numa aberração decisória e elucubração

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. *RHC/SP*. Relator:. Brasília, **data de julgamento**.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. *RHC 80.718/RS*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 22 março de 2001.

²⁵ ROTH, Ronaldo João. *A aberratio ictus e a Lei nº 9.299/96: como fica a competência jurisdicional?* Temas de Direito Militar. São Paulo: Suprema Cultura, 2004. p. 189.

artística do ministro²⁶, pois a competência do Tribunal do Júri foi suscitada em razão da ocorrência de uma vítima real civil, porém o decisório se basearia nas características de uma vítima virtual militar, tendo os efeitos desse crime atingido bens jurídicos da hierarquia e disciplina.

Há uma intrigante aposta legislativa no tocante a promulgação da Lei nº 12.432/2011 em que alterou a redação do artigo 9º, parágrafo único do Código Penal Militar. Fez-se uma exceção da exceção à remessa de crimes militares dolosos contra a vida de civil para a Justiça Comum quando em contexto de ação militar realizada na forma do artigo 303 da Lei nº 7.565/86 (com alteração da Lei nº 9.614/98 – conhecida como Lei do Abate). Ou seja, em hipótese prevista na conhecida lei do abate, o crime militar de homicídio contra civil permaneceria sendo julgado na justiça militar, conforme o parágrafo único, do art. 9º do Código Penal Militar. Essa lei do abate foi promulgada sob o argumento do legislador que constituiria num avanço ao combate a ação de tráfico ilícito de entorpecentes na fronteira, havendo críticas em relação a ofensas a vários princípios constitucionais, assim como também há argumentos a favor dessa alteração legal²⁷.

4 REFLEXÕES QUE AUXILIAM NA COMPREENSÃO DO TEMA

Apesar da Justiça Militar brasileira ser o órgão do judiciário mais antigo do Brasil, há poucos profissionais e estudiosos nesta área do Direito Militar. Verifica-se que as Universidades e o meio acadêmico produzem pouco conhecimento na área do Direito Penal Militar e Processual Penal Militar, isso quando ainda oferecem algum conhecimento e estudo nos planos de ensino e grades curriculares das faculdades de Direito no Brasil.

Esse desconhecimento profundo sobre as normas militares, princípios e costumes basilares do Direito Militar acarretam que haja graves equívocos decisórios nos três poderes e em todos os entes da federação. Muitas das vezes, esses estudiosos interpretam a legislação militar se servindo da legislação civil como

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. CC 27.368/SP. Relator: Min. José de Arnaldo da Fonseca. Brasília, 27 de novembro de 2000.

²⁷ GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373>. Acesso em: dia abr. 2016.

base, ocasionando desastrosas consequências. Como por exemplo, o Legislativo quando exerce sua atividade legiferante produzindo normas com efeitos nocivos sobre as instituições militares, ou quando o judiciário decide questões importantes com certo desconhecimento temático na área militar provocando desajustes na hierarquia e disciplina ou também quando o Executivo tenta administrar e empregar os militares como se fossem instituições de governo e não de Estado, que os são e sempre serão. Ou seja, a promulgação de normas militares desajustadas geram decisões incoerentes e administração que fere indelevelmente os pilares da hierarquia e disciplina.

O militar desempenha uma das mais importantes funções típicas do Estado, pois algumas das maiores finalidades do Estado são exatamente a salvaguarda e a manutenção da sociedade. Por conta disso, os militares são os agentes públicos em que se depositam o maior grau de confiança estatal, porém ao mesmo tempo são os profissionais que mais têm os seus direitos fundamentais reduzidos, em razão da condição de relação especial de sujeição.

Segundo Damásio de Jesus²⁸, há uma grande diferença entre o crime comum de homicídio e o crime militar de homicídio. Um desses elementos diferenciadores fundamentais é a denúncia, pois nela constam a narrativa do fato e todas as circunstâncias objetivas e subjetivas. Outra peculiaridade fundamental que diferencia esses dois delitos é o dolo, ou a intenção que levou o agente a cometer o crime. Não há como negar que o crime militar de homicídio praticado por um agente do Estado treinado deva receber um tratamento diferenciado, pois age sob forte estado de adrenalina e ansiedade, sujeito a hierarquia e disciplina, que atua em defesa da sociedade, sofrendo inúmeras interpretações jurídicas de interprete que decidirá por dias ou anos no seu conforto sobre a atuação do militar que teve frações de segundo para agir ou não agir, podendo ser responsabilizado caso não agisse. Esse fato é totalmente diferente da intenção daquele criminoso civil quando comete o crime de homicídio de forma intencional, praticados por vingança, ciúmes, emoções outras, premeditado ou momentâneo e sob certo descompromisso em ceifar vidas alheias durante a prática criminosa.

²⁸ JESUS, Damásio de. A competência nos crimes militares dolosos contra a vida. In: SEMINÁRIO DE DIREITO MILITAR, 7, 2009, *Cidade do evento*. Anais... Brasília: Superior Tribunal Militar, 2009. p. 239.

O policial militar é o agente do Estado com a competência de defender a sociedade e usar da força moderada e proporcional, atuando na maioria das vezes sob o estrito cumprimento do dever legal e em legítima defesa, para a defesa social e intervindo no restrito limite necessário para restabelecer a paz e o bem estar social. Fora desses limites, o réu militar seria catapultado para a devida sanção no Tribunal do Júri.

Conforme exposto, em razão do crime militar de homicídio ser praticado, na grande maioria das ocasiões, em circunstâncias extremamente específicas, faz com que a investigação e o primeiro contato com a Justiça sejam na esfera militar. Logo, a competência para investigar com mais profundidade os crimes militares de homicídio (e para apurar se houve ou não o crime) será inicialmente da Polícia Judiciária Militar. Assim como, o primeiro órgão do judiciário competente para a análise do fato, após a conclusão do inquérito policial militar, será a Justiça Militar estadual. Se essa justiça concluir que há indícios do cometimento do crime militar doloso contra a vida de civil, então ela remeterá os autos ao Tribunal do Júri, conforme reza o artigo 82, §2º do Código de Processo Penal Militar²⁹.

Insta salientar por oportuno que uma das finalidades do Tribunal do Júri é permitir a participação democrática da sociedade para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos pelos seus pares e que estes jurados leigos detenham o conhecimento da realidade, um conhecimento mínimo das leis e dos costumes locais. Além dessa convivência no mesmo meio social que o infrator, os iguais irão julgar os iguais. Para Capez³⁰, o Tribunal do Júri tem por finalidade ampliar o direito de defesa e constitui uma garantia ao acusado para ele ser julgado pelos seus pares. Em razão disso, a legislação erra ao não permitir a possibilidade de adoção de Tribunal do Júri dentro da justiça militar. Além disso, é um grande equívoco acreditar que o civil compreenderá as questões intrínsecas

²⁹ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.002, de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz: (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996). § 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996).

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.630.

sobre os costumes e princípios militares da hierarquia e disciplina, prejudicando assim a garantia individual do acusado militar estadual de ser julgado pelos seus pares.

Apesar dos militares não serem julgados por pares, o rito atual permite que indiretamente a primeira investigação seja da Polícia Judiciária Militar e o primeiro contato entre os autos do processo ou do inquérito seja exatamente com a Justiça Militar Estadual. A Justiça castrense verificará se o suposto crime militar de homicídio não está respaldado sob o manto das excludentes de ilicitudes, e também avaliará se não houve hipótese de crime culposos, caso contrário, a Justiça Militar Estadual deverá encaminhar estes autos para o Tribunal do Júri.

Alguns fatores motivaram o legislador equivocadamente a tornar o Tribunal do Júri competente para o julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida de civil, entre os quais: a) o aumento da criminalidade no país e as mortes de civis em confronto armado com as polícias estaduais; b) a suposição de que as instituições militares e a justiça militar são brandas e não punem os policiais, acreditando, assim, que o Tribunal do Júri fosse mais severo em punir do que a justiça castrense; c) O estigma que as policiais militares carregam em relação ao período do Contra-Golpe Militar (ou regime militar; d) O legislador e críticos da segurança pública brasileira acreditavam que se os militares estaduais passassem a ser julgados pelo Tribunal do Júri haveria então um decréscimo na criminalidade brasileira.

Em contraposição ao acima exposto, constata-se que os operadores do direito atuantes no âmbito da Justiça Militar estadual percebem claramente que essa justiça especializada é muito mais rigorosa do que a Justiça Comum. Além disso, a alteração de competência para julgar esses crimes não é capaz de reduzir os efeitos da criminalidade, nem tampouco reduzir substancialmente o número de mortes em confronto, pois pretende-se atacar os efeitos ao invés de agir sobre as causas da criminalidade. Utilizam-se do Direito Penal Militar e do Direito Processual Penal Militar como instrumento de Política Criminal erroneamente, tornando aquele velho brocardo de ineficiência da política de segurança pública no Brasil ainda mais evidente, como por exemplo: a) remediar os efeitos da criminalidade e não priorizar a prevenção; b) criar mais leis e mais penas; c) retirar ou reduzir os direitos ao foro por prerrogativa de função dos militares estaduais, como se isso fosse a causa do aumento da criminalidade (enquanto vários

agentes públicos ainda permanecem com o seu foro por prerrogativa de função preservados – magistrados, deputados e senadores, membros do ministérios público, ministros, entre outros); d) desarmar a população em detrimento do criminoso permanecer bem armado; e) investir três vez mais recursos financeiros na repressão do que em ações de prevenção ao crime; f) poucas políticas públicas voltadas a promoção da cultura, do ensino de qualidade e lazer aos jovens; g) Políticas públicas ineficazes na prevenção e no combate às drogas ilícitas; h) ineficiência do Estado em garantir o mínimo existencial à população, como os serviços básicos de saúde, alimentação, habitação, emprego, saneamento básico, iluminação pública, entre outros.

Atualmente, a quantidade de presos no Brasil cresce significativamente, enquanto se mantem encarcerados vários presos desnecessariamente reclusos aguardando uma sentença, ao mesmo tempo em que há uma cifra oculta alarmante dos crimes mais graves, ou seja, pune-se severamente quando não seria tão necessário e deixa-se de punir exemplarmente aqueles que deveriam. Vale ressaltar que o índice médio de elucidação dos crimes de homicídio por parte das Polícias Judiciárias no Brasil é da razão de 5% a 8%, enquanto que na Alemanha esse índice atinge 85% de descoberta dos autores, demonstrando um elevado grau de certeza da punição neste país. Até o ano de 2007 havia 134.944 inquéritos das Policiais Judiciárias no Brasil responsáveis por investigar os crimes de homicídio e ainda não estavam finalizados, demonstrando inversamente um grau elevado de certeza da não punição no Brasil³¹.

O Brasil é o país onde mais ocorre o crime de homicídio no mundo, segundo estimativas o número já chegou a aproximadamente 60.000 habitantes por ano em 2014, ressaltando que não estamos em guerra. Não podemos olvidar que também somos um dos países que mais se matam policiais.

5. CONCLUSÃO

De tudo exposto, constata-se que as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e Lei nº 0.299/96 apenas deslocaram a competência

³¹ WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Homicídios e juventude no Brasil*. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf>. Acesso em:

para o processamento e julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida de civil praticado por militar estadual de serviço, ou seja, a alteração apenas operou na fase processual, por força do art. 125, §4º da Constituição Federal e artigo 9º, parágrafo único do Código Penal Militar.

Ressalta-se também que não foi retirada a natureza intrínseca de crime militar, nem tampouco foi retirada a competência das autoridades com Poder de Polícia Judiciária Militar de investigarem na fase administrativa por meio de Inquérito Policial Militar os crimes militares de homicídio, *ex vi* do disposto no artigo 8º, alínea “a” e artigo 82, §2º, todos do Código de Processo Penal Militar.

Vale ressaltar que o artigo 82, §2º do Código de Processo Penal Militar foi validado em diversas sentenças e também foi julgado através da ADIN 1.494 recepcionado pela Constituição em decisão do Pretório Excelso.

Conforme preceitua o artigo 82, §2º, do Código de Processo Penal Militar (alterado pelo artigo 2º da Lei nº 9.299/96), a Justiça Militar remeterá a Justiça Comum os autos do Inquérito Policial Militar quando se constatar indícios do cometimento de crime militar de homicídio doloso contra a vida de civil. Ou seja, essa primeira análise do inquérito policial militar para avaliar se o crime é doloso contra a vida ou não, caberá a Justiça Militar Estadual. Isso fica indubitável quando da leitura do artigo 23 do Código de Processo Penal Militar quando aduz a respeito da remessa dos autos do inquérito ao juiz-auditor da Circunscrição Judiciária Militar do local onde se realizou a infração penal militar.

Em seguida, o Ministério Público dará vistas dos autos e formará sua *opinio delicti*, podendo dar sequência a algumas possibilidades, a saber: a) Se há indícios de crime militar de homicídio culposo (art. 206 do Código Penal Militar), caberá a Justiça Militar Estadual ou do Distrito Federal o processamento e julgamento, ainda que a vítima seja civil; b) Se o crime militar de homicídio for cometido por militar contra militar indubitavelmente a competência será da própria Justiça Militar Estadual³²; c) Se há incontestavelmente a incidência de excludente de ilicitude – legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal – ainda que a vítima seja civil, afastar-se-á o crime doloso e permitir-se-á o arquivamento do inquérito policial militar, não remetendo o inquérito militar a

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 2003.0001583-4/SP. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Scartezini. Brasília, [data do julgamento](#).

Justiça Comum, afastando-se a conduta criminosa em razão dessas causas justificantes e não haverá o encaminhamento dos policiais militares ao Tribunal do Júri; d) Constatando-se hipótese de crime militar doloso contra a vida de civil, o *parquet* requererá a remessa dos autos ao Tribunal do Júri; e) Verificando-se que a ação se deu em contexto de ação militar realizada na forma do artigo 303 da Lei nº 7.565/86 (com alteração da Lei nº 9.614/98 – conhecida como Lei do Abate), o crime militar de homicídio contra civil permaneceria sendo julgado na justiça militar, conforme o parágrafo único, do art. 9º do Código Penal Militar.

Se for demonstrada que a atuação policial foi pautada na legítima defesa ou em alguma outra excludente de ilicitude haverá então manifesta ausência de dolo específico (*animus necandi*) e competirá a Justiça Militar estadual o exame do Inquérito Policial Militar e o ato decisório.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a competência de julgar quando houvesse a desclassificação do Tribunal do Júri do crime doloso para o crime de lesão corporal seguida de morte caberia então o retorno dos autos à Justiça Militar e o reestabelecimento da competência original castrense.

Esse desconhecimento profundo sobre as normas militares, princípios e costumes basilares do Direito Militar acarreta graves equívocos decisórios nos três poderes e em todos os entes da federação. Muitas das vezes, esses estudiosos interpretam a legislação militar sob o prisma da legislação civil como base, ocasionando desastrosas consequências.

Em razão do alto grau de especificidade da atividade militar, constatou-se que o crime militar de homicídio e o crime de homicídio comum guardam diferenças profundas, em relação à denúncia do crime e ao dolo dos agentes (ou a intenção do agente durante a prática da conduta). Não há como negar que o crime militar de homicídio praticado por um agente do Estado treinado deve ter um tratamento diferenciado, pois age sob forte estado de adrenalina e ansiedade, sujeito a hierarquia e disciplina, atuando em defesa da sociedade, sofrendo inúmeras interpretações jurídicas de interprete que decidirá por dias ou anos no seu conforto sobre a atuação do militar que teve frações de segundo para agir ou não agir, podendo ainda ser responsabilizado caso não agisse. Esse fato é completamente distinto da intenção daquele criminoso civil quando comete o crime de homicídio de forma intencional, praticados por vingança, ciúmes, emoções

outras, premeditado ou momentâneo e sob certo descompromisso em ceifar vidas alheias durante a prática criminosa.

O militar estadual é o representante do Estado competente para usar legitimamente da força moderada e proporcional, para a defesa da sociedade e intervir no limite necessário para restabelecer a paz e o bem estar social. Fora desses limites, o réu militar seria encaminhado para a devida sanção no Tribunal do Júri.

O deslocamento de competência para julgar esses crimes não é capaz de reduzir os efeitos da criminalidade, nem tampouco reduzir substancialmente o número de mortes em confronto, pois pretende-se atacar os efeitos ao invés de agir sobre as causas da criminalidade e utilizam o Direito Penal Militar e do Direito Processual Penal Militar como instrumento de Política Criminal erroneamente.

Não seria responsável o legislador caso optasse um dia em deslocar a competência da fase pré-processual das Polícias Judiciárias Militares, pois o índice de elucidação dos crimes de homicídio no Brasil está entre 5% a 8% na esfera civil, somando-se a isso que havia 134.944 inquéritos das Polícias Judiciárias no Brasil responsáveis por investigar os crimes de homicídio e ainda não estavam finalizados, demonstrando inversamente um grau elevado de certeza da não punição no Brasil. O Brasil é o país onde mais ocorre o crime de homicídio no mundo, segundo estimativas o número já chegou a aproximadamente 60.000 habitantes por ano em 2014, ressaltando que não estamos em guerra. Não podemos olvidar que também somos um dos países que mais se matam policiais.

A Justiça Militar e as instituições militares tem se mostrado muito mais rigorosas e céleres em punir as práticas destoantes desses militares estaduais, pois é interesse do Estado e dessas instituições, além de coibir severamente o cometimento de crimes, também preservar os pilares da Corporação da hierarquia e disciplina aos agentes do Estado responsáveis por zelar pela proteção da sociedade.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponí-

vel em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.002, de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. **Acesso em:**

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

BRASIL. *Lei nº 2.889 de 1º de outubro de 1956*. Lei que define e pune o crime de genocídio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2889.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência. *CC 27.368/SP*. Relator: Min. José de Arnaldo da Fonseca. Brasília, 27 de novembro de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 2003.0001583-4/SP*. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, **data do julgamento**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. *RHC/SP*. Relator: Brasília, **data de julgamento**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADIN 1.494/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 17 de agosto de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 69.344/RJ*. Segunda turma. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 22 de setembro de 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. *RHC 80.718/RS*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 22 março de 2001.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAGOSO, Heleno. Genocídio. *Título da revista, local, volume, número, p. inicial - final, mês ano*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo59.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2016.

GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373>. Acesso em: dia abr. 2016.

JESUS, Damásio de. A competência nos crimes militares dolosos contra a vida. In: SEMINÁRIO DE DIREITO MILITAR, 7, 2009, *Cidade do evento*. *Anais...* Brasília: Superior Tribunal Militar, 2009. p. 239.

JORDACE, Thiago Helver Domingues Silva. *O genocídio: alguns aspectos dogmáticos*. 2012. f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar. Recurso Inominado. *RI 63*. Relator. Juiz Décio de Carvalho Mitre – J. 21 nov. 2002.

RAMOS, Paulo Pereira. Bem jurídico penal militar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 11, n. 57, set. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5162>. Acesso em: 17 abr. 2016.

ROTH, Ronaldo João. *A aberratio ictus e a Lei nº 9.299/96: como fica a competência jurisdicional?* Temas de Direito Militar. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. Arguição de Inconstitucionalidade. *AI 001/10*. Primeira Câmara. Relator: Paulo Adib Casseb. São Paulo, 03 de dezembro de 2010.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Homicídios e juventude no Brasil*. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_AtualizacaoHomicidios.pdf>. Acesso em:



O DILEMA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

João Renato Borges Abreu¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Evolução do Processo Penal Brasileiro; 3 – Dilema da Real Busca da Justiça; 4 – Considerações Finais; 5 - Referências.

RESUMO

Este trabalho visa trazer reflexões a respeito do Processo Penal Brasileiro. Começa com um breve relato histórico, até chegar ao processo penal contemporâneo no Brasil, onde meios externos tem força tão grande e/ou maior do que a própria norma. Busca demonstrar e debater sobre a real efetividade do controle social, no que tange à contenda do crime. Procura apontar pontos de muita divergência entre juristas e doutrinadores, com objetivo de estimular o debate para a uma possível evolução do nosso processo penal. As ideias explanadas aqui foram originadas de debates em sala de aula da Pós Graduação de Direito Penal e Controle Social do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, regido pelo Professor Otávio Binato², e das leituras das referências citadas.

Palavras-chave: Processo penal. Controle social. Direito. Política. Convergência de normas. Justiça. Princípios constitucionais.

ABSTRACT

This work aims to bring reflections about the Brazilian Criminal Procedure. Firstly, with a brief historical account, until reaching the current criminal procedure of the country, where external means has strength larger than the standard itself. Search demonstrate and discuss about the real effectiveness of social control, in terms of the strife of the crime. Demand pointing points of great divergence between lawyers and doctrinaires, aiming to stimulate the discuss about the possible evolution of our criminal procedure.

Keywords: Criminal proceedings. Social control. Law. Policy. Convergence of standards. Justice. Constitutional principles. Corruption.

¹ Advogado – Formado e Pós-graduando em Direito Penal e Controle Social pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub. E-mail: joaorenato@abreumagalhaes.adv.br.

² Professor de Pós-graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCeub. Promotor de Justiça.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade civilizada desde a sua fecundação buscou penalizar algumas condutas em benefício do coletivo. É indiscutível que sempre haverá pessoas com ações consideradas reprovadas para o convívio social. Por isso a necessidade da criação de meios que vetem os impulsos humanos que prejudicam alguém ou alguma ordem.

Mencionando esta relação entre os homens, José Roberto dos Santos Bedaque, nos primeiros parágrafos de sua obra “Direito e Processo”, esclarece o meio de convívio entre os membros de uma sociedade:

A vida em sociedade implica, necessariamente, a existência de relações entre seus membros. As pessoas mantem umas com as outras relacionamento de várias espécies e de natureza diversa. Imagine-se o leitor no seio de sua família, no âmbito de seus negócios ou da atividade profissional que exerce. Pense no convívio com seu grupo de amigos e com os adeptos de sua religião. Lembre-se dos inúmeros tributos exigidos pelo ente que, em contrapartida, deveria proporcionar-lhe segurança, saúde, educação, transporte, etc. Algumas dessas inúmeras relações mantidas entre os integrantes de determinada sociedade organizada são objeto de regulamentação pelo Estado, que edita normas de conduta, cuja observância é imposta a todos. Essas regras de comportamento compõem o ordenamento jurídico do país. O Direito é, pois, um fenômeno humano e social³.

Historicamente, como já dito, as sociedades sem normas não tendem a evoluir de forma organizada, observando-se que nessas hipóteses o comando maior será de acordo com a vontade do mais forte, que terá sua palavra como a última, cabendo as demais apenas acatarem e obedecer. Sociedades como estas são totalmente contra os ideais humanitários, inexistindo o termo “democracia”⁴.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.11.

⁴ YOSHINO, André Motoharu. *Estudo da evolução do processo no Brasil: influência constitucional e independência das áreas*, 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePesso/16,MI150022,81042-Estudo+da+evolucao+do+processo+no+Brasil+influencia+constitu>

A diferença entre estado democrático e estado totalitário, se tratando de direito penal, é no devido cumprimento ao processo estipulado por representantes do povo. A consequência é que na relação do Estado-indivíduo ou indivíduo-indivíduo há substituição do direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima “Tem razão que vence” para o direito de paz fundado sobre heterotutela e sobre a máxima “Vence quem tem razão” e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado na supremacia da lei (*rule of law*)⁵.

Atualmente no Brasil as condutas desviantes são estipuladas por um Código, por intermédio do Poder Legislativo, que listam as condutas proibidas, cominando sanções aqueles que vierem a praticar uma conduta delituosa.

Diante disso, o estado é incumbido do direito de punir os infratores e o particular do dever de se abster de cometer qualquer conduta criminosa.

Entretanto, quando alguém pratica a conduta delituosa prevista na legislação pátria, o Estado que tinha uma pretensão abstrata de punir se transforma no *jus puniend in concreto*. Nesse momento, perde-se aquele caráter abstrato, genérico e impessoal e passa a ter uma pretensão concreta de punir o suposto autor do fato criminoso⁶.

Assim, nasce a pretensão punitiva do Estado, no que seja a obrigatoriedade da imposição de uma sanção penal aquele delituoso. Entretanto, para uma sociedade democrática é necessário um devido processo para imposição da sanção. Pois, apesar do Estado ser o titular do direito de punir, não se pode admitir a imposição imediata da sanção sem que haja o cumprimento da devida aplicação da lei penal ao caso concreto, consoantes as formalidades exigidas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudicio*)⁷.

O Direito de punir do Estado é uma imposição a restrição do direito de uma pessoa e pode resultar na privação da liberdade de locomoção, entre outras penas, que não podem se descurar dos direitos e liberdades individuais que tanto custou a ser reconhecida, em verdade, condiciona a liberdade da atuação do

cional+e> Acesso em: 14 abr. 2016.

⁵ BOBBIO, Noberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 96-97.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito.

Por isso a importância do Processo Penal, pois funciona como instrumento válido para o Estado conseguir imputar uma sanção ao possível autor do delito.

Ocorre que a Constituição Federal assegura ao cidadão brasileiro e residente, princípios fundamentais que são colocados em questão quando o Estado tem que punir o particular, por isso, é estabelecido algumas regras de observância obrigatória do processo penal para a boa aplicação desses direitos e garantias que permitem distinguir a civilização de barbárie.

Com a evolução da sociedade, o advindo da tecnologia, principalmente a propulsão das notícias, a força popular tomou proporções gigantescas, influenciando em todos os pontos que regem o devido controle social.

Portanto, é aqui que se encontra o ponto crucial do processo penal e o motivo de discorrermos nesse artigo sobre esse dilema, de um lado, o necessário e indispensável respeito aos direitos fundamentais; do outro, a busca por um sistema, criminal mais operante e eficiente. Sem falar da necessidade de resposta punitiva do estado para sociedade.

Conclui para prosseguir, que há de se buscar um ponto de equilíbrio entre a segurança dos princípios constitucionais do investigado e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório para a segurança da coletividade. Para evitar os extremos do hipergarantismo e de movimentos como o do Direito Penal do Inimigo ou do Direito Penal Lei e da Ordem⁸.

2. EVOLUÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Direito Penal é uma das normas civilizadoras que mais interfere na atuação do governo. É através do processo criminal que irá se impor limites e retirar aqueles que não acrescentam para uma sociedade progressista e ordeira.

Neste sentido, Pontes de Miranda asseverou que:

[...] o processo criminal reflete, mais do que qualquer outra parte do direito, a civilização de um povo [...] onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada ou rola em

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 38.

decadência. Onde o processo é acusatório, com defesa fácil, a civilização está a crescer ou a aperfeiçoar-se⁹.

