

# Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Boletim Informativo IBRASPP - Ano 03, nº 05 - ISSN 2237-2520 - 2013/02

[www.ibraspp.com.br](http://www.ibraspp.com.br)



*A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos*

---

*A resposta do Ministério Público à Resposta à Acusação:  
criação (ou invenção?) do direito de réplica ao Acusador*

---

*Direitos processuais penais fundamentais: um jogo de conveniência?*

---

*Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial*

---

*O silêncio dos (presumidos) inocentes*

---

*O uso do habeas corpus e seus recursos como elementos burocráticos de procedimentos  
e instrumento de legitimação de decisões da instância ordinária*

---

*Prisão Preventiva no Brasil: a exceção como regra de controle social*

---

*(Re)pensando os sistemas processuais em democracia:  
a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório.*

---

*Sobre a Criminologia e o Processo Penal: O Diálogo Esquecido*

---

*Um dispositivo chamado "Inquérito Policial"*

# EDITORIAL

## O Brasil em brados retumbantes



<b>Sócios-fundadores</b>	Nereu José Giacomolli André Machado Maya
<b>Diretoria/Presidente</b>	Nereu José Giacomolli
<b>Vice-Presidente</b>	André Machado Maya
<b>1º Secretário</b>	Guilherme Rodrigues Abrão
<b>2º Secretário</b>	Marcelo Almeida Sant'Anna
<b>Tesoureira</b>	Denise Jacques Marcantonio
<b>Departamento Editorial</b>	André Machado Maya Denise Luz
<b>Departamento Científico</b>	Vitor Guazzelli Peruchin Guilherme Rodrigues Abrão
<b>Coordenadorias Regionais</b>	Fabiano Kingski Clementel Cristina Carla di Gesu
<b>Conselho Consultivo</b>	Alexandre Moraes da Rosa Alexandre Wunderlich Aury Lopes Jr. Fabrício Dreyer de Ávilla Pozzebon Fauzi Hassan Choukr Geraldo Prado Jacinto Nelson de Miranda Coutinho Luis Gustavo Grandinetti C. Carvalho Maria Thereza Rocha de Assis Moura Maurício Zanoide de Moraes
<b>Coordenadores Regionais</b>	
<b>Bahia</b>	Marcelo Fernandez Urani
<b>Ceará</b>	Nestor Eduardo Araruna Santiago
<b>Distrito Federal</b>	Edimar Carmo da Silva
<b>Goiás</b>	Felipe Vaz de Queiroz
<b>Maranhão</b>	Thayara Silva Castelo Branco
<b>Mato Grosso do Sul</b>	Roberto Ferreira Filho
<b>Paraná</b>	Aline Guidalli Francisco Monteiro Rocha Jr.
<b>Rondônia</b>	Alexandre Matzenbacher
<b>São Paulo</b>	João Paulo Orsini Martinelli
<b>Santa Catarina</b>	Maciel Colli
<b>Rio de Janeiro</b>	Diogo Rudge Malan Leonardo Costa de Paula
<b>Rio Grande do Sul</b>	Luiz Fernando Pereira Neto Salah Hassan Khaled Jr. Bruno Seligman de Menezes

O Brasil vem sendo marcado, nos últimos meses, por inúmeras manifestações populares nos mais diversos locais, em todas as regiões do país, com variadas pautas reivindicatórias. Um movimento iniciado em Porto Alegre, ainda no final de 2012, objetivando contestar o aumento das tarifas do transporte público coletivo urbano, ganhou força em São Paulo e, posteriormente, tornou-se um fórum de reivindicações mais amplas, expandindo-se para as demais capitais da federação e, finalmente, interiorizando-se Brasil adentro, alcançando inúmeros municípios e transformando o mês de junho de 2013 em um marco democrático na história do país.

Houve, sem dúvida, a expressão de uma demanda legítima da população pela melhoria dos serviços públicos como transporte, saúde e educação dentre outros. À voz dos jovens logo fizeram coro pessoas de todas as faixas etárias, tornando as demandas conhecidas além das fronteiras nacionais.

Os brados retumbaram no Planalto Central e, logo veio a resposta institucional, como esperada, pautada por critérios de um “populismo penal”, repetindo o velho hábito da “legislação de ocasião” em desarmonia com a coerência sistemática do direito penal. Foi o que se viu com a imediata apresentação de projeto lei inserindo diversos delitos contra a Administração Pública, já previstos no Código Penal, dentre os crimes classificados como hediondos, e aumentando o tempo das respectivas penas. Durante o trâmite no Senado Federal, o projeto foi ampliado para albergar, além dos já mencionados, também o crime de homicídio simples. Atualmente tombado sob nº 5900/2013, o PL aguarda apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

A marca da hediondez em todos esses crimes, se por um lado preenche as expectativas de um *direito penal simbólico*, por outro tende a frustrar a esperança de redução da criminalidade, como revelou a experiência fracassada em relação ao tráfico de entorpecentes e mesmo ao sequestro e

ao homicídio qualificado, esses últimos inseridos no rol dos hediondos em 1994.

Perde-se, com isso, a oportunidade de estender o debate e promover mudanças importantes e significativas para aumentar e melhorar a transparência *na e da* Administração Pública, ampliando o controle popular desburocratizado e, certamente, bem mais eficaz para combater a corrupção. A observação rigorosa do constitucional *princípio da publicidade* (art. 37, caput, da CF) teria efeito preventivo maior e mais eficiente contra a corrupção do que a opção pelos tortuosos caminhos da justiça penal.

A concessão do rótulo de *hediondo* tem o efeito jurídico direto de reduzir direitos e garantias, e o efeito prático de piorar a vida do preso, temporário ou condenado (art. 2º da Lei nº 8072/90), mas não possui capacidade de proteger os bens jurídicos tutelados em igual proporção. Para além disso, é no seio do direito processual que a marca atribuída pela lei deixa suas maiores seqüelas, dado o tratamento mais rigoroso dispensado aos acusados antes mesmo de comprovada sua culpabilidade.

Sob o ponto de vista criminológico, os crimes hediondos são aqueles cujo desvalor axiológico supera os demais por serem mais graves, mais revoltantes, com potencial ofensivo destacado, como os crimes de tortura, genocídio, terrorismo, **além outras** graves violações de direitos humanos. A generalização do conceito, inerente à ampliação desmedida e acriteriosa dos ilícitos que integram esse rol, acaba por tornar sem sentido a própria distinção entre esses delitos e os chamados crimes comuns, e como consequência, neutralizar o pretendido tratamento penal mais severo aos delitos substancialmente hediondos.

Por outro lado, mas ainda nesse mesmo cenário estabelecido pela *voz das ruas*, revelaram-se as idiosincrasias que caracterizam a política criminal brasileira e que ainda fazem prevalecer um sistema penal autoritário, jurídico e politicamente superado.

É preocupante e censurável a violência arbitrária e desproporcional promovida

por agentes de Estado, principalmente das polícias contra manifestantes pacíficos, conforme amplamente denunciado nas redes sociais, apontamento que aqui se faz sem desconsiderar as ações igualmente reprováveis promovidas por determinados grupos contra os agentes do Estado. O uso intensivo e ilimitado de armas menos letais, mas danosas à saúde, o avanço das cavalarias militares sobre a multidão e prisões arbitrárias de manifestante e jornalistas desvelaram para toda a sociedade o que as classes menos favorecidas, as pessoas privadas de liberdade, e os estudiosos do sistema penal já sabiam há muito tempo: a violência policial no Brasil ainda não é exceção.

Segundo comunicado público da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que “manifesta preocupação por detenções e agressões contra manifestantes e jornalistas durante protestos no Brasil”, somente no dia 13 de junho, na cidade de São Paulo, mais de duzentas pessoas teriam sido detidas e mais de cem pessoas teriam sido feridas por golpes de cassetete, disparo de balas de borracha, bombas de gás lacrimogêneo e spray de pimenta. Com base nessas informações, a Comissão instou as autoridades brasileiras a investigar e, se necessário, julgar e sancionar os responsáveis, assim como a garantir e proteger a integridade física e a segurança dos manifestantes e jornalistas durante as manifestações. A prisão de jornalistas sem base empírica foi considerada por entidades nacionais e estrangeiras como cerceamento ilegítimo da liberdade de imprensa.

