

| EDITORIAL

O falso dilema entre literalismo e voluntarismo: um caso emblemático no STF

O artigo 403 do Código de Processo Penal não estabeleceu um tratamento diferenciado às alegações finais a ser acostadas pelo acusado não delator. Pudera. Quando de sua redação, ainda não existia a figura do réu delator. Uma lei nunca estabelece todas as hipóteses de aplicação. Isso é comezinho em hermenêutica. Não existem leis perfeitas. Cabe ao intérprete fazer um ajuste, um *fit*, como diria Dworkin.

Por vezes, os juristas caem em um falso dilema. Quando interessa, são “literalistas”. E em outras oportunidades, a literalidade nada vale, adotando, assim, uma postura voluntarista. Ora, é impossível manter literalismo sempre. E é impossível ignorar os limites formais de um texto.⁽¹⁾ Não é proibido aplicar uma lei literalmente, desde que haja respaldo constitucional para essa leitura. E não é proibido avançar em relação ao texto, que, por vezes, necessita ser adaptado à Constituição e aos princípios conformadores de garantias processuais, como foi o caso do artigo 403.

Aliás, para quem duvida desta afirmação, é recomendável a leitura da peça *Medida por Medida* de Shakespeare. Verá que Cláudio é condenado à morte a partir de uma interpretação literal, tacanha; e, depois, é libertado por um ato voluntarista, quando o juiz troca a lei por um ato sexual com a irmã do réu. Shakespeare, como um autêntico moderno, entendia muito bem de interpretação!

No Supremo Tribunal Federal, por ocasião da sustentação oral de Lenio Streck no caso da ADC 44, foi pedido aos ministros que votaram pela aplicação literal do artigo 403 do CPP, dias antes, que assim o fizessem em relação ao artigo 283, do mesmo CPP, com objetivo de deixar claro a complexidade do ato de interpretar o Direito.

Pois, no “caso das alegações finais de réu não delator”, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 7 a 4, assentou que as alegações finais do réu delatado devem vir por último, isto é, de todo modo, devem vir depois das do réu delator. No fundo, fez-se uma interpretação-conforme-ao-devido-processo-legal e ao direito à ampla defesa, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Restou, no entanto, a discussão acerca dos efeitos.

Na verdade, tratando-se de direitos fundamentais (no caso, o STF já reconheceu que a ampla defesa

e o devido processo legal são dessa extirpe), não se pode falar em modulação ou outro nome que se dê à coisa.

Todavia, por 8 votos a 3, o STF decidiu, embora dizendo que não cabe modulação, deixar aberta a porta daquilo que disse não pretender fazer: a própria modulação, o que fez o ministro Lewandowski brincar com a questão, dizendo, como que a repetir Shakespeare, em Romeu e Julieta (a rosa perderia seu perfume se lhe mudassem o nome), “ainda que se chame a um gato de cachorro, ele não deixará de miar” e, sim, apenas de fixar uma tese. Na verdade, um tribunal julga. Não faz teses. Tribunal julga causas.

De todo modo, a decisão está tomada. Resta, agora, saber qual será o alcance da decisão. O fato - e fatos existem - é que o STF (já) *disse que se tratava de uma nulidade absoluta*, tanto é que anulou a decisão, ao conceder a ordem de *Habeas Corpus*. Porém, ronda o espectro da nulidade absoluta *versus* nulidade relativa. Para além de um espectro, trata-se de uma falsa dicotomia, sustentada no adágio *pás de nulité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

Ocorre que esse adágio não é princípio; esse adágio é anterior a Constituição; esse adágio vai contra a tese desenvolvida contemporaneamente de que uma nulidade do naipe de um direito fundamental (no caso, ampla defesa e devido processo legal) é sempre absoluta. Deve ser dada de ofício. O tribunal não dispõe da nulidade. Não é mensurável. Ela é! Simplesmente é. Presume-se o prejuízo.

Por isso, é preciso insistir: a decisão de concessão do *Habeas Corpus* fez uma leitura constitucionalmente adequada dos dispositivos do Código que tratam disso. Assim decidindo, o STF criou *jurisprudência no sentido da aplicação do devido processo legal substantivo (ampla defesa efetiva)*. Claro que isso tem consequências.

(i) Já não se pode simplesmente dizer que somente alguns réus devem ter o direito de ter a sentença anulada.

(ii) O direito ao devido processo legal *não depende e não pode depender de quem pedir*.

(iii) A concessão da garantia de ampla defesa

| Caderno de Doutrina

A última palavra é da defesa: o direito do acusado-delatado a se manifestar após as alegações finais do delator
Maria Elizabeth Queijo 2

Cronologia dos memoriais: retrato do autoritarismo da Lava Jato
Alberto Zacharias Toron 5

A mitigação dos efeitos recursais na apelação do tribunal do júri agravada pela proposta do Pacote Anticrime.
Otávio Lacerda de Paula Silva 8

Presumindo a ilicitude – uma análise da questão do enriquecimento ilícito no projeto de lei “anticrime”
Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello e Luca Padovan Consiglio 11

Homo sacer e *Provocatio* no pacote anticrime
Mariella Pittari 13

O “segredo” da imparcialidade do juiz criminal
Paulo Saint Pastous Caleffi 16

Execução penal e discurso do ódio: a relativização de garantias e direitos fundamentais em estabelecimentos penais federais e breves comentários ao Projeto de Lei Anticrime
Luciano de Oliveira Souza Tourinho, Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira e Camila Miranda Vidigal 18

Subsídios para uma correta (não) aplicação do princípio da insignificância a casos de peculato
Gabriel Marson Junqueira 22

| Caderno de Jurisprudência

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Promover direitos humanos no Brasil por intermédio do exterior: o uso individual e coletivo do sistema interamericano de direitos humanos
André de Carvalho Ramos 2233

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal 2238

efetiva-substantiva decorre de obrigação do Estado.