Existindo evolução da sociedade, consequentemente deverá haver a evolução do Direito e, assim, do processo como um todo. Para estudarmos esta relação evolutiva, mister se faz analisar, inicialmente, a origem da palavra e o que se entende por processo. De Plácido e Silva, em seu vocabulário jurídico, ensina que processo é diferente de procedimento, apresentando sentido amplo e restrito. Vejamos:

Derivado do latim *rocossos, de procedere*, embora por sua derivação se apresente em sentido equivalente a procedimento, pois que exprime, também, ação de proceder ou ação de prosseguir, na linguagem jurídica outra é sua significação, em distinção a procedimento.

[...]

Processo e a relação jurídica vinculativa, com o escopo de decisão, entre as partes e o Estado Juiz, ou entre o administrado e a Administração.

Na terminologia jurídica, processo anota-se em sentido amplo e em sentido restrito.

Em sentido amplo, significa o conjunto de princípios e de regras jurídicas, instituído para que se administre a justiça.

[...]

Em conceito estrito, exprime o conjunto de atos, que devem ser executados, na ordem preestabelecida, para que se investigue e se solucione a pretensão submetida à tutela jurídica, a fim de que seja satisfeita, se procedente, ou não, se injusta ou improcedente¹⁰.

No Brasil, apesar da conquista da independência política, herdamos de Portugal as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas (1603), Manuelinas (1521) e Afonsinas (1456), além, é claro, de algumas leis extravagantes posteriores, através do Decreto de 20 de outubro de 1823¹¹.

Estas Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas apresentavam muita

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 36.

¹⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1101.

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 295-309.

influência no Direito romano e canônico, bem como de leis gerais elaboradas desde o Reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais¹².

Essa herança do período colonial fez perpetrar em nosso processo penal grandes privilégios aqueles mais poderosos e ricos da sociedade, quem tinha dinheiro poderia utilizar para livrar-se das penas, sendo que o sistema utilizado era o sistema inquisitivo, pois era regulado pela lei portuguesa. Foi só no período imperial, com a independência do Brasil diante de Portugal, quando outorgada a Constituição de 1824, que surgiram ideais liberais substituindo as práticas do sistema inquisitivo. O primeiro Código de Processo Penal, que entrou em vigor no Brasil de 1832, trouxe à baila o sistema misto ou Napoleônico¹³.

Adiante, no período Republicano, veio a promulgação da Constituição de 1891, a qual atribuiu aos Estados a faculdade de legislar sobre o Processo Penal, pratica essa que só prejudicou a aplicação da lei Penal e o avanço do processo Penal no Brasil. Foi só com a promulgação da Constituição de 1934, que se restabeleceu a unidade processual, passando somente à União a competência para legislar sobre o processo penal. Já em meados de 1937, passou a vigorar no ordenamento pátrio, a Constituição de 1937 que providenciou a promulgação de um novo Código de Processo Penal, que ocorreu em 1941, o qual para a doutrina da época não trouxe nenhuma novidade, pois tamanha era a dificuldade da aplicação de lei penal¹⁴.

Entretanto, somente a partir da Constituição de 1988 é que se restabeleceu o sistema acusatório, pois ao Ministério Público foi conferido, em regra, o monopólio da ação penal, abolindo-se o procedimento *ex officio* das contravenções penais, mas, ainda, mantendo a persecução penal pela vítima nas ações penais privadas¹⁵.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema acusatório como norteador do processo penal brasileiro, não tendo lugar, em nosso ordenamen-

¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 295-309.

¹³ MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 7-8.

¹⁴ CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 11-12.

¹⁵ CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 13.

to, para um interrogatório estritamente inquisitivo, onde não são respeitados os direitos e garantias do indivíduo. O que fica evidente, em tese, é que no Código de Processo Penal vigente a confissão não tem valor probatório para levar o acusado à prisão, salvo quando alicerçada em outras provas¹⁶.

Todavia, o processo penal veio sofrendo alterações, em razão da força jurisprudencial, devido a necessidade de renovação das leis para que fosse possível acompanhar a evolução dos crimes e também da sociedade.

Nesse diapasão, observa que os crimes praticados em 1941 pouco se parecem com os crimes praticados atualmente. Para isso, o Poder Legislativo criou diversas leis buscando acompanhar essas mudanças sociais. Ocorre que muitas dessas leis afrontam diretamente as normas estabelecidas no processo penal originário, inclusive os princípios constitucionais. Como por exemplo a flexibilização da prisão antes do investigado ser julgado e condenado.

Diante as mudanças alguns doutrinadores consideram que os sistemas puros são modelos históricos, não guardando relação com os contemporâneos.

Para Guilherme Nucci¹⁷, o sistema adotado no Brasil é o Misto que também é denominado por inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigados:

Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto.

O Sistema Processual Penal Misto, segundo Fernando Capez, “é uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma

¹⁶ TAMBARA, Vinicius Otávio Cechin. *A evolução histórica dos sistemas processuais penais*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3040>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009. p. 25.

instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”¹⁸. Em linhas gerais, nas lições de Norberto Avena:

Abrange duas fases processuais distintas: uma inquisitiva, destituída de contraditório, publicidade e defesa, na qual é realizada uma investigação preliminar e uma instrução preparatória; outra posterior a essa, correspondente ao momento em que se realizará o julgamento, assegurando-se ao acusado, nesta segunda fase, todas as garantias do processo acusatório¹⁹.

Desse modo, por fim, entende a doutrina majoritária, os sistemas processuais são de três tipos: o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto. Esses sistemas foram utilizados de diversas maneiras e formas, de acordo com cada período histórico.

3. DILEMA DA REAL BUSCA DA JUSTIÇA

A Justiça no Brasil está muito longe de parecer algo justo. O Processo Penal de 1941 é defasado, e para piorar, virou uma colcha de retalhos com as leis que foram criadas desde lá.

Segundo José Eduardo Faria, a Constituição Federal de 1988 e o nosso Código de Processo Penal de 1941, estavam preparados para lidar com conflitos interindividuais e não “aguentaria o tranco” quando se defrontassem com os conflitos transindividuais²⁰.

Para Lenio Luiz Streck, o Processo Penal Brasileiro já nasceu falido, denominou de *crise paradigmática com dupla face*. A face um (lado A) era a da estrutura do direito, que, preparada para pegar ladrões de galinha (e criticava a cultura manualesca cujos exemplos eram sobre Caio, Ticio e Mévio), e o outro lado da moda se dá pela falta de preocupação para enfrentar os casos que tratavam de bens jurídicos transindividuais (vejam: as garantias são para todos; na época de-

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

¹⁹ AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009. p. 9.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Como (não) se ensinava processo penal antes da "lava jato"*. Eis o busílis!. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-09/senso-incomum-nao-ensinava-processo-penal-antes-lava-jato>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

nunciava que estas só eram aplicadas em favor de determinados segmentos — eu queria isonomia para a patuleia, por assim dizer). Ou seja, foi promulgada uma lei simplória e objetiva, o que impossibilita punir os crimes mais complexos²¹.

Ocorre atualmente no Brasil um clamor popular para a realização de punições severas aos criminosos, exigindo-se mais prisões e punições, para então haver uma maior sensação de conforto e segurança a sociedade. Deve-se isso a diversos fatores, como por exemplo a publicidade dos crimes, aumento de informação, utilizando uma análise emprestada da criminologia, até mesmo o prazer que tem o ser humano em punir o outro por uma conduta que ele queria fazer mas não podia, entre outras.

Fato é que a sociedade brasileira não aguenta mais viver com tanta violência, principalmente com os crimes de colarinho branco, que tanto prejudica o Brasil, em face à corrupção. Este crime é o mais violento para o Brasil, pois é esse que faz faltar merenda nas escolas, ferrovias e rodovias, ou seja, extingue a possibilidade de crescimento do país.

A gravidade da constatação é que a corrupção tende a espalhar-se enquanto não encontrar barreiras eficazes. O político corrupto, por exemplo, tem vantagens competitivas no mercado político em relação ao honesto, por poder contar com recursos que este não tem. Da mesma forma, um ambiente viciado tende a reduzir os custos morais da corrupção, uma vez que o corrupto costuma enxergar o seu comportamento como um padrão e não a exceção²².

Assim sendo, para uma efetiva punição dos crimes mais complexos, aqueles transindividuais e que contém membros do alto escalão do governo e nos quais o estado é utilizado para o cometimento dos delitos, são necessárias algumas flexibilizações no processo. E para tanto, precisamos de órgãos de fiscalização (Ministério Público e Polícia Federal) e o Judiciário altamente preparados, além da legitimação popular.

Para o Juiz Federal Sergio Moro,

[...] a ação judicial não pode substituir a democracia no combate à corrupção. É a opinião pública esclarecida que

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Como (não) se ensinava processo penal antes da "lava jato"*. Eis o busílis!. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-09/senso-incomum-nao-ensinava-processo-penal-antes-lava-jato>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

²² MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, *periodicidade* 2004.

pode, pelos meios institucionais próprios, atacar as causas estruturais da corrupção. [...] a punição judicial de agentes públicos corruptos é sempre difícil, se não por outros motivos, então pela carga de prova exigida para alcançar a condenação em processo criminal. [...] a opinião pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condições melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo²³.

Sabe-se que os crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas e, na maioria das vezes, com artifícios complexos, sendo difícil desvelá-los sem a colaboração de um dos participantes. Conforme Piercamillo Davigo, um dos membros da equipe milanese da operação *mani pulite*: A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir, jamais²⁴.

Nesse passo, vem crescendo uma forte corrente, principalmente dos novos agentes que compõe o Poder Judiciário e os órgãos de investigação e acusação, para quebrar o círculo vicioso dos crimes contra a administração pública é preciso uma atuação extra processo, ou seja, procedimentos de investigação e meios de coerção além do que está na legislação brasileira, sempre buscando a “efetividade” da justiça e a busca da preservação dos princípios da administração pública.

Desse modo, uma investigação do crime de corrupção é necessária da aceitação popular para atingir a “verdade pura”, por isso é defendido que é preciso da publicidade aos fatos investigados, dessa forma a investigação ganha legitimidade popular fortalecendo-a e conseqüentemente enfraquecendo a defesa²⁵.

Nesse ponto, pode se concluir que os crimes mais complexos estão começando a ser punidos, devido aos novos agentes públicos que buscaram meios, com substância jurídica (indireta), para investigar e punir esses crimes, no qual nosso código não alcançava.

Entretanto, essas ações, como por exemplo a Operação Lava Jato, servirão

²³ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, **periodicidade** 2004.

²⁴ SIMON, Pedro (Coord.). *Operação “mãos limpas”*: audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 27.

²⁵ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, **periodicidade** 2004.

de fundamentos para os crimes mais simples, aqueles que o processo penal alcança e consegue punir.

Por isso, a justiça penal brasileira corre um sério risco de retroceder, acabar como antigamente, a justiça do mais forte (mais influente, mais poderoso, mais rico, etc.). Poderemos ver, se já não vemos, perseguições políticas com sua validade garantida pela Operação Lava Jato.

Onde qualquer investigação de um ente político ou de alto escalão público deverão ser procedidas de prisões sem requisitos legais, quebra de sigilos autoritários, publicidade incisiva da denúncia, com fundamento, se não for assim não será possível concluir com êxito a investigação.

É aí que mora o perigo, é utilizada como forma de justificar outros atos autoritários e imparcial da denúncia, uma investigação utilizada em uma situação extrema, excepcional, direcionada, e bem planejada.

Sem deixar de salientar a força da mídia na sociedade brasileira. São 6 famílias que controla toda rede de comunicação no Brasil, número pequeno para ter todo monopólio da informação de um país tamanho do Brasil, e que pode facilmente manipular e fabricar um criminoso em cima de um inocente.

Condições tais é de alarmar a sociedade brasileira, onde encontramos uma justiça já tendenciosa para denúncia, Ministério Público atuando ao lado do Magistrado, Delegado sempre próximo do Promotor, o que dá força para denúncia. É certo que o Juiz não chega completamente imparcial para analisar os autos.

A dignidade da magistratura está em tutelar direitos fundamentais – verdadeira reminiscência da verdadeira soberania -; juízes devem se mirar no jurado Davis, do clássico *twelve angry men* (dirigido por Sidney Lumet), quem busca assegurar as regras do jogo e desconfia de condenações fáceis. Magistrados não podem tomar como arquétipo e autorrepresentação aquele Grande Tribunal kafkiano, imenso em sua arquitetura, mas implacável com os mais fracos.

Porém, o normal hoje é ver juízes acusadores, que buscam todos os meios e formas para condenar o réu.

Nesse diapasão, discorre o também Juiz Federal Flavio Antônio da Cruz:

Afinal de contas, qual o juiz ideal? O ideal, senhores, seria que não houvesse cadeias; e que a nossa sociedade não carecesse de juízes. Afinal de contas, ainda imaginamos o juiz como sendo uma espécie de ditador-filósofo, tratado por

Platão na sua República.

Temos imaginado que o juiz seria capaz racionalizar valores e, como tal, que ele seria capaz de descortinar direitos fundamentais, controlando as paixões irascíveis das multidões. Esse é o fundamento que está na base do Estado Constitucional, ao se reconhecer que o Poder Legislativo não pode tudo!

Enfim, também nesse âmbito há mitos.

Em que medida não ficamos todos reféns dos ‘ideais de vida boa’ dos juízes? Opções valorativas que não são aprovados pelas urnas? Mas, escolher juízes pela força das urnas teria o efeito nefasto de torná-los ainda mais dependentes de maiorias eventuais. Aí, então, é que não haveria mesmo sentenças absolutórias, já nossa população parece adorar uma condenação!!

Apenas registro que há um paradoxo no exercício da jurisdição.

Nós fomos educados a pensar que a legitimidade do poder decorreria da aquiescência dos atingidos e da sua previsibilidade. O poder deveria se tornar calculável. Mas hoje sabemos que a sentença judicial envolve certa contingência, porquanto ninguém pode prognosticar qual será o resultado de um processo!

Não posso avançar, porém, nesse tema.

Política está estruturada, e a forma como os juízes decidem! Apenas ênfase que o exame da legitimidade da jurisdição envolve uma difícil questão sobre a racionalização dos valores coletivos. Muito mais que lógica deontica, senhores, nós carecemos é de ciência política! Carecemos de debates densos sobre a forma como a nossa comunidade

E ainda:

Tal qual uma elipse, a compreensão do processo penal gravita em torno de dois vetores filosóficos fundamentais. Ele se destina à tutela da liberdade, um tema razoavelmente complexo. Por outro lado, o processo veicula um apetite por verdade, o que coloca em causa questões epistemológicas e gnosiológicas.

Ora, discute-se, no processo, a liberdade de todos os potenciais suspeitos e acusados. O que se admite quanto a um in-

vestigado e arguido específico, será reproduzido nos casos subsequentes!

É absolutamente indevida essa contraposição – infelizmente, muito corriqueira no Brasil – entre interesses do acusado e interesses da sociedade, como se fossem interesses antagônicos. É do interesse de toda a sociedade que as garantias fundamentais sejam cumpridas em todo e qualquer caso...

E quem não entendeu isso, simplesmente não pode ser juiz!

O fundamento ético do processo implica que não se pode tolerar, sob nenhuma justificativa, a punição de um inocente! Não há razões utilitaristas ou pragmáticas suficientes que possam amparar a condenação sem a cabal prova da responsabilidade criminal do denunciado.

Se mesmo a condenação do culpado já chega a causar vergonha – em um país que mantém, a céu aberto, verdadeiras masmorras e bastilhas! -, o que imaginar da punição de pessoas inocentes?²⁶

Zaffaroni diz que:

Adiante, percebesse a existência do juiz perseguidor dos criminosos e a necessidade deste existir, principalmente nesse momento, para quebrar o ciclo criminoso dos crimes contra a administração pública.

Por fim, a pergunta que se faz é, vale sacrificar os direitos individuais para um maior aproveitamento das investigações criminais?

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade busca incessantemente a procura de paz, diminuir a violência e sentir a sensação de segurança. Essa busca dará ênfase à presença física e ostensiva do aparato de segurança, em prejuízo da investigação e da inteligência policial. Trata-se de uma busca quase insana e irracional pela segurança que já

²⁶ CRUZ, Flávio Antônio da. *Juiz garantidor dos direitos humanos ou juiz perseguidor de criminosos?* Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juiz-garantidor-dos-direitos-humanos-ou-juiz-perseguidor-de-criminosos-por-flavio-antonio-da-cruz/>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

não existe mais. E isso se reflete também no processo penal e na fase de investigação criminal preliminar.²⁷

Ainda de forma introdutória dessas últimas considerações, necessário chamar atenção para a situação precária dos nossos presídios, no qual o Brasil é o 3º país que mais encarcera no mundo, sendo que cerca de 44% da população carcerária ainda aguardam julgamento, segundo relatório da ONU. Loïc Wacquant denominou Estado Centauro, que muito se assemelha a situação presente, um Estado que tem um discurso liberal, mas que se traduz em práticas autoritárias.

Nesse ínterim, Pergunta Jock Young,

Que tipo de Estado democrático é este, que além de ser incapaz de proteger seus cidadãos da criminalidade, põe uma faixa cada vez maior da sua população sob supervisão penal? Que espécie de contrato social livre existe entre Estado e cidadão e entre um cidadão e outro quando os guetos se tornaram áreas em que o toque de recolher vigora à noite para mulheres e velhos, quando a coerção do Estado é um suplemento necessário à vida cotidiana?²⁸.

Nesse passo, ater-se a uma definição ou critério de verdade no processo penal da sociedade brasileira atualmente é redefinir o papel do processo no Estado democrático. Se não é mais visto como um mero instrumento para a efetivação da punição, o processo penal deve ser concebido antes como um instrumento de defesa de direitos fundamentais como a ampla defesa e o contraditório e uma garantia do devido processo legal, consubstanciando-se o julgamento conforme as regras do sistema jurídico, senão como um julgamento justo, ao menos como um julgamento a procura das respostas mais corretas, conforme o marco constitucional vigente²⁹.

A busca da verdade, em alguns casos, serviu como um pretexto para a

²⁷ MENDES, Gerri Adriani. *O paradigma constitucional de investigação criminal*. 2010. f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

²⁸ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 56-57.

²⁹ ALVES, Fernando Antonio da Silva. *O dilema da prevalência da verdade real no processo penal*: o problema da verdade, segundo uma indagação hermenêutica aplicada ao processo penal brasileiro. Disponível: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33fd82d3d8d775c7>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

criminalização de condutas e para um expansionismo penal, em tempos de limitação punitiva ao exercício de liberdades políticas como o direito de protesto, mormente com a ausência de uma pré-compreensão do desvelamento dos fatos, não como uma expressão absoluta da realidade, mas como o desvelamento de um ente muito mais complexo, que somente pode deduzido através do processo e não fora dele, por meio de um solipsismo onde a realidade dos acontecimentos se transforma na mera realidade do julgador.

Contraopondo-se a vontade processual, como vontade previsível no âmbito do sistema jurídico de Estados democráticos, em sociedades no atual estágio de modernidade como no Brasil, contempla-se uma modalidade de verdade a ser concebida pelo processo que não passa por um critério estanque de realidade, desprovida de uma normatividade que lhe é conferida pelo sistema de direito como uma comunicação jurídica, convertida numa operação interna do sistema, donde repousa sua validade e legitimidade.

A verdade processual, enquanto autêntica verdade autopoética, por ser produzida no interior do próprio sistema jurídico, converte-se hoje como a mais racional exigência de verdade a que alude o processo, não se confundindo mais com a verdade solipsista do juiz, mas sim com uma verdade que tem consciência de sua limitação cognitiva, dada a circularidade do processo penal como um ser aí, a desvelar a verdade dos fatos enquanto um ente por si subsistente, mas que tem algo a revelar.

Entendendo que a verdade se encontra na historicidade dos fatos, no texto em si e não na mera facticidade de uma pretensa realidade inalcançável, buscada nos termos da cultura de um vigilantíssimo processual, abre-se uma nova dimensão hermenêutica para o processo penal, útil para a compreensão do papel do processo numa sociedade democrática³⁰.

Como o sistema do direito, e, em particular, o sistema do direito processual penal, apesar de operativamente fechado, encontra-se aberto à realidade social, tal realidade (inclusive a realidade das lutas políticas de um povo em suas manifestações populares) pode ser observada não como a realidade do sujeito

³⁰ ALVES, Fernando Antonio da Silva. *O dilema da prevalência da verdade real no processo penal: o problema da verdade, segundo uma indagação hermenêutica aplicada ao processo penal brasileiro*. Disponível: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33fd82d3d-8d775c7>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

que interpreta e aplica a norma, mas sim como a realidade do processo, espaço privilegiado de discussão jurídica, onde efetivamente as normas constitucionais encontram seu amparo e plena efetividade³¹.

Operando desta forma, muito possivelmente o julgador brasileiro esteja se afastando cada vez mais de um determinado dogma sobre a verdade, que em nada contribuiu para a evolução democrática nacional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando Antonio da Silva. *O dilema da prevalência da verdade real no processo penal: o problema da verdade, segundo uma indagação hermenêutica aplicada ao processo penal brasileiro*. Disponível: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33fd82d3d8d775c7>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Djalma Eutiímio de. *Curso de processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 295-309.

CRUZ, Flávio Antônio da. *Juiz garantidor dos direitos humanos ou juiz perseguidor de criminosos?* Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/juiz-garantidor-dos-direitos-humanos-ou-juiz-perseguidor-de-criminosos-por-flavio-antonio-da-cruz/>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 7-8.

³¹ ALVES, Fernando Antonio da Silva. *O dilema da prevalência da verdade real no processo penal: o problema da verdade, segundo uma indagação hermenêutica aplicada ao processo penal brasileiro*. Disponível: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33fd82d3d8d775c7>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

- MENDES, Gerri Adriani. *O paradigma constitucional de investigação criminal*. 2010. f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, **periodicidade** 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1101.
- SIMON, Pedro (Coord.). *Operação “mãos limpas”*: audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *Como (não) se ensinava processo penal antes da “lava jato”*. Eis o busílis!. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-09/senso-incomum-nao-ensinava-processo-penal-antes-lava-jato>>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- TAMBARA, Vinicius Otávio Cechin. *A evolução histórica dos sistemas processuais penais*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3040>>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- YOSHINO, André Motoharu. *Estudo da evolução do processo no Brasil: influência constitucional e independência das áreas*, 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI150022,81042-Estudo+da+evolucao+do+processo+no+Brasil+influen+cia+constitucional+e>> Acesso em: 14 abr. 2016.
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 56-57.



DELAÇÃO PREMIADA: A NOVA “PONTE DE DIAMANTE” DO DIREITO BRASILEIRO

Jorge Fragoso Netto¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Das Espécies de Colaboração Premiada Consagradas no Direito Brasileiro. 2.1. Desistência voluntária e arrependimento eficaz. 2.2. Arrependimento posterior. 3. Delação Premiada: Considerações Iniciais. 3.1. A delação premiada no direito positivo brasileiro: semelhanças e diferenças entre a delação e a plea bargaining norte americana. 3.2. Natureza jurídica da delação premiada no Brasil: instituto de direito material ou de direito processual?. 3.3. A delação premiada e a justa causa para propositura da ação penal. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

RESUMO

O presente artigo visa a abordar alguns aspectos do instituto da delação premiada no direito brasileiro, instituto que vem ganhando relevância nos últimos anos, especialmente após a edição da Lei federal nº 12.850/2013 e da eclosão da “operação lava-jato”. Para tanto, iremos dispor brevemente sobre as outras formas de colaboração premiada já consagradas no direito brasileiro, sustentando que a delação premiada configura espécie desse gênero. Traremos ainda a evolução legislativa do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, com uma breve análise acerca de sua utilidade enquanto meio de prova a garantir o implemento da justa causa para ação penal, apontando também as principais críticas que a doutrina vem fazendo ao instituto.

Palavras-chaves: Colaboração premiada. Delação premiada. Direito penal.

ABSTRACT

This paper intends to show some aspects about the brazilian legal instrument equivalent to the north american's plea bargaining. This institute acquired relevance in the past 3 years especially because of the federal act nº 12.850/13 and the “lavajato case”. To achieve that, we're gonna do some considerations about the other legal instruments that seems like the plea bargaining. Finally, we will bring some issues about the plea bargaining's evolution in the brazilian law, how it works nowadays, and what are the main problems that some professors point about this instrument.

Keywords: Award-winning collaboration. Snitching premiada. Criminal law.

¹ Jorge Fragoso Netto é advogado, graduado em Direito pela PUC-RJ e especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FDDJ. Aluno de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCeub/ICPD.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2009, teve início no Brasil a primeira fase da hoje célebre (e celebrada) “operação lava-jato”, que apurava, inicialmente, a suposta prática de delitos de lavagem de capitais, no Estado do Paraná².

A notoriedade da operação, entretanto, só veio a ocorrer a partir de março de 2014. Em razão de desdobramentos no decorrer da investigação, a Procuradoria da República no Estado do Paraná se viu diante de fortes indícios que apontavam para a existência de um complexo e engenhoso esquema de corrupção dentro da Petrobrás envolvendo superfaturamento de contratos celebrados entre a estatal e empreiteiras ou fornecedoras de bens e serviços, com repartição de farta propina entre os envolvidos e posterior ocultação e dissimulação dos valores obtidos ilicitamente.

A partir do segundo semestre de 2014, a “operação lava-jato” ganhou de vez espaço relevante na mídia brasileira, com a ocorrência de um evento que o próprio órgão do *parquet* define como um avanço da investigação: a colaboração de um ex-diretor da Petrobrás, por meio de acordo de delação premiada³.

Desde então, 44 acordos de delação premiada já foram celebrados entre o Ministério Público Federal e investigados na operação⁴, que se tornaram réus, mas com as devidas benesses pactuadas entre as partes – sobre as quais falaremos mais adiante neste trabalho.

Embora a delação premiada tenha previsão no direito positivo brasileiro desde o início da década de 90 – o que é desconhecido até mesmo por muitos operadores do direito – a ampla publicidade conferida à “operação lava-jato” vem contribuindo para a disseminação do debate acerca da sua utilização no âmbito do processo penal pátrio.