Esses dados revelam o paradoxo do sistema de justiça penal brasileiro que, ao mesmo tempo em que se volta para o aumento da repressão contra crimes graves como a corrupção, mas não comparáveis à tortura e a outros crimes violentos e cruéis, mostra-se tolerante com violações de direitos humanos internacionalmente reconhecidos e faz “vistas grossas” a permanência de crimes de Estado em pleno regime democrático.

**Estrutura e Organização****Editor-Chefe** André Machado Maya**Assessoria Editorial** Cleopas Isaias Santos  
Denise Luz  
Gabriel Divan  
Marcelo Sant'Anna**Conselho Diretivo** André Machado Maya  
Nereu José Giacomolli  
Guilherme Rodrigues Abrão  
Giovani Agostini Saavedra**Conselho Editorial****Integrantes estrangeiros** Juan Montero Aroca - *Espanha*  
Teresa Armenta Deu - *Espanha*  
María Félix Tena Aragón - *Espanha*  
Raul Cervini - *Uruguai*  
Rafael Hinojosa Segovia - *Espanha*  
Daniel Obligado - *Argentina*  
Rui Cunha Martins - *Portugal***Integrantes nacionais** Alexandre Morais da Rosa  
Aury Lopes Jr.  
Diogo Rudge Malan  
Elmir Duclerc Ramalho Junior  
Fauzi Hassan Choukr  
Giovani Agostini Saavedra  
Gustavo H. R. I. Badaró  
José Antonio Paganella Boschi  
Leonardo Augusto Marinho Marques  
Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin  
Marcelo Machado Bertolucci  
Marcos Eberhardt  
Marcos Vinícius Boschi  
Marta Gimenes Saad**Conselho de Pareceristas** Álvaro Roberto A. Fernandes  
André Luiz Nicolitt  
Aramis Nassif  
Augusto Jobim do Amaral  
Décio Alonso Gomes  
Douglas Fischer  
Eduardo Pitrez Correa  
Gabriel Ferreira dos Santos  
João Batista Marques Tovo  
Lisandro Luis Wottrich  
Marcio Barandier  
Miguel Wedy  
Ney Fayet Junior  
Odone Sanguiné  
Paulo Fayet  
Rafael Braude Canterji  
Ricardo Gloeckner  
Roberto Kant de Lima  
Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo  
Rômulo de Andrade Moreira  
Simone Schreiber  
Thiago Bottino  
Vera Regina Pereira de Andrade  
Walter Bittar**Editora** Atlas**Planejamento Gráfico** Colosseo Design**Linha editorial** Processo Penal, Direitos  
Humanos e Democracia**Periodicidade** Semestral

Os fatos merecem atenção. O momento é de reflexão. É hora de pensar sobre a (des)militarização das polícias, a respeito da necessidade de garantir a publicidade nos inqueritos e o efetivo controle da atividade policial, que é a porta de entrada do sistema penal. A polêmica PEC 37 foi rejeitada também no calor do momento. O Ministério Público quer investigar, a população quer que ele investigue, mas permanece desprestigiada, inclusive internamente à própria instituição, a importante função de controle do abuso policial contra direitos humanos e liberdades fundamentais.

Isso impõe o dever cívico de indagar: que espécie de processo penal se quer? Qual(is) o(s) papel(eis) do processo penal? Queremos um processo penal condicionante ético, político e jurídico para restrição de direitos e liberdades, um instrumento de garantia contra o arbítrio? Ou queremos um veículo de controle estatal, um caminho para restringir (ou conceder!) direitos?

O momento é marcante e traçará linhas da nossa história, cujo desenrolar ainda não é possível prever. Certo é que, das ruas ao Congresso Nacional, foram ouvidos *novos* brados retumbantes, mas a (velha) liberdade ainda desafia o nosso peito!

**Normas de submissão**

Artigos devem ser inéditos e obedecer à linha editorial do periódico;

Os artigos devem obedecer aos seguintes critérios:

Arquivo em formato doc;

Máximo de 7.500 caracteres com espaço;

Espaçamento entre linhas simples, parágrafos justificados e fonte Minion Pro tamanho 11;

Citações em formato autor-data, conforme exemplo: (GIACOMOLLI, 2008, p. xx.)

Notas explicativas de até 1.500 caracteres com espaço, no final do texto.

Referências bibliográficas ao final do texto.

Os artigos devem ser remetidos em duas vias para o e-mail boletim@ibraspp.com.br até a data final indicada no edital de chamada de artigos, publicado no site do IBRASPP (www.ibraspp.com.br), constando na identificação do assunto a expressão artigo boletim. Ambos os arquivos devem ser em formato doc, sendo um identificado e outro devidamente desidentificado, para fins de avaliação.

Os artigos serão avaliados pelo método do “duplo *blind peer review*” que possibilita a análise dos trabalhos sem identificação, garantindo isenção para os autores e para os avaliadores.

# A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos

*Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho*

Toda novidade tecnológica, ao mesmo tempo que provoca certo encantamento pela sua utilização, também provoca certa apreensão pela possibilidade de mudar e alterar o ritmo de vida então assente. Com mais razão, a apreensão tem a ver com a possibilidade de violação de direitos e ela é mais forte dentre aqueles que se preocupam com as garantias da defesa em âmbito criminal porque é contra suspeitos que normalmente as novidades são manejadas.

No processo penal, as novidades tecnológicas sempre causaram espanto e desconfiança. É possível que quando surgiram as perícias técnicas – a balística, o exame de DNA, o exame químico para descoberta de vestígios de sangue, por exemplo – tenham causado o mesmo incômodo, mas hoje todos convivemos com elas. Mas não há como se opor à evolução tecnológica. Quem pretender fazê-lo será levado de roldão. De modo que o que temos que fazer não é nos opormos ao que é inexorável, mas, tão somente, verificar o que é constitucional ou inconstitucional, e de que modo a defesa pode controlar e

participar do procedimento de pesquisa da prova.

Por isso que não há como negar a possibilidade de captação da imagem e da voz de suspeitos, o que é permitido, no Brasil, desde a Lei nº 10.217/2001, que alterou o artigo 2º, da Lei nº 9.034/95, *in verbis*: *Em qualquer fase de persecução criminal, são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) IV. A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.*

O STF teve oportunidade de aplicar o dispositivo legal no Inquérito nº 2424 - do Rio de Janeiro, em decisão datada de 26/11/2008 e publicada em 26/3/2010, sendo relator o Ministro Cezar Peluso, considerando constitucional e legítima a interceptação e a captação, desde que ordenadas em decisão judicial fundamentada. Vejam-se os itens seguintes da ementa:

“7. PROVA. Criminal. Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou banco ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento. Preliminar repelida. Inteligência dos artigos 1º e 2º, IV, da

Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/95. Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave de prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, §4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão.”

Para bem examinar o dispositivo legal que permitiu a captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, sons e imagens, é fundamental diferenciar sua aplicação em ambiente público e em ambiente privado. Começa-se com a pergunta: a autorização judicial é necessária em ambiente público, como ruas, praças, repartições públicas?

Em ambiente público é inegável que se possa utilizar qualquer tipo de gravação ambiental, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup> em várias oportunidades. Em um caso mais recente, porém, envolvendo gravação ambiental de conversa de policiais com um preso, considerou-a ilícita, não pela gravação em si, mas por violação das formalidades

do interrogatório especialmente da advertência quanto ao direito ao silêncio<sup>2</sup>, sublinhando, ainda, que o suspeito estava ilegalmente preso. Portanto, esse acórdão não pode ser considerado como uma alteração da jurisprudência do STF, no tocante ao tema estudado.

Pois bem, a considerar que o que se pretendeu, com a alteração legislativa referida, foi exigir a autorização judicial também para a captação e interceptação em ambientes públicos, muitas das filmagens obtidas, de logradouros públicos, de câmeras instaladas por condomínios, lojas e prefeituras, não poderiam mais ser usadas como meio de pesquisa ou de prova. Não parece que isso esteja ocorrendo, uma vez que tais filmagens têm, efetivamente, sido usadas em processos criminais pelo País afora.