(iv) E, em sendo a decisão do STF a afirmação do devido processo legal substantivo, não se pode exigir que o réu prove o prejuízo para dele se beneficiar. Por quê? Porque este é insito ao não cumprimento do *substantive due process of law*.

(v) Em síntese: O prejuízo é presumido.

(vi) Se o STF restringir os efeitos da decisão, irá transigir com normas constitucionais. (vii) Em face de casos de violação, o tribunal não pode deixar de assegurar essas garantias, sob pena de usurpação do lugar que é dos constituintes. Em nenhum lugar do mundo, a começar pelos Estados Unidos, restringe-se o efeito retroativo de uma anulação em favor do réu; restringe, sim, apenas quando a anulação prejudica o réu. (viii) Trata-se do velho princípio da regra mais favorável, presente em todos os sistemas jurídicos democráticos, inclusive no Brasil.

Por último, há que registrar que a tese que pretende limitar os efeitos (por todos, cito o Ministro Roberto Barroso) funciona como uma palavra mágica tipo “abre-te Sésamo”: o réu, para se beneficiar da decisão do STF, tem de alegar e provar o prejuízo. O que é isto, na prática? Simples: Pura (ou impura) subjetividade. Dependerá, sempre, do Tribunal.

Contra isso, fica autorizada uma analogia ou uma alegoria com o futebol. O ludopedismo sempre ajuda a entender melhor as coisas:

(i) O réu ter de alegar ou provar o prejuízo é como bater pênalti com goleiro vendado e amarrado: se ele não disser que suas chances

são nulas, vale o gol, já que sua impossibilidade de ver e se mexer não demonstram por si só o prejuízo. (ii) Ou, por outra alegoria, o árbitro diz: se não reclamarem eu não marco impedimento, ainda que ele exista e desse impedimento saia um gol.

Resta saber como será o placar desse grande jogo que será a decisão acerca do alcance da nova jurisprudência (um novo precedente), tratando da redefinição significativa do artigo 403 do CPP.

O que importa é que os sentidos das palavras do texto constitucional não pertencem ao STF. Os sentidos da Constituição não são privados, não pertencem aos integrantes da Corte. Eles são públicos, construídos em linguagem pública.

Por isso, o STF não pode dar às palavras o sentido que quer. Isto vale para todos os dispositivos legais e constitucionais. Por isso é que, no conto de Lewis Carol (*Alice Através do Espelho*), a personagem Alice contesta Humpty Dumpty quando este lhe diz que pode haver, em vez de um aniversário, 364 desaniversários. Ela “esgrime a Constituição” (com o amparo da licença poética) e diz: “- Não pode ser assim”. E Humpty Dumpty responde: “Pode, sim. Porque eu dou às palavras o sentido que quero”.

E a comunidade jurídica deve responder também: não, não pode ser assim!

Nota

- (1) Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. *O literalista e o voluntarista diante dos cães na plataforma*. In: *Revista Consultor Jurídico*, 7 out. 2019.

A última palavra é da defesa: o direito do acusado-delatado a se manifestar após as alegações finais do delator

Maria Elizabeth Queijo

Resumo: a partir de recentes julgamentos da Suprema Corte brasileira, duas questões são enfrentadas no presente artigo, consistentes no exame da efetiva existência de direito do acusado-delatado de manifestar-se por derradeiro em alegações finais; e partindo-se do reconhecimento desse direito, acerca da natureza da nulidade decorrente do seu desatendimento.

Palavras-chave: Direito à ampla defesa. Direito ao contraditório. Alegações finais. Acusado delator. Acusado delatado. Prazo sucessivo. Nulidade. Prejuízo.

De forma inédita, o Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, decidiu, por maioria, em 27 de agosto último, ao julgar o Agravo Regimental no HC 157627, anular sentença condenatória proferida em face de acusado-delatado, ao qual não fora assegurado pelo juízo de primeiro grau o direito de apresentar alegações finais após o oferecimento da aludida peça processual pelo delator, apesar do requerimento da defesa nesse sentido.⁽¹⁾ Dada a importância do tema e a fim de preservar a segurança jurídica e a estabilidade jurisprudencial da Corte, o Min. Edson Fachin, Relator, submeteu a questão ao Plenário, na forma regimental, para apreciação do HC 166373. Nesse julgamento, decidiu o Tribunal, por maioria, pelo

Abstract: from recent judgments of the Brazilian Supreme Court, two issues are addressed in this article, consistent with the examination of the effective existence of the denounced defendant's right to speak out in final allegations; and starting from the recognition of this right, about the nature of nullity arising from its inattention.

Keywords: Right to full defense. Right to the adversary system. Final allegations. Whistleblower defendant. Denounced defendant. Successive term. Nullity. Prejudice.

reconhecimento do direito do acusado-delatado de manifestar-se por último, após as alegações finais do Ministério Público e do acusado-delator. Ficou pendente, entretanto, o exame de duas teses a serem decididas pelo Pleno, assim sintetizadas: “1) *Em todos os procedimentos penais é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado delator que, nos termos da Lei nº 12850, de 2013, tenha celebrado acordo de colaboração premiada devidamente homologado, sob pena de nulidade processual, desde que arguido até a fase do artigo 403 do CPP ou o equivalente a legislação especial, e reiterado nas fases recursais subsequentes*” e “2) *Para os processos já sentenciados, é necessária a demonstração*

do prejuízo, que deverá ser aferida no caso concreto pelas instâncias competentes”.