Pretendemos, pois, neste trabalho, abordar os principais aspectos relati-

² BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato*: por onde começou. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

³ BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato*: por onde começou. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

⁴ PRESTES, Cristine. *Pelo roteiro da Mãos Limpas, Lava Jato enfrenta agora suas maiores ameaças*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/pelo-roteiro-da-maos-limpas-lava-jato-enfrenta-agora-suas-maiores-ameacas>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

vos a essa espécie de colaboração premiada, que há poucos anos era menos difundida e debatida do que suas “irmãs” desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior.

Estarão também presentes neste artigo as principais críticas e elogios que vêm sendo tecidos pela doutrina em relação à utilização prática do instituto em análise, a partir de sua propagação pela já histórica “operação lava-jato”.

2. DAS ESPÉCIES DE COLABORAÇÃO PREMIADA CONSAGRADAS NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme já brevemente mencionado nas linhas introdutórias acima, a delação premiada é, para respeitável doutrina⁵, apenas uma das espécies de colaboração premiada presentes no ordenamento jurídico pátrio, posicionamento ao qual aderimos neste trabalho.

Antes de positivar o instituto da delação premiada, o legislador pátrio já havia incluído no Código Penal Brasileiro, no ano de 1984, os institutos da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e do arrependimento posterior, usualmente aplicados pelos tribunais brasileiros nos dias de hoje sem que despertem controvérsias e análises doutrinárias mais apuradas – o que ainda não ocorre em relação ao polêmico instituto da delação premiada.

Nesse sentido, recomendável que façamos breves apontamentos acerca dos institutos de colaboração já consagrados no direito brasileiro – conhecidos como “ponte de ouro” e “ponte de prata”, o que será abaixo explicado – antes de analisarmos com um pouco mais de profundidade a delação premiada.

2.1 Desistência voluntária e arrependimento eficaz

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz são institutos de direito penal material previstos no artigo 15 do Código Penal Brasileiro. Segundo o referido artigo, o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

Com efeito, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz constituem

⁵ GOMES, Luiz Flavio. *Delação premiada: ponte de ouro e ponte de prata*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/182676003/delacao-premiada-ponte-de-ouro-e-ponte-de-prata>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

verdadeiros prêmios para o sujeito ativo que age (colabora) de modo a evitar a consumação do resultado típico pretendido, ou porque abandona a execução do delito quando poderia eficazmente concluí-lo (desistência voluntária), ou porque após a realização da figura típica prevista em lei o agente passa a atuar para evitar o resultado previsto no tipo penal e pretendido por ele no momento da execução do delito⁶.

Os prêmios, neste caso, consistem em fazer com que o agente só responda pelos ilícitos praticados durante os atos preparatórios ou, no caso do arrependimento eficaz, responderá pelas lesões a bens jurídicos de relevância penal provocadas por sua conduta, mas não responderá pelo crime que inicialmente pretendia praticar, nem mesmo na forma tentada.

À guisa de exemplo, se o agente dispara arma de fogo pretendendo matar alguém, acertando a vítima, e em seguida passa a agir para evitar o resultado que antes desejava (morte), sendo bem sucedido, o agente responderá apenas pelo crime de lesão corporal, dada a eficácia de sua ação em evitar a consumação do crime de homicídio que almejava cometer. Noutra giro, se o agente não chega a acertar o disparo de arma de fogo na vítima, mas desiste de prosseguir na execução do delito, mesmo portando mais munição em sua arma e tendo a vítima em sua mira – isto é, o agente tinha todas as condições de consumir o delito, mas desiste de prosseguir em sua execução – só responderá pelo crime de disparo de arma de fogo, previsto no artigo 15 da Lei nº 10.826/2003⁷.

Nesse sentido, importante ressaltar que a desistência voluntária e o arrependimento eficaz são conhecidos como a “ponte de ouro” do direito penal, pois levam o agente à uma impunibilidade que é chancelada por lei. Para respeitável doutrina, os institutos em análise possuem natureza jurídica de causa pessoal de exclusão de punibilidade ou isenção de pena⁸. Há ainda quem considere que

⁶ Vale aqui transcrever a simples, porém, valiosa lição do Professor Luiz Régis Prado: “Enquanto na desistência voluntária o autor deteve o *iter criminis* em desenvolvimento, no arrependimento eficaz o autor tem que procurar impedir o resultado, revertendo a ação executada”. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 514.

⁷ Exemplo retirado de: ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral* (arts 1º a 120). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 515.

há verdadeira causa de exclusão da adequação típica⁹. Por fim, há corrente que considera haver verdadeira causa de exclusão de culpabilidade, por inexistir reprovabilidade social em relação ao agente que obsta a consumação do delito ou evita o resultado típico, mesmo depois de consumado – corrente a qual nos filiamos neste trabalho¹⁰.

Por fim, vale mencionar os requisitos para que o agente que colabora para impedir o resultado típico possa ser beneficiado com a isenção de pena prevista no artigo 15 do Código Penal. A doutrina, sem maiores controvérsias, aponta a voluntariedade do agente e a eficácia de sua atuação para impedir o resultado como requisitos para que o autor faça jus ao benefício conferido pelo legislador penal. Importante ressaltar que, quanto à espontaneidade, não será preciso perquirir os motivos pelos quais o agente voluntariamente desistiu de prosseguir na execução do crime ou atuou para que o resultado não fosse produzido. Basta que o agente tivesse a liberdade de escolher entre duas condutas, e tenha escolhido não prosseguir ou impedir o resultado¹¹.

Tais requisitos configuram mais um paralelo entre os institutos acima vistos e a delação premiada, sobre a qual nos debruçaremos de modo mais específico mais adiante neste trabalho, o que leva a doutrina a afirmar que estes institutos são espécies de um mesmo gênero, a colaboração premiada.

2.2 Arrependimento posterior

O arrependimento posterior também é instituto de direito material, incluído no Código Penal brasileiro na reforma de 1984. O artigo 16 desse diploma legislativo apresenta-se nos seguintes termos: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

Da leitura desse artigo, já se pode inferir que o arrependimento posterior demanda o preenchimento de mais requisitos e produz consequência diferente

⁹ ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral* (arts 1º a 120). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264.

¹⁰ Pensamento de Welzel e Roxin, reproduzido por: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 201.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 514.

em relação ao agente do que os institutos brevemente analisados nas linhas anteriores.

Nessa linha, verifica-se que o instituto em análise só se aplica aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça (requisito objetivo), e se o agente se propuser a reparar o dano ou restituir a coisa, voluntariamente (requisito subjetivo, idêntico ao dos benefícios do artigo 15, CP), até o recebimento da denúncia ou da queixa (elemento temporal).

O arrependimento posterior opera verdadeira causa de diminuição de pena em favor do autor, sendo esta sua inequívoca natureza jurídica para a doutrina. A causa de diminuição de pena incidirá na última fase de dosimetria da pena, em patamar a ser estabelecido pelo juiz entre um e dois terços, de acordo com o caso concreto.

Trata-se, para a doutrina, de mais uma das pontes do direito penal que permitem ao autor do fato típico a atenuar de sua punibilidade, sem que, no entanto, haja exclusão integral da pena. Por esse motivo, a doutrina vem definindo o arrependimento posterior como a “ponte de prata” do direito penal.¹²

3. DELAÇÃO PREMIADA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Vistas, ainda que superficialmente, as formas já consagradas de colaboração premiada permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, passamos agora à análise mais específica do instituto da delação premiada, sem a pretensão, no entanto, de esgotar o tema, que vem sendo alvo de acaloradas polêmicas no direito brasileiro nos últimos anos, em especial com a eclosão das fases mais recentes da operação lava-jato, a partir do ano de 2014.

Com base na configuração legal atribuída ao instituto da delação premiada hoje, no Brasil, podemos defini-la como instrumento de colaboração por meio do qual o coautor ou partícipe de um ou mais crimes fornece às autoridades de persecução penal, de forma voluntária, elementos que contribuam efetivamente para elucidação dos delitos e encontro de provas, seus coautores (integrantes ou não de organização criminosa), e/ou a localização de vítimas ou bens que sejam

¹² GOMES, Luiz Flavio. *Delação premiada: ponte de ouro e ponte de prata*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/182676003/delacao-premiada-ponte-de-ouro-e-ponte-de-prata>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

produto dos delitos, com o fim de obter a diminuição da sua pena ou até mesmo o perdão judicial.

O instituto ora em análise tem aplicação em diversos países, tais como Itália, Espanha, Inglaterra e Alemanha¹³. No entanto, é na *plea bargaining* do direito norte-americano que a delação premiada no Brasil buscou sua maior inspiração para chegar ao modelo no qual é atualmente aplicada no Brasil, o que vem gerando muitas críticas por parte de parcela da doutrina, que vê como inadequada a utilização de um instituto derivado da *common law* – ainda que com as devidas adaptações – em um ordenamento jurídico de tradição romano-germânica, como é o do Brasil, no qual os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal são basilares de toda a teoria do processo penal¹⁴.

Adiante, traçaremos alguns contornos acerca da evolução da delação premiada no direito brasileiro, com enfoque no perfil legal que hoje lhe é atribuído.

3.1 A delação premiada no direito positivo brasileiro: semelhanças e diferenças entre a delação e a *plea bargaining* norte americana.

Embora haja registro histórico acerca do instituto da delação premiada nas Ordenações Filipinas de 1603¹⁵, no direito pátrio moderno essa espécie de colaboração surge pela primeira vez com a entrada em vigor da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90). Em síntese, essa lei promoveu alteração no Código Penal para permitir que, nos crimes de extorsão mediante sequestro cometidos em quadrilha ou bando, o coautor pudesse ser beneficiado com redução de pena caso denunciasse o crime às autoridades de persecução penal, de modo a facilitar a libertação do sequestrado.

Importante ressaltar que, desde o início, se estabeleceu um modelo no

¹³ FERREIRA, Cristiano de Oliveira. *O processo penal de emergência face às garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil*. 2011. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Como é possível ensinar processo penal depois da operação "lavajato"?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹⁵ BARRETO, Ricardo de Araújo. *A delação premiada no Brasil*. 64 f. Monografia (Pós-Graduação lato sensu) - Programa de Pós-Graduação lato sensu em Direito Constitucional, Escola de Magistratura do Ceará, Fortaleza: ESMEC, 2014.

qual era necessário que a delação levasse a outros autores do delito. A Delação do cometimento de crime cometido exclusivamente pelo delator não é delação, é mera confissão, que deve tão somente ser valorada discricionariamente pelo juiz apenas como atenuante genérica, na segunda fase de dosimetria da pena, nos termos do artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

Em 1995, a Lei 9.034/95 trouxe dispositivo semelhante para todo e qualquer crime praticado em quadrilha ou bando, quando o coautor delator contribuiu para desvendar os participantes da organização e os delitos cometidos. Neste mesmo ano, a Lei nº 9.080/95 também instituiu essa causa de diminuição de pena para os crimes praticados em coautoria contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária.

Mais adiante, no ano de 1998, a Lei nº 9.613/98, que tipifica os crimes de lavagem de capitais e ativos, trouxe relevantes novidades para o regime de delação premiada até então vigente. Com efeito, essa lei passou a prever a possibilidade de o juiz conceder não somente uma diminuição de pena ao delator, sendo possível também, a depender da utilidade da delação para o processo, a concessão do perdão judicial ao delator ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em 2012, essa lei passou por importantes alterações legislativas, estendendo o limite temporal para concessão do perdão judicial ou substituição da pena, que agora podem ser aplicados a qualquer tempo – até mesmo ao réu delator que já esteja em fase de execução de pena.

Igualmente, trazendo a possibilidade de perdão judicial ou diminuição de pena ao réu delator, entrou em vigor em 1999 a Lei nº 9.807, que conferiu a possibilidade de delação premiada aplicada a qualquer tipo de crime. Parcela da doutrina entendeu, à época, que a referida lei acabou por banalizar o instituto da delação premiada ao estendê-la indiscriminadamente¹⁶.

Mais recentemente, a Lei de drogas (Lei nº 11.343/2006) e a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) também trouxeram previsões normativas acerca da aplicação do instituto em análise, sendo esta última, entretanto, a que se ocupou em especificar de forma mais detalhada o procedimento da delação premiada.

¹⁶ BARRETO, Ricardo de Araújo. *A delação premiada no Brasil*. 64 f. Monografia apresentada no Programa de Pós-Graduação lato sensu em Direito Constitucional da Escola de Magistratura do Ceará, sob orientação do Professor Marcelo Roseno de Oliveira. Fortaleza: ESMEC, 2014.

Por essa razão, a Lei nº 12.850/2013 é tida hoje como o principal marco legislativo em matéria de delação premiada no país, sendo certo que o procedimento estabelecido por essa lei para os acordos de delação vem sendo aplicado na “operação lavajato” até mesmo para os réus que não estão sendo denunciados pelo crime de organização criminosa¹⁷, o que indica o caráter de matriz procedimental conferido a essa lei, em matéria de delação premiada – embora a lei, de modo atécnico, a denomine de “colaboração premiada”, sendo certo que, conforme já esclarecemos, esse termo identifica um gênero que comporta três espécies, entre as quais está a delação premiada.

Com efeito, são cabíveis aqui alguns comentários acerca dos requisitos e do procedimento trazidos por essa lei para a efetivação da delação premiada.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a Lei nº 12.850/2013 manteve a efetividade e voluntariedade da colaboração como requisitos para celebração do acordo de delação premiada entre investigado ou acusado e o Ministério Público – requisitos estes que, conforme vimos, também estão presentes nas demais espécies de colaboração premiada existentes no direito pátrio. Interessante notar que a palavra “acordo” anteriormente utilizada aparece pela primeira vez, de forma textual, nessa lei, o que sem dúvida indica uma intenção do legislador em promover uma aproximação sistêmica entre a delação premiada e a *plea bargaining* norte-americana.

A lei deixa claro ainda que o juiz não deverá participar das negociações realizadas entre as partes para celebração do acordo de colaboração (delação), o qual será distribuído posteriormente de forma sigilosa, para homologação, sem informações que possam identificar o colaborador.

Não obstante o legislador brasileiro tenha tentado aproximar a delação premiada da *plea bargaining*, subsistem ainda algumas diferenças basilares entre os institutos. Podemos destacar, por exemplo, que no Brasil nenhuma sentença pode ser proferida com base exclusivamente em delação premiada, que deverá ser um fio condutor para que o Ministério Público possa chegar a outras provas,

¹⁷ Conferir, a esse respeito, o processo nº 5083838-59.2014.4.04.7000/PR, em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba. Neste processo, o juiz sentenciante diminui a pena de um dos réus, Sr. Julio Camargo, e aplica-lhe regime inicial aberto para seu cumprimento, citando diversas vezes, em sua fundamentação, a Lei nº 12.850/2013, muito embora esse réu não tenha sido condenado pelo crime de organização criminosa.

que deverão ser levadas a juízo e servir de fundamento para a futura sentença penal condenatória. Nos Estados Unidos, o acordo celebrado entre as partes substitui a própria sentença. Neste acordo, as partes negociam e pactuam desde o fato típico que será imputado ao réu, até a quantidade de pena e o regime de cumprimento, inexistindo atividade jurisdicional sobre o que ficar acertado entre as partes.

Embora parcela da doutrina entenda que a delação premiada fere os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, é importante asseverar que, no direito brasileiro, a delação premiada não implica em renúncia ao direito do Ministério Público de propor a ação penal, tampouco em desistência da ação já proposta. Ao contrário, é por meio do oferecimento da denúncia que a delação é levada a conhecimento do juízo criminal, que poderá ou não homologá-la, de acordo com sua utilidade para o processo, não estando sequer adstrito aos termos em que o acordo for celebrado entre as partes.

Noutro giro, no sistema norte-americano, a *plea bargaining* pode conter apenas uma mera confissão do acusado, sendo desnecessário que ele delate coautores, o que já dissemos não se coaduna com o modelo de delação premiada instituído no Brasil, no qual a delação não pode ter conteúdo de mera confissão¹⁸.

3.2 Natureza jurídica da delação premiada no Brasil: instituto de direito material ou de direito processual?

Uma das questões que ainda desperta polêmica na doutrina refere-se à natureza jurídica da delação premiada¹⁹.

Há quem aponte que a delação premiada é instituto de direito material, atuando como causa de diminuição de pena ou de extinção da punibilidade do réu (quando concedido o perdão judicial ao delator).

¹⁸ FERREIRA, Cristiano de Oliveira. O processo penal de emergência face às garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil. 2011. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

¹⁹ Dispondo sobre a polêmica natureza jurídica do instituto: ARDENGHI, Ricardo Pael. Fim do sigilo da delação premiada com o recebimento da denúncia: Necessidade de uma interpretação à luz do Garantismo Penal Integral. In: *Temas atuais do Ministério Público Federal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. inicial-final. p. 1042.

Entretanto, em sede doutrinária, o instituto costuma ser mais abordado, no Brasil, por autores que se dedicam ao estudo do direito processual penal, os quais tendem a conferir à delação a natureza jurídica de meio de prova anômalo, uma vez que o delator acaba por ter a função, no processo, de verdadeira testemunha imprópria²⁰. Entendemos que este posicionamento é o que melhor se coaduna com a sistemática do instituto da delação premiada, na forma que incorporado ao direito brasileiro.

Em que pese o delator celebrar o acordo com o Ministério Público visando à obtenção de um benefício, não se pode atribuir a natureza jurídica a um instituto tão somente pela consequência que provoca, mas primordialmente tendo em vista os fins para os quais ele se presta e por que ele foi incorporado ao direito brasileiro.

Assim, salvo melhor juízo, entendemos que o instituto da delação premiada não foi incorporado ao direito pátrio com o escopo de diminuir ou excluir penas. O objetivo do instituto, a nosso sentir, é atribuir aos órgãos de persecução penal um meio para obtenção de elementos mais sólidos, capazes de demonstrar cabalmente a materialidade do delito e sua autoria, elementos esses que são indispensáveis para o exercício da ação penal no direito brasileiro, dado que configuradores da justa causa enquanto uma das condições da ação positivadas no Código de Processo Penal Pátrio. A exclusão ou diminuição de pena são meros efeitos do instituto, mas não as causas pelas quais ele foi positivado.

Adiante, faremos algumas considerações acerca da delação premiada enquanto instrumento para configurar a justa causa para ação penal.

3.3 A delação premiada e a justa causa para propositura da ação penal.

O direito processual pátrio adotou a teoria das condições da ação, oriunda da teoria geral do processo, ao estabelecer que a denúncia ou queixa será rejeitada quando ausente alguma das condições para o exercício da ação penal ou, mais especificamente, a justa causa (artigo 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal).

²⁰ BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 173

Correntes mais modernas do direito processual penal brasileiro vêm sustentando, contudo, a necessidade da criação de uma teoria da acusação, na qual as condições da ação alberguem categorias mais próprias do direito processual penal, rechaçando o interesse em agir e a possibilidade jurídica do pedido como condições para o exercício da ação penal²¹.

Entretanto, mesmo a doutrina mais moderna continua a apontar a justa causa como condição específica para o exercício da ação penal.

Sem maiores controvérsias, a doutrina define a justa causa como a indispensabilidade de demonstração, na inicial acusatória, de suporte probatório mínimo que aponte indícios razoáveis de materialidade e autoria do delito. Aury Lopes Jr. aborda ainda a justa causa como um elemento de controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal²².

Diante dessas considerações, não há como negar a importância da delação premiada enquanto instrumento para obtenção, pelos órgãos de persecução penal, do maior lastro probatório possível para dar sustentação à peça acusatória que dará início ao processo, o qual se configura como único e legítimo instrumento de aplicação do direito penal em nosso ordenamento jurídico.

A delação premiada, portanto, se efetiva – o que ocorre quando ela leva ao Ministério Público outros elementos de prova do delito e de sua autoria, que dificilmente seriam obtidos por outros meios – dará maior robustez à indispensável justa causa para o exercício da ação penal, contribuindo para que se chegue o mais próximo possível da “mitológica” verdade real, aumentando as chances de um julgamento mais justo e adequado para o réu e para a sociedade enquanto destinatária da tutela penal do Estado.

3.4 As “pontes” do direito penal enquanto instrumentos de política criminal

Em que pese o inegável caráter processual da delação premiada, é correto afirmar que o instituto, que Luiz Flavio Gomes vem chamando de “ponte de

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

²² LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 126.

diamante”²³ – em alusão às já consagrada “ponte de ouro” e “ponte de prata” – representa importante instrumento de política criminal.

Com efeito, em relação às já consagrada “ponte de ouro” e “ponte de prata” – vale lembrar, desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior –, a doutrina já afirmava esse caráter de instrumento de política criminal²⁴, uma vez que refletem uma opção estatal levada a efeito pelo legislador de beneficiar aquele autor da ação típica que evita a consumação do delito originalmente pretendido ou que, mesmo após a consumação, repara o dano causado à vítima.

As escolhas estatais que, consolidadas em lei, levam à exclusão de pena ou à sua diminuição claramente se situam no campo da política criminal, pois evidenciam uma atuação do Estado fulcrada em evitar ou solucionar de modo mais efetivo (como é o caso da reparação à vítima) o conflito penal.

Não poderia ser diferente, portanto, em relação à delação premiada, que vem sendo aprimorada pelo legislador ao longo dos anos, conforme demonstramos, com o fim de promover um incremento na atividade persecutória do Estado, fortalecendo as instituições responsáveis por ela – o que, ao fim e ao cabo, também representa novo óbice à prática delitiva, à medida em que tais instituições são fortalecidas, do ponto de vista instrumental, em suas funções constitucionais de persecução criminal.

Sob este aspecto, pode-se afirmar ainda que a “operação lavajato” enfatiza o caráter de instrumento de política criminal atribuído ao instituto, dada sua indubitável importância e contribuição nas diversas condenações, bem como para o ressarcimento de valores oriundos dos crimes, os quais não seriam possíveis sem a colaboração dos delatores, segundo diversas declarações dos agentes estatais envolvidos – o que também só foi possível, em última análise, a partir de escolhas políticas materializadas em lei que culminaram com uma melhor e mais sofisticada regulamentação desse instrumento.

²³ A nomenclatura é nova, segundo o Professor Luiz Flavio Gomes, o que pode ser encontrado em: QUAL a diferença entre ponte de ouro, ponte de prata em sentido estrito e ponte de prata? Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_tScexQnYtM>. Acesso em:

²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 515.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que expusemos no presente trabalho, é possível afirmar que o instituto da delação premiada representa um avanço para a atividade de persecução penal do Estado, permitindo, em especial, e o estancamento daqueles delitos praticados por organizações criminosas de estrutura complexa e que prejudicam a sociedade como um todo.

A utilidade da delação premiada, especialmente nesses delitos, é reconhecida pelos próprios membros do Ministério Público²⁵, que hoje conseguem desvendar crimes até então indecifráveis, graças a esse instrumento, que hoje permite o encontro de provas que antes eram inalcançáveis.

É claro que o instituto não está imune a críticas e pode ser aperfeiçoado. As críticas, aliás, que em geral derivam de setores da doutrina mais identificados com o “garantismo penal”, devem servir exatamente para o aperfeiçoamento dos instrumentos, e não para seu abandono, notadamente quando os resultados alcançados são inegáveis e de grande valia para a sociedade.

Tais críticas muitas vezes se posicionam em campos paralelos ao Direito, carregando viés moral ou ético. Há quem critique a delação premiada, por exemplo, por entender que o Estado está se valendo de uma traição entre criminosos para, beneficiando um deles, punir os demais.

Noutro viés, com maior substrato teórico, há quem entenda que a delação manifesta verdadeira tendência à adoção de uma “justiça criminal negocial”²⁶, na qual as garantias processuais do acusado face à acusação são mitigadas ou mesmo violadas²⁷.

Malgrado a relevância e notável competência daqueles que vêm tecendo as referidas críticas, reafirmamos os avanços que a delação premiada enquanto instrumento processual de matriz político-criminal trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, permitindo o desvendamento de crimes que, sem ela, conti-

²⁵ ARDENGHI, Ricardo Pael. Fim do sigilo da delação premiada com o recebimento da denúncia: Necessidade de uma interpretação à luz do Garantismo Penal Integral. In: *Temas atuais do Ministério Público Federal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. inicial-final. p. 1033.

²⁶ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica*. São Paulo: 2016. Editora Saraiva. P. 178.

²⁷ TAVARES, Juarez. PRADO, Geraldo. *O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito: Análise de casos*. Florianópolis: 2016. Editora Empório do Direito. P.169.

nuariam a ser executados, trazendo enormes e inegáveis benefícios a toda sociedade, especialmente diante da relevância pública e social dos bens jurídicos lesionados pelos crimes nos quais ela está sendo utilizada com maior frequência.

Nesse sentido, importante mais uma vez destacar que ainda que o procedimento aplicado à delação não esteja imune a reparos ou aperfeiçoamentos, o modelo brasileiro não permite que a delação premiada seja o único meio de prova a fundamentar uma sentença penal condenatória, devendo ser apenas um fio condutor para obtenção de outras provas, o que reputamos correto e até aconselhável em um sistema processual penal no qual se busca um processo justo e o mais próximo possível da verdade real dos fatos.

Por fim, concordamos com a observação feita por Ricardo Pael Ardenghi em seu artigo sobre o tema, no qual o eminente membro do *parquet* federal, citando artigo de autoria de Douglas Fischer, afirma que a delação premiada se coaduna com o chamado “garantismo penal integral”, por meio do qual se defende que o Estado deve, em uma compreensão integral e sistêmica dos postulados garantistas, levar ao cidadão e à sociedade as garantias de eficiência e segurança, protegendo não só bens jurídicos individuais, mas também os bens jurídicos coletivos que derivam da Constituição Federal de 1988²⁸.

REFERÊNCIAS

ARDENGHI, Ricardo Pael. Fim do sigilo da delação premiada com o recebimento da denúncia: Necessidade de uma interpretação à luz do Garantismo Penal Integral. In: *Temas atuais do Ministério Público Federal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. inicial-final.

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARRETO, Ricardo de Araújo. *A delação premiada no Brasil*. 64 f. Monografia (Pós-Graduação lato sensu) - Programa de Pós-Graduação lato sensu em Direito Constitucional, Escola de Magistratura do Ceará, Fortaleza: ESMEC, 2014.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato: por onde começou*. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde>

²⁸ ARDENGHI, Ricardo Pael. Fim do sigilo da delação premiada com o recebimento da denúncia: Necessidade de uma interpretação à luz do Garantismo Penal Integral. In: *Temas Atuais Do Ministério Público Federal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 1048.