De modo que a conclusão é que, em ambientes públicos, incluindo repartições públicas, não há necessidade de autorização judicial para captação de sinais, imagens e de sons. A autorização não é necessária nem para crimes praticados por organizações criminosas, nem para os demais crimes.

Mas por que menor preocupação com a proteção das pessoas em ambiente público? Responde-se com Karl-Heinz Gössel (1992, p. 425): *“como sucede na vida comercial, em que o conteúdo objetivo das palavras avulta de tal maneira em primeira linha que a personalidade do autor das palavras recua praticamente para um plano secundário, perdendo a palavra falada o seu carácter privado”*. É da natureza das coisas que o que acontece no espaço público seja público. E é intuitivo que a função de proteção dos incisos X, XI e XII, do artigo 5º, da Constituição, dirija-se somente para alcançar o espaço privado e, não, também, o espaço público. Por isso que a proteção da pessoa, em ambientes públicos, é menor do que no recato do espaço privado.

Já em ambiente privado, é indispensável a autorização judicial. As cláusulas de sigilo constitucional visam, fundamentalmente, a proteger o espaço de privacidade do cidadão, do qual ele necessita

*Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho*  
Desembargador aposentado do TJRJ,  
pós-doutor pela Universidade de Coimbra,  
doutor pela UERJ, mestre pela PUC-RJ,  
coordenador geral de Direito da Universidade  
Gama Filho e professor do seu programa de pós-  
graduação em Direito; e professor do programa  
de mestrado da Universidade Tiradentes.

para desenvolver plenamente as suas capacidades. O domicílio é uma projeção espacial da personalidade, estando inserido na proteção geral desta última, como desdobramento da proteção desta. Não se pode invadir o ambiente privado do mesmo modo que não se pode descerrar a intimidade das pessoas. O que se protege, em última instância, é o desenvolvimento da personalidade e todas as suas múltiplas emanções. Por isso que a palavra falada no recato do domicílio goza da mesma proteção deste.

Assim, é importante lembrar em quais hipóteses é possível restringir a proteção do domicílio: por mandado judicial, em horário diurno, para a busca domiciliar regulada no artigo 240 do Código de Processo Penal; e sem mandado judicial nos casos de flagrante, desastre ou para prestar socorro (Constituição, artigo 5º, XI). Fora dessas hipóteses não se pode ingressar em domicílio alheio, a não ser com o consentimento do morador.

E, quanto ao flagrante, é preciso limitá-los às hipóteses do flagrante próprio, previsto nos incisos I e II, do artigo 302, do Código de Processo Penal. As demais hipóteses são situações de assemelhação, que dilargam o campo constitucional de admissibilidade de ingresso em domicílio (CARVALHO, 2009, p. 91/92)<sup>3</sup>.

Desse modo, seja quando a captação de sinais, sons e imagens é feita desde fora do domicílio, ou seja, quando o equipamento técnico esteja instalado a certa distância do domicílio (pense-se numa câmera, com um potente gravador, colocada em uma árvore na altura da janela da casa do investigado, ou num microfone instalado no corredor, próximo à porta de acesso ao apartamento do investigado), seja quando a captação é feita no interior do domicílio, exige-se o mandado judicial, tal qual se exige quando se pretende violar o domicílio, não se podendo burlar a proteção constitucional, a cujos limites a diligência tem de se circunscrever.

O que se pretende dizer é que, à falta de um procedimento específico para a execução

da captação<sup>4</sup>, que é um meio de prova ou de pesquisa atípico, deve-se utilizar o procedimento previsto para um meio de pesquisa previsto no ordenamento jurídico, e o que mais se mostra pertinente, no caso, é a busca e apreensão domiciliar (artigo 240, letras f e h, do CPP – apreensão de cartas e de qualquer elemento de convicção, respectivamente). O procedimento da interceptação telefônica não se apresenta compatível com a captação porque esta pressupõe uma intromissão no ambiente privado que aquela não pressupõe, tornando-se muito mais invasiva.

Lembre-mo-nos que a doutrina estrangeira sustenta que os meios atípicos devem utilizar o procedimento de um meio típico ou, quando não haja algum similar, que atenda a duas condições: que seja idôneo e que não viole a liberdade moral do investigado.<sup>5</sup> Consequentemente, a única possibilidade constitucional que autoriza a intromissão no domicílio, à noite, é a do flagrante delito e, portanto, a autorização constitucional deve fundamentar-se em indícios concretos de que, no seu interior, um crime está sendo cometido ou acabou de ser cometido. Não basta, por isso, uma autorização judicial genérica: é preciso dizer, concretamente, qual o crime em vias de ser cometido, ou que já foi cometido, e de que elementos se extrai a probabilidade de que está realmente sendo cometido ou de que foi cometido.

Mas se há flagrante, porque a captação de sinais acústicos ou óticos? Por que não se efetua logo a prisão? O dispositivo deve ser interpretado em harmonia com a Lei nº 9.034/95, especialmente com o inciso II<sup>6</sup> do mesmo artigo 2º, que autoriza a ação controlada ou retardada, que consiste no retardamento da prisão em flagrante, o que a doutrina (GOMES; CERVINI, 1995, p. 93) denomina de flagrante prorrogado, podendo, a autoridade policial, agir no momento mais adequado para obter maior eficácia para a formação de provas e fornecimento de informações. Isso só pode acontecer naquelas infrações em que o estado de flagrância é permanente, ou seja, nas infrações permanentes, e

“  
No processo penal,  
as novidades tecnológicas  
sempre causaram espanto  
e desconfiança.

”

quando a organização criminosa está bem caracterizada.<sup>7-8</sup>

Desse modo, se pode compreender a captação domiciliar: como se trata de uma ação controlada, em ambiente domiciliar privado, cuidou a Lei, em harmonia com a Constituição, de gravar a diligência de cuidado especial, exigindo mandado judicial, mesmo tratando-se de situação flagrancial, o que o dispensaria nas demais hipóteses em que não houvesse a captação.

E por que tanta preocupação com a imagem e a palavra falada no recato domiciliar? Manoel Costa Andrade (2006, p. 250) responde com o que denomina direito à transitoriedade da palavra falada: “*Trata-se aqui de impedir que, através da gravação, a palavra, que foi proferida com a intencionalidade e a confiança na sua transitoriedade e historicidade, num contexto de espaço, tempo, vivência, gesto, ambiente de simbolizações e outros significantes, possa converter-se num pedaço objectivado da personalidade*”.

A palavra falada em ambiente privado, assim como a imagem, está intimamente ligada à personalidade do seu titular, não se desapega dela como acontece com as relações sociais que se desenvolvem em espaços públicos. Por isso, merece maior proteção.

Já em crimes que não sejam praticados por organizações criminosas, não é possível a captação de sinais no interior da residência porque o meio de pesquisa referido só está previsto para organizações criminosas.

Em conclusão, pela ementa do acórdão do STF não é possível verificar se houve referência concreta a um crime em situação flagrancial. E como os autos se encontram em segredo de justiça, não se consegue muita coisa além da ementa. O seu item 8, acima transcrito, no entanto, faz referência a crimes que teriam sido ou seriam cometidos no interior do escritório, deixando a impressão que tais crimes foram os que ensejaram a determinação judicial. O corpo do acórdão revela que a denúncia versava sobre os crimes de quadrilha e corrupção passiva.

Quanto ao crime de quadrilha, a doutrina esclarece que o seu momento consumativo se dá quando mais de três pessoas se associam (FRAGOSO, 1981, p. 288; HUNGRIA, 1958, p. 177). Trata-se de crime permanente, o que permitiria, em tese, a ação controlada e a captação domiciliar. Mas é preciso verificar a fundo de que associação se trata. Pense-se na reunião domiciliar de mais ou de três pessoas portando substância entorpecente com o fim de traficância, ou portando armas com o fim da prática de assaltos. Nos dois exemplos é relativamente fácil admitir não só a ação controlada, como a captação domiciliar. A situação fica mais nebulosa quando se supõe que a reunião se destina ao crime de corrupção. É de se indagar se todos os membros da associação, ou pelo menos quatro deles, estavam reunidos no mesmo ambiente no momento da prática do crime de corrupção. Ou mesmo que os quatro membros não estivessem reunidos no mesmo momento, mas houvesse indícios sérios de que os ausentes à reunião estivessem comprometidos com o mesmo fim de praticar o crime de corrupção. Enfim, essas indagações sobre o caso concreto julgado pelo STF ficam sem resposta, no momento.