Desses paradigmáticos julgamentos emergem, de plano, duas questões que merecem análise: a primeira diz respeito à efetiva existência de direito do acusado-delatoado de manifestar-se por derradeiro em alegações finais; e, partindo-se do reconhecimento desse direito, tal qual a Suprema Corte decidiu, a segunda questão refere-se à natureza da nulidade decorrente do desatendimento desse direito.

Quanto à primeira questão, extraem-se, de ambos os julgados antes referidos, que parte dos Ministros integrantes da Corte entendeu inexistir tal direito e o fez com apoio nos seguintes fundamentos, em essência: *i*) o processo penal é regido pelo princípio da legalidade e, inexistindo previsão legal, inclusive na Lei nº 12850/2013, para a apresentação de alegações finais por acusados delatores e delatados em diferentes momentos, não se pode reconhecer tal direito; *ii*) a ordem de apresentação de alegações finais fixada na lei destina-se a estabelecer mínimo de equilíbrio de forças; contudo, essa lógica não se transfere automaticamente à colaboração processual; *iii*) a colaboração premiada é uma das estratégias de defesa e a opção por esse instituto não autoriza o juiz a fazer distinção entre acusados colaboradores e não colaboradores; *iv*) a questão não versa sobre o antagonismo entre acusação e defesa, mas entre “defesa” e “defesa” (do delator e do delatado); *v*) afastamento de violação ao contraditório e à ampla defesa na medida em que das alegações finais não emergem novos elementos de prova, estando o acervo probatório àquela altura já consolidado nos autos e conhecido por todos os atores do processo; desse modo, inexistiria prejuízo com a apresentação simultânea de alegações finais por todos os acusados (delatores ou não).

Já os Ministros que votaram pelo reconhecimento do direito do acusado-delatoado ofertar alegações finais após o delator destacaram os seguintes fundamentos: *i*) não há previsão legislativa para a apresentação sucessiva de alegações finais pelo delator e pelo delatado, mas nada impede o reconhecimento dessa ordem; *ii*) a lacuna legislativa existente deve ser integrada pelo princípio da ampla defesa (analogia *juris*); *iii*) delatores e delatados não estão na mesma condição processual e por isso não podem ser tratados de forma igual; sua relação é de antagonismo; *iv*) é inegável que as alegações finais do delator contêm carga acusatória, de modo especial porque o delator firmou acordo com o acusador, obrigando-se a trazer elementos de prova para a acusação, sem os quais não faz jus aos benefícios estipulados, ou seja, o interesse do delator é pela condenação dos delatados, confluindo com o interesse da acusação; *v*) a defesa tem o direito de falar sempre por último e de rebater todas as alegações com carga acusatória, ainda que não haja inovação probatória nas alegações finais; assim afastar esse direito equivale à supressão do direito de defesa; *vi*) o direito ao contraditório e à ampla defesa permeiam todo o processo penal, inclusive no momento de oferecimento das alegações finais; *vii*) a colaboração premiada é meio de obtenção de prova e, assim sendo, a fixação de prazo comum às defesas dos acusados delatores e delatados para ofertar alegações finais traz prejuízo aos últimos.

Passa-se à análise desses fundamentos, em busca da resposta à primeira questão. Não há dúvida de que o princípio da legalidade vigora também no processo penal. Não se pode ignorar que sua essência é a proteção do cidadão frente ao poder estatal, estabelecendo claros limites, no campo penal, ao poder punitivo. No âmbito dos Direitos Humanos, o princípio da legalidade insere-

se entre os direitos de primeira geração, também chamados de “direitos da liberdade”,⁽²⁾ que limitam o poder estatal e asseguram a liberdade do indivíduo diante do Estado. Bem por isso considera-se que são “direitos de resistência ou de oposição ao Estado”.⁽³⁾ Assim, o princípio da legalidade não constitui óbice para o reconhecimento do direito do acusado-delatoado de oferecer suas alegações finais após o delator, mesmo sem lei expressa que o preveja, porque se assim fosse, haveria total subversão do escopo, sentido e alcance desse princípio-garantia. Estar-se-ia invocando garantia do cidadão frente ao poder punitivo estatal para desprotegê-lo. Por isso, a falta de previsão normativa quanto ao prazo sucessivo para oferecimento de alegações finais pelo acusado-delatoado e pelo acusado-delator não só não impede o reconhecimento desse direito mas, ao contrário, impulsiona o intérprete a buscar a superação da lacuna legislativa na própria Constituição Federal, entre os princípios norteadores do processo penal, reconhecido que o Brasil organizou-se como Estado Democrático de Direito, assentado sobretudo no valor da dignidade humana.⁽⁴⁾ Exatamente nessa linha de raciocínio foi proferido o voto do E. Ministro Celso de Mello, que buscou no princípio da ampla defesa, tutelado no texto constitucional (art. 5º, LV), a integração do ordenamento no tema. Trata-se, no caso, da analogia *juris*, recordando-se sempre que o princípio da legalidade somente veda, no âmbito penal e processual penal, a analogia *in malam partem*.