-começou>. Acesso em: 26 abr. 2016.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral* (arts 1º a 120). São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Cristiano de Oliveira. *O processo penal de emergência face às garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil*. 2011. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. *Delação premiada: ponte de ouro e ponte de prata*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/182676003/delacao-premiada-ponte-de-ouro-e-ponte-de-prata>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRESTES, Cristine. *Pelo roteiro da Mãos Limpas, Lava Jato enfrenta agora suas maiores ameaças*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/pelo-roteiro-da-maos-limpas-lava-jato-enfrenta-agora-suas-maiores-ameacas>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

QUAL a diferença entre ponte de ouro, ponte de prata em sentido estrito e ponte de prata? Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_tScexQnYtM>. Acesso em:

ROSA, Alexandre Morais da. *Como é possível ensinar processo penal depois da operação “lavajato”?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

ANÁLISE DA LEI 11340/06 FRENTE À SÚMULA 536 DO STJ

Kauna Rener Kassem¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fatores Agregantes à Violência De Gênero. 2.1. A Lei 9099/95 como Ferramenta de Estratégia Político-criminal. 3. A Interpretação do STF-ADC/19. 4. O Posicionamento do STJ. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO

O presente trabalho busca esclarecer se algumas técnicas político-criminais atualmente aplicadas no combate à violência doméstica contra a mulher vêm sendo eficazes. Entre essas estratégias estão os programas de acompanhamento psicossocial interligados ao processo penal, a acentuada especialização de promotorias de Justiça e orientação de atuação combativa no deferimento de medidas protetivas. Com a vinda da Súmula 536 do STJ, o *sursis* processual, deixou de ser aplicado aos casos concretos no Judiciário, gerando sério prejuízo às vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher no que tange à ineficácia das penas aplicadas.

Palavras-chave: Violência doméstica. Política-criminal. Súmula 536 STJ.

ABSTRACT

This study aims to clarify whether some political and criminal techniques currently used to combat domestic violence against women have been effective. Among these strategies are the psychosocial support programs linked to criminal proceedings, the sharp expertise of public prosecution offices and guidance combative performance in granting protective measures. With the coming of Precedent 536 of the Superior Court, the procedural probation, no longer applied to concrete cases in the judiciary, creating serious damage to victims of domestic and family violence against women with regard to the ineffectiveness of the penalties imposed.

Keywords: Domestic violence. Political-criminal. Precedent 536 STJ.

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCeub/ICPD; Advogada-UniCeub, Centro de Atendimento Comunitário do UniCeub – SCS – Quadra 1 - Conj. A - 5º andar - Edifício União - Brasília-DF – Fone: (61) 3966-1644; kauna.kassem@uniceub.br.

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica é hoje um dos temas mais amplos no ramo do direito penal. Cada vez mais, as mulheres vêm tendo seus direitos garantidos e aplicados. A lei 11.340/06 é uma evolução do sistema de políticas públicas em defesa à mulher, trouxe uma série de medidas a fim garantir a eficácia na aplicação da norma, principalmente porque tais medidas são urgentes e imediatas. Não se pode desconsiderar que o trâmite processual penal é vagaroso, bem como muitas vezes a aplicação da lei por si só não é eficaz, quando aplicada ao pé da letra.

Segundo dados da pesquisa feita pelo Senado Federal² aproximadamente uma em cada cinco brasileiras reconhece já ter sido vítima de violência doméstica ou familiar provocada por um homem. Os percentuais mais elevados foram registrados entre as que possuem menor nível de escolaridade, as que recebem até dois salários-mínimos, e as que têm idade de 40 a 49 anos. Ou seja, estamos falando de um grande número de casos de violência que acontecem nas famílias brasileiras sem uma solução efetiva do Estado.

As políticas públicas caminham como ferramenta para auxiliar e efetivar a garantia de segurança à mulher vítima de violência doméstica. A aplicação da pena por si só não gera eficácia necessária para combater a violência contra a mulher. Principalmente pela vagarosidade do judiciário, bem como a solução apresentada pelo Estado não preencher as funções sociais da pena, quais sejam ressocializar, reprimir e prevenir. Na maioria das vezes as políticas públicas exercem esse caráter social, bem como outros “remédios” legais, alternativas outras para combater a violência contra a mulher.

Dessa forma, busca-se aqui demonstrar que uma das ferramentas mais utilizadas nos últimos anos para combater a violência contra a mulher e garantir meios para que o agressor permaneça por mais tempo afastado da vítima, o *sursis processual*, ou suspensão condicionada do processo, que vinha sendo aplicado aos casos de violência contra a mulher nos últimos anos, com a inserção da Súmula 536 do STJ fora vedado para fins de aplicação na Lei 11.340/06, gerando mais prejuízo às vítimas de violência doméstica no que se refere à sua função

² **INSERIR LINK DA PESQUISA** Disponível em: www.senado.leg.br/noticias/datasenado <acessado em: 29 de março de 2016, às 20:01hs.

social e sua importância na legislação atual do que a mera aplicação da pena, a qual a nosso ver, não atinge a função social que uma pena deve cumprir. Assim, o presente trabalho faz uma crítica à essa vedação trazida pela Súmula 536 do STJ, e procura demonstrar a ineficácia da pena legal quando aplicada nos casos de violência doméstica contra a mulher.

2. FATORES AGREGANTES À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Inicialmente cumpre citar alguns conceitos comumente trazidos pela doutrina acerca do assunto. Segundo Maria Berenice Dias:

Desde que o mundo é mundo humano, a mulher sempre foi discriminada, desprezada, humilhada, coisificada, objetificada, monetarizada. Ninguém duvida que a violência sofrida pela mulher não é exclusivamente de responsabilidade do agressor. A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decore da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação de dominante e dominado. Essas posturas acabam sendo referendadas pelo Estado. Daí o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência doméstica. O Brasil guarda cicatrizes históricas da desigualdade, inclusive no plano jurídico³.

A cultura machista está intrínseca na sociedade brasileira. A mulher ainda encontra muitas dificuldades para conquistar seu lugar sem qualquer preconceito ou submissão. Por outro lado, não se pode negar que dentro do contexto familiar existe uma série de fatores que contribuem para firmamento da violência dentro do lar, seja o fator de dependência financeira, dependência emocional, a dependência do álcool e das drogas, tais fatores estão intrínsecos na relação doméstica e pode desestruturar um ceio familiar a qualquer momento.

2.1 A Lei 9099/95 como ferramenta de estratégia político-criminal

Algumas medidas de apoio vieram sendo adotadas como uma forma de

³ DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15-16.

não apenas punir o agressor, mas de restaurar o convívio pacífico familiar. A Lei 9099/95, trouxe algumas ferramentas utilizadas como meio de aplicar política criminal, dando uma oportunidade de restauração ao agressor e apoio à vítima de violência doméstica. O artigo 89 da Lei 9099/95 narra:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)⁴.

Nos casos em que o Ministério público oferecia a suspensão condicional do processo, colocava como requisito o cumprimento de algumas medidas obrigatórias e outras de política criminal, tais como assistir palestra sobre o combate de violência contra a mulher, participar de determinados grupos de apoio, exemplo: CAPS (Centro de Apoio Psicossocial), onde são realizados trabalhos individuais, ou em grupo, todos direcionados a combater os “causadores” dos conflitos familiares, dentre eles rede de apoio ao usuário de drogas e de álcool. Veja-se: “§2º-O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada à suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”⁵.

E com efeito, se o suposto agressor cumprisse as medidas no período estabelecido, o processo seria extinto sem julgamento do mérito. Além do mais, ao aceitar a suspensão condicional do processo não constaria para fins de registros cartorários o fato de estar respondendo a esse processo.

A pesquisa⁶ realizada pela Escola Superior do Ministério Público da União analisou casos de violência no casal heterossexual registrados pelos Juizados Especiais Criminais de Ceilândia e Samambaia, no Distrito Federal. O foco

⁴ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em:

⁵ Inserir referência.

⁶ MORATO, Alessandra Campos; SANTOS, Claudiene; RAMOS, Maria Eveline Cascardo; LIMA, Suzana Canez da Cruz. *Análise da relação sistema de justiça criminal e violência doméstica contra a mulher: a perspectiva de mulheres em situação de violência e dos profissionais responsáveis por seu acompanhamento*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

do trabalho foi quantificar tais conflitos, conhecer as respostas dadas pelo sistema de justiça, bem como mostrar o ponto de vista de mulheres e profissionais envolvidos, buscando alternativas para o enfrentamento do fenômeno. Veja-se:

A Lei n. 9.099/1995 exige que a mulher vítima de violência expresse que deseja prosseguir o processo contra o autor da agressão. Observamos um elevado número de renúncias em ambas as cidades, ou seja, a decisão (na maior parte das vezes expressa) da mulher de não dar continuidade ao processo, como pode ser visto nas tabelas a seguir.

Tabela 28 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Situação do processo na data da pesquisa em Ceilândia-DF.

Arquivado por renúncia tácita ou expressa: 285 -92,83%

Em andamento: 11- 3,58%

Arquivamento pelo cumprimento da transação/sentença condenatória/suspensão condicional do processo:10 -3,26%

Arquivado em decorrência de prescrição: 1- 0,33%

Total: 307- 100 %

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 29 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Situação do processo na data da pesquisa em Samambaia-DF.

Arquivado por renúncia tácita ou expressa: 249- 82,45%

Arquivado em decorrência de prescrição: 2 -0,66 %

Arquivado pela morte do autor: 2 -0,66 %

Arquivado por decadência: 3- 0,99%

Arquivamento pelo cumprimento da transação/sentença condenatória/suspensão condicional do processo:12 -3,98%

Em andamento: 34-11 ,26 %

Total: 302 – 100%

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 30 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Vítima autorizou prosseguimento do processo em Ceilândia-DF.

Não: 286 -93,16 %

Sim: 21 -6,84%

Total: 307- 100%

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Essas mulheres, ao mesmo tempo em que continuam depositando sua confiança nesse sistema tradicional, quando convidadas a dar a ele seu aval, autorizando o prosseguimento da apuração, retrocedem e recusam as respostas que o Estado lhes oferece, evidenciando o caráter paradoxal e peculiar desse tipo de violência e, mais ainda, a inadequação ou insuficiência dessas respostas.

Verificamos que a vítima recusou as alternativas tradicionais que lhes foram apresentadas pelo Estado em cerca de 90% dos casos. O prosseguimento do processo, nos termos em que existe hoje, significa imposição de castigo, pena ou responsabilização por fato que já aconteceu, como já mencionado. O Estado não dispõe hoje de alternativas que busquem a construção de uma sociabilidade menos violenta do par relacional. Enquanto o olhar da vítima estende-se para o futuro, para uma vida livre de violência, as respostas tradicionais do Estado oferecem castigo pelo que já ocorreu, e só. As intervenções multidisciplinares ainda são muito pouco frequentes, como veremos mais adiante.

Tabela 31 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Vítima autorizou prosseguimento do processo em Samambaia-DF.

Não: 264- 87,42 %

Sim: 33 -10,93%

Não informado: 5- 1,66 %

Total: 302- 100%

Fonte: TJDFT

Tabela 32 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Tipo de renúncia em Ceilândia-DF

Expressa: 247- 86,36%

Tácita: 39 -13,64 %

Total: 286 -100%

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 33 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Local da renúncia expressa em Ceilândia-DF

Por telefone: 97 -39,27%

Na delegacia: 77 – 31,17%

Em audiência com conciliador: 46 -18,62 %

Secretaria de Vara: 16 – 6,48%

Em audiência com juiz ou promotor: 9 – 3,64 %

Com oficial de justiça: 2 – 0,82%

Total: 247 -100%

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 34 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Motivo da renúncia tácita em Ceilândia-DF

Vítima intimada, não compareceu à audiência: 13 -33,33%

Vítima mudou de endereço e não compareceu: 26 -66 ,67%

Total: 39- 100%

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 35 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Tipo de renúncia em Samambaia-Df

Expressa: 155 -58,71%

Tácita: 109- 41 ,29%

Total: 264- 100%

Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 36 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Local da renúncia expressa em Samambaia-DF

Em audiência com juiz ou promotor: 42 – 27,10%

Secretaria de Vara: 40- 25,81%
 Na delegacia: 34- 21 ,94%
 Por telefone: 22 -14 ,19%
 Em audiência com conciliador: 10 -6,45%
 Com oficial de justiça: 7 – 4,51%
 Total: 155 -100%
 Fonte: Banco de dados do MPDFT

Tabela 37 – Distribuição da frequência dos casos de violência no casal –

Motivo da renúncia tácita em Samambaia-DF.

Vítima intimada, não compareceu à audiência: 74 -67,89%
 Vítima mudou de endereço e não compareceu: 30 -27,52%
 Vítima não forneceu endereço do autor: 3 – 2,75%
 Vítima não encontrada: 1 -0,92%
 Não informado: 1- 0,92%
 Total: 109 -100%
 Fonte: Banco de dados do MPDFT.

Os dados apresentados sobre o encaminhamento do processo confirmam nossa *quinta hipótese*: a de que a maioria dos processos é arquivada sem qualquer outra providência estatal que não o questionamento da vítima sobre o seu interesse no prosseguimento do feito. A “escuta” do sistema judicial à recusa expressa pela vítima de violência ao prosseguimento do processo (em especial pelo elevado número de arquivamentos) parece ser uma resposta assertiva do Estado ao desejo de ela não dar continuidade ao processo. Todavia, esse mesmo arquivamento reforça o silenciamento dessa realidade, instaurada no âmbito privado e não expressa no espaço público. Um dos operadores de justiça diz:

Ela quer ter algum tipo de resposta do Estado. Ela não fez aquela ocorrência à toa. [...] nesses arquivamentos, todos por falta de interesse, [é] como se a vítima tivesse feito a ocorrência à toa [...] É como se o que ela está dizendo ali, aquela violência que ela está registrando ali, não existisse, não aconteceu. [...] o que elas estão querendo mesmo é que a violência acabe e elas querem uma posição do Estado.

Mas, evidentemente que elas vão dizer que não vão levar o caso adiante, porque o Estado não oferece nada para elas. Faz uma pergunta assim: “quer levar o caso adiante? Quer continuar o processo?” Evidente que elas vão dizer que não, porque: “não vim aqui pra condenar, nem pra prender ninguém. Eu quero a solução do meu problema. Porque eu estou sendo violentada a minha vida inteira e eu quero uma solução pra isso” (Sujeito 3) (grifo nosso).

A atuação tradicional do jurídico, ou seja, aquela consubstanciada nas respostas técnicas (denúncia/processo/sentença condenatória), não encontra ressonância nas mulheres em situação de violência que a recusam. As mulheres ressentem-se da falta de informação, da burocratização dos meios de prova, do tecnicismo que não responde ao problema real que ela levou até o Judiciário. Elas vivenciam as respostas tradicionais como algo que “não vai dar em nada”⁷.

Ou seja, a finalidade não é prejudicar o acusado, tal como fazê-lo perder o emprego por estar respondendo ao processo, ou prendê-lo, mas sim de aplicar medidas restauradoras do convívio familiar. Pois o interesse das vítimas, como acima demonstrado é ter o problema, ou seja as circunstâncias que atrelam ao convívio familiar, resolvidos e não a mera punição do réu.

3. A INTERPRETAÇÃO DO STF- ADC/19

Ocorre que com a apreciação da ADC-19, em 09 de fevereiro de 2012⁸, o STF passou a se posicionar pela constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06⁹, o qual veda a aplicação dos benefícios previstos na Lei 9099/95 na Lei Maria Penha, quais sejam a transação penal e o “sursis processual”. Veja-se: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9099/95 de 26 de setembro de 1995”.

Após tal posicionamento do Supremo, aqueles Promotores que eram favo-

⁷ Inserir referência

⁸ Inserir referência

⁹ Inserir referência

ráveis à aplicação da lei 9099/95, passaram a interpretar o artigo de forma literal, ou seja, não estariam aplicando a Lei 9099/95, apenas nos crimes de Violência Doméstica contra a mulher, aplicando-se portanto, às contravenções penais. Veja-se:

HABEAS CORPUS. ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 41 DA LEI 11.340/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. A Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I, não definiu a abrangência da expressão ‘infrações de menor potencial ofensivo’, isto é, coube ao legislador ordinário estabelecer o alcance do referido conceito que, considerando a maior gravidade dos crimes relacionados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, decidiu tratar de forma mais severa as referidas infrações, afastando, no art. 41 da Lei nº 11.340/06, independentemente da pena prevista, a aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95, quais sejam, a suspensão condicional do processo e a transação penal. 2. Na hipótese vertente, o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 147 do Código Penal, pela prática de ameaça à sua companheira. Logo, por expressa vedação legal, não há como se aplicar o instituto da suspensão condicional do processo. 3. Ordem denegada¹⁰.

HABEAS CORPUS. ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 41 DA LEI 11.340/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. A Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I, não definiu a abrangência da expressão ‘infrações de menor potencial ofensivo’, isto é, coube ao legislador ordinário estabelecer o alcance do referido conceito que, considerando a maior gravidade dos crimes relacionados

¹⁰ JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. HC 156.924/MS. Quinta turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Cidade do julgamento, 21 de setembro de 2010.

com violência doméstica ou familiar contra a mulher, decidiu tratar de forma mais severa as referidas infrações, afastando, no art. 41 da Lei nº 11.340/06, independentemente da pena prevista, a aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95, quais sejam, a suspensão condicional do processo e a transação penal. 2. Na hipótese vertente, o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 147 do Código Penal, pela prática de ameaça à sua companheira. Logo, por expressa vedação legal, não há como se aplicar o instituto da suspensão condicional do processo. 3. Ordem denegada¹¹.

Porém, na prática não há como negar que as medidas aplicadas no *sursis* processual eram de eficácia superior à mera aplicação da pena. Uma vez que nessa medida o suposto agressor estaria vinculado ao processo por até 02 (dois) anos, e ainda, às medidas protetivas vigentes. Diferentemente do que se julgar o mérito e ao fim aplicar uma pena de detenção ínfima, as quais na maioria das vezes variam de meses, e no regime aberto, arquivando-se as medidas protetivas com o fim do processo.

4. O POSICIONAMENTO DO STJ

Recentemente, mais precisamente dia 15/06/2015, fora publicado um novo preceito sumular pelo STJ afirmando que: “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha” (Súmula 536)¹².

Nesse toar, é importante salientar a pesquisa realizada por um grupo de Promotores de Justiça do Distrito Federal, ao fazerem uma análise de aplicação de medidas restauradoras no Brasil como referência em países europeus desenvolvidos, os quais, concluem:

[...] Um dos pontos de maior relevância para a prevenção da reiteração de práticas de violência contra a mulher seja a previsão de diversos programas de intervenção psicossos-

¹¹ JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. HC 156.924/MS. Quinta turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Cidade do julgamento, 21 de setembro de 2010.

¹² Inserir referência

cial, tanto para a vítima quanto para o agressor, de forma a empoderar as vítimas para se libertarem do ciclo de violência, bem como para responsabilizar os agressores mediante a conscientização da ilegalidade de seus comportamentos violentos, em um contexto reflexivo e terapêutico, que favoreça a construção de maneiras mais assertivas para a resolução dos conflitos familiares. [...] No mesmo sentido de uma autuação preventiva de novas agressões, a Lei Maria da Penha também estabelece diretrizes para que União, estados e municípios implantem políticas preventivas à violência doméstica e familiar, centros de educação e reabilitação para agressores e uma série de serviços especializados à mulher (atendimento multidisciplinar, casa-abrigo, delegacia, núcleos da defensoria pública, serviços de saúde, etc.). Na efetiva implementação dessas políticas preventivas, provavelmente, reside o maior potencial de alteração da realidade brasileira para a implementação da igualdade nas relações de gênero. [...] Inúmeros estudos têm demonstrado a elevada eficiência dessas estratégias de intervenção psicossocial em vítimas e agressores para a efetiva prevenção da violência doméstica. Não se trata de meramente endossar o mito de que “homens que agredem mulheres não precisam de punição, precisam de tratamento”, mas de construir um conceito de responsabilização que assegure uma efetiva proteção à mulher, à luz do vetor político-criminal da proteção integral. Assim, a intervenção psicossocial procura atender de forma mais satisfatória aos propósitos que deveriam ser atingidos pela resposta penal tradicional [...]”¹³.

Não há que se duvidar da importância de estudos no sentido de avançar sobre métodos de intervenção psicossocial nos casos de violência doméstica e sua eficácia quando deparadas no caso real.

Nesse sentido merece destaque o Habeas Corpus nº. 191.066-MS (2010/0215021-2), no que a Excelentíssima Senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, fundamenta a aplicação do *sursis processual* nos casos de violência

¹³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de; et. al. *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais*. Brasília: ESMPU, 2014. p. 23-25.

doméstica contra a mulher, afirmando que os artigos 88 e 89 da Lei 9099/95 não são dispositivos ínsitos à planificação dos Juizados Especiais Criminais. Uma vez que a própria Constituição traz previsão legal quanto ao tratamento das infrações penais de menor potencial ofensivo no artigo 98, I, a ideia de que deve haver flexibilidade no tratamento daqueles delitos considerados de média gravidade. Veja-se:

HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI Nº 9.099/95. INAPLICABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 106.212/MS, julgado pelo Plenário no dia 24 de março de 2011, estabeleceu que nenhum dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aplica-se às hipóteses da Lei nº 11.340/06.

2. Mais do que a própria doutrina, o Supremo entendeu, por unanimidade, de que sequer nas hipóteses de contravenções que sejam processadas segundo o rito da Lei Maria da Penha, não se aplicaria esses institutos despenalizadores, uma vez que o que a Lei estabeleceu, do ponto de vista político normativo, foi uma regra específica para os casos de violência doméstica contra a mulher.

3. Ordem denegada¹⁴.

Na mesma linha de entendimento ensina Gustavo Badaró, esclarecendo que, apesar de poder incidir o artigo 89 nos feitos do Juizado, não se trata de matéria de exclusiva aplicação em tal âmbito.¹⁵

A Ministra ainda em seu voto afirma que a vedação do artigo 41 da Lei 11340/06, não deve irradiar sobre o artigo 89 da Lei 9099/95, sem ir tão longe como aqueles que defendem a “inconstitucionalidade do afastamento do artigo 89 pela violação do princípio da isonomia”¹⁶.

Não se mostra proporcional inviabilizar a incidência do art. 89, por uma interpretação ampliativa do artigo 41 da lei 11340/06. Tal providência revelaria

¹⁴ JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. HC 191.066/MS. Sexta turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Cidade do julgamento, 06 de setembro de 2011.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Atual, 2009. t. 2. p.49.

¹⁶ GRANDINETTI, Luiz Gustavo. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, ano. p.172.

uma opção dissonante da valorização da dignidade da pessoa humana, fundamental para o Estado Democrático de Direito. Acerca dos requisitos do princípio da proporcionalidade:

[...] O segundo requisito, ou subprincípio, é o da necessidade, também denominado “de intervenção mínima” de “alternativa menos gravosa” ou de “subsidiariedade”. Não basta a adequação do meio ao fim. Além de ser “o meio mais idôneo”, deve ocasionar “a menor restrição possível”. É preciso, para não ser desproporcional, que o meio utilizado seja necessário ao objetivo almejado, verificando-se essa necessidade pela análise das alternativas postas para o alcance do fim. Para impor uma restrição ao indivíduo, colocam-se, a quem exerce o poder, várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa. Assim, entre as diversas opções, todas aptas a alcançar o fim, não é correto escolher aquela que imponha maiores restrições à obtenção do resultado, desprezando outras que também o atingiriam de forma menos danosa¹⁷.

Ainda no voto da Ministra, esta faz as seguintes considerações:

[...] havendo, no leque de opções legais, um instrumento benéfico, tendente ao reequilíbrio das consequências deletérias causadas pelo crime, com a possibilidade de se evitar a carga estigmatizante da condenação criminal, mostra-se injusto, numa perspectiva material, deixar-se de plica-lo *per fas et nefas*. Acerca da dimensão da proibição do excesso, confira-se o seguinte trecho do voto condutor de aresto da Suprema Corte: Lembre-se que o princípio da proporcionalidade, também denomina do princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos

¹⁷ FERNANDES, Antônio Scaranze. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.58-59.

direitos fundamentais, concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“A Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2. Ed., São Paulo, Celso Bastos Editor: IBDC, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)¹⁸ (grifo nosso).

Por fim a Ministra concluiu seu raciocínio afirmando que a decisão do STF, “trata-se de decisão sem efeito vinculante, sendo apenas um precedente, pelo que prevalece, *data vênia*, a meu sentir, o raciocínio aqui expendido”.

No condão de corroborar tal argumento, o Ilustríssimo Senhor Promotor de Justiça titular da 1ª Promotoria de Violência Doméstica de Ceilândia/DF, Doutor Thiago Pierobom. Veja:-se:

Inicialmente cumpre destacar que o objeto principal da ADI 4424 era a avaliação se o crime de lesão corporal é de ação penal pública condicionada ou incondicionada e da ADC 19 era avaliar se é constitucional retirar os crimes contra a mulher do sistema do Juizado Especial Criminal. Esse aspecto é vinculante na decisão do STF. Quanto à questão da não aplicação da suspensão condicional do processo, esse tema não foi objeto de decisão específica pelo STF, tendo

¹⁸ JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. HC 82969. Segunda Turma. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. *Cidade do julgamento*, 30 de setembro de 2003.

sido apenas debatido *em passant*, de como obter *dictum* por alguns ministros, não todos. Estabelece o parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/1999: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual ou municipal”. Há controvérsia no âmbito do STF quanto à atribuição de efeito vinculante quanto à motivação determinante do julgamento. (STF, Rcl3014, rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, Dje-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-02 PP -00372). No mesmo sentido: STF, Rcl 5703 Agr, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2009, Dje-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL- 02378-01 PP -00150 RT v. 99, n. 891, 2010, p. 216-221. Nem a petição inicial da ADIn 4424, nem a ADC 19 questionaram especificamente a impossibilidade de concessão de suspensão condicional do processo aos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. Portanto, as decisões proferidas no âmbito da ADIn 4424 e ADC 19 não possuem efeito vinculante quanto à impossibilidade de concessão de suspensão condicional do processo aos crimes praticados no âmbito da Lei nº. 11340, apenas possui efeito vinculante para se considerar, obrigatoriamente, que o crime de lesão corporal processa-se mediante ação penal pública incondicionada e a tais crimes não se aplica conciliação civil e transação penal¹⁹.