Abstratamente e em tese, se pode concluir que a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos só pode ser realizada quando a fundamentação judicial revele tratar-se de organização criminosa em estado de flagrância própria, podendo a diligência ser realizada no período noturno, excepcionalmente, nos termos do artigo 5º, XI, da Constituição, adotando-se o procedimento da busca domiciliar (à noite).

A ausência de comprovação de tratar-se de uma organização criminosa, ou a ausência de estado de flagrância, podem macular a diligência e tornar ilícitas as provas ou elementos de convicção apreendidos.

#### Referências:

ANDRADE, Manuel Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra Editora: Coimbra, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *Processo Penal e Constituição*. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio - *Lições e Direito Penal, Parte Especial*, Ed. Forense: RJ, 3ª edição, 1981.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*, Ed. Revista dos Tribunais: SP, 1995.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 425, ano 2, fascículo 3, julho-setembro de 1992, Aequitas Editorial Notícias.

HUNGRIA, Nelson - *Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense: RJ, 1958.

#### Notas

<sup>1</sup> O STF considerou lícita a gravação ambiental em local público: “Utilização como prova, de gravação de diálogo transcrito em local público, sem estar em causa a proibição constante do inciso XII do art. 5º da Constituição, ocorrendo ademais – fora dessa gravação – elementos probatórios suficientes para fundamentar a condenação” (HC 74.356-SP, 1º Turma, DJU 25/04/97, Ministro Octávio Gallotti). O mesmo decidiu em gravação de audiovisual por emissora de televisão: “...Inocorrência de ilicitude na prova constante de gravação de conversa da ré com a detetive e a repórter de TV, que se fizeram passar por interessadas no anúncio veiculado. Habeas Corpus indeferido” (HC 76.397-RJ, 1ª Turma, DJU 27/02/98, Ministro Ilmar Galvão). E ainda: “I – Autoridade fazendária aduaneira acusada de excesso de exação e coação no curso do processo. Argumento de inidoneidade da prova improcedente, visto tratar-se de gravação de reunião entre funcionário público e usuários do serviço público aquele afeto, sem caráter reservado. Inexistência de ofensa ao dever constitucional do sigilo” (HC no 67.058-RS, 2ª Turma, relator Ministro Francisco Rezek).

<sup>2</sup> O STF considerou lícita a gravação ambiental em local público: “Utilização como prova, de gravação de diálogo transcrito em local público, sem estar em causa a proibição constante do inciso XII do art. 5º da Constituição, ocorrendo ademais – fora dessa gravação – elementos probatórios suficientes para fundamentar a condenação” (HC 74.356-SP, 1º Turma, DJU 25/04/97, Ministro Octávio Gallotti). O mesmo decidiu em gravação de audiovisual por emissora de televisão: “...Inocorrência de ilicitude na prova constante de gravação de conversa da ré com a detetive e a repórter de TV, que se fizeram passar por interessadas no anúncio veiculado. Habeas Corpus indeferido” (HC 76.397-RJ, 1ª Turma, DJU 27/02/98, Ministro Ilmar Galvão). E ainda: “I – Autoridade fazendária aduaneira acusada de excesso de exação e coação no curso do processo. Argumento de inidoneidade da prova improcedente, visto tratar-se de gravação de reunião entre funcionário público e usuários do serviço público aquele

afeto, sem caráter reservado. Inexistência de ofensa ao dever constitucional do sigilo” (HC no 67.058-RS, 2ª Turma, relator Ministro Francisco Rezek).

<sup>3</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – *Processo Penal e Constituição*, p. 91/92, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009: “É incontroverso que as hipóteses contidas nos incisos III e IV, do artigo 302, do Código, só são consideradas circunstâncias de flagrante por determinação legal, e não por conceituação científica...Em conclusão, só é possível o ingresso em domicílio alheio nas circunstâncias seguintes: à noite ou de dia, sem mandado judicial, em caso de flagrante próprio (CPP, art. 302, I e II), desastre ou prestação de socorro; e de dia, com mandado judicial, em todas as outras hipóteses de flagrante (CPP, art. 302, III e IV).

<sup>4</sup> Registre-se a abalizada opinião de Diogo Rudge MALAN para quem “fere o princípio da legalidade probatória a existência de uma prova atípica tal como a gravação ambiental domiciliar” (Gravações Ambientais Domiciliares no Processo Penal, in *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito*, p. 350, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

<sup>5</sup> “...la richiesta di assunzione di una prova non disciplinata dalla legge, subordina tale assunzione a due condizionale: la prima é datta del fato che la prova stessa sia idónea ad assicurare l'accertamento dei fato, la seconda è datta dal fato che la prova non pregiudichi la libertà morale della persone” (LOZZI, Gilberto – *Lezioni di Procedura Penal*, p. 209, G. Giappichelli Editore: Torino, 2007.

<sup>6</sup> II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

<sup>7</sup> “O flagrante pode ser prorrogado em virtude da natureza permanente da ação da organização criminosa...Há coerência, como se percebe, entre a prorrogação do flagrante e o crime permanente” (GOMES; CERVINI, 1995, p. 94)

<sup>8</sup> “...é evidente que a autoridade policial só pode decidir pela prorrogação do flagrante quando já conta com evidentes indícios de organização criminosa” (GOMES; CERVINI, 1995, p. 95)

# CURSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Marcelo Batlouni Mendroni

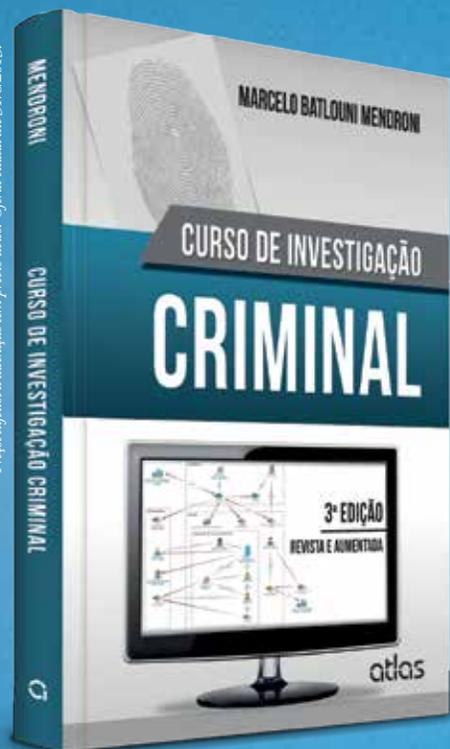


ANALÍTICO • ABRANGENTE • PRÁTICO

3ª edição (2013) | 416 páginas

de R\$ 94,00  
por **R\$ 75,20**  
+frete grátis

Para confrontar a teoria e a prática o autor realizou estágios/visitas em inúmeras Promotorias de Justiça e Departamentos de Polícias Internacionais como Promotoria de Justiça Antimáfia de Roma, New Scotland Yard de Londres, FBI nos escritórios de Salt Lake City e Washington D.C. e Academia Nacional do FBI em Quantico/Virginia nos EUA e outros. Nesta edição, agora pela Atlas, foi acrescentado ainda um capítulo a respeito da Prática na investigação criminal.



## CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

2ª edição (2013) | 456 páginas

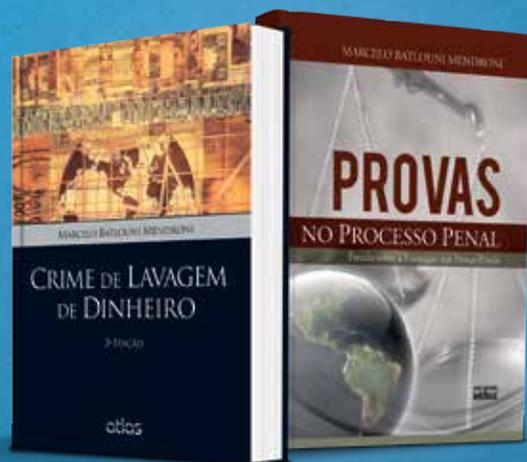
de R\$ 96,00  
por **R\$ 76,80**  
+frete grátis

## PROVAS NO PROCESSO PENAL

Estudo sobre a Valoração das Provas Penais

1ª edição (2013) | 168 páginas

de R\$ 75,00  
por **R\$ 60,00**  
+frete grátis



EM NOSSAS FILIAIS  
0800 17 1944  
ATLAS.COM.BR

atlas

## A resposta do Ministério Público à Resposta à Acusação: criação (ou invenção?) do direito de tréplica ao Acusador

Bruno Castro da Rocha

Em março de 2010, o Conselho Nacional de Justiça divulgou o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal. Trata-se de um conjunto de medidas e sugestões direcionadas aos juízes e servidores que visariam à modernização do sistema penal brasileiro, prometendo-se uma justiça mais célere e mais efetiva.

Dentre essas sugestões está a que o juiz aplique ao procedimento ordinário, “por analogia, ao procedimento ordinário o disposto no art. 409 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei 11.689, de 2008, relativo ao procedimento do tribunal do júri, que estabeleceu prazo de cinco dias para que o Ministério Público se manifeste sobre preliminares e documentos vindos com a resposta” (item 3.5 do Plano de Gestão). Aliás, essa orientação já é vastamente seguida por juízes e tribunais, inclusive superiores<sup>1</sup>.

Mas fica a pergunta: pode o Conselho Nacional de Justiça, juízes e/ou tribunais, a revelar do Poder Legislativo, criar uma fase processual inexistente no processo penal? Essa emenda informal ao Código

“ [...] pode o Conselho Nacional de Justiça, juízes e/ou tribunais, a revelar do Poder Legislativo, criar uma fase processual inexistente no processo penal? ”

de Processo Penal é possível? Enfim: é constitucional essa resposta à resposta à acusação? Ao nosso visio, a resposta é um sonoro não! Vejamos.

Três são os pilares que sustentam essa orientação: (i) a suposta observância ao contraditório em favor do Ministério Público, (ii) a eventual possibilidade de o acusador, em vista da resposta à acusação, voltar atrás e pedir a absolvição sumária do réu e (iii) o atraso que causaria no desfecho do processo, pois caso o acusador só tivesse acesso às provas juntadas pela defesa na audiência de instrução e julgamento, o acusador, em tese, pediria prazo para análise dos documentos, o que impediria que suas alegações finais fossem apresentadas oralmente em audiência.

Ocorre que os três argumentos não se sustentam, sendo o primeiro por questões orgânicas da própria natureza do processo penal e o segundo e o

Bruno Castro da Rocha

Pós-graduado em Ciências Penais pela UNIDERP/ Instituto Panamericano de Política Criminal. Pós-graduando em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Advogado Criminal.

terceiro pela desconexão com a realidade da Justiça brasileira. Veremos cada um separadamente.

Em relação ao primeiro argumento, o contraditório em prol do Ministério Público, é preciso analisar dois reflexos daí decorrentes: o **reflexo processual** e o **reflexo material**. Primeiro, **cria-se um direito de “tréplica” (inexistente) para o Acusador!** Segundo, e mais grave, **o Acusador ganhou o direito de falar por último**, malferindo o devido processo legal.

Com efeito, é corolário comezinho do processo penal que o acusado tem o direito de falar após o acusador. Por exemplos: a oitiva das testemunhas de acusação ocorre antes das de defesa (art. 400, CPP); o interrogatório do réu é o último ato da AIJ (art. 400, CPP, *in fine*); pronunciamento primeiro do acusador em relação às diligências preliminares (art. 402, CPP); apresentação das alegações finais pelo acusador e só após pela defesa (art. 403, CPP). Logo, se for aberta vista ao acusador, ter-se-ia que abrir nova vista à defesa.

Tudo isso, longe de constituir uma violação ao postulado da igualdade, nada mais é que o equilíbrio da balança. De um lado, em regra, o Ministério Público, com toda sua estrutura e seu aparato investigatório, e de outro o réu, a parte frágil da relação processual, que muitas das vezes depende da Defensoria Pública, que ainda está muito longe de chegar perto da estrutura do *Parquet*. Daí, a asserção conclusiva, no sentido da previsão, tanto nos diversos ordenamentos, como nos textos internacionais, de certas vantagens à defesa no processo penal que não configuram indevida distinção, mas, ao contrário, favorecem um equilíbrio global que não desnatura a paridade de armas que decorre do contraditório (TUCCI, 2004, p. 177).

Ademais, ainda que a questão não fosse vista pelo ângulo da paridade de armas entre acusação e defesa (o Estado-Acusador totalmente estruturado e o Estado-Defensor ainda em passos lentos), é preciso ter em vista a própria estrutura do sistema acusatório. Ora, a defesa falar por último é

consequência lógica da própria posição do acusador, que imputa um crime e que precisa prová-lo. Logo, fala primeiro. A defesa, cabe refutá-los. Logo, fala por último.

Pelo brilhantismo, vale trazer a colação excerto do voto do ministro aposentado Carlos Britto, proferido no julgamento do *habeas corpus* nº 87.926 (DJe 25/04/2008), em que se questionava o fato de o Ministério Público ter realizado sua sustentação oral após a Defesa, deixou óbvio que: **“A defesa tem de falar por último, senão não é defesa. A defesa pressupõe um ataque. Quem ataca tem precedência lógica na ordem dos acontecimentos, na ordem da conduta. Só se fala de defesa em função do ataque; só se de reação em função de ação; só se fala de contrabater em função de uma agressão; alguém bate e alguém vai contrabater, vai reagir. Então, é elementar, em processo penal, que o órgão de acusação fale primeiro e os advogados de defesa falem por último”**.

Por outro lado, é importante lembrar que, ao assim agir, o juiz acaba por atuar como legislador positivo, criando uma fase processual (aqui, a tréplica do acusador) não prevista no Código de Processo Penal. Na verdade, o que se faz é ressuscitar o §3º, do art. 396-A, do Projeto de Lei nº 4.207/2001, o qual trazia exatamente a mesma redação do atual art. 409, do CPP<sup>2-3</sup>.

Proposto inicialmente no projeto de lei pela Câmara, em revisão, o Senado (casa revisora) sugeriu sua supressão, exatamente pelo entendimento aqui defendido, isto é, a abertura de vistas ao acusador, após a resposta à acusação, “feriria a garantia da ampla defesa, pois o acusado não seria o último a se pronunciar nos autos”<sup>4</sup>.

Portanto, não pode o CNJ ou o Poder Judiciário, à revelia do Poder Legislativo, dar vida ao suprimido §3º, do art. 396-A, do Projeto de Lei nº 4.207/2001, sob pena de malferir a separação dos Poderes. É o Judiciário tomando de assalto a função constitucionalmente designada ao Legislativo; uma violência sem precedentes à Constituição Federal de 1988.

Já no que tange ao segundo argumento, de que seria uma oportunidade de o acusador pedir a absolvição do réu, trata-se de uma inocência ímpar. O dia-a-dia forense ensina que o número de absolvições sumárias, ainda mais partindo da acusação, é ínfimo. Pelo contrário, o acusador utiliza-se dessa tréplica para reforçar sua acusação, ou seja, torna-se uma vantagem processual indevida.

Por fim, no que toca o terceiro argumento, no sentido de que a não abertura de prazo impediria que o acusador apresentasse suas alegações finais orais, pelo pedido de prazo para análise do apresentado pela defesa, tem menos cabimento ainda. De igual, a rotina dos fóruns mostra que poucos são os casos em que a alegação final é apresentada na própria audiência, acabando-se por abrir prazo para memoriais. Portanto, esse argumento também não sustenta a abertura de prazo para a acusação.

Por tudo, é que o item 3.5 do Plano de Gestão do CNJ e a jurisprudência favorável à abertura de vista ao acusador para responder à resposta à acusação é inconstitucional, tanto por ofensa à ampla defesa quanto pela ofensa à separação de Poderes. É preciso lembrar que em processo penal forma é garantia. Portanto, a **“tutela jurisdicional efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa”, não sendo “mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão”**

(MORAES, 2005, p. 365).