Nessa ordem de ideias, não se pode desconsiderar a peculiar condição processual e situação jurídica do acusado-delator. Ele não pode ser – e não é – equiparado ao acusado-delatoado no tratamento legal. A diferença de posições processuais é patente: o acusado-delator firma acordo de colaboração processual, assumindo deveres processuais, entre os quais o de fornecer provas e subsídios à acusação, havendo metas estabelecidas na Lei 12850/2013 para que ele faça jus a benefícios legais (incisos I a V do art. 4º). Por isso, o antagonismo de posições entre o acusado-delatoado e o delator é claro. Aliás, cuida-se de antagonismo de tal ordem e peculiaridade que não se apresenta idêntico nem mesmo na contraposição entre o Ministério Público e o acusado. Isso porque poderá o órgão ministerial, ao final da instrução processual, requerer a absolvição do acusado, mas o acusado-delator, bem diversamente, não poderá abrir mão de sustentar sua posição, que converge para a acusação, sob pena de não alcançar os benefícios acordados e de colocar a perder o próprio acordo firmado. Por isso, a lógica que verte do art. 403 do CPP, segundo a qual a ordem de apresentação de alegações finais principia pela acusação (representada pelo Ministério Público e pela assistência da acusação) e termina pelo acusado, aplica-se integralmente nos casos em que haja acusado-colaborador. Ou seja, considerando sua peculiar posição processual, alinhada à acusação por força de acordo homologado judicialmente, deve ele apresentar suas alegações finais imediatamente após o Ministério Público e a assistência de acusação (caso habilitada). E, por último, cabe ao acusado-não colaborador fazê-lo. Em suma, a *mens legis* do art. 403 mencionado, no tocante à ordem de apresentação de alegações finais, que respeita o direito ao contraditório, à paridade de armas e à ampla defesa, se aplica integralmente às hipóteses em que haja acusado-delator.

É sabido que o direito à ampla defesa compreende o direito à informação,⁽⁵⁾ que abrange o prévio conhecimento de todos os elementos probatórios constantes dos autos e também das manifestações e requerimentos lançados pela acusação. Para além, a efetividade do direito à ampla defesa pressupõe a contraditoriedade em todos os atos do procedimento,⁽⁶⁾ o que inclui o direito de opor-

se a todas as manifestações da acusação, seja ela integrada pelo Ministério Público, pela assistência de acusação ou mesmo pelo acusado-delator. Desse modo, o fato de estar consolidado o acervo probatório quando da apresentação de alegações finais pelas partes, não inibe, de forma alguma, o direito do acusado-delator de ofertar suas alegações finais após o delator. O não reconhecimento desse direito implica desrespeito ao contraditório e, em última instância, a negação do próprio direito de defender-se.⁽⁷⁾

Além disso, o não reconhecimento do direito do acusado-delator à última palavra nas alegações finais atinge, de igual modo, a paridade de armas, que integra o devido processo legal. A acusação, sob essa ótica, fica em franca vantagem, em detrimento do acusado-delator, que resta privado de contrapor teses e argumentos da acusação que não integraram o memorial do Ministério Público e do assistente da acusação.

Em suma: em decorrência do delineamento constitucional brasileiro, de viés democrático, que se assenta sobre o valor da dignidade humana e está integrado pelos princípios do devido processo legal (que pressupõe a *par conditio*), do contraditório e da ampla defesa, o acusado-delator tem o direito de apresentar suas alegações finais após o Ministério Público, o assistente da acusação e o acusado-delator, superando-se a lacuna legislativa existente por meio de analogia *juris*, invocando-se como norma integradora o princípio da ampla defesa.

Resta examinar ainda a segunda questão, atinente à natureza da nulidade decorrente do desatendimento desse direito: trata-se de nulidade absoluta ou relativa?

Reconhecido, pela Suprema Corte, o direito de o acusado-delator manifestar-se por último em alegações finais, tornou-se forçoso examinar qual a sanção processual aplicável, já que de mera irregularidade não se trata. Nesse contexto, nos debates travados no julgamento do HC 166373, houve manifestações no sentido de que se cuidaria de nulidade relativa, tornando indispensável para o seu reconhecimento a demonstração do prejuízo e, ademais, estabelecendo a condicionante de que a defesa do acusado-delator tivesse pleiteado o reconhecimento desse direito desde o primeiro grau de jurisdição e nas sucessivas instâncias.

Para o deslinde da questão, mostra-se relevante realçar que a norma desobedecida no caso é constitucional, consistindo no princípio da ampla defesa (norma integradora da lacuna apontada). E, em se tratando de norma de garantia, conforme o magistério da saudosa professora **Ada Pellegrini Grinover** e dos ilustres professores **Antonio Magalhães Gomes Filho** e **Antonio Scarance Fernandes**, na consagrada obra *As nulidades no processo penal*,⁽⁸⁾ a nulidade decorrente de sua inobservância será sempre absoluta, não havendo espaço para a mera irregularidade ou para a nulidade relativa. Via de consequência, deverá ela ser decretada de ofício, independentemente de requerimento ou de provocação da parte. Segundo os precisos ensinamentos dos mencionados professores, tal conclusão decorre do fato de que “as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal”. São, pois, integrantes do processo justo e democrático.

Todavia, essa constatação não afasta a necessidade de verificação do prejuízo no caso concreto. Mesmo para o reconhecimento de nulidades absolutas, não se dispensa a existência de prejuízo que, nelas, entretanto, costuma ser evidente, tornando a demonstração a respeito desnecessária.⁽⁹⁾ No tema analisado, o comprometimento da ampla defesa e do

contraditório, que asseguram a participação da parte na formação do convencimento do juiz, conduz à evidência do prejuízo, manifestado, no mais das vezes, em sentença condenatória do acusado-delator. E essa conclusão não resta abalada nem mesmo quando o juiz não decline, de forma expressa, na fundamentação do decreto condenatório, elementos, argumentos ou teses que foram invocados nas alegações finais do acusado-delator. O mero acesso e conhecimento do julgador acerca do conteúdo das alegações do delator, não confrontadas pelo delator, que sobre elas não pode exercer o necessário contraditório, influencia a formação do convencimento do juiz, ainda que não manifestado na fundamentação da sentença.