5. CONCLUSÃO

O enfrentamento à violência doméstica contra a mulher ainda é uma dificuldade no Brasil, sendo necessário um avanço sobre o tema, principalmente

¹⁹ Inserir referência.

tendo como espelho países desenvolvidos, onde o assunto já foi mais debatido e as soluções aplicadas parecem ter um resultado positivo. A divergência doutrinária e jurisprudencial gera uma certa insegurança jurídica acerca do tema, devendo haver um estudo aprofundado sobre o caso a fim de resolver o problema não apenas criminal, mas acima de tudo social.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de; et. al. *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais*. Brasília: ESMPU, 2014. p. 23-25.

BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Atual, 2009. t. 2.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em:

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15-16.

FERNANDES, Antônio Scaranze. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.58-59

GRANDINETTI, Luiz Gustavo. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, ano. p.172.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. *HC 156.924/MS*. Quinta turma. Relator: Min. Jorge Mussi. **Cidade**, 21 de setembro de 2010.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. *HC 191.066/MS*. Sexta turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. **Cidade**, 06 de setembro de 2011.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. *HC 82969*. Segunda Turma. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. **Cidade do julgamento**, 30 de setembro de 2003.

MORATO, Alessandra Campos; SANTOS, Claudiene; RAMOS, Maria Eveline Cascardo; LIMA, Suzana Canez da Cruz. *Análise da relação sistema de justiça criminal e violência doméstica contra a mulher: a perspectiva de mulheres em situação de violência e dos profissionais responsáveis por seu acompanhamento*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.



O CUSTO DA VERDADE: CONSIDERAÇÃO SOBRE A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL

Rafael Silva de Almeida¹

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Algumas Características do Inquérito Policial. 3. A Crise do Inquérito Policial 4. Da Nulidade no Inquérito: alguma ‘verdade’ vale a morte da forma? 4.1. Inadequação da Conceituação do Inquérito como Instrumento de Acusação. 4.2. Do Inquérito Defensivo. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO

O inquérito policial foi a opção legislativa brasileira para a investigação preliminar de delitos. No seu âmbito produz-se os elementos mínimos para subsidiar uma ação penal. A importância desse instituto é intuitiva, sendo exigível que qualquer inquérito guarde observância ao mínimo regramento legal, sob pena de sua inviabilidade no mundo jurídico. A forma do inquérito é sua razão de ser, embora não seja valor absoluto, senão o inviabilizaria. No caso faz-se uma investigação sobre o inquérito e suas relações com o novo ordenamento constitucional que exige, cada vez mais, o protagonismo das partes e o cumprimento das garantias fundamentais. Aponta-se, ainda, vozes nos Tribunais Superiores que esclarecem que irregularidade no inquérito pode constituir, inclusive, causa de nulidade processual penal.

Palavras-chave: Inquérito policial. Nulidades. Processo constitucional.

ABSTRACT

The inquiry was the Brazilian legislative option for the preliminary investigation of crimes. In its scope it produces the minimum elements to support a criminal prosecution. The importance of this institute is intuitive, being required that any inquiry retain compliance with the minimum legal rules under penalty of its impracticality in the legal world. The legal form of the inquiry its reason for it being, although not absolute, under derail. The research goes on the investigation of the police inquiry and its relationship with the new constitutional order which requires increasingly the role of the parties and compliance with fundamental guarantees. It points out also voices the Superior Courts which state that irregularity in the investigation may be even because of criminal procedural nullity.

Keywords: Police inquiry. Nullity. Constitutional process.

¹ Advogado. Pós-Graduando em Direito Penal e Controle Social pelo UniCeub em 2016.

1. INTRODUÇÃO

O inquérito policial é um procedimento previsto em lei (artigo 4º e seguintes do Código de Processo Penal) cujo escopo é a apuração das infrações penais e sua autoria.

Há, em verdade, vários conceitos sobre o instituto do inquérito policial, sendo importante ressaltar que a lei não estabeleceu os limites dessa concepção.

Aury Lopes (2013) esclarece que o inquérito policial tem como “finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo e o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso”².

O estudo do inquérito policial, por alguma razão, há algumas décadas não se encontrava no centro das investigações científico-jurídicas do país, consoante esclareceu Bismael Moraes³, o que não é diferente na atualidade. A revisão bibliográfica permite contatar-se uma lacuna na investigação do tema, a qual pode ser corroborada, inclusive, no fato de que a jurisprudência firmou os conceitos de que eventuais vícios no inquérito não contaminam o processo penal, uma vez que aquele procedimento é marcado pelo caráter nitidamente autoritário e inquisitivo, não havendo, segundo esse entendimento, inclusive, incidência do contraditório e ampla defesa naquela fase.

No caso do direito brasileiro, muito embora o inquérito policial não seja imprescindível para a propositura da ação penal (art. 46, §1º, CPP) este apresenta importância ímpar no processamento penal, sendo possível verificar acusações cujo procedimento judicial é circunscrito à repetição do ocorrido em Delegacia, o que faz ressoar a sua importância.

Porém, nos Tribunais, o inquérito tem valor probatório reduzido e de que eventual invalidade só afeta o próprio ato realizado (STF, HC 96086/SP; AI-AgR 687893/PR; RHC 84083/RJ e STJ, HC 194.473/SP), apresentando somente conteúdo informativo, de que não é necessária a presença do advogado para acom-

² LOPES JUNIOR, Aury. A crise no inquérito policial e a investigação controlada pelo Ministério Público. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 1, n. 2, p. inicial-final, ago. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5828>. Acesso em: dia abr. 2016.

³ MORAES, Bismael B. O inquérito policial é o vilão no direito brasileiro? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 28, out./dez. 1999.

panhá-lo, o que, em última instância, pode configurar um salvo conduto para qualquer tipo de arbitrariedade no âmbito do inquérito.

É evidente que a forma e o conteúdo subsistem no âmbito do inquérito policial, sendo que nenhum reina absoluto em detrimento do outro. Ou seja, não se pode dizer que sempre uma irregularidade no procedimento determina o esvaziamento de seu conteúdo da mesma forma que a busca pelo conteúdo, pela ‘verdade real’, não pode determinar o falecimento da forma, aqui entendido como o conjunto de regras mínimas a serem observadas no inquérito.

Diante desse contexto, e considerando que a investigação policial, no caso brasileiro, é instrumento de condenação ou de absolvição do acusado, mostra-se relevante estudar aspectos e certos limites desse instituto, numa perspectiva neoconstitucionalista e garantista. valor probatório diante de vícios e irregularidades). A verdade vale a mitigação das garantias constitucionais?

Há um pretensão descompasso entre visões fortemente enraizadas na cultura jurídica brasileira e os princípios de um inquérito policial defensivo, incluído na nova ordem constitucional, que observa a dignidade da pessoa humana como elemento fundamental da própria razão de ser estatal. Em linhas gerais, o Tribunal do Júri no Brasil tem por competência julgar os crimes dolosos contra a vida, em regra, conforme previsão constitucional, no art. 5º, inciso XXXVIII, da Lei Maior⁴. Esse tribunal tem como princípios norteadores a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos vereditos e a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

2. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O trabalho é exíguo e não admite o esgotamento do tema. Dessa forma, resta avançar sobre algumas noções gerais do inquérito policial, fundamentais para a elucidação de sua importância na persecução penal.

Informa-se, assim, desde já que a presente investigação circunscreve-se aos limites do inquérito policial submetido a autoridade policial judiciária, excluídos portanto demais formas de investigação de fatos, tais como inquérito

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

civil público (Lei 7.347/1985), o inquérito parlamentar (§3º do artigo 58 da Constituição Federal), os inquéritos conduzidos pelo Ministério Público (Constituição Federal, artigo 129, I, VI, VII, VIII e IX) e/ou por membros do judiciário (Parágrafo Único do artigo 33 da Lei Complementar 35/1979), além do Termo Circunstanciado (artigo 69 da Lei 9.099/95).

As disposições referentes ao inquérito policial ora em análise estão previstas no Decreto-Lei no 3.689 de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, cujos artigos 4º ao 23 estabelecem o regramento básico desse instituto jurídico.

O inquérito, por definição de Aury Lopes “é o ato ou efeito de inquirir, isto é, procurar informações sobre algo, colher informações acerca de um fato, perquirir”⁵. Como instrumento de apuração de crime, o inquérito insere-se no exercício da pretensão punitiva do Estado, após ocorrido um delito.

José Frederico Marques expõe que “a pretensão punitiva do Estado surge com a prática do delito. Ela é a exigência de que o ‘jus puniendi’ do Estado prevaileça sobre o direito de liberdade do autor da infração penal, com a sujeição deste à pena cabível na espécie”⁶. A pretensão punitiva, a qual, segundo Aury somente se perfectibiliza com (e no) o processo penal, sendo que, segundo Marques, essa tem por objeto “a) – preparar a acusação b) – invocar a tutela do Estado-Juiz para julgar a acusação”⁷.

Conforme previsão legal e constitucional o inquérito policial é submetido à autoridade da polícia judiciária, concebida esta por Maria Helena Diniz como “Polícia exercida pelas autoridades policiais, no território de suas respectivas circunscrições, com o intuito de apuração das infrações penais e de sua autoria”⁸, aproximando-se demais, assim, da própria definição legal (art. 4º).

O inquérito policial é marcado pela inquisitorialidade, sistema sobre o qual tratou Aury Lopes, especificamente no que tange à atividade judicante, porém sem deixar de sobrelevar as suas peculiaridades, sendo

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p.

⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 23.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 3. p. 624.

[...] da essência do sistema inquisitivo a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu⁹.

Assim, adequando-se o texto à atividade da autoridade policial, verifica-se que mediante o princípio inquisitivo não há contraditório, nem ampla defesa, não havendo partes, tomando-se o investigado como mero objeto de investigação (artigos 14 c/c 107 e 184 do Código de Processo Penal).

O inquérito policial, além disso, é caracterizado pela oficiosidade, sendo que, por força do artigo 24 do CPP, ao tomar conhecimento da prática de crime de ação penal pública fica a autoridade policial obrigada a instaurar o inquérito policial. No mesmo sentido, o inquérito é indisponível no que tange a atividade policial, conforme art. 17 do CPP, muito embora haja discricionariedade no que tange à realização de certas diligências.

A atividade de investigação criminal, inclusive, só é dada ao Estado, observado o monopólio da justiça criminal, sendo que a pena criminal é função essencial e exclusiva Estatal.

Não há inquérito verbal, sendo que o procedimento deve ter a forma escrita, e o sigilo da investigação também são características do inquérito (artigos 9º e 20 do CPP), devendo a autoridade policial deverá assegurar o sigilo necessário do inquérito, isso para que possa investigar e elucidar os fatos.

A intranscendência também constitui característica fundamental do procedimento investigativo policial, cuja razão de ser, se não intuitiva, encontra baliza no artigo 5º, XLV, da Constituição.

O inquérito policial, comum a qualquer tipo de infração penal (excetuados os delitos anões – lei 9.099/95, artigo 69) e independentemente da ação penal posterior, pode iniciar-se por 1) portaria da autoridade policial, de ofício (artigo 5º, I, CPP), inclusive quando houver sido comunicado do delito (art. 5º, II e §§3º e 5º); 2) requisição do Promotor de Justiça ou da autoridade judiciária (art. 5º, II, primeira parte, do CPP); 3) 4) requerimento da vítima ou de seu representante legal (CPP, art. 5º, §4º) ou; 5) auto de prisão em flagrante.

⁹ Inserir referência

Incumbe ao Delegado de Polícia, logo quando tiver conhecimento de fato delituoso, angariar esforços no sentido de elucidar fato e suas circunstâncias, devendo adotar, conforme o artigo 6º do CPP, as seguintes providências: 1) dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais, 2) apreender aqueles objetos relacionados com o fato, após liberados pelos peritos criminais, observado que conforme o art. 11 do CPP os instrumentos do crime e os objetos a ele relacionados deverão acompanhar o autos do inquérito, os quais, havendo sentença condenatória, poderão ser perdidos em favor da União, devendo, ainda, consoante a regra do art. 175 do CPP, os instrumentos utilizados na prática delituosa serem periciados para que se verifique a sua natureza e eficiência. Deve o delegado, ainda, 3) colher as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, efetuando buscas, se for o caso, conforme a legislação, além de ouvir, quando possível, 4) ouvir o ofendido e o 5) indiciado, na mesma forma e com as mesmas garantias que seriam declinadas ao acusado no interrogatório judicial (art. 188). 6) deve a autoridade policial proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações, respeitadas as previsões dos artigos 226, 227 e 228 do CPP, deve ainda 7) determinar a realização do exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias. O exame de corpo de delito deve ser realizado sempre que a infração deixar vestígios, sendo que sua não realização pode dar causa a nulidade (art. 564, III, b) — ressalvada a hipótese do art. 167. Deve o delegado, ainda, 8) ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, e 9) juntar aos autos a folha de antecedentes, averiguando circunstâncias sociais do acusado, suas pretensas motivações e personalidade, além de 10) verificar a existência de prole dependente do indiciado (art. 6º, X, CPP).

Ao final do inquérito o Delegado deve formular um minucioso relatório, narrando o fato em todas as circunstâncias, e enviará os autos ao juiz competente.

O Código estabelece que o inquérito não pode ser ilimitado no tempo, havendo prazo para seu encerramento, constituindo a regra geral o prazo de 10 dias para indiciado preso e de 30 dias (art. 10 do CPP) para indiciado solto. Esse prazo se inicia a partir do recebimento da notícia-crime, podendo ser prorrogado, a critério do juiz, desde que o caso seja de difícil elucidação. Expirado o prazo pode o Parquet devolver os autos à autoridade policial para a realização de diligências entendidas imprescindíveis (CPP, art. 16).

Há regras especiais em relação aos prazos, de modo que o indiciado preso

na Justiça Federal torna o prazo de inquérito de 15 dias, prorrogável por mais 15 (art. 66 da Lei 5.010/66). No caso de crimes contra economia popular: preso ou solto, o prazo será de 10 dias (art. 10, §1º da Lei 1.521/51). A lei de drogas n.º 11.343/2006, instituiu os seguintes prazos (art. 51): indiciado preso: 30 dias indiciado solto: 90 dias, sendo que poderão os prazos ser duplicados pelo juiz, ouvido o MP, mediante pedido justificado da autoridade policial (art. 51, Parágrafo Único)

O inquérito policial, nada obstante a importância do trabalho realizado pela autoridade policial, pode ser arquivado, a depender de solicitação do membro do Ministério Público feita ao Juiz. Este, se não entender pelo arquivamento, submeterá a questão ao chefe do Ministério Público (art. 28 do CPP). Nos processos de competência da Justiça Federal caso o magistrado discorde das razões delineadas pelo Procurador da República ao pleitear o arquivamento deverá encaminhar o procedimento para a respectiva Câmara de Coordenação e Revisão Criminal (art. 62, IV da Lei Complementar nº 75/1993).

Seja a hipótese de crimes contra a economia popular ou saúde pública (lei 1.521/51) o Juiz, consoante o art. 7º, deverá recorrer de ofício quando arquivado o procedimento. Neste caso, poderá o Delegado empreender novas diligências se tomar conhecimento de outros elementos de convicção (art. 18, CPP). Deve, entretanto, sempre ser observado o disposto na Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

Ao receber o procedimento da Delegacia o membro do Ministério Público, caso não archive, pode requisitar diligências (artigos 16 e 13, I, ambos do CPP) ou, ainda, oferecer denúncia.

No inquérito, em relação ao ofendido, seu representante e ao indiciado, suas requisições de prova são submetidas ao crivo da autoridade policial (art. 14).

3. A CRISE DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial, historicamente tomado, foi introduzido no país pelo Decreto 4.824 de 22/11/1871. Foi mantido quando da decretação do Código de Processo Penal de 1941, ora vigente.

A opção por sua manutenção se deu, conforme se verifica da exposição de motivos assinada pelo então Ministro de Estado e Justiça e Negócios Interiores

Francisco Luis da Silva Campos pela extensão territorial brasileira, a qual inviabilizava o trabalho dos pretensos juzados de instrução, em voga nas vozes de juristas renomados à época, bem como em virtude de o inquérito consistir, então, em garantia contra qualquer juízo açodado de valor que poderia influenciar o julgamento penal, dado o seu caráter preparatório¹⁰. Os juzados de instrução, assim, restaram rechaçados pelo Código.

Aury Lopes afirma que o modelo de investigação subsidiado pelo inquérito policial não mais se sustenta atualmente, é falido, e passa por uma grave crise: julgamento penal, dado o seu caráter preparatório¹¹. Os juzados de instrução, assim, restaram rechaçados pelo Código.

¹⁰ No original: “Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso *hinterland*, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.” (Brasil, 2012).

¹¹ No original: “Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis.

Aury Lopes afirma que o modelo de investigação subsidiado pelo inquérito policial não mais se sustenta atualmente, é falido, e passa por uma grave crise:

O Brasil é um dos poucos países que ainda mantem o sistema de investigação preliminar policial, sem o controle pelo MP. Este modelo está completamente falido. É unânime o rechaço. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, não servindo como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução. Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art.5º, LV da Constituição, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras. No meio policial, ainda domina o equivocado entendimento de que a Constituição é que deve ser interpretada restriti-

Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso *hinterland*, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.” (Brasil, 2012).

vamente, para adaptar-se ao modelo previsto no CPP (de 1941), e não ao contrário, com o CPP adaptando-se a nova ordem constitucional¹².

Para esse autor as normas do processo penal devem ser interpretadas, na contemporaneidade, balizadas nos princípios da instrumentalidade garantista e racionalidade, sendo a investigação preliminar imprescindível para o processo penal justo.

Especificamente no caso do Brasil, todavia, o sistema adotado, calcado no inquérito policial, segundo se apura, é extremamente deficiente, o que justifica a terminologia de crise desse sistema.

Escritos tratam sobre o tema, a exemplo do texto de Heraldo Gomes¹³, o qual esclarece que o inquérito policial é não tem mais valia como instrumento de defesa social, diante da escalada criminal e da audácia dos marginais, além da sua lentidão e valor meramente informativo.

Fato é que a questão posta é complexa. É evidente que haverá sempre um choque entre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e a metodologia investigativa aplicada nos procedimentos processuais penais preliminares, sendo, portanto, reducionista a sugestão de que a investigação criminal extrajudicial deva ser abolida.

O problema permanece em aberto, devendo ser objeto de estudos aprofundados, mesmo para que se preserve a própria razão de ser da justiça criminal.

No estudo o foco é a investigação do valor probatório do inquérito policial e a (in)congruência da manutenção do entendimento segundo o qual, em termos de descumprimento de formalidades no processo penal (e no inquérito) vige o princípio “*pas de nulité sans grief*”, em que, inexistindo prejuízo, não se declara a nulidade da preterição da forma legal. Aos adeptos dessa concepção vícios no inquérito policial não contaminam a ação penal.

Dessa forma, deve-se apurar a possibilidade de declaração de nulidades de atos irregulares no inquérito a determinar o encerramento da pretensão acusatória.

¹² LOPES JUNIOR, Aury. A crise no inquérito policial e a investigação controlada pelo Ministério Público. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 1, n. 2, p. inicial-final, ago. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5828>. Acesso em: dia abr. 2016. p.

¹³ [Inserir referência](#)

4. DA NULIDADE NO INQUÉRITO: ALGUMA 'VERDADE' VALE A MORTE DA FORMA?

O escopo da investigação é de, a partir de uma mínima exploração sobre o inquérito policial, verificar o custo da 'verdade' apurada em seu espectro. Assim, até que ponto essa postura é válida no processamento penal contemporâneo.

As informações de que eventuais irregularidades no inquérito não são 'puníveis', ou seja, de que não há nenhuma repercussão significativa de auto coerção dentro do processamento processual penal, vão de alguma forma, de encontro ao ideal de processo acusatório, desnudando sérias e graves incongruências as quais são inconcebíveis diante do ideal do Estado Democrático de Direito.

Dada a inviabilidade do esgotamento do tema, contudo, analisar-se-ão três pontos fundamentais: inadequação da conceituação do inquérito como instrumento de acusação, necessidade de incorporação dos pressupostos acusatórios ao inquérito e necessidade de observação aos direitos individuais, inclusive o direito ao silêncio desde a prisão. Busca-se ressaltar a necessidade da revisão do inquérito policial preparatório, visando restabelecer sua função histórica de garantia, assecuratória de uma justiça o menos aleatória possível, mais prudente e serena.

A busca da verdade movimenta os seres humanos desde que se tem notícia da própria humanidade. Esse anseio também atíça ao direito, inclusive no processo penal, sendo que nesse âmbito, observado que ordinariamente o delito não ocorre aos olhos da autoridade judiciária, destinatária da prova, a reconstituição dos fatos apurados é elemento fulcral para a sua atuação.

Segundo Marco Antônio de Barros:

Direito e verdade complementam-se na medida em que o primeiro estabelece as regras ou as formas legais de verificação da infração penal, entre as quais encontram-se aquelas que visam esclarecer a segunda. Assim sendo, pode-se dizer que a verdade é um elemento fundamental que o Direito persegue e visa atingir¹⁴.

Dessa forma, o caminho do delito corresponde à 'verdade' buscada no proces-

¹⁴ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. Cidade: Editora, 2002. p. 220.

so. O interesse é na elucidação dos fatos, o mais fiel possível à realidade, mediante a sua reconstituição formal e aplicação posterior do preceito punitivo cabível.

Para Tucci no processo penal o que se está em busca é essa verdade qualificada, denominada verdade real, a qual pode ser conceituada como “a reconstrução atingível de fato relevante e metaprocessual, inquisitivamente perquirida para deslinde da causa penal”¹⁵.

Tourinho Filho comenta:

enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, que realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça¹⁶.

Há, entretanto, o esclarecimento daqueles que ressaltam não haver a possibilidade de se estabelecer a verdade real como fim único do processo penal (e da investigação), esclarecendo que a busca da verdade não significa o fim do processo bem como não se pode concluir que o juiz só possa decidir quando a tiver encontrado¹⁷.

Não se pode, por óbvio, diante da realidade estatal brasileira, descurar da matriz constitucional que sustenta a ordem jurídico-institucional.

Assim, mesmo a fase prévia ao ajuizamento da ação penal exige por mecanismos que deixem de tratar o suspeito como mero objeto da atividade estatal, sendo imperiosa a inserção nesta importantíssima etapa da persecução os meios necessários para que não se descure, nunca da dignidade da pessoa humana.

4.1 Inadequação da Conceituação do Inquérito como Instrumento de Acusação

A investigação criminal, como observado, faz parte da preparação da ação penal, cuja atividade possui caráter preliminar e informativo com obje-

¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Cidade: Editora, 1986. p. 145.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Cidade: Editora, 2000. v. 1.

¹⁷ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. Cidade: Editora, 2002.

tivo de fornecer ao órgão acusatório os elementos básicos de propositura da ação penal¹⁸.

Deve ser entendido, porém, que no âmbito do processamento do inquérito, caso a autoridade policial encontre a ausência de elementos aptos a subsidiar a ação penal, deve informa-lo ao Ministério Público, não havendo a obrigatoriedade da propositura da ação.

Nucci trata sobre o tema, asseverando que o inquérito:

é um procedimento preparatório da ação penal, com caráter administrativo, conduzido por delegado de polícia, visando à formação da opinião do órgão acusatório acerca do cabimento ou descabimento da ação pena. Não se trata, em verdade de uma coletânea de provas, produzidas inquisitivamente, a funcionar contra o réu, na finalização do processo, com a prolação da sentença. Tem o cunho protetivo, cuja finalidade precípua é permitir o ajuizamento de demandas criminais lastreadas em provas pré-constituídas, vale dizer, somente se ingressa com ação penal contra alguém havendo justa causa. Por isso, deve-se abandonar a visão de ser o inquérito um conjunto de provas a ser associado às demais, colhidas em juízo, formando um todo para ser usado pelo magistrado ao formar seu convencimento¹⁹.

Dessa forma fica claro que o inquérito policial, para além de procedimento investigativo, deve servir como garantia do cidadão de que não virá a ser interpelado à míngua de indícios mínimos ou fundada suspeita de materialidade e autoria delituosas, como enunciou a exposição de motivos do Código.

Como atividade estatal de persecução destinada a subsidiar a ação penal o inquérito não tem a obrigação de fornecer um suspeito a qualquer custo, não deve ser, assim, o espaço de admissão de ilicitudes em nome da 'verdade' real. Não cabe, por óbvio, porém em direito sempre é bom ressaltar o que se fala, torturas, prisões temerárias, medidas mitigadoras de direitos fundamentais nem qualquer espécie de ilegalidade com o escopo de não se pleitear o arquivamento do caderno policial ao membro ministerial.

Inquérito não se confunde com instrumento de acusação, sendo plena-

¹⁸ FULLER; JUNQUEIRA; MACHADO. *Título. Cidade: Editora*, 2012.

¹⁹ NUCCI. *Título. Cidade: Editora*, 2013. p. 46.

mente possível que, após a apuração de eventual delito se convença a autoridade policial, quando realizadas as competentes diligências, pela inexistência de suspeita mínima da ocorrência de crime ou da inexistência de supostos autores.

4.2 Do Inquérito Defensivo

Embatem-se a força da acusação e a percepção da ausência de limites do inquérito com a nova conformação constitucional a qual exige, cada vez mais, que o indiciado e o acusado, para além de objeto do procedimento de apuração criminal, tornem-se verdadeiros defensores de seus direitos, com atuação positiva e expressiva, inclusive para se privilegiar a busca da verdade.

Há sérias dificuldades na manutenção e proteção do contraditório e da ampla defesa no procedimento investigatório policial²⁰. Há engessamento da atividade de defesa, seja a realizada pelo acusado ou mesmo a defesa técnica.

A lei 13.245/16, alguns disseram, tornou obrigatória a presença de advogado na fase, o que aponta preocupação legislativa com a temática, muito embora haja aqueles que indicam que a legislação nada mais fez que incorporar ao ordenamento uma prática já consolidada na liturgia dos operadores do direito²¹.

Assim, não se pode falar, efetivamente, em verdadeira inscrição dos contornos acusatórios na investigação policial, porém mera adequação da norma ao fato.

No âmbito do inquérito é intuitiva a razão de sua inquisitorialidade, observado que a retirada da 'surpresa' pode inviabilizar qualquer apuração, diante da possibilidade do comprometimento dos elementos de suspeita pelo investigado ou por qualquer outra pessoa.

Porém nem por isso se pode admitir, por exemplo, que àquele surpreendido em situação de flagrância seja obrigatório responder a qualquer pergunta efetuada pelo agente de polícia ostensiva ou mesmo pela autoridade policial, sendo obrigação dos agentes públicos o alerta do direito ao silêncio, em homenagem ao inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal.