#### Referências:

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JÚNIOR, AURY. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

#### Notas

<sup>1</sup> Em outros, no STJ temos HC 115796/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 23/08/2010, e no STF temos o HC 105739, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 27/02/2012.

<sup>2</sup> Curioso notar que a Lei 11.689/2008, que trouxe o art. 409, foi promulgada 20 dias antes da Lei 11.719/2008, que negou o §3º, do art. 396-A, do Projeto de Lei nº 4.207/2001. Esse é um dos problemas causados por reforma pontuais: duas leis opostas entre si. Aqui, não tenho dúvida em afirmar a inconstitucionalidade do art. 409, do CPP.

<sup>3</sup> Eis a redação do malfadado art. 396-A, com o §3º, do Projeto de Lei nº 4.207/2001, apresentada pela Câmara dos Deputados: “Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. §1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código. §2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. §3º Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias.

<sup>4</sup> Eis a anotação da Câmara dos Deputados em relação à sugestão do Senado: “No que diz respeito a o art. 396-A, houve a sugestão de supressão de seu §3º que dispõe sobre o prazo de cinco dias para que o juiz ouça o Ministério Público ou o querelante acerca das preliminares e documentos apresentados na defesa, sob o fundamento de que o mesmo feriria a garantia da ampla defesa, pois o acusado não seria o último a se pronunciar nos autos. Correta a proposta, que fica acolhida.”

# Direitos processuais penais fundamentais: um jogo de conveniência?

Caíque Ribeiro Galícia

## Introdução

Com o presente artigo se pretende analisar alguns conceitos relacionados às garantias processuais penais e a sua violação a partir de uma equivocada justificativa que transcende o Direito, como ocorrido no caso do recente atentado terrorista de Boston<sup>1</sup>.

A análise pretendida está delimitada no estudo dos “direitos de Miranda” e a exceção prevista da sua aplicação para os casos de “segurança da sociedade”. Percebe-se o uso desregrado de exceções aos direitos fundamentais, que se legitimam em parte através do discurso de combate ao terror e em prol da segurança institucional, desestabilizada pelos atos de terrorismo.

## Breve ensaio sobre os direitos processuais fundamentais:

Ao discorrer acerca de direitos fundamentais, tem-se como premissa necessária a sua análise a partir de um Estado Democrático de Direito calcado nos valores constitucionais, não como um fim em si mesmo, mas sim como justificadores e orientadores da ação desse Estado.

Está aí uma das principais – mas não única – funções dos direitos fundamentais: representar a defesa do cidadão livre frente a ação estatal (*status negativo*)<sup>2</sup>.

Quanto aos direitos processuais penais, observa-se uma maior afinidade com essa função, já que o Estado é detentor da primazia no exercício do direito da ação penal. Assim, como meio de se construir um processo penal minimamente democrático e imparcial, naturalmente

“ [...] uma exceção baseada em “proteção pública” é demasiadamente abstrata, o que permite a sua manipulação da forma como bem entender o agente repressor. ”

Caíque Ribeiro Galícia  
Mestrando em Ciências Criminais na  
PUC/RS. Advogado.

deverá se orientar a partir de resistências à atuação estatal acusadora.

Referidas resistências são identificadas principalmente na garantia à presunção de inocência e à vedação a obrigatoriedade na produção de provas contra si. Tais direitos são amplamente reconhecidos no cenário mundial e orientam as diretrizes de um processo penal democrático.

Neste sentido, os EUA firmaram o conteúdo das conhecidas regras de Miranda a partir do *leading case* Miranda vs. Arizona (384 U.S. 436)<sup>3</sup>. A Suprema Corte norte-americana estabeleceu o entendimento de que, ao deter um cidadão pela prática de um crime qualquer, é obrigação do agente estatal cientificar de forma inequívoca e clara os seus direitos constitucionais fundamentais.

Entre tais direitos, está o de permanecer em silêncio, componente do *privilege against self-incrimination* e do *due process of law*, introduzidos constitucionalmente nos EUA através da 5ª Emenda<sup>4</sup>. Pela construção de tais garantias se nota uma clara opção por um modelo de condução do processo penal respeitador dos valores constitucionais e dos direitos do cidadão.

Faz-se por oportuno apontar que os EUA são tidos pela maioria dos países ocidentais como os grandes pais da “democracia”, sendo que referidas garantias constitucionais enaltecem a fama. Contudo, em casos emblemáticos e principalmente quando diante da análise da política internacional americana, deparamo-nos com um discurso arbitrário e justificador das atrocidades que cometem, geralmente em solo estrangeiro.

Especificamente no caso do atentado de Boston, em poucos dias o FBI declarou publicamente já ter conseguido identificar os suspeitos e logrou êxito em capturá-los (um vivo e outro morto). A rapidez da referida investigação, tratando-se de um caso de tamanha complexidade, no mínimo é temerária quanto à delimitação exata dos envolvidos. Contudo, sabe-se que no atual cenário mundial, tratando-se de atos terroristas, o Estado busca de forma

imediate e rígida a apuração de suspeitos, ainda que violando direitos fundamentais.

No atentado de Boston, por exemplo, cogitou-se a aplicação do que se denomina *public safety exception*<sup>5</sup>, uma exceção à garantia dos direitos de Miranda quando houver um perigo público imediato. Referida exceção tem seu precedente no caso *Quarles Vs. NY*<sup>6</sup>, onde em 1984 o acusado de um estupro, após ser detido e antes de lhe ser lido os direitos, foi interrogado pela polícia para saber o local em que havia jogado a arma utilizada no crime. A defesa suscitou a impossibilidade da condenação tendo em vista que a prova da existência da arma no crime foi obtida de forma ilegal (sem a declaração dos avisos de Miranda). Todavia, a condenação pelo estupro com uso de arma sobreveio justificada em uma exceção aos direitos de Miranda, quando diante do potencial risco à comunidade em face de uma arma extraviada e municiada.

O referido *leading case* tomou maiores proporções após os ataques terroristas de 11/09 e teve seu uso expandido quando da criação do USA PATRIOT ACT<sup>7</sup>. Também foi aplicado no caso do terrorista de Boston em razão da possível existência de novas bombas, o que justificaria a violação dos direitos fundamentais do “suspeito” em prol da segurança pública.

Por óbvio que o tema é tormentoso e se relaciona diretamente com a solidariedade com o próximo, mais do que com aspecto jurídico processual. A natureza humana cria um senso de solidariedade quando diante desses casos que motivam a identificação com as vítimas e a repulsa aos perpetradores dos atos de terrorismo, de maneira que a busca pela localização e punição dos suspeitos do fato é apoiada pela maioria da população, seja a que custo for.

Ao mesmo tempo em que há a identificação da população com as vítimas desses atentados, distancia-se por completo do terrorista, que se personifica com tudo de ruim que existe, de maneira que a consequência direta é que a ele não deve

ser garantido nenhum direito. O mal que ele produziu deve a ele retornar<sup>8</sup>.

Relevante essa relação de identificação e repúdio, pois era exatamente a mesma relação que legitimava a máxima, contida no Código de Hamurabi, de olho por olho, dente por dente. Aqueles que perpetravam tal forma de punição não imaginavam a si, nem seus familiares na condição de infrator, pois o criminoso era sempre identificado como “o outro”.

### Reflexões finais

Percebe-se que uma exceção baseada em “proteção pública” é demasiadamente abstrata, o que permite a sua manipulação da forma como bem entender o agente repressor. É possível, com certa facilidade, encaixar quase tudo dentro desse conceito para legitimar uma ação arbitrária, e quando se esvazia o conteúdo normativo da exceção, ela pode se tornar a regra.

Essa dinâmica é típica de governos totalitários, que utilizam as exceções a direitos fundamentais ou conceitos vagos para moldar a sua ação repressora a qualquer custo. Neste sentido, apesar de ser conhecido como o “grande garantidor” de direitos fundamentais, vendendo o *american dream* como o ideal a ser atingido por todos, são claras as ações extremamente arbitrárias dos EUA e que são justificadas por sua supremacia no cenário mundial.