Por fim, foi bastante oportuna a observação do Min. Alexandre de Moraes, em seu voto, ao frisar que não há nenhuma relação entre impunidade e respeito aos princípios constitucionais. Cabe ao juiz, no processo penal, o dever de zelar pela observância dos princípios constitucionais, notadamente quanto às garantias do devido processo legal, estimulando o contraditório e assegurando a ampla defesa, em reforço à paridade de armas e à sua imparcialidade. Mesmo em situações nas quais não há colaboração processual, para resguardar o exercício do direito à ampla defesa, não raro os juízes estabelecem prazo sucessivo para o oferecimento de alegações finais, quando a causa é demasiadamente complexa. Essa postura, tuteladora dos direitos fundamentais no processo, é que se espera do julgador durante todo o seu curso, de modo especial no que tange ao direito do acusado-delator de se manifestar por derradeiro, independentemente de requerimento. Assim agindo, atendido estará o interesse público na construção de um processo penal justo e democrático.

Notas

- (1) O Min. Relator Edson Fachin havia negado seguimento ao HC impetrado, sendo interposto pela defesa Agravo Regimental, ao qual S. Exa. também negou provimento. Votaram pelo provimento do Agravo e concessão da ordem os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia.
- (2) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 517.
- (3) BONAVIDES, op. cit., p. 517.
- (4) A esse respeito, lapidar a lição de Flávia Piovesan, na obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, na qual realça que é da “reaproximação da ética e do direito” que surge a “força normativa dos princípios” (10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 29).
- (5) TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 174-179.
- (6) TUCCI, op. cit., p. 176. O saudoso autor sustenta que deve ser “‘efetiva, real’, em todo o desenrolar da persecução penal”, assegurando-se devidamente a liberdade jurídica do indivíduo “enredado na ‘persecutio criminis’” (p. 181).
- (7) A saudosa professora Ada Pellegrini Grinover e os professores Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, na obra *As nulidades no processo penal*, prelecionam, com acerto, que “Defesa e contraditório são indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao da ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (12. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 71).
- (8) GRINOVER *et al.*, op. cit., p. 24-25.
- (9) Idem, *ibidem*, p. 27.

Maria Elizabeth Queijo

Doutora e mestra em Processo Penal pela USP. Advogada.

ORCID: 0000-0002-7219-7020

beth@eqz.adv.br

Recebido em: 16.11.2019

Aprovado em: 17.11.2019

Versão final: 21.11.2019

Homo sacer e Provocatio no pacote anticrime

Mariella Pittari

Resumo: O presente estudo visa conferir suporte ao instituto jurídico proveniente do Direito Romano denominado *provocatio*. Contudo, diversamente do disseminado *provocatio ad populum*, a *provocatio* da qual aqui se trata consiste na conclamação aos cidadãos para que insurjam-se diante da arbitrariedade estatal a ser perpetrada por agentes do Estado. A ressurreição do instituto presta-se a proteger a vida do *homo sacer*, contingente de cidadãos alijados da proteção à vida e desprovidos de mecanismos jurídicos para afirmar seus direitos. Será demonstrado que a tentativa de reinserção das excludentes de ilicitude no pacote anticrime, em discussão nas casas legislativas, reforça a crença de facções políticas alinhadas ao pensamento “vidas que não merecem ser vividas”.

Palavras-chave: *Homo sacer*. *Provocatio*. Expansão das causas excludentes de ilicitude.

1 Introdução

O Estado Brasileiro atravessa uma crise sacrificial ainda por ser resolvida, sem solução para o “excesso insuportável” decorrente da politização da existência mesma e da “rivalidade mimética” que a acompanha.⁽¹⁾ Em continuidade ao acirramento da tensão dialética do discurso político, encontra-se a expansão das excludentes de ilicitude no instituto da legítima defesa. Nesse aspecto, impõe-se algumas considerações acerca do projeto de lei apresentado pelo Ministério da Justiça e a emergência no âmbito jurídico de “vidas que não merecem ser vividas”.⁽²⁾ Sobretudo no que diz respeito à possibilidade de invocação da legítima defesa em caso de excesso doloso, durante a realização de “operações policiais”, com a subsequente não aplicação da pena.⁽³⁾

Trata-se de consolidar através de atos legislativos a emergência do *homo sacer*, figura ambígua entre o sagrado e o secular do Direito Romano.⁽⁴⁾ A configuração primitiva da condição de *homo sacer* remete à *lex Valeria* de 509 a.C., na qual dispunha-se acerca da sacralidade da pessoa e dos bens dos que atentassem contra os poderes monárquicos. Na definição de **Luigi Garofalo**: “La comunità cittadina, lungi dall’avvertire la necessità dell’uccisione dell’*homo sacer*, [...], limitandosi ad assicurare la liceità dela sua messa a morte attraverso il meccanismo dell’impunità”.⁽⁵⁾

Assim, uma das consequências advindas de alguém lançado à condição de sacralidade é a retirada de qualquer proteção jurídica, permitindo que qualquer um atente contra a vida daquele reputado *sacer esto*. O elo que une o *homo sacer* dos tempos mais remotos e a permanência de uma vida nua no critério *biopolítico*, *bare life*,⁽⁶⁾ incide na distinção entre diferentes categorias de pessoas gozando de diferentes status, naturalizando a politização de vidas sem direitos.

Como contraponto à tal exposição da “vida nua”, propõe-se aqui resgatar o instituto da *provocatio*, cujo alcance escapa àquele definido como *provocatio ad populum*, o de convocação popular para que as pessoas decidam pelo indivíduo.⁽⁷⁾ O

Abstract: This study aims to provide support to the legal institution from the Roman Law called *provocatio*. However, unlike the disseminated *provocatio ad populum*, the *provocatio* presented in this work involves calling on citizens to rise up against state arbitrariness to be carried by law enforcement officials. The rebirth of the institution is justified for protecting the *homo sacer*, a contingent of citizens who have been excluded from the protection of life and also deprived of enjoying their rights through legal mechanisms. It will be demonstrated that the attempt to expand the causes of justification on self-defense in the anticrime package – under consideration in the legislative houses – reinforces the belief of political factions aligned with the thought of “lives not deserving to be lived”.