A súmula vinculante n.º 14²² já esclareceu, em negativa ao entendimento

²⁰ BRUNO. *Título. Cidade: Editora*, 2014.

²¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de; SECANHO, Antonielli Antonio Moreira. *O advogado nos procedimentos inquisitivos: a nova lei 13.245/16. Cidade: Editora, data.*

²² É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova

diuturnamente reverberado de que o contraditório e ampla defesa não fazem parte do inquérito, que é possível falar-se nesses postulados anteriormente à denúncia. Na mesma medida o artigo 14 do CPP.

Na doutrina, inclusive, há vozes que avançam sobre o entendimento de que inexisteriam vícios no inquérito aptos a viciar a investigação, a exemplo de Ricardo Jacobsen e Aury Lopes em obra conjunta²³.

Da mesma forma, há casos nos quais mesmo os Tribunais Superiores reconheceram nulidade em atos cometidos no âmbito de investigação preliminar, aptos a determinar seu desentranhamento dos autos:

Habeas corpus. 2. Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência entendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas²⁴.

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. QUESTÃO PRELIMINAR: TEMPESTIVIDADE. TERMO INICIAL DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO: PRIMEIRA DATA EM QUE SE TENHA CERTEZA DA CIÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO: NÃO PREENCHIMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. MERA INCONFORMIDADE COM OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. PRETENSÃO À ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM O SEGUIMENTO DO APELO EXTREMO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

²³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 339.

²⁴ JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. HC 106566. Segunda Turma, Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Cidade, 16 de dezembro de 2014.

10. Os princípios constitucionais da razoabilidade e da vedação da proteção deficiente não autorizam a inobservância, pelos órgãos de investigação, das normas legais de regência da atividade persecutória. No caso, o acórdão recorrido assestou a violação destas normas na condução das investigações, ao afirmar que é “inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei”²⁵.

HABEAS CORPUS. “OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA”. DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS.

As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal.

A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendidas investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores

²⁵ JURISDIÇÃO. Tribunal. Recurso Especial. RE 680967. Relator. Cidade, 24 de junho de 2015.

sentimentos de proteção social.

Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, *in casu*, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual.

Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7²⁶.

Esses precedentes dão força ao postulado de que nulidades na investigação preliminar, no inquérito, são sim capazes de nulificar toda uma investigação e, inclusive, a ação penal, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada.

Assim, diante de qualquer ato indevido ocorrido no âmbito do inquérito policial deve incumbir ao indiciado, por meio de seu defensor, e ao MP, diante do seu caráter dúplice de *custus legis* e 'parte' interessada, exigir o saneamento das irregularidades do inquérito, e seu desfazimento quando atingido algum direito constitucional dos investigados.

A busca da verdade não é ilimitada, não cabendo ao Delegado de Polícia, ao Parquet ou ao Estado-Juiz fazerem o papel de justiceiros, admitindo mitigações de quaisquer estirpe em detrimento do investigado.

O processo penal justo é garantia de todo cidadão e baliza do trabalho do magistrado o qual quanto mais perto de uma investigação bem feita na qual observados os direitos constitucionais do indiciado, e sua repetição na instrução, de forma mais justa promoverá a resolução da demanda.

É bem sabido que estão a disposição das partes inúmeros instrumentos processuais dos quais podem-se valer, licitamente, para a descoberta da verdade, não havendo falar-se em ausência de limites, cujas balizas residem na legalidade.

Não há verdade absoluta e nem verdade real no processo, sendo que sua busca encontra restrições na vedação da utilização de expedientes irregulares, a exemplo de reconhecimentos por fotografia ou pessoais à revelia do artigo 226 do Código de Processo Penal.

A norma constitucional imprime relevantes efeitos no procedimento pre-

²⁶ JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. HC 137.349/SP. Sexta turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Cidade, 05 de abril de 2011.

liminar de busca da verdade, estabelecendo hígdas restrições que devem ser sempre observadas, sob pena de violação, inclusive, pelo servidor público, dos princípios que regem a administração pública. Assim, todo elemento indiciário maculado deve ser rejeitado, inclusive pelo Delegado.

A despeito, porém, das garantias do indiciado, não se pode falar em escudo ou proteção para a ilegalidade, e nem em impunidade, uma vez que o interesse da justiça deve se sobrepor sempre que necessário, porém observadas as balizas mínimas.

Assim, deve-se tomar como norte em qualquer instigação o ressaltado pelo STJ na operação Castelo de Areia, quando se firmou a premissa de que “as garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal”, adicionando-se a tanto a circunstância de que a busca pela verdade é sempre possível, observadas entretanto as fronteiras mínimas para essa atuação.

5. CONCLUSÃO

Veza ou outra se identifica sério descompasso entre as práticas internas das Delegacias de Polícia e a Constituição Federal cujos dispositivos há mais de vinte e cinco anos estabeleceram a obrigatoriedade da observância de balizas razoáveis na investigação de delitos.

Dessa forma é prática cotidiana a exigência de que o indiciado, preso em flagrante, submeta-se a interrogatório sem a observância do alerta do silêncio, o que ocorre também em abordagens policiais ostensivas. Além disso, o inquérito policial, por constituir uma atividade de apuração de uma suspeita, acaba por contaminar a consciência de um agente de polícia, por exemplo, tornando-se discutível o valor de seu depoimento como prova durante eventual instrução penal.

A despeito de entendimento majoritário de doutrinadores e de jurisprudência no sentido de que as nulidades de inquérito falecem ao oferecimento da denúncia e seu fantasma imaculado se reverbera durante a instrução, uma vez que a realidade brasileira é a de que a instrução processual penal nada mais é do que a ratificação dos procedimentos do inquérito, é de se ressaltar que há importantes precedentes das Cortes Superiores a afastar essa representação tão eloquente.

Verifica-se, assim, que nada obstante o inquérito tenha em sua razão de ser algumas características inquisitivas, diante da nova conformação jurídico-constitucional deve-se rediscutir esse modelo, sob pena de reiteradas e graves violações de direitos em nome de justiça e pretensa verdade real, conceito somente alcançável em seu conteúdo por abstrações, nunca de forma pragmática.

O inquérito e a busca da verdade, então, não são fim em si mesmos, sendo que o processo penal, desde o seu procedimento preparatório, não podem ser hipertrofiados, ou estaremos todos sujeitos a graves alvedrios.

Impende, ainda, haver mais sérias investigações sobre o tema, de forma a se reestabelecer as bases e os limites do inquérito, bem como sua valia diante da conformação neoconstitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. Cidade: Editora, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRUNO. *Título*. Cidade: Editora, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 3.

FULLER; JUNQUEIRA; MACHADO. *Título*. Cidade: Editora, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Heraldo, Considerações sobre Juizado de Instrução e inquérito policial, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, vol. 6, nº 8, p.70-72, Rio de Janeiro, 1995.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. *HC 106566*. Segunda Turma, Relator(a): Min. Gilmar Mendes. **Cidade**, 16 de dezembro de 2014.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Habeas Corpus. *HC 137.349/SP*. Sexta turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. **Cidade**, 05 de abril de 2011.

JURISDIÇÃO. Tribunal. Recurso Especial. *RE 680967*. Relator. **Cidade**, 24 de junho de 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. A crise no inquérito policial e a investigação controlada pelo Ministério Público. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 1, n. 2, p. inicial-final, ago. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5828>. Acesso em: dia abr. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p.

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

MORAES, Bismael B. O inquérito policial é o vilão no direito brasileiro? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 28, out./dez. 1999.

NUCCI. *Título. Cidade: Editora*, 2013. p. 46.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de; SECANHO, Antonielli Antonio Moreira. *O advogado nos procedimentos inquisitivos: a nova lei 13.245/16. Cidade: Editora, data.*

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal. Cidade: Editora*, 2000. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro. Cidade: Editora*, 1986.

ABORTO E MICROCEFALIA: ONDE HÁ A MESMA RAZÃO DE DECIDIR DEVE-SE APLICAR A MESMA DISPOSIÇÃO LEGAL

Rilane Santos de Sousa¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve Histórico do Aborto. 3. Aborto. Etiologia, Origem e Conceito 4. O Aborto e o Código Penal de 1940. 5. Aborto Legal ou Permitido. 6. A ADPF 54 e sua Base Argumentativa. Breves Considerações. 7. Interrupção da Gestação de Fetos Portadores de Microcefalia. 8. Conclusão. 9. Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho apresenta uma problemática atual e carente de solução legislativa, qual seja, a interrupção da gestação de fetos com microcefalia e se propõe a apresentar contribuição para uma resolução da questão. Nessa perspectiva, avalia as razões lógicas que levaram o legislador a excluir a ilicitude no aborto necessário e no aborto humanitário, tratados no artigo 128 do Código Penal Brasileiro e analisa os fundamentos que levaram o Supremo Tribunal Federal-STF a julgar procedente a Arguição de Preceito Fundamental - ADPF nº 54, que trata da interrupção de gravidez de fetos com anencefalia, para, ao final, apresentar solução ao caso dos fetos portadores de microcefalia.

Palavras-chave: Microcefalia. Aborto. Analogia.

ABSTRACT

In this essay we will present a current problem that lacks legislative solution: the interruption of pregnancy of fetus with microcephaly. Additionally, we present an idea to solve the issue. We also evaluate the logic behind the legislator to exclude the wrongfulness of the necessary abortion and the humanitarian abortion in the Brazilian Penal Code, article 128. Furthermore, we analyse the foundation that lead the Supreme Court to rule in favour of the APF nº 54, which is about the interruption of pregnancies of fetus with anencephaly. Finally, we present the solution to the case of the fetus with microcephaly.

Keywords: Microcephaly. Abortion. Analogy.

¹ Pós-graduanda em Direito Penal e Controle Social pelo UNICEUB. Servidora Pública Federal do Departamento de Polícia Federal do Brasil. rilanesousa@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

Distante da intenção de esgotar a discussão sobre o tema, até porque esta, como será demonstrado, baseia-se em fatores mutáveis e difíceis de serem equacionados, tais como moral, religião, ética, medicina e filosofia, o presente trabalho tem por objetivo contribuir com o debate e com a busca de solução para um problema atual e urgente, qual seja, o da gravidez de feto portador de microcefalia.

É notícia corrente nos meios de comunicação² que grupos de defesa das mulheres e juristas, em breve, acionarão o Judiciário a fim de ver resolvida a situação das mulheres grávidas que possuem em seu ventre feto portador da citada anomalia.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca de caso envolvendo gestação de embrião com anomalia fetal, portador de anencefalia, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54³.

No julgamento da citada Ação, o STF, por maioria de votos, julgou procedente o pedido, impedindo, dessa forma, que a interrupção de gestação de fetos com anencefalia fosse tipificado em uma das figuras do crime previstas no Código Penal Brasileiro.

Dessa forma, o Brasil passou a permitir três formas de aborto: o necessário, o humanitário e o dos fetos anencefálicos.

A análise dos votos apresentados no julgamento da ADPF nº 54, deixa evidente que a base argumentativa que culminou com a procedência da ação, teve como fundamento a analogia ao Art. 128 do Código Penal e o respeito à dignidade da pessoa humana, à legalidade, à autodeterminação e o direito à saúde, direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Tais bases argumentativas, também servem de fundamento para a inter-

² SOBRENOME, Nome. *Título*, ano. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160131_entenda_aborto_microcefalia_ss_lab>. Acesso em: 27 abr. 2016.

³ ADPF 54 – Ementa: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

rupção da gravidez de fetos com microcefalia e é isto que este trabalho pretende demonstrar.

2. BREVE HISTÓRICO DO ABORTO^{4,5,6}

O referido tópico, mesmo que sucinto, é antelóquio necessário ao presente trabalho, bem como também o é, a definição de aborto, que será feita adiante.

Até o sec XVII a interrupção da gravidez era entendida, de maneira geral, como uma decisão atinente ao foro privado da mulher, cabendo apenas a ela tornar pública a gestação. Antes de vir ao mundo, o feto era considerado uma entranha da mulher, parte do corpo desta.

Com o Renascimento, a Revolução Francesa e a afirmação dos Estados Nacionais, bem assim como com as evoluções científicas e o desenvolvimento do pensamento racional, no sec XVIII, a questão do aborto passou a ter outro enfoque.

O feto passou a ser visto como “ser autônomo”, não sendo mais considerado parte do corpo da mulher. Desde a concepção, já haveria um novo ser. Já a gestação passou a ser entendida como uma relação entre a mulher e o feto.

Nesse contexto histórico, no sec XIX, o feto passou a ser um ente politicamente relevante, em razão da necessidade que os Estados tinham de manter uma elevada taxa de natalidade, para a formação de soldados e trabalhadores, vez que as grandes guerras e as pestes dizimavam pessoas e reduziam os meios de produção. O aborto passou, então, a ser visto como questão demográfica, vez que o lema à época era de que um Estado forte era um Estado populoso.

O Estado, por ver no nascituro o progresso, decidiu protegê-lo. Em face dessa visão de Estado, o feto ganhou preponderância em relação às mulheres, o que fez surgir, em diversos países, legislações contra o aborto.

Essa visão fica explícita no relatório que encaminhava o Código Penal

⁴ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e direito penal*. 3 ed. Porto Alegre: Sagra DC Luzzato editores, 1996.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Do domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Cidade: Editora Martins Fontes, ano.

⁶ PACHECO, Eliana Descovi. *O aborto e sua evolução histórica*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Francês de 1810, onde Alfredo Rocco sustentava que o aborto era uma ofensa ao interesse da nação em assegurar a continuidade da estirpe, vez que, sem esta, faltaria a própria base pessoal da existência desta nação⁵.

O aborto era visto como ameaça ao desenvolvimento econômico do Estado.

Depois da Segunda Guerra Mundial, as mulheres conquistaram novos espaços. Novos direitos passaram a ser garantidos, como o direito à autodeterminação e o direito à dignidade humana. Sofre alteração o enfoque demográfico.

A década de 60 foi um marco da grande revolução feminina. A descoberta do anticoncepcional Enovid causou drástica mudança no que tange aos direitos sexuais e reprodutivos. Nesse momento, tem início o processo de separação entre a maternidade e a sexualidade.

O feminismo toma as ruas com os lemas “o útero é meu” e “donas do próprio corpo”. Uma das principais bandeiras do movimento era a derrubada de leis que criminalizavam o aborto, buscando-se retirar o tema do âmbito público para leva-lo ao âmbito privado.

Em consequência das conquistas incontestáveis do movimento feminista, em 1968 países da Europa e da América do Norte começaram a descriminalizar o aborto.

No Brasil, desde 1940, o aborto é considerado um delito e tipificado no Código Penal Pátrio, como veremos em tópico pertinente.

A discussão sobre o aborto é extremamente complexa, vez que seu debate envolverá sempre questões atinentes à moral, à ciência, à religião e à filosofia. Razão pela qual não se deve esperar, seja em qual época for, um consenso.

Oportuno o raciocínio de MacIntyre, em sua festejada obra *Depois da Virtude*⁷, onde afirma que a característica mais marcante da linguagem moral é ser utilizada para expressar discordâncias; e a característica mais marcante dos debates que expressam essa discordância é seu caráter interminável.

A temática do aborto vem sendo discutida ao longo de toda a história da humanidade e sua evolução está intrinsecamente ligada às mudanças da sociedade, aos avanços tecnológicos e ao papel da mulher, bem como à forma como o feto é visto ao longo do tempo.

Como a sociedade está em constante mutação, é óbvio que os valores por ela ponderados sempre serão alterados, o que é considerado imoral hoje, por

⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Cidade: Edusc Editora, 2004.

exemplo, amanhã pode deixar de ser. Aliem-se a isso os grandes avanços tecnológicos, que trazem, a todo instante, novas percepções e situações sobre as quais a sociedade fará novo juízo de valor.

Por todas essas razões, a história do aborto, ainda está e sempre estará em construção.

3. ABORTO. ETIOLOGIA, ORIGEM E CONCEITO

A palavra aborto (ab-ortus), etilogicamente, reflete a ideia de privar do nascimento. O vocábulo provém do latim “*aboriri*”, que significa “separar do lugar adequado”⁸.

Conceitualmente, no dizer de Cezar Roberto Bittencourt⁹, “aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina”. Ou, ainda, como afirma Mirabete¹⁰, “é a interrupção da gravidez com destruição do produto da concepção”.

4. O ABORTO E O CÓDIGO PENAL DE 1940¹¹

O Código Penal de 1940 rege sobre o aborto no Título I- Dos Crimes con-

⁸ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal brasileiro*: parte especial. 25. ed. Cidade: Atlas, ano. p. 121-122.

¹¹ Art. 124. - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. Aborto provocado por terceiro Art. 125. - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Art. 126. - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada Art. 127. - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

tra a Pessoa, em seu Capítulo I, que trata dos crimes contra a vida. Tipificando e impondo pena tanto à conduta da gestante quanto de terceiros que, com ou sem o seu consentimento, praticam o aborto, impondo penas que variam de 1 a 10 anos, em seus artigos 124, 125 e 126.

Já no artigo 127 o legislador traz casos de aumento de pena a serem aplicados aos crimes definidos nos artigos 125 e 126; não se aplicando ao disposto no artigo 124, vez que, no direito pátrio não se pune a autolesão.

Por derradeiro, no artigo 128, tem-se duas causas de exclusão de ilicitude, quais sejam, o aborto necessário ou terapêutico e o aborto humanitário ou sentimental.

Por guardar pertinência temática com o presente artigo, estas duas causas de exclusão merecem explicação mais detalhada.

5. ABORTO LEGAL OU PERMITIDO

O artigo 128 do Código Penal determina que: “Não se pune o aborto praticado por médico: I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”¹².

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹³, o aborto necessário ou terapêutico constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, podendo ser praticado mesmo sem o consentimento desta, evitando-se, assim, que pereça a sua vida.

Segundo o mesmo autor, o aborto humanitário, também denominado ético ou sentimental, é autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro e a gestante consente na sua realização.

Percebe-se que no aborto terapêutico a preocupação primordial é salvar a vida da gestante, enquanto que no aborto sentimental ou humanitário o motivo está em evitar o sofrimento da grávida, vez que é injustificável se exigir desta que leve a termo uma gestação e uma maternidade que a faça lembrar a situação odiosa a que foi exposta.

¹² Inserir referência

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Nos dizeres de Nelson Hungria¹⁴, costuma-se chama-lo aborto sentimental: nada justifica que se obrigue a mulher a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará, perpetuamente, o horrível episódio de violência sofrida.

Vale aqui ressaltar que, em que pese o artigo 128, II, do CP se referir apenas a gravidez decorrente de estupro, a Lei 12.015/2009¹⁵ passou a configurar o atentado violento ao pudor como modalidade de conduta do delito de estupro, razão pela qual a exclusão de ilicitude ali prevista, abarca, também, a gravidez decorrente de atentado violento ao pudor.

Como se depreende do exposto, nosso ordenamento jurídico ressalva legalmente a não punição apenas nos casos de aborto necessário - para salvar a vida da gestante - e aborto resultante de estupro.

Imperiosa se faz a citação da Exposição de Motivos da Parte Especial¹⁶ do Código Penal, item 41, que traz as razões para a permissão do aborto nos casos acima citados: Mantem o projeto a incriminação do *aborto*, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto *necessário*, ou em caso de prenhez resultante de estupro. *Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador não pode deixar de atender* (grifo nossos)¹⁴.

Uma breve leitura do art.128 do CP e da Exposição de Motivos, deixa evidente que nos dois casos legais de exclusão da ilicitude há plena viabilidade do feto. É nítido que existe, em ambos, objeto jurídico a ser tutelado, vez que há vida em perfeita formação. Entretanto, diante de “razões sociais e individuais”, relativizou-se o imperativo de proteção à vida.

Clara também a conclusão de que nosso ordenamento penal é omissivo no que tange a outras hipóteses nas quais as mesmas razões sociais e individuais legitimariam a interrupção voluntária da gravidez. Como, por exemplo, em questões que envolvem direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Essa omissão legislativa tem levado o assunto aos tribunais de justiça do

¹⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal brasileiro*. Cidade: Editora Forense, 1967.

¹⁵ **Inserir referência.** Lei 2015/2009 – Estupro. Art. 213-CP: Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena-reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

¹⁶ BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <link>. Acesso em: data.

Brasil e, em consequência, à Corte Máxima, o Supremo Tribunal Federal.

Recentemente, a discussão chegou ao STF, através da ADPF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que tratava da interrupção terapêutica da gravidez de fetos com anencefalia, má-formação que torna inviável a vida extrauterina.

O tema despertou no meio jurídico e social uma série de polêmicas, envolvendo juristas, representantes de deficientes físicos, religiosos, etc., com grande repercussão midiática.

Em julgamento que teve início em 11 de abril de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, julgou procedente a referida ação, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos é conduta tipificada no Código Penal brasileiro.

Desde o emblemático julgamento, com a procedência da ADPF 54, o sistema pátrio passou a adotar uma terceira forma lícita de aborto, a de fetos diagnosticados com anencefalia.

Seis anos depois, uma nova polêmica ronda o Judiciário do Brasil, a questão dos fetos portadores de microcefalia, sobretudo quando esta se mostra presente em decorrência da epidemia do Zica vírus.

Os canais de televisão¹⁷ e os demais meios de comunicação dão notícias da movimentação de juristas e grupos de defesa dos direitos da mulher no sentido de levar a discussão sobre a ilicitude da interrupção da gestação de fetos com microcefalia ao Supremo Tribunal Federal¹⁵.

Diante desta possibilidade, juristas e grupos interessados na temática, vêm produzindo uma série de argumentações na busca de soluções para a presente discussão. Busca esta, igualmente abraçada por este artigo.

6. A ADPF 54 E SUA BASE ARGUMENTATIVA. BREVES CONSIDERAÇÕES

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, foi relatada pelo Ministro Marco Aurélio e proposta em 2004, pela Confederação Nacio-

¹⁷ SOBRENOME, Nome. *Título*, ano. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160131_entenda_aborto_microcefalia_ss_lab>. Acesso em: 27 abr. 2016.

nal dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), sendo julgada oito anos depois, numa votação com a participação dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal-STF, durante os dias 11 e 12 de abril de 2012, com 8 votos a favor e 2 votos contrários.

No referido julgamento, o STF decidiu, por maioria de votos, julgar procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencefálico seria conduta tipificada no Código Penal. O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido, por ter atuado no processo quando era Advogado-geral da União.

A decisão, bom que se frise, não descriminalizou o aborto, apenas afirmou que não deve ser considerada crime a interrupção terapêutica induzida da gravidez de feto anencefálico.

Por envolver questões morais, religiosas e filosóficas e, conseqüentemente, gerar falta de consenso sobre a matéria ali tratada, a ADPF 54 é claro exemplo de desacordo moral razoável e, quando um desacordo moral precisa ser enfrentado por um Estado democrático de direito, significa dizer que este deve decidir sobre posições diversas e constitucionalmente legítimas. Reflete o conflito entre valores constitucionalmente relevantes que legitimam tanto uma posição contrária, quanto uma favorável.

Fato é que não se pode reduzir a democracia a um prisma estritamente eleitoral. O Estrado democrático de direito é pautado em poderes constituídos, sendo, todos eles, submetidos aos ditames da Constituição Federal, razão pela qual devem respeito não apenas ao processo eleitoral, mas, também, à proteção dos direitos fundamentais.

O STF, instado a decidir a demanda trazida pela ADPF de referência, alterou, de forma significativa, a forma como o aborto era tratado no Brasil. A decisão ali proferida é, sem dúvida, um divisor de águas no plano da opinião pública.

O julgamento envolveu grandes debates, audiência pública, cobertura midiática e muita polêmica e baseou-se, de maneira geral, em princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Ao se analisar os votos constantes da decisão¹⁸, observa-se, de maneira clara, que quase a totalidade deles traz como fator decisório o sofrimento injus-

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Título*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: data.

tificável da mãe, a observância dos preceitos da Dignidade da Pessoa Humana, da Legalidade, da Liberdade, da Autonomia da Vontade e do Direito à saúde. É também fator argumentativo presente nos votos favoráveis a ausência de vida do feto e a laicidade do Estado.

Observa-se, ainda, que boa parte dos Ministros, e destes são exemplos os Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, servem-se das razões que embasaram a autorização do aborto necessário e do aborto sentimental para fundamentar seus votos. Ressaltando que, nestes casos, apesar da existência de vida viável, o legislador optou por privilegiar a vida da mãe.

O STF decidiu que defender de forma absoluta a vida do feto é fechar os olhos para um problema extremamente grave, o aborto clandestino e suas sérias consequências, lembrando que quem deseja abortar agirá de qualquer jeito. Entretanto, as mulheres que possuem condições financeiras mais favoráveis, irão fazê-lo em clínicas clandestinas bem estruturadas, com o mínimo de risco à vida e à saúde. Por outro lado, as mulheres pobres o farão em lugares sem estrutura e higiene ou mesmo sozinhas, o que acarreta grande risco à vida e a saúde destas mulheres.

Assim sendo, depreende-se dos votos proferidos pelos ministros do STF a reafirmação de que o direito à vida não é absoluto, podendo ser minimizado, relativizado, como o é no próprio texto Constitucional¹⁹, quando o legislador constituinte prevê, de forma excepcional, a pena de morte no Brasil. Bem como acontece, também, nas formas de aborto legalmente permitidas. Ou seja, tanto o CP quanto os ministros do STF, ao autorizarem determinadas formas legais de interrupção voluntária da gravidez, relativizaram o direito à vida do feto, em prol da saúde e da vida da gestante.

7. INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS PORTADORES DE MICROCEFALIA

Faz-se necessária, para maior esclarecimento do tema, uma breve descrição da microcefalia e de suas consequências. Frisando-se, porém, que este tra-

¹⁹ Art5º - XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

balho não é direcionado a área médica, razão pela qual este esclarecimento será feito de forma superficial.

De acordo com a Wikipedia, microcefalia (do grego *mikrós*, pequeno + *kephalé*, cabeça) é uma condição neurológica em que o tamanho da cabeça e/ou seu perímetro cefálico occipito-frontal (OFC) é dois ou mais desvios padrão abaixo da média para a idade e sexo. Também chamada de *nanocefalia*, diferenciam-se diversas formas de manifestações clínicas e etiologias. A microcefalia verdadeira pode ser familiar e não necessariamente associada ao retardo mental, distingue-se das cranioestenoses e de anomalias específicas ou déficits do crescimento cerebral, que, quer pelo pequeno tamanho da caixa craniana, quer pelo reduzido desenvolvimento do cérebro, é uma das causas de oligofrenia (déficit intelectual)²⁰.