Por todo o exposto, constata-se o distanciamento das garantias processuais a partir de um julgamento de conveniência de política criminal. Isso acaba por distanciar o ideal de um processo penal democrático, cedendo espaço para a arbitrariedade na repressão penal rumo ao Estado policial.

### Referências:

BRUCKNER, Pascal. *O complexo de culpa do Ocidente*. Lisboa: Europa América, 2008

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal - a constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

HALL, Kermit L (editor in chief). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York/EUA: Oxford University Press, 1992

SOUKI, Nádia. *Hannah Arendt e a banalidade do mal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

STONE, Geoffrey R; et. al. *Constitutional Law*. New York/EUA: Aspen Publishers, 2009.

MENDES, Gilmar F; COELHO, Inocencio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

### Notas

<sup>1</sup>Atentado ocorrido em 15 de abril de 2013 durante a maratona de Boston, quando duas bombas foram detonadas ocasionando a morte de três pessoas e cento e setenta feridos.

<sup>2</sup>Oportuno apontar a colocação de Jellinek acerca da teoria dos quatro *status* da relação entre o indivíduo e o Estado. MENDES, Gilmar F; COELHO, Inocencio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg.255.

<sup>3</sup>HALL, Kermit L (editor in chief). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York/EUA: Oxford University Press, 1992. Pg. 552/556.

<sup>4</sup>“No person shall be held to answer for a capital, [...] nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself” [http://www.law.cornell.edu/constitution/fifth\\_amendment](http://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment). Acesso em 04/07/2013.

<sup>4</sup>[http://www.fbi.gov/stats-services/publications/law-enforcement-bulletin/february2011/legal\\_digest](http://www.fbi.gov/stats-services/publications/law-enforcement-bulletin/february2011/legal_digest). Acesso em 04/07/2013.

<sup>5</sup>[http://www.fbi.gov/stats-services/publications/law-enforcement-bulletin/february2011/legal\\_digest](http://www.fbi.gov/stats-services/publications/law-enforcement-bulletin/february2011/legal_digest). Acesso em 04/07/2013.

<sup>6</sup> New York vs. Quarles, 467 U.S. 649 (1984) (fonte: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=467&invol=649>). Acesso em 04/07/2013)

<sup>7</sup> *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, lei norte-americana que viabilizou uma série de medidas para combater o terrorismo, como monitoramento de possíveis alvos, interrogatórios discricionários, entre outros (fonte: <http://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>). Acesso em 04/07/2013)

<sup>8</sup> SOUKI, Nádia. *Hannah Arendt e a banalidade do mal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998. Pg.10

## Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial

Marta Saad

A recente Lei nº 12.380, de 21 de junho de 2013, dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia e trouxe importante inovação no tocante ao indiciamento, ato próprio da primeira fase da persecução penal.

Estabelece a referida Lei, no artigo 2º, §6º, que “o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que dois são os pontos de destaque: (i) a necessidade de motivação do indiciamento e (ii) que esta decisão seja proferida exclusivamente pela autoridade policial.

Muito embora o Código de Processo Penal refira-se várias vezes à figura do indiciado (artigo 5º, inciso II, §1º, alínea b, artigo 6º, incisos V, VIII e IX, artigos 10, 14, 23, 125, 134, 137, §2º, 282, inciso II, 317, 319, incisos II e III e 320), não cuida propriamente do ato de indiciamento, deixando de prever o momento e a forma própria de realizá-lo. Por isso, desde há muito se reclama que o indiciamento precisaria ser regulamentado por lei federal (PITOMBO, 1987, p. 42-45), o que acaba de ocorrer.<sup>1</sup>

É certo que ao longo da persecução penal surgem diversos graus de incriminação, passando-se por diferentes juízos, sempre em crescendo de certeza jurídica acerca da autoria delitiva. As categorias de suspeito, indiciado, acusado e condenado correspondem a estas sucessivas passagens de juízo até se alcançar a certeza processualmente atingível.

“ [...] o indiciamento deve ser visto como um marco, a partir do qual uma série de deveres e direitos – notadamente o direito de defesa – pode e deve ser exercida. ”

Marta Saad  
Professora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e Doutora em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

Assim, o suspeito é aquele sobre o qual se encerra juízo dito do possível, que é neutro: tanto pode ser o autor, como pode não ser o autor da infração, que se está a investigar.

O indiciado é aquele sobre o qual já se reuniram indícios suficientes de autoria ou participação na prática delitiva, aquele que já se pode acusar, de modo que sobre ele recaia juízo do provável.

O Anteprojeto de Código de Processo Penal Frederico Marques distinguia, no artigo 105, as categorias de suspeito e indiciado, determinando que, “antes de proposta a ação penal, denomina-se suspeito aquele a quem se possa atribuir a prática da infração penal; e indiciado, o que desta seja o provável autor”. Essa distinção, contudo, não passou para a redação final do Projeto de Lei 633/1975, não obstante sua pontualidade.

O Projeto de Lei 4.209/2001, no artigo 8º, distingue as categorias de suspeito e indiciado, expressando o próprio escalonamento da persecução penal.

O Projeto de Lei do Senado 156/2009, que pretende a reforma global do Código de Processo Penal, também prevê, no artigo 30, que, “reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia científicará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de indiciado, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais”.

Assim, o que a investigação criminal revela pela sua própria dinâmica e os mencionados projetos de lei procuravam consagrar normativamente é que nem todo envolvido em inquérito policial deve ser indiciado. O indiciamento, a juízo da autoridade policial, que conduz o inquérito policial, deve ocorrer tão logo se reúnam os indícios, ou outros elementos de convicção, que incriminem o suspeito como provável praticante de ato ilícito e típico. Não pode, portanto, ser ato arbitrário ou discricionário, mas sim legal (PITOMBO, 1998, p. 17-19).

Por isso, o indiciamento, nas palavras de PITOMBO, “não deve surgir como qual ato arbitrário, ou de tarifa, da autoridade, mas, sempre legítimo. Não se funda, também, no uso de poder discricionário, visto que inexistente, tecnicamente, a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade estrita do ato. O suspeito, sobre o qual se reuniu prova da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que, contra si, possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Em outras palavras, a pessoa suspeita da prática de infração penal passa a figurar como indiciada, a contar do instante em que no inquérito policial instaurado se verificou a probabilidade real de ser o agente” (PITOMBO, 1998, p. 17-18).

Indispensável e necessário, portanto, desde quando reunida prova que aponte o suspeito como provável autor do delito, o indiciamento deve ser visto como um marco, a partir do qual uma série de deveres e direitos – notadamente o direito de defesa – pode e deve ser exercida.<sup>2</sup>

Pelo impacto que tem, é fundamental que o indiciamento decorra de ato devidamente motivado, a fim de permitir o controle do raciocínio empregado pela autoridade policial condutora da investigação, para se verificar se a decisão constitui, de fato, como agora determina a Lei 12.380/13, artigo 2º, §6º, “análise técnico-jurídica do fato”, com indicação de “autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

Até então sem previsão em norma federal, esta mesma exigência de motivação vinha sendo regulamentada por algumas Polícias, estadual e federal. Em São Paulo, a Portaria 18/1998, da Delegacia Geral de Polícia, dispõe sobre medidas e cautelas a serem adotadas na elaboração de inquéritos policiais e para a garantia dos direitos da pessoa humana e determina, no artigo 5º, parágrafo único, que o ato de indiciamento seja precedido de decisão fundamentada. No âmbito da Polícia Federal, a Instrução Normativa 11/2001 prevê, nos artigos 89 e 90, que o indiciamento deve ser motivado.

Da mesma forma, os Tribunais entendem que o indiciamento desmotivado ou precipitado diante dos elementos colhidos no inquérito policial constitui constrangimento ilegal sanável por *habeas corpus*.<sup>3</sup>

Além da exigência de motivação, estabelece a Lei 12.380/13 que o indiciamento é ato exclusivo da autoridade policial, visto que esta é a condutora do inquérito policial.