Keywords: *Homo sacer*. *Provocation*. Expansion self-defense justifications

sentido pouco comentado da *provocatio* consistiria em convocar o aglomerado de cidadãos para que saiam de suas casas e acompanhem a arbitrariedade estatal a ser praticada. Enquanto instituto vivo e em mutação, a *provocatio* possuía um arranjo bem diferente da compreensão à mera submissão ao tribunal popular.⁽⁸⁾ Nesse sentido, *quiritare* indicava um bramido para que a multidão viesse a oferecer ajuda ativa.⁽⁹⁾

2 Vox una vindex libertatis: uma só voz em defesa da liberdade

O intuito do ato performativo de provocar consistia em clamar à multidão, aos cidadãos, para que deixassem suas casas e fossem ao amparo do cidadão prestes a ser executado. Em uma das passagens dos livros de **Tito Lívio**⁽¹⁰⁾ narra-se um episódio no qual *Volero Publilius* conclama aos seus pares: “provoco et fidei imploro Adeste, cives; adeste commilitones; nihil est quod exspectetis tribunos quibus ipsis vestro auxilio opus est”.⁽¹¹⁾ Portanto, funcionaria a *provocatio* como um apelo para proteção física direcionada à multidão, para que partissem ao amparo do cidadão na iminência de ter sua vida vilipendiada por alguém agindo sob autoridade estatal.⁽¹²⁾ Já na passagem de **Horácio**, apresenta-se outra versão para o instituto da *provocatio*, na qual Horácio mata a própria irmã ao retornar da batalha e encontrá-la em lamento diante da morte do seu noivo e rival de Roma, iniciando-se o *duumviri*.⁽¹³⁾ O *duumviri* representa a necessidade de um duplo juízo quando se está diante de questões de jurisdição que envolvem parricídio e *perduellio*, em crimes de maior gravidade.⁽¹⁴⁾ Nesse caso, o apelo teria por intuito levar à plebe a decisão última acerca da manutenção da vida do acusado, quando ceifá-la compromettesse de algum modo a popularidade do governante. Justifica-se o resgate do pretérito instituto diante dos riscos da admissão do excesso doloso como causa justificadora, propondo-se o emprego da *provocatio* direcionada à multidão, para que qualquer um do povo funcione como agente investigador da pertinência da violência policial contra um cidadão. Porquanto, positivar um conteúdo semântico que escapa ao conceito de defesa legítima

resvala em liames não adstritos ao Direito Penal, vez que um processo penal que tem por paradigma “autos de resistência” não pode ser caracterizado por democrático. Por conseguinte, o processo penal teria seu deslinde ainda mais comprometido ao longo da instrução, diante da produção unilateral dos referidos “autos de resistência”, sem qualquer participação do povo em sua produção. Mesmo a previsão constitucional do tribunal do júri para crimes dolosos contra a vida resta afetada diante de entendimentos jurisprudenciais que admitem o arquivamento do inquérito ou o não recebimento da denúncia com suporte na justificante da legítima defesa.⁽¹⁵⁾

A razão do resgate do instituto proveniente do Direito Romano se deve à subversão da causa mesma de invocação da legítima defesa, qual seja, a de autorizar a tutela privada diante da ausência de Estado.⁽¹⁶⁾ O emprego da legítima defesa como mecanismo estatal de eliminação do outro requer um remédio à altura, pois são cenas que se desenrolarão nos becos, nos espaços escuros e contra um contingente populacional carente de voz. Por isso recorre-se à etimologia da palavra *provocare*, *quiritare*: “chamar para fora”.

O esvaziamento de direitos fundamentais no plano infraconstitucional é intransponível, a ponto de esvaziar não apenas o devido processo legal no âmbito penal, erodindo a própria missão estatal de proteção da vida como bem jurídico. O fenômeno jurídico não pode ser percebido isolado do contexto social que subjaz a ele. Não obstante as palavras generalizantes que a lei emprega, resta indubitável quem será o sujeito passivo da ofensa para qual o Estado elenca as hipóteses de excludentes de ilicitudes. É o *homo sacer*, são pessoas de cuja vida a proteção jurídica é eliminada, permitindo que qualquer um possa matá-las. Se agentes do Estado se deparam com tais indivíduos e lhes ceifam a vida, a consequência penal não sobrevém. Ao efetuar-se um estudo comparado acerca dos institutos do Direito Romano da *provocatio* e das origens remotas da legítima defesa, localiza-se a figura do *homo sacer* como peça central de um Estado de exceção, no qual fato e norma coincidem de maneira sincrônica. Pois para todas as exceções do sistema que então se impunha, abre-se uma nova regra para alocar a situação aberrante. Qualquer um do povo estaria autorizado a intervir diante do *provoco*; pois, estando-se diante de uma iminente agressão à vida sem a precedência de um processo, facultar-se-ia ao povo alguma forma de ação.