A microcefalia é uma doença caracterizada pelo subdesenvolvimento do cérebro e sua consequente atrofia. As crianças com microcefalia podem até sobreviver, mas tendem a apresentar grave retardo mental, déficit intelectual, paralisia, convulsões, epilepsia, autismo e rigidez muscular, de acordo com a médica pediatra Beatriz Beltrane²¹.

A pediatra afirma que as causas da doença são diversas e que, uma delas é o Zika vírus. Alerta, ainda, que infecções como a dengue e a febre Chikungunya durante a gestação também podem estar ligadas à microcefalia.

Beatriz Beltrane informa que a microcefalia pode ser primária, quando os ossos do crânio se fecham durante a gestação, até o 7º mês de gravidez, ou secundária, quando os ossos se fecham na fase final da gestação ou após o nascimento do bebê.

A forma primária é que traz consequências mais graves ao longo da vida e é a relacionada à microcefalia decorrente do Zica vírus.

Em que pese haver tratamento para a doença, não há, até o presente momento, cura e seus portadores apresentam, em sua maioria, deficiências e complicações que os fazem depender de cuidados multidisciplinares por toda a vida.

²⁰ WIKIPEDIA. *Microcefalia*. Disponível em: <www.wikipedia.com.br/microcefali>. Acesso em: 23 abr. 2016.

²¹ SOBRENOME, Nome. *Titulo*. Disponível em: <<http://www.tuasaude.com/microcefalia/>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

Em 14 de abril, a OMS²² divulgou nota afirmando que há consenso científico de que o zyka vírus causa microcefalia, Síndrome de Guillain-Barré e outras desordens neurológicas²⁰.

Com o aumento dos casos de microcefalia, decorrentes da recente epidemia do zyka vírus, que vem se alastrando por diversos países, com seu ápice no Brasil, onde, segundo relatório do Ministério da Saúde²³, já foram registrados mais de 5.000 casos suspeitos da anomalia, com dezenas de óbitos confirmados, a temática do aborto ressurge e, com ela, a expectativa de que, em breve, o assunto chegue aos Tribunais de Justiça de todo o país. E estes deverão apresentar solução à demanda.

Como já explicitado, recentemente o STF foi provocado a se manifestar sobre o aborto, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, num caso que ficou conhecido como o aborto de anencefálicos.

A análise dos votos do julgamento da ADPF faz transparecer algumas certezas sobre a argumentação dos mesmos.

Na grande maioria dos votos, como já explicitado, os Ministros discorrem sobre as formas legais de aborto presentes no Código Penal de 1940, com ênfase na busca da vontade do legislador, a fim de entender o que a lei, de fato, procurou defender quando decidiu excluir a ilicitude nos casos de aborto necessário e aborto humanitário. E o resultado desta busca foi a concordância de que estas excludentes procuram resguardar a saúde física e psíquica da mulher.

De fato, quando se busca solução a qualquer assunto atinente ao aborto, é indispensável que se perquiria a lógica de que se revestem as duas possibilidades legais de interrupção da gravidez presentes no Código Penal e, encontrando-as, como fez o STF, possam utilizá-la em situações sobre as quais há omissão legislativa. Como foi feito no julgamento da referida ADPF.

Ao analisar o art. 128 do CP, é possível se chegar a uma constatação: a de que o legislador nas duas situações ali elencadas, colocou-se, sem sombra de dúvida, em defesa da mulher e, em momento algum, vê-se demonstrada qual-

²² SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-confirma-que-zika-causa-microcefalia,10000025961>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. *Título*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/22396-saude-investiga-4-222-casos-suspeitos-de-microcefalia-no-pais>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

quer preocupação com o a vida do feto, mesmo sendo este perfeitamente viável e saudável.

No referido julgamento, também foram argumentos presentes em todos os votos favoráveis, direitos constitucionalmente protegidos, como o direito à vida, à dignidade, à saúde, à liberdade, à autodeterminação, à intimidade, dentre outros.

Note-se que, ao desenvolver essa linha argumentativa, de considerar a intenção do legislador ao permitir as duas formas de aborto aqui já diversas vezes explicitadas, sob o argumento de se manter a saúde física e psíquica da mulher, os Ministros não delimitaram parâmetros precisos para a analogia por eles adotada. Assim sendo, resta evidente que essa falta de delimitação abre precedente a outras formas de aborto legal, desde que configurada a relação com a ofensa à saúde física ou psíquica da mãe ou que haja situação que a impeça de usufruir dos direitos constitucionalmente a ela garantidos.

Não há, como se depreende do exposto, dissonância entre as justificativas alegadas pelo legislador - e abraçadas pelo STF - e o caso dos fetos portadores de microcefalia, vez que resta evidente o sério dano psicológico que acomete a gestante que carrega em seu ventre um feto que sabe, desde muito cedo, no caso de sobrevivência, será portador de séria anomalia. Para esta mulher, a gestação não será, como deveria ser, uma celebração da vida, mas sim uma celebração da dor, do medo, da angústia e da culpa.

Mesmo sabendo da possibilidade de sobrevivência do filho, a mulher também sabe que este filho viverá na exceção e será, por toda a vida, dependente de atendimento multidisciplinar. Que mãe pode levar de forma saudável a gestação tendo em mãos sentença tão amarga? É necessário que todos os envolvidos na resolução da questão deixem de lado a hipocrisia e se coloquem no lugar dessa mãe. Porque, ao se colocar na pele do outro, fatalmente a hipocrisia cederá lugar à solidariedade e à compaixão humana, vez que, em que pese o julgamento ter que se basear no ordenamento jurídico, jamais poderá se distanciar das questões sociais que envolvem a problemática aqui apresentada.

Deverão também ter em mente que o drama dessas mulheres é decorrente de uma inércia, de uma omissão do Estado, que falhou no controle do *Aedes Aegypti*, causador da zika.

Como imputar apenas à mulher o peso dessa omissão? Como exigir dela

que tenha sobriedade, lucidez e sanidade para levar a termo uma gestação que lhe trará como resultado um filho que, apesar de seu grande amor, viverá com sérias limitações? Como fazê-la compreender que o mesmo Estado que trouxe a ela e a seus familiares tamanha dor é o que irá puni-la com cadeia caso opte por interromper a gestação?

É imprescindível sim que ao decidir se considere o aspecto legal, até porque decisões judiciais têm essa característica, mas como dito, jamais se poderá deixar de considerar as questões sociais que circundam a matéria.

É de conhecimento de todos a falência completa da saúde no Brasil. Faltam hospitais, equipamentos, profissionais e até medicamentos para que se disponibilize à população um atendimento capaz de manter sua dignidade e de atender ao seu direito constitucionalmente garantido à saúde e isso sem que se esteja prestando atendimento a vítimas de epidemias. Imaginem o que acontecerá com o sistema de saúde - já combalido - quando ele for demandado por essas vítimas da microcefalia.

Um Estado que sequer foi capaz de controlar a proliferação catastrófica de um mosquito estará apto a dar às vítimas da microcefalia o atendimento multidisciplinar de que necessitam? Óbvio que a resposta será negativa. Assim sendo, é forçoso assumir que essas consequências serão suportadas pelas mulheres, pelas crianças e por todos os familiares e atingirá, como sempre, de forma mais grave, os miseráveis, vez que estes sequer terão condições de arcar com o custo de um plano de saúde particular.

Outras questões precisam ser enfrentadas.

Como se tem visto, a maioria das mulheres afetadas pelo zika vírus são carentes, talvez pelo fato de residirem em áreas com menos infraestrutura e, conseqüentemente, com maior incidência do mosquito. Ou seja, duplamente penalizadas. Sofrem com a limitação econômica e sofrerão com a limitação de possuir um filho portador de necessidades e atenção especiais.

Estas mulheres terão que se dedicar, quase que vinte quatro horas por dia, aos cuidados inerentes a um portador de microcefalia e, certamente, estarão impedidas de trabalhar ou, no mínimo, enfrentarão grande dificuldade para fazê-lo. Haverá creches públicas com estrutura especial para atender a essas crianças?

Ora, também é conhecimento público que o país sofre com a escassez de

creches para o atendimento de crianças não portadoras de deficiências, o que esperar, então, do atendimento de crianças portadoras de sérias anomalias?

Mais uma vez, o Estado impõe sofrimento superior às mulheres mais pobres, vez que aquelas com condições financeiras privilegiadas poderão contratar cuidadores ou enfermeiros qualificados para cuidar de seus filhos e sofrerão, portanto, muito menos limitações no seu direito de ir e vir que aquelas já esquecidas pelo poder público.

Outra situação que deve ser considerada é de que a falta de autorização judicial atinge apenas e, novamente, as mulheres carentes, vez que as que não sofrem com a escassez de recursos poderão interromper a gestação em clínicas clandestinas bem equipadas e com condições higiênicas adequadas, sofrendo, dessa forma, pouco ou quase nenhum risco. Enquanto que as outras terão que optar por recursos precários, o que coloca em sério risco a sua saúde.

Tratar com equidade essas mulheres é, antes de tudo, questão de justiça social.

O mesmo Estado que, de forma indireta, protege os mais favorecidos economicamente, permite o sofrimento dos miseráveis.

Nesse contexto, ressoam as palavras de Maria José Rosado²⁴, ouvida, como amigos da cúria no decorrer do julgamento da ADPF 54, quando disse que é uma questão de isonomia, de realização de um princípio democrático constitucional que está em jogo, pois a dignidade dessas mulheres não é respeitada e preceitos básicos da nossa Constituição não têm vigência para elas. Obrigar uma mulher a manter uma gestação desse tipo, não oferecer-lhe a possibilidade de interrupção desse processo é trata-la como coisa.

Vale ressaltar, ainda, que a maioria das mulheres grávidas de fetos portadores de anomalias, são abandonadas pelo parceiro, como bem demonstra matéria recente da revista Istoé, que relata a surpreendente quantidade de mulheres que estão cuidando sozinhas desses filhos no Estado do Pernambuco.²⁵

Oportunas as sábias palavras de Rogério Sanches Cunha²⁵, não sacrificar o

²⁴ ROSADO, ano apud BARROSO, Marcela Maria Gomes. *Título*. 2010. f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direitos Humanos, Universidade de São Paulo, 2010.

²⁵ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/445918_HOMENS+ABANDONAM+MAES+DE+BEBES+COM+MICROCEFALIA+EM+PE>. Acesso em: 28 abr. 2016.

feto é, talvez, sacrificar, num futuro próximo e iminente, duas vidas: a do próprio feto e a da gestante.

Como se pode não trazer à lume tão sérias consequências sociais?

É preciso, pois, que o Estado se questione sobre quais as consequências que o nascimento dessa criança trará para a mãe, para o filho, para a família, para a sociedade e para o próprio Estado.

A lei que criminaliza o aborto no país é de 1940. De lá para a atualidade, a sociedade já passou por diversas transformações e a ciência trouxe avanço significativo na medicina fetal. A Constituição Federal trouxe a garantia de direitos da qual não se pode distanciar o julgador.

Há uma urgente necessidade de releitura destes institutos, para que se abarquem situações que sequer existiam em 1940, sob pena de o Direito perder a efetividade.

E antes que alguma crítica seja feita no sentido de que aqui se está defendendo a eugenia. Antecipam-se algumas considerações importantes.

Como bem afirmou a antropóloga Debora Diniz²⁶, “há uma perspectiva política e histórica atrelada ao conceito de eugenia que o remete a um passado de intolerância e desrespeito.

Existe uma clara diferença entre aquela situação histórica e a discussão da interrupção voluntária da gestação de fetos com microcefalia ou qualquer outra anomalia grave. Na primeira situação, as mulheres eram obrigadas a abortar por questões raciais, religiosas e étnicas, segundo esclareceu a ONG Escola de Gente – Comunicação e Exclusão, ouvida na ADPF 54 como amigo da cúria. Hoje, como se percebe, o aborto por anomalia fetal tem outros fundamentos, como, por exemplo, a autodeterminação e a dignidade da pessoa humana.

A questão deve ser enfrentada não com o questionamento sobre a prevalência da vida do feto ou mesmo quando tem início essa vida. A discussão deve ir bem mais além e abarcar a desumanidade evidente em se obrigar a mulher, sobretudo as mais carentes – já tão penalizadas pela própria vida -, a manter uma gravidez que traz a ela sofrimento diário insuportável, gerador, muitas vezes, de consequências psicológicas irreversíveis, inclusive com possibilidade do cometimento de suicídio durante ou depois da gestação.

Não respeita o princípio primordial de todo o ordenamento jurídico, qual seja o da dignidade da pessoa humana, obrigar a mulher a conviver, diariamen-

te, por meses que parecem infundáveis, com a certeza dilacerante e a lembrança diária de que o filho que carrega e com o qual muitas vezes sonhou está fadado a morrer ainda em seu ventre ou a ter uma vida com todas as limitações inerentes à microcefalia.

Ora, se, como já demonstrado, o próprio STF, ao julgar a ADPF 54, optou pela procedência da ação, baseando sua decisão nos preceitos constitucionais da dignidade humana, direito à saúde, liberdade e autonomia da vontade das mulheres impedidas de exercer o direito de escolher o que fazer com o próprio corpo e com a sua vida e, ainda, na analogia aos casos descritos no art. 128 do CP, onde o legislador pretendeu proteger a saúde física e psíquica da mulher, resta claro e justificado o uso do brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou seja, onde existe a mesma razão de decidir, prevalece a mesma regra de Direito.

8. CONCLUSÃO

A questão deve ser enfrentada não com o questionamento sobre a prevalência da vida do feto ou mesmo quando tem início essa vida. A discussão, como já demonstrado, deve ir bem mais além e abarcar a desumanidade evidente em se obrigar a mulher, sobretudo as mais carentes – já tão penalizadas pela própria vida -, a manter uma gravidez que traz a ela sofrimento diário insuportável, gerador, muitas vezes, de consequências psicológicas irreversíveis, inclusive com possibilidade do cometimento de suicídio durante ou depois da gestação.

Não respeita o princípio primordial de todo o ordenamento jurídico, qual seja o da dignidade da pessoa humana, obrigar a mulher a conviver, diariamente, por meses que parecem infundáveis, com a certeza dilacerante e a lembrança diária de que o filho que carrega e com o qual muitas vezes sonhou está fadado a morrer ainda em seu ventre ou a ter uma vida com todas as limitações inerentes à microcefalia.

Ora, se, como já demonstrado, o próprio STF, ao julgar a ADPF 54, optou pela procedência da ação, baseando sua decisão nos preceitos constitucionais da dignidade humana, direito à saúde, liberdade e autonomia da vontade das mulheres impedidas de exercer o direito de escolher o que fazer com o próprio corpo e com a sua vida e, ainda, na analogia aos casos descritos no art. 128 do

CP, onde o legislador pretendeu proteger a saúde física e psíquica da mulher, resta claro e justificado o uso do brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou seja, onde existe a mesma razão de decidir, prevalece a mesma regra de Direito.

Por todo o conjunto de ideias e argumentos aqui expostos, este estudo demonstra ser perfeitamente possível e legal defender a tese de que a interrupção da gestação de fetos com microcefalia é caso legal de aborto, fundamentado na analogia ao art. 128 e, também, no precedente aberto pelo STF quando do julgamento da ADPF 54, como aqui já explicitado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Marcela Maria Gomes. *Título*. 2010. f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direitos Humanos, Universidade de São Paulo, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <link>. Acesso em: data.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Título*. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/22396-saude-investiga-4-222-casos-suspeitos-de-microcefalia-no-pais>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Título*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: data.

DWORKIN, Ronald. *Do domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Cidade: Editora Martins Fontes, ano.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal brasileiro*. Cidade: Editora Forense, 1967.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Cidade: Edusc Editora, 2004.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e direito penal*. 3 ed. Porto Alegre: Sagra DC Luzzato editores, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*. 25. ed. Cidade: Atlas, ano.

PACHECO, Eliana Descovi. *O aborto e sua evolução histórica*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título, ano. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160131_entenda_aborto_microcefalia_ss_lab>. Acesso em: 27 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-confirma-que-zika-causa-microcefalia,10000025961>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/445918_HOMENS+ABANDONAM+MAES+DE+BEBES+COM+MICROCEFA-LIA+EM+PE>. Acesso em: 28 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <<http://www.tuasaude.com/microcefalia/>>. Acesso em: 26 abr. 2016.



LIBERDADE vs INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: O INCÊNDIO DE TERREIROS DE RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS E A APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.260/16

Caio Felipe Cavalcante Catarcione de Castro¹

SUMÁRIO: 1. A liberdade religiosa e seus limites. 2. A tutela penal da liberdade religiosa. 3. A intolerância religiosa e o incêndio de terreiros. 4. O fundamentalismo religioso e a aplicação da Lei nº 13.260/16 aos casos de incêndio criminoso de terreiros. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO

O objetivo do presente artigo é discutir a aplicabilidade da Lei nº 13.260/16, que definiu os crimes de terrorismo em território nacional, aos casos de incêndio criminoso em terreiros de religiões de matiz africana, em razão de intolerância religiosa. Para tanto, busca definir e analisar a liberdade religiosa e seus limites, considerando o núcleo fundamental ao direito à livre expressão do sentimento religioso e sua relação com o Estado Democrático de Direito laico e não confessional. Já na segunda seção investiga a extensão da proteção legal do tipo penal previsto no artigo 288 do Código Penal Brasileiro, que traz a figura do ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo. Com a finalidade de verificar a eficiência da proteção legal trazida pela figura penal, foram colacionados casos noticiados pela mídia nos quais restaram evidenciados atos de intolerância religiosa e suas implicações práticas. Por derradeiro, buscou-se discutir a aplicação da Lei nº 13.260/16 aos casos de incêndio intencional ao terreiros de umbanda e candomblé, uma vez considerada a figura do ato de terrorismo, que criminaliza atos decorrentes de discriminação ou preconceito religioso quando busquem provocar terror social ou generalizado.

Palavras-chave: Liberdade Religiosa. Intolerância Religiosa. Religiões Afro-Brasileiras. Incêndio de Terreiros. Terrorismo. Atos de Terror. Lei nº 13.260/16.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the applicability of Law n. 13.260/16, which de-

¹ Formado em Direito pelo UniCeub em 2010. Pós-graduado em Teoria do Estado e Constituição pelo Atame/Instituto Cândido Mendes em 2011. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica Penal e Penitenciária e Professor no Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Pós-graduando em Direito Penal e Controle Social pelo UniCeub em 2016.

fines cases of arson Terreiros, religious physical space or buildings destined to promote Brazilian-African activities, due to religious intolerance. Therefore, it seeks to define and analyze religious freedom and Its limits, given the fundamental core of the right of the free expression of a religious feeling and Its relation to democracy. In the second section the article investigates the extent of legal protection of the criminal offense under article 288 of the Penal Code, which has a picture of outrage to worship and impediment or act of disturbance relating to it. In order to verify the efficiency of legal protection brought by criminal figure, cases reported by the media in which remained evident acts of religious intolerance and its practical implications were collected. At last, there is a discussion on the application of Law no. 13.260 / 16 on cases of arson to the terreiros of Umbanda and Candomblé, once considered the figure of the terrorist act, which criminalizes acts arising from discrimination or religious prejudice when it seeks to cause social or generalized horror.

1. A LIBERDADE RELIGIOSA E SEUS LIMITES

A Constituição Federal de 1988 – CF foi responsável pela redemocratização do país diante de um longo passado vivido em ditadura militar. Com efeito, trouxe um viés humanista e pluralista para o centro do ordenamento jurídico brasileiro, determinando como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF) e a promoção do bem de todos, sem preconceiros de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse contexto integracionista, elegeu como direito fundamental à livre manifestação do pensamento (art. 5º, I, CF) e à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando a liberdade de exercício de cultos e demais liturgias e expressões religiosas². A Carta Magna proibiu, ainda, a discriminação

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

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:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção fi-

proveniente de divergências de crenças religiosas e convicções filosóficas, adotando posicionamento laico, segundo maioria da doutrina.

Há de se registrar ser a liberdade religiosa também protegida pelo manto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto n. 678, de 25 de setembro de 1992, que em seu art. 12 preleciona ser direito de toda pessoa a liberdade de consciência e de religião. Nesse contexto, impende consignar a clareza do dispositivo:

Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções³.

Trata-se de verdadeira homenagem ao pluralismo político, que se torna peça fundamental do Estado brasileiro ao assegurar “a existência de centros coletivos dotados de multiplicidade ideológica que, rivalizando-se entre si, tentam interferir ou interferem na formação da vontade do Estado”⁴. Acerca da liberdade religiosa, precisas são as palavras de Jonatas Eduardo Mendes Machado⁵, a saber:

losófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

³ BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 123.

⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 201.

Assim, a liberdade religiosa constitucionalmente consagrada está longe de poder ser entendida como protegendo apenas a adesão aos valores objectivos apregoados por uma confissão religiosa determinada. Por outras palavras, ela é irredutível a uma mera possibilidade de *idem sentire cum Exxlesiae*. Além disso, ela não limita o seu âmbito de protecção apenas às confissões religiosas tradicionais. Diferentemente, ela visa tutelar todas as formas de experiência religiosa individual e colectiva, tanto maioritárias como minoritárias, sendo certo que estas últimas devem ser objecto de uma particular atenção, porque situadas numa posição de maior vulnerabilidade. Como melhor veremos adiante, a construção alargada do âmbito normativo do direito à liberdade religiosa radica, fundamentalmente, num entendimento amplo, não definitório, dos conceitos de religião e de confissão religiosa, aspecto que, como veremos, não deixará de ter fortes incidências em sede de princípio da igualdade.

Como dito, o conteúdo da liberdade religiosa abrange também a liberdade de crenças, de cultos, à divulgação das próprias convicções religiosas, a liberdade de reunião e associação religiosas⁶. Pois bem, imperioso registrar a íntima correlação da liberdade religiosa com o princípio fundamental da dignidade humana (art. 1º, III, CF), mais especificamente no núcleo de dignidade pessoal, porque em muito se refere ao estatuto e origem do “ser pessoal”. Aliás, historicamente o próprio conceito de dignidade humana evoluiu com o cristianismo e a semelhança entre o divino e o humano.

Resta, portanto, configurada a liberdade de consciência, de crença, de culto e religiosa. Segundo Pedro Lenza, o art. 5º, VI, CF, “enaltece o princípio da tolerância e o respeito à diversidade”⁷. Nesse diapasão, explicita José Afonso da Silva⁸:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir à qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também com-

⁶ ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Editora Almedina, 2002. p. 506.

⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 883.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. **Cidade: Editora: ano.** p. 94

preende a liberdade de não aderir à religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo.

Acerca da laicidade do Estado Brasileiro, imperioso tecer algumas considerações. É cediço que desde o advento da República (Decreto n. 119-A, de 07.01.1890) o Estado brasileiro é laico, leigo ou não confessional, inexistindo religião oficial no país. Embora não mencionada expressamente no texto constitucional, a laicidade tem sua normatividade extraída da combinação dos direitos fundamentais à liberdade e igualdade (art. 5º) e da separação entre a igreja e o Estado (art. 19, I).

Contudo, embora muitos autores defendam a existência do Estado laico, a expressão constitucional do direito não importa, necessariamente, em seu implemento na sociedade. Com efeito, embora não confessional, a religião continua simbolicamente pungente no Estado Brasileiro, seja no reconhecimento (ou não) de datas comemorativas religiosas como feriados nacionais, pelo financiamento de grandes eventos litúrgicos ou cessão de patrimônio público, ou ainda pela intervenção de grupos religiosos nas políticas públicas de direitos sexuais e reprodutivos. Não se pode descuidar da existência de crucifixos em órgãos públicos, da existência de imunidade tributária religiosa (art. 150, VI, b, CF) ou da guarda sabática.

As variantes da laicidade do Estado e a religiosidade não são parte do tema principal do presente artigo, mas é ponto nodal para compreender a simbologia religiosa que permeia as diversas instâncias do político e até que ponto pode o Estado interferir na esfera religiosa de indivíduos ou grupos. Tal fator é determinante para se entender a necessidade de serem albergados penalmente certos bens jurídicos com influência religiosa, que, em última interpretação, deram ensejo à lei antiterrorismo (Lei nº 13.260/16⁹).

É cediço que a prática religiosa encontra seu momento máximo quando exprimida em atos de culto. O culto é, pois, elemento essencial da liberdade religiosa. E ao se cultuar, insurge a necessidade de construção de templos, a necessidade de comemoração pública de festividades próprias, ou até mesmo os feriados religiosos.

⁹ BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm >. Acesso em: 22 jun. 2016.

Contudo insta perquirir acerca da função do Estado no favorecimento da liberdade religiosa. A pretensa neutralidade adotada pela Constituição Federal é a resposta adequada do poder político institucionalizado?

Entende-se que a neutralidade do Estado ou a separação absoluta entre Estado e a Igreja não são favoráveis, pois os cidadãos são, em sua maioria, crentes. Portanto, “o Estado não deve ser neutro, nem estar absolutamente separado, nem ser estranho perante a religião, mas antes deve ser sensível à relevância social positiva do fenómeno religioso na comunidade política”¹⁰.

Sabe-se não haver direitos absolutos no ordenamento jurídico pátrio. Assim, o funcionamento em concreto das liberdades religiosas impõe a observância de certas restrições ao seu exercício. O respeito aos direitos humanos secularizados devem ser objeto de interesse comum entre a classe política e as próprias comunidades religiosas, pois a violação dos limites pelos crentes pode ensejar uma fixação normativa do exercício religioso.

No caso brasileiro, presente imensa diversidade cultural e de credos, não foi alicerçada norma constitucional reguladora dos limites de exercício. Outrossim não há diploma normativo delineando os ditames da liberdade religiosa. No entanto, imperioso sopesar o direito à liberdade religiosa e os demais direitos assegurados no ordenamento jurídico interno, bem como nos tratados internacionais.

Não se pode descuidar que a liberdade religiosa é princípio conformador da ordem jurídica, e como tal, implica em uma necessária e verdadeira obrigação de tolerância (*Gebot der Toleranz, Toleranzgebot*)¹¹. Trata-se de verdadeira conformação vertical dos direitos constitucionais, pois a tolerância torna-se virtude cívica presente numa sociedade cosmopolita, republicana e democrática. Assim, é imprescindível o respeito e a boa-fé entre os cidadãos, fomentando o livre exercício de suas personalidades.