A jurisprudência pátria vinha, já há algum tempo, rechaçando a prática desvirtuada de determinações judiciais que, a pedido do Ministério Público, determinavam a realização de indiciamento do acusado depois do recebimento da denúncia, caso a autoridade policial não houvesse decidido,

no curso do inquérito policial, pelo indiciamento. Nestes casos, consolidou-se o entendimento, notadamente no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que haveria, em tal situação, retrocesso procedimental e usurpação de atribuição específica da autoridade policial.<sup>4</sup>

Por isso, enquanto subsistir a figura do indiciado em nossa sistemática de processo penal, o sujeito investigado somente pode ser alçado a esta categoria mediante decisão fundamentada, proferida pela autoridade policial responsável pela investigação a partir de dados constantes do inquérito, isso tudo agora por força de norma regulamentadora prevista em lei federal.

#### Referências:

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências. Belém: CEJUP, 1987. Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial: perspectivas para o futuro. Revista ADPESP – Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, São Paulo, ano 19, n. 25, p. 9-19, mar. 1998.*

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.*

#### Notas

<sup>1</sup> As ideias aqui expostas já o foram, em alguma medida e a título de *lege ferenda*, no meu *O direito de defesa no inquérito policial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

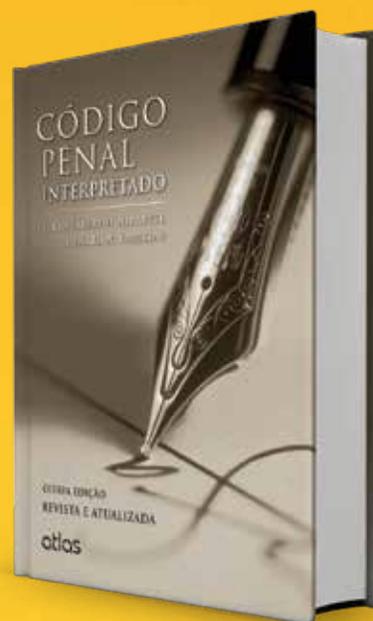
<sup>2</sup> Sobre o indiciamento ser ato exclusivo da autoridade policial e marco para exercício de direitos, vale destacar voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem em Petição 3825-8, j. em 10.10.2007.

<sup>3</sup> Neste sentido, cf., dentre outros, TRF 3, HC 0037306-95.2011.4.3.0000, Rel. Des. Federal Nilton dos Santos, j. em 13.03.2012; TJSP, HC 0002605-46.8.26.0050, Rel. Des. Francisco Bruno, j. em 22.03.2013; TJSP, HC 0048379-21.2013.8.26.0000, Rel. Des. Rachid Vaz de Almeida, j. em 20.06.2013.

<sup>4</sup> Neste sentido, cf. decisões do Superior Tribunal de Justiça: HC 64.693, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 12.12.2006; RHC 20.780, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 24.04.2007; HC 82.494, Rel. Des. Convocada Jane Silva, j. em 18.10.2007; HC 84.142, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 03.04.2008; HC 82.497, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 15.05.2008; HC 145.935, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 18.05.2011; RHC 30.676, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 26.06.2012; PExt no HC 187.863, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, j. em 28.08.2012; HC 218.224, Rel. Des. Convocada Marilza Maynard, j. em 07.05.2013, dentre outros.

# Julio Fabbrini MIRABETE & Renato N. Fabbrini

Preços sujeitos a alteração sem prévio aviso. Oferta válida até 31/08/2013.



## Manual de Direito Penal I

29ª edição (2013) | 488 páginas

de R\$ 119,00

por **R\$ 107,10**

## Manual de Direito Penal II

30ª edição (2013) | 576 páginas

de R\$ 119,00

por **R\$ 107,10**

## Manual de Direito Penal III

27ª edição (2013) | 568 páginas

de R\$ 116,00

por **R\$ 104,40**

## Código Penal Interpretado

8ª edição (2013) | 2.424 páginas

de R\$ 290,00

por **R\$ 261,00**

EDIÇÕES 2013 ATUALIZADAS  
**20% DE  
DESCONTO  
+ FRETE  
GRATIS**

atlas

EM NOSSAS FILIAIS  
0800 17 1944  
ATLAS.COM.BR

## O silêncio dos (presumidos) inocentes

Felipe Faoro Bertoni  
Diogo Machado de Carvalho

“ [...] de uma (re)leitura do princípio do *nemo tenetur se detegere* resplandece que o silêncio (defesa pessoal omissiva) não pode ser tido como negativo, tampouco gerador de qualquer presunção de culpabilidade.

”

O costumeiro significado atribuído ao *silêncio* é dotado de uma conotação eminentemente negativa: é o *nada* comunicativo, o *vazio* do discurso. Diante da herança do pensamento moderno cartesiano, crê-se na primazia da palavra (e do ato) sobre o silêncio, defende-se que o *não dito* (e o *não feito*) está atrelado ao irracional e, dessa forma, despido de qualquer linguagem. Nas palavras de Eni Orlandi, “para nosso contexto histórico-social, um homem em silêncio é um homem sem sentido. [Então ele] Atulha o espaço de sons e cria a ideia de silêncio como vazio, como falta” (ORLANDI, 1997, p. 34). Outrossim, na sociedade “*just do it*” (conforme *slogan* de famosa empresa calçadista multinacional) – tão acostumada com o incessante movimento dos corpos e das palavras – o não fazer é praticamente uma heresia. Em tempos de incontáveis ruídos, o pecado moderno é o comunicar mal; ainda mais reprovável, mais imperdoável, é permanecer calado.

Atrelado a tudo isso, o (autoritário) discurso processual penal adota o reducionismo do *vazio* e, com uma criatividade inquisitória, formula a doutrina do *silêncio culpável* (KENNY, 2011, p. 31).<sup>1</sup> Subversivamente, o dispositivo inquisitório apresenta uma nova (e correccionalista) perspectiva. Como aponta Franco Cordero, o “bom” processo penal se torna uma atividade terapêutica; a pena é vista como um remédio (ressocialização, reeducação); “*queira ou não é necessário que o imputado coopere*” (CORDERO, 1986, p. 32). Logo, numa vã tentativa de comprovar a sua inocência, o sujeito é obrigado a fazer e a falar, tudo em prol da (pseudo)revelação da “verdade” do crime. No atuar da Máquina Penal não

Felipe Faoro Bertoni  
Mestre em Ciências Criminais pela  
PUCRS. Advogado Criminal.

Diogo Machado de Carvalho  
Especialista em Ciências Penais e Mestre  
em Ciências Criminais pela PUCRS.  
Advogado Criminal.

há espaço para qualquer *silêncio*. Assim, kafkianamente, é dever do imputado *cooperar* com o Tribunal (inclusive em desproposito próprio), até porque “*a culpa é sempre indubitável*” (KAFKA, 1995, p. 41). O silêncio – longe de ser reconhecido como um direito constitucional e convencional – é entendido apenas em sua (reducionista) feição *negativa*, ou seja, como um *nada* que transparece a aquiescência do sujeito com a imputação formulada. Como preceitua o artigo 198 do Código de Processo Penal, “o silêncio do acusado não importará confissão, *mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz*”.

Entretanto, nas mais variadas facetas – seja na forma de *silere* (falta de movimento físico no mundo exterior), seja no modo de *tacere* (ausência de palavra relacionada a alguém) –, o *silêncio* é uma conquista democrática garantida a todos os imputados em um processo penal (dito) democrático. Em seu complexo âmago, o silêncio – garantido pelo axioma continental do *nemo tenetur se detegere* – exprime uma multiplicidade de sentidos e significações. Destarte, não apenas limitado a um simplório aspecto *negativo*, o silêncio ostenta um nítido caráter *positivo*, sendo considerado o elemento fundante do discurso (de defesa). “*A linguagem é contínua, palavra e silêncio que, sem interrompê-la, torna-a possível*” (SCIACCA, 1967, p. 32). Como antítese à (excessiva) linguagem inquisitória do processo penal, o *silêncio fala*.<sup>2</sup> O silêncio se apresenta como uma forma organizada de recusa em conceder ao outro a mínima palavra que pudesse, involuntariamente, legitimar os seus desígnios (LE BRETON, 1997, p. 84). Nas palavras de Mia Couto, o silêncio (processual) se apresenta como o último ato de resistência: “*ao menos, lhe restasse essa possibilidade de