Como resultado da aplicação do instituto do *provoco*, o cidadão provocado sairia da condição de prova do processo para lançar-se à verdadeira condição de juiz dos fatos, oferecendo uma acurada descrição dos eventos em condição superior à de mera testemunha. O intuito de alterar a dinâmica do processo penal para compreender a figura do cidadão provocado se deve a várias razões. Como razão primeira, a de fazer cumprir o preceito constitucional de proteção da vida (art. 5º, *caput*, CF); além da proibição de submissão à tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), cabendo ainda invocar a proibição da instituição de pena de morte salvo no caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CF). A segunda justificativa consiste em conferir poderes equivalentes àqueles que autorizam que qualquer um do povo prenda quem se encontre em situação de flagrante delito (art. 301, CPP). Por

último, cumpre trazer um argumento lógico, caso ampliem-se as situações que comportam invocar legítima defesa. Quando o Estado passa a utilizar a legítima defesa de maneira transversa, ofendendo o cidadão ao invés de possibilitar a proteção de bens jurídicos em situações de excepcional ausência, necessário que alguém do povo possa controlar a perpetração da conduta. Portanto, tomando por empréstimo um instituto de Direito Romano, cujo uso destinava-se a deixar ao povo a decisão de controlar uma conduta entendida pelo cidadão como arbitrária, abre-se uma via de controle popular do fato típico por agentes do povo.

A propósito do tema, a primeira indagação que surge ao deparar-se com um estudo comparado cujas fontes apartam-se em séculos, senão milênios, consiste em responder pela necessidade de tal conexão.⁽¹⁷⁾ Justifica-se regressar aos primórdios do Direito Romano, pois o poder soberano de decidir sobre vida ou morte retroage à *patria potestas*, do qual também falava **Hobbes**, de transferir ao príncipe o direito natural sobre a própria vida.⁽¹⁸⁾ De **Beccaria** a **Foucault**, seja na vertente do controle psíquico do proletariado inservível, seja estabelecendo limites à barbaridade, pensou-se que o progresso de um sistema punitivo hermético e devidamente higienizado pelo discurso jurídico impediria o retorno à pulsão atávica de morte da sociedade. Todavia, tais expectativas do Iluminismo mostram-se frustradas pela erosão de conceitos aglutinadores de ideais jurídicos como o primado da dignidade humana e a imanência de direitos sociais dos quais todos os cidadãos seriam intitulados.

Em seu lugar, o posicionamento do inimigo como elemento de coesão social de um grupo em relação ao outro.⁽¹⁹⁾ Portanto, diante do tratamento que passa a ser conferido ao grupo eleito por inimigo impõe-se o retorno às categorias de pensamento que pareciam superadas pelo jogo democrático. Ao estabelecer-se uma Constituição, fixando preceitos mínimos de convívio social, erigidos em direitos e garantias fundamentais, em arranjo a compromissos internacionais de caráter cogente, parecia não ser possível o regresso a uma situação que precedesse o consenso mínimo. Entretanto, a disseminação do medo e do ódio incita o suporte a novos contornos no tratamento da vida humana, sobretudo no aspecto penal de proteção a bens jurídicos, impondo que categorias jurídicas esquecidas nos escaninhos do tempo sejam resgatadas.

As causas de justificação da legítima defesa remetem-se a passagens da própria bíblia, no Êxodo (22,1), bem como à compreensão de que a vida humana era o valor último a ser protegido. Logo, o núcleo central da legítima defesa constituiu-se em agir para salvar a própria vida.⁽²⁰⁾ Não cabe aqui discorrer acerca de todos os aspectos que definem a legítima defesa, vez que tal trabalho doutrinário e jurisprudencial exigiria que se escapasse ao tema do qual ora se trata. Cumpre aqui ponderar se as políticas legislativas propugnadas condizem com o instituto penal ora em apreciação.⁽²¹⁾

A figura do *homo sacer* remonta às reminiscências da política teológica.⁽²²⁾ Uma vez que o vocabulário político deriva do vocabulário religioso, e que em algum momento a relação de não pertencimento situava-se em zona de indistinção, difícil era distinguir a *imolatio*, a *consacratio*, e outras formas de cerimônia, da mera punição. Necessário situar também a ideia

de pena, cujo sentido e fundamento se alteraram ao longo dos séculos. Da mera ordem de execução à morte, perpassando pelos suplícios e o encarceramento, punir recebe diversas concepções, a depender de como a vida é contextualizada para um dado grupo.

No método político de Foucault,⁽²³⁾ a *governamentalidade* requer um tratamento *biopolítico* do contingente humano, através da vigilância e da classificação do ser humano como categoria probabilística. A vida importa em números, em percentuais pautados no utilitarismo, na ideia de extração do máximo proveito. Contudo, é bem verdade que se elege quais são os agrupamentos classificados como descartáveis, e, portanto, tratados em frações de perdas no sistema de vigilância, daqueles que recebem o tratamento de exclusividade.

Conclusão

Para o êxito do programa de seleção dos indesejados elegem-se alguns critérios: cor, classe social e localização geográfica. Para conferir a sutileza que os códigos jurídicos requerem, empregam-se enigmas de identificação e individualização. Assim, o preceito abstrato contido no tipo penal não pressupõe quais sujeitos praticam determinados crimes, tampouco o rito procedimental que lhes será imposto, medidas cautelares de prisão – são todos aspectos que serão delimitados quando o sujeito ativo do crime for identificado. Mesmo o tipo penal e o eventual conflito aparente de leis penais apenas serão definidos quando identificado o estamento social do qual provém o sujeito ativo. Assim, se alguém é surpreendido em posse de dez pedras de crack, sua condição de traficante ou usuário dependerá do quão estigmatizado é o agente, ainda que o art. 42 da lei 11.343/06 assim não o diga.