Segundo Jónatas Eduardo Mendes Machado¹², ao Estado caberia o papel institucional de “guardião da tolerância”, providenciando o necessário para criar e proteger o respeito mútuo entre as pessoas que profetizam religiosidades

¹⁰ ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Editora Almedina, 2002. p. 513.

¹¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255.

¹² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

divergentes. No entanto, salienta que a tolerância não se realiza à custa dos direitos fundamentais de uma das partes de eventual conflito, pois deve-se sempre pressupor um contexto de igualdade e reciprocidade. O referido autor reafirma que em uma sociedade de valor constitucional de igual liberdade, as liberdades positivas (prestacionais) deferidas a um grupo específico não podem dar ensejo a um resultado coercivo e discriminatório da minoria religiosa.

Valioso, ainda, a lição do autor no tocante à necessidade constante de um espaço público de discurso religioso, à semelhança do debate político, onde a tolerância permite verdadeiro confronto aberto de ideias religiosas. Nesse contexto, torna-se ilegítimo a intervenção do direito penal ao debate politizado ou a restrição de qualquer espécie à liberdade religiosa.

2. A TUTELA PENAL DA LIBERDADE RELIGIOSA

Acerca da tutela penal da liberdade religiosa, é possível encontrar único dispositivo no Título IV (dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos), Capítulo I (dos crimes contra o sentimento religioso), do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848/40, que é ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, a saber:

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência¹³.

Analisando o tipo penal em comento, no tocante ao sujeito ativo, percebe-se ser um crime comum, podendo ser praticado, inclusive, por ministros, párocos e demais atuantes em entidades religiosas. Já com relação ao sujeito passivo, o tipo penal pode macular liberdade religiosa individual ou da coletividade, a depender da modalidade.

¹³ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848/40*. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

Nesse sentido, registre-se haver três modalidades do tipo penal: a) escarnecer alguém publicamente, a ser praticado contra pessoa determinada; b) impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso e; c) vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso.

No tocante a primeira conduta, de escarnecer publicamente alguém em razão de sua religiosidade, considera-se “escarnecer” como o ato de zombar ou fazer troça, menosprezar alguém¹⁴. A conduta deve ser concretizada por qualquer meio ou forma de manifestação do pensamento, seja por desenho, atos, palavras, escritos e outros, sendo essencial a publicidade da ação¹⁵. Noutra giro, há doutrina entendendo que a publicidade exigida pelo artigo pode se dar com a presença de único terceiro para a consumação do delito¹⁶.

Já na segunda figura típica, a de impedir ou perturbar ato religioso, o núcleo do tipo consiste em evitar que comece, se paralise ou suspenda, bem como em atrapalhar, embaraçar, tumultuar cerimônia ou prática de culto religioso¹⁷. Segundo Damásio de Jesus, “cerimônia é ato solene e regular de culto religioso realizado com certo aparato”¹⁸, enquanto culto religioso é qualquer ato religioso diverso da cerimônia, não havendo o aparato, como na leitura do evangelho espírita, por exemplo. O autor tece, ainda, outras considerações acerca do culto religioso, a saber:

Culto religioso, para configuração do crime, é aquele protegido pela tutela estatal, ou seja, o que não atente contra a moral e os bons costumes (CF, art 5º, VI) e conte com número razoável de adeptos. É necessário que se trate de religião admitida pelo Estado, não havendo, porém, distinção entre qualquer delas, seja em razão de sua natureza ou número de seus seguidores. Basta que, notoriamente, se reconheça o caráter religioso do culto e que esteja sob o amparo da lei¹⁹.

No entanto, em sentido diametralmente oposto, Luis Régis Prado²⁰ de-

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 803.

¹⁵ JESUS. Damásio de. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 102.

¹⁶ COELHO. Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 750.

¹⁷ JESUS. Damásio de. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 100.

¹⁸ JESUS. Damásio de. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p.

¹⁹ JESUS. Damásio de. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p.

²⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, arts. 121 a 249. 9. ed. São

fende que o culto religioso deve ser o ato de religião tutelada pelo Estado, senão vejamos:

pode conduzir a uma errônea interpretação de que impedir ou atrapalhar uma sessão de magia negra ou macumba também possa constituir ilícito penal. Entretanto, esse entendimento não deve prevalecer. O que se tutela nessa conduta não é nenhuma manifestação religiosa isolada, mas o ‘interesse ético-social do sentimento religioso, o que exige que se trate de religião admitida pelo Estado, com considerável número de adeptos e que não viole a ordem pública e os bons costumes, tendo pois, uma função ético-social a cumprir”.

De maneira coesa e sucinta, Victor Eduardo Rios Gonçalves elucida defendendo como cerimônias as celebrações religiosas solenes (missas, casamentos), enquanto cultos seriam práticas religiosas de menor proporção (novenas, orações)²¹.

Outrossim, com relação ao terceiro núcleo do tipo, o de vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso, entende-se consumado o tipo quando o autor humilha, desonra, publicamente um ato ou objeto religioso²². O objeto de culto religioso devem ser aqueles bens corpóreos reservados e consagrados ao culto, abrangendo não somente os mercedores de devoção, mas aqueles que se destinam à manifestação do culto, como altares, cálices, púlpitos²³. Não são protegidos pela norma os objetos expostos à venda e não sacralizados, não se constituindo objetos materiais do crime eventualmente praticado.

Novamente o tipo penal exige a publicidade do ato lesivo, seja na presença de diversas pessoas ou por qualquer meio que torne o ato público (vídeos, imprensa, fotos e afins), sendo certa a possibilidade de cometimento verbal (injúrias), por escrito ou real (escarrar, chutar)²⁴.

Trata-se, portanto, de tipo penal misto cumulativo, permitindo a punição

Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2. p. 621.

²¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*: parte especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 526.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral e parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 803.

²³ JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 101.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial, arts. 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2. p. 622.

cumulativa por infração de cada núcleo do tipo. Nesse contexto, na primeira e na terceira conduta tem-se, então, a necessidade do elemento subjetivo específico do tipo penal consistente no intuito discriminatório e depreciativo à determinada religião, investindo contra quem a segue, contra ato ou culto que a consagra ou contra objeto que a simboliza²⁵. Rogério Greco defende a existência de finalidade especial do agente de atuar por motivo de crença ou função religiosa da vítima, entendendo crença como “fé religiosa”, enquanto função religiosa seria “ocupação ou ministério exercido”. De mais a mais, na segunda conduta o elemento subjetivo é o dolo, sendo indiferente “o fim último visado pelo agente”²⁶.

Nesse diapasão, verifica-se estar o diploma legal em comento desatualizado, momento se considerado os quase 80 anos de promulgação do código penal. Partindo de um controle material de intensidade, a pena máxima cominada de dois anos, no caso de incidência da causa de aumento de pena do parágrafo único, não é suficiente para resguardar o bem jurídico tutelado pela norma.

3. A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E O INCÊNDIO DE TERREIROS

Em verdade, percebe-se o aumento dos casos de discriminação e preconceito religioso, especialmente contra os seguidores de religiões de matrizes africanas, como a umbanda e candomblé, mas não somente. Um dos grandes obstáculos à efetividade da liberdade de religião é o crescente fundamentalismo na sociedade contemporânea, oriunda de uma concepção fechada e imutável da religiosidade em si. Ao longo do tempo, o radicalismo assumiu novas formas de expressão que não atingem somente os atos, cultos e objetos, mas o próprio templo religioso em si.

Não são raros os casos de intolerância religiosa noticiados pela mídia atualmente. No dia 12 de setembro de 2015, dois terreiros de candomblé foram incendiados na região metropolitana de Brasília²⁷. O primeiro foi incendiado

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 804.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, arts. 121 a 249. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2. p. 622.

²⁷ **SOBRENOME, Nome. Título**. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/09/12/interna_cidadesdf,498369/doi-terreiros-de-religoes-aos-sao-incendiados-no-entorno-no-df.shtml>. Acesso em: 22 abr. 2016.

em Santo Antônio do Descoberto, restando apenas poucas cadeiras e alguns tambores. Segundo o babalorixá Babazinho de Oxalá, algumas pessoas teriam arrombado a janela e incendiado o terreiro²⁸. Na mesma reportagem, o líder religioso afirma que no mês anterior o templo foi saqueado, ocasião na qual alguns objetos foram roubados e outros destruídos.

Já no segundo caso, um grupo teria arrombado o portão de um terreiro de candomblé em Águas Lindas de Goiás e colocado fogo em uma poltrona e em roupas que estavam no varal. Embora não tenha sido um caso de maior gravidade, a mesma data dos fatos levanta bastante desconfiança.

Os casos são significativos a ponto de após a visita ao terreiro de candomblé Axé Oyá Bagan, incendiado em 27/11/2015, o Governador do Distrito Federal anunciar a criação de uma delegacia de combate à intolerância religiosa e ao racismo²⁹. Neste caso, as investigações inicialmente apontavam para a prática de incêndio criminoso³⁰. Contudo após a perícia do local, os peritos da Polícia Civil do Distrito Federal concluíram que o fogo foi gerado por curto-circuito³¹.

A título exemplificativo, na página do portal de notícias G1 que noticia a criação da delegacia, são encontrados comentários de internautas com o seguinte conteúdo:

CADE A DELEGACIA DO IDOSO???????? ESSES MACUMBEIROS, MENTEM E ROUBAM DINHEIRO DAS PESSOAS COM SEUS GOLPES..”; “Essa baboseira vai combater a “intolerância religiosa” ou só proteger os macumbeiros mesmo?”; “mãe baiana...vcs ganham a vida “abençoando ou amaldiçoando” os outros...mas a grande maioria tem que trabalhar para conseguir sobreviver...vcs passam anoite toda fazendo “festa”...quem trabalha lembra as 5 da matina³².

²⁸ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/09/policia-investiga-invasao-e-incendio-de-terreiros-de-candomble-em-go.html>>. Acesso em:

²⁹ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/01/df-cria-1-delegacia-para-investigar-crimes-de-intolerancia-religiosa.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

³⁰ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/11/27/interna_cidadesdf,508302/terreiro-de-candomble-e-incendio-na-regiao-do-lago-norte.shtml>. Acesso em: 23 abr. 2016.

³¹ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/policia-diz-que-cao-de-incendio-em-terreiro-no-paranoa-foi-curto-circuit>>. Acesso em:

³² Inserir referência

Outrossim, o Centro Islâmico de Brasília sofreu um ataque em 21 de março de 2016³³. Na ocasião livros religiosos, utensílios e móveis do centro foram jogados para fora do prédio e, segundo os policiais, as características do caso denotam o crime de ódio, especialmente porque nenhum objeto de valor existente no local foi levado. A reportagem é ilustrada com imagens de exemplares do alcorão jogados ao chão, alguns desfolhados. Ademais, um centro espírita também pegou fogo em Sobradinho no dia 28 de janeiro de 2016³⁴. Segundo a reportagem, há sérios indícios de que o incêndio tenha sido de cunho criminoso, uma vez que a janela foi arrombada. O centro realizava trabalho social com máquinas de costura, que foram incendiadas. O fundador do centro reafirma o intento criminoso porque o centro já teria sido atacado outras vezes.

Sem embargos, no dia 26 de junho de 2014, o terreiro de candomblé da mãe Conceição de Lissá foi incendiado em Duque de Caixias, na baixada Fluminense³⁵. Segundo a religiosa, em seis anos de instalação do templo foram relatados seis atentados. No caso narrado, os invasores teriam cortado o arame farpado existente em cima do muro para entrar na casa. Em seguida teriam quebrado a corrente e o cadeado e invadido o segundo andar, queimando as roupas de santo e os itens utilizados nas sessões.

Nesse diapasão, o Centro Espírita Afro-Brasileiro Ilé Axé Iemanjá Ogum Té, localizado em Valparaíso, em Goiás, foi invadido e depredado entre os dias 7 e 8 de março de 2016³⁶. Mãe Noêmia, responsável, estava viajando e ao retornar encontrou o portão do templo acorrentado. O altar foi destruído junto com os objetos sagrados. As paredes foram derrubadas.

Por fim, na madrugada do dia 11 de março de 2016, a estátua de Oxa-

³³ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/03/vandalismo-em-mesquita-do-df-foi-intolerancia-religiosa-diz-governo.html>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

³⁴ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/01/incendio-atinge-centro-espirita-e-deixa-um-ferido-em-sobradinho-ii-no-df.html>>. Acesso em:

³⁵ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,terreiro-de-candomble-e-incendiado-na-baixada-fluminense,1519654>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

³⁶ SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <<http://aquiacontece.com.br/noticia/2016/03/11/terreiro-de-candomble-e-depredado-em-valparaiso-goias>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

lá foi incendiada na Praça dos Orixás em Brasília³⁷. São 15 imagens de orixás, entidades sagradas do candomblé, produzida pelo artista baiano Tatti Moreno, que foram restauradas em 2010 pela Secretaria de Cultura do Distrito Federal. O custo da reforma foi de R\$ 750.000,00 (setecentos e setenta mil reais), mas desde então as obras foram sistematicamente depredadas.

A sistematização de violações à liberdade religiosa levou o Ministério da Cultura, a Fundação Palmares e o Governo do Distrito Federal a se unirem e iniciar o mapeamento das casas de umbanda e candomblé. O intuito é combater o sétimo atentado à religiões de matizes africanas em nos últimos oito meses.

4. O FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO E A APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.260/16 AOS CASOS DE INCÊNDIO CRIMINOSO DE TERREIROS

Inicialmente, faz-se necessário conceituar o fundamentalismo, que leva à prática reiterada de cometimento de incêndio aos terreiros de umbanda e candomblé no país. O fundamentalismo religioso se manifesta em diversas religiões que mantêm sistema rígido de crenças religiosas, as quais se sustentam por textos revelados, definições dogmáticas e infalíveis. A respeito do tema, frisem-se os ensinamentos de Evilásio J. Araújo³⁸:

O fundamentalismo normalmente reclama uma exclusividade na condução de suas práticas e na exposição de suas crenças, porque, para os fundamentalistas, somente eles possuem a *Verdade*. Todos os demais seres humanos encontram-se em erro, o que, por si só, os autoriza a tentar salvar os iludidos com crenças diferentes. Embora esse fenômeno tenha acompanhado a trajetória humana em todos os tempos, porque a necessidade espiritual é marcante na formação psíquica dos povos, as grandes descobertas científicas e impressionantes inventos dos povos, as grandes descobertas científicas e impressionantes inventos tecnológicos, em muitos aspectos, ressaltaram a patente insegurança da vida social, reclamando, do Século XX, justamente quando era maior a luz do

³⁷ **SOBRENOME, Nome.** *Título*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/04/incendio-destroi-imagem-de-oxala-na-praca-dos-orixas-em-brasilia.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

³⁸ **SOBRENOME JUNIOR.** Evilásio J. *Terrorismo internacional: fundamentalismo religioso e globalização*. Brasília: Editora Herança Judaica, 2004. p. 134.

conhecimento, uma nova dimensão espiritualizante da vida. A constatação desse fato serve de base para qualquer análise do fenômeno do Fundamentalismo nas grandes religiões e do seus reflexos diretos para a perturbação da Paz Mundial.

Ocorre que o fundamentalismo religioso é frequentemente utilizado como ferramenta de má fé de certos grupos religiosos que buscam o poder político. Para os fundamentalistas a realidade social deve ser modificada de acordo com a vontade divina para ser alcançado os novos tempos. Não se pode desconsiderar que a marginalização é o primeiro estímulo à violência, sendo certo que “toda a classe social que não esteja incorporada ao sistema político é potencialmente revolucionária”³⁹.

A tomada do poder a qualquer custo com o intuito de construir o futuro da religiosidade pode ensejar a prática de atitudes terrorista. Entende-se como terroristas religiosos aqueles grupos fortemente dirigidos por posições religiosas extremistas, incluídos os cultos religiosos que professam o “messianismo” e o “milenarismo”⁴⁰.

Contudo, a dificuldade de precisão conceitual do termo ainda resguarda imprecisão alarmante. Acerca do tema leciona José Irueta Goyena⁴¹:

El terrorismo es uno de esos vocablos que se llaman aurelados, cuyo contenido hasta ahora nadie ha podido precisar. Este delito es tan vago, tan abstracto, que siento cierta inquietud de darle entrada a la jurisdicción mundial para castigar un delito cuya esfera de acción, cuyos limites, no se han podido precisar hasta ahora con la justeza necesaria.

Independentemente da conceituação doutrinária de terrorismo, a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, conceitua terrorismo como a prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos no artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública (art. 2º). Nesse diapasão,

³⁹ HUNTINGTON, 1990 apud SOBRENOME JUNIOR. Evilásio J. *Terrorismo internacional: fundamentalismo religioso e globalização*. Brasília: Editora Herança Judaica, 2004. p. 215.

⁴⁰ NASSER, Reginaldo Mattar e outros. *Do 11 de setembro de 2001 à guerra ao terror: reflexões sobre o terrorismo no século XXI*. Brasília: Ipea, 2014. p. 67.

⁴¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981. p. 4.

considera-se como ato terrorista:

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa⁴²;

Assim, em uma primeira interpretação, pode-se chegar a conclusão de que usar de um meio capaz de causar dano, em razão de discriminação com relação à religião, é um ato terrorista albergado pela norma cominadora de pena de doze a trinta anos. Imperioso consignar a mensagem de veto n. 85, de 16 de março de 2016, proferida pela Presidenta da República que veta o inciso II do artigo 2º da lei em comento. O inciso vetado considera ato terrorista “incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado”. Segundo o veto,

os dispositivos apresentam definições excessivamente amplas e imprecisas, com diferentes potenciais ofensivos, cominando, contudo, em penas idênticas, em violação ao princípio da proporcionalidade e da taxatividade. Além disso, os demais incisos do parágrafo já garantem a prevenção das condutas graves que devem ser consideradas ‘ato de terrorismo.

Poderiam ser, então, considerados como graves os atentados que incendiam templos religiosos de matiz africana. Inicialmente porque o terrorismo tem como função precípua despertar o temor da sociedade, em especial pela frequência, intensidade e imprevisibilidade dos atentados.

Os atos de terrorismo têm como função precípua a instituição da cultura do medo como impedimento para o livre exercício da liberdade religiosa, maculando a democracia e o sentimento de liberdade religiosa. Ademais, as religiões afro-descendentes são alvo de inúmeros preconceitos e estigmas, além de não contar com representatividade adequada em centros de poder.

Portanto, ante o exposto, verifica-se não haver óbice a aplicação da Lei nº 13.260/16 aos casos de incêndio criminoso de terreiros de umbanda e candomblé, por ferirem expressamente a liberdade religiosa dos cidadãos com o

⁴² BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

nítido intuito de propagar a cultura do medo entre os praticantes de religiões de matizes africanas.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 permitiu a difusão do pensamento laico e não confessional no Brasil, pois trouxe em seu bojo uma concepção pluralista e tolerante de sociedade. Nesse contexto, além de ampliar a proteção constitucional à inviolabilidade e liberdade de consciência e crença, proibiu a discriminação proveniente de divergências religiosas.

Nesse contexto, a liberdade religiosa é faceta do núcleo do princípio da dignidade humana, pois se refere ao estado mais íntimo e intangível da personalidade do indivíduo. A tutela deste prisma da personalidade humana é extensiva à integralidade dos grupos religiosos, sejam eles majoritários ou minoritários, sem qualquer restrição quanto a origem ou natureza dos credos. Como expressão cultural coletiva, há matizes religiosas de maior expressão, enquanto outras são menos professadas. Em verdade, as correntes religiosas minoritárias devem ser especialmente tuteladas, pois podem facilmente serem estigmatizadas e colocadas em posição de vulnerabilidade.

Por transcender a esfera individual e cominar em relações sociais e políticas complexas, a expressão da religiosidade carece em muitos momentos da tutela do poder público para ser mantida, difundida e, inclusive, protegida. A República Federativa do Brasil, embora laica e não confessional, não pode adotar postura absolutamente neutra na efetivação de direitos fundamentais. Portanto, para atender aos ditames da verticalização dos direitos fundamentais, deve ser implementada a tutela de um bem jurídico plural, diversificado, tolerante e inclusivo, ainda que à míngua de definição constitucional acerca do tema.

Com o intuito de possibilitar a experiência religiosa em larga escala para todos os indivíduos da sociedade, algumas expressões da religiosidade de certos grupos podem e devem sofrer restrições em detrimento de outros, em respeito aos direitos secularizados. Contudo, em razão da já mencionada pluralidade de credo, no bojo da constituinte não foi estabelecida qualquer baliza legal para delinear o campo de conformação deste direito fundamental.

Por isso, para sanar a insegurança jurídica e esclarecer os pontos de con-

tato entre as diversas expressões religiosas, deve haver uma interpretação holística dos direitos fundamentais erigidos na Constituição Federal e nos demais textos normativos, impondo aos cidadãos a obrigação de tolerância e respeito (conformação horizontal dos direitos fundamentais). Tal proceder visa atender, outrossim, os ditames do pluralismo político e social, bem como a sociedade democrática e cosmopolita.

Com efeito, o único tipo penal guardião da livre expressão religiosa foi cunhado na década de 1940, em período muito anterior à Constituição Federal. O ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo está previsto no art. 208 do Código Penal e impõe a pena de um mês a um ano de detenção ou multa àquele que: a) escarnecer alguém publicamente, a ser praticado contra pessoa determinada; b) impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; e c) vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso.

Muito embora haja a previsão de um tipo penal, Título IV do Código Penal tutela exclusivamente o sentimento religioso, especialmente no tocante aos cultos, cerimônias e objetos, deixou-se de albergar os templos e locais de prática de atos religiosos. Ausente, portanto, tutela penal específica para a preservação da liberdade religiosa em sua integralidade.

Ademais, a criação de um espaço público de discussão religiosa não foi fomentado e certos grupos religiosos e indivíduos cunharam uma compreensão coercitiva e discriminatória de expressões religiosas diversas. Sem embargos, ultimamente os noticiários apontam sucessivos e crescentes casos de intolerância religiosa.

O fundamentalismo religioso é apontado como fator capaz de fomentar atos proselitistas e violentos, pois normalmente é evidenciado nas religiões cujos sistemas de credos são rígidos e se utilizam de livros revelados, além de concepções dogmáticas. Os crédulos normalmente intentam impor à sociedade os modelos impostos pela doutrina de sua própria religião, rechaçando qualquer prática religiosa diversa. Esta intolerância com a diversidade de vivências gera, em última análise, ondas de violência contra praticantes de religiosidades minoritárias.

A natureza discriminatória de tais atos pode ser notada porquê é especialmente dirigida para templos e símbolos daqueles que professam religiões de matizes africanas ou afro-brasileiras, como a umbanda e o candomblé. Como forma de coação e difusão da cultura do ódio, vários terreiros tem sido incendiados nos

últimos anos. A quantidade e a intensidade destes atos na região metropolitana do Distrito Federal acabou por cominar na Delegacia Especializada de Combate à Intolerância Religiosa, ainda em fase de implementação.

A prática mais comum é a depredação, destruição, invasão de terreiros, como no nos três casos cometidos em 2015 no Distrito Federal. Normalmente após a invasão e dilapidação dos símbolos, indumentárias e petrechos religiosos, taca-se fogo ao que sobrou. Nesse contexto, ressalte-se o incêndio praticado nos orixás existentes na Prainha do Lago Paranoá, em Brasília, já em março de 2016, quando atearam fogo em vários dos 15 orixás produzidos pelo artista plástico Tatti Moreno, recentemente restaurados ao custo de R\$ 750.000,00 (setecentos e setenta mil reais).

Com o nítido escopo de barrar eventuais práticas terroristas, foi promulgada a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que conceitua terrorismo como prática de qualquer ato com intuito xenófobo, discriminatório ou preconceituoso no tocante à raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com finalidade de provocar terror social ou generalizado. Segundo esta norma, a pena para quem pratica crime de dano em razão de discriminação religiosa comete ato terrorista e pode incidir nas penas de doze a trinta anos. A pena mais rigorosa, portanto, teria o condão de reprimir a crescente onda de violência documentada contra as religiões afro-brasileiras.

Portanto, defende-se a aplicabilidade da hipótese ventilada no presente artigo para aplicar a Lei nº 13.260/16 aos casos de incêndios criminosos praticados contra terreiros de umbanda e candomblé, já que possuem o nítido desiderato de despertar o medo entre os adeptos de membros de comunidades religiosas específicas.

REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Editora Almedina, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848/40*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

COÊLHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NASSER, Reginaldo Mattar e outros. *Do 11 de setembro de 2001 à guerra ao terror: reflexões sobre o terrorismo no século XXI*. Brasília: Ipea, 2014. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 803.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial, arts. 121 a 249*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. **Cidade: Editora: ano.**

SOBRENOME JUNIOR. Evilásio J. *Terrorismo internacional: fundamentalismo religioso e globalização*. Brasília: Editora Herança Judaica, 2004.

SOBRENOME JUNIOR. Evilásio J. *Terrorismo internacional: fundamentalismo religioso e globalização*. Brasília: Editora Herança Judaica, 2004.

SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/09/12/interna_cidadesdf,498369/doi-terreiros-de-religoes-afros-sao-incendiados-no-entorno-no-df.shtml>. Acesso em: 22 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. *Título*. Disponível em: <<http://aquiacontece.com.br/noticia/2016/03/11/terreiro-de-candomble-e-depredado-em-valparaiso-goias>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,terreiro-de-candomble-e-incendiado-na-baixada-fluminense,1519654>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/01/incendio-atinge-centro-espirita-e-deixa-um-ferido-em-sobradinho-ii-no-df.html>>. Acesso em:

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/03/vandalismo-em-mesquita-do-df-foi-intolerancia-religiosa-diz-governo.html>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/01/df-cria-1-delegacia-para-investigar-crimes-de-intolerancia-religiosa.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/04/incendio-destroi-imagem-de-oxala-na-praca-dos-orixas-em-brasilia.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/09/policia-investiga-invasao-e-incendio-de-terreiros-de-candomble-em-go.html>>. Acesso em:

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/11/27/interna_cidadesdf,508302/terreiro-de-candomble-e-incendiado-na-regiao-do-lago-norte.shtml>. Acesso em: 23 abr. 2016.

SOBRENOME, Nome. Título. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/policia-diz-que-cao-de-incendio-em-terreiro-no-paranoa-foi-curto-circuit>>. Acesso em:


Uniceub
Centro Universitário de Brasília

ICPD Instituto CEUB de
Pesquisa e
Desenvolvimento

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-61990-44-2



9 788561 990442