A crença de que o Direito Penal abandonou o conceito de Direito Penal do autor consiste em quimera positivista, pois o Direito Penal jamais se desprende do seu aspecto seletivo. Porém, é imperioso destacar que um retorno tão efusivo a um tratamento completamente díspar entre pessoas implica a manifestação de um Direito Penal totalitário. Mesmo a possibilidade de “negociar” a pena ignora a disposição assimétrica de poderes dos quais as pessoas dispõem para barganhar.⁽²⁴⁾ Por isso, retorna-se à relevância da compreensão de Agamben acerca do conceito de vida nua e da separação de duas categorias de vida, *zōe* e *bios*, para implementar em consonância com a Constituição o direito à *provocatio*.

Notas

- (1) O presente texto desenvolve-se tendo por premissa duas obras fundamentais no que diz respeito à crise sacrificial e ao excesso insuportável. Conferir GIRARD, René. *The scapegoat*. Trad. Yvonne Freccer. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986. Ainda SANTNER, Eric L. *The royal remains: the people's two bodies and the endgames of sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2012. p. 30.
- (2) BINDING, Karl; HOEHE, Alfred. *Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*. Leipzig: Felix Meiner, 1920. A obra institui o conceito de vidas que não merecem ser vividas, tendo servido de inspiração às práticas médicas nazistas e sua expansão para abranger os judeus como merecedores da solução final. Conferir ainda ALEXANDER, L. Medical science under dictatorship. *The New England Journal of Medicine*, v. 241, n. 2, p. 39, 1949.
- (3) A inserção dar-se-ia através de mais um parágrafo no art. 23 do CP, no qual a pena poderia deixar de ser aplicada mesmo se o excesso for doloso. Além

disso, o art. 25 conteria a previsão de alongar o lapso temporal no qual o agente policial age sob o manto da legítima defesa. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mjsp-medidas-contra-corrupcao-crime-organizado.pdf>>.

- (4) Ver BENNETT, Harold. Sacer esto *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, v. 61, p. 6, Baltimore: Johns Hopkins University Press, American Philological Association, 1930.
- (5) GAROFALO, Luigi. *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*. 2. ed. Padova: CLEUP, 1992.
- (6) AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: Sovereign power and bare life*. Palo Alto: Stanford University Press, 1998. Na obra, traçando distinção entre os conceitos gregos *bios* e *zōe* delimita-se a politização da vida nua.
- (7) MOMMSEN, Theodor; DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho penal romano*. Madrid: La España Moderna, 1898. p. 145-160.
- (8) Especial atenção foi dedicada ao estudo do professor BOJANIĆ, Petar D. *Violenza e convivenza*. Roma: Aracne, Atti sociali, atti non-sociali (nichtsoziale Akte), azioni negative e a-sociali, 2017.
- (9) OGLIVIE, Robert Maxwell. *A commentary on Livy*. Oxford: Clarendon Press, 1965. p. 300. Refere-se ao período 495 d.C., 2.23.8 em Tito Lívio.
- (10) LIVY, Titus. *The history of Rome*, Books 1-5 Trad. Valerie M. Warrior. Indianapolis: Hackett, 2006. p.151.
- (11) Passagens em latim retiradas de Cloud, Duncan. The origin of provocatio (L'origine de la provocatio). *Revue de Philologie, de Littérature et d'Histoire Anciennes*, v. 72, n. 1, p. 2.
- (12) LINTOTT, Andrew William. *Provocatio: From the Struggle of the Orders to the Principate*. Berlin: De Gruyter, 1972. p. 229-230.
- (13) Em BAUMAN, Richard A. *The duumviri in the Roman criminal law and in the Horatius legend*. n. 84. F. Steiner, 1969. Conferir ainda WATSON, Alan. The death of Horatia. *The Classical Quarterly*. v. 29, n. 2, p. 436-447, 1979.
- (14) Corroborando a linha de pesquisa de A. W. Lintott: “In this and other examples cited by Lintott a citizen appeals, not to the assembly, but to the crowd which in this case, though not invariably, supports the citizen.” CLOUD, op. cit.
- (15) REsp 1689804, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª turma, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017.
- (16) GALLO, Ignazio Marcello. *Diritto penale italiano: Appunti di parte generale*. v. 1, Turin: Giappichelli Editore, 2014. p. 320.
- (17) WATSON, Alan. *Roman law & comparative law*. University of Georgia Press, 1991. p. 97-110. Do mesmo autor, conferir ainda *Legal origins and legal change*. New York: A&C Black, 1991, p.115-128, sobre a origem do *perduellio*.
- (18) FOUCAULT, Michel. *The history of sexuality: an introduction*. v. 1. Trad. Robert Hurley. New York: Pantheon, 1978. p.135.
- (19) ŽIŽEK, Slavoj; SANTNER, Eric L.; REINHARD, Kenneth. *The neighbor: three inquiries in political theology*. Chicago: University of Chicago Press, 2013. p.11.
- (20) FLETCHER, George P. *Grammatica del diritto penale*. Bologna: Il mulino, 2004. p. 211-212.
- (21) MELOSSI, Dario. *Stato, controllo sociale, devianza: teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*. Milano: Bruno Mondadori, 2002. p. 215-238.
- (22) BURKET, Walter; GIRARD, René; SMITH, Jonathan Z. *Origini Violente: uccisione rituale e genesi culturale*. Milan: Giuffrè, 2018. p. 37.
- (23) FRANKENBERG, Günter. *Political technology and the erosion of the rule of law: normalizing the state of exception*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014.
- (24) BROWN, Darryl K. *Free market criminal justice: how democracy and laissez faire undermine the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 91.

Mariella Pittari

Mestranda em Direito Comparado, Economia e Finanças pela IUC, Universidade de Turim.

Master of Laws Cornell University.

Bacharela em Direito pela UFBA.

Defensora Pública do Estado do Ceará.

ORCID: 0000-0002-3170-1294

pittariamariella@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 03.06.2019

Versão final: 11.07.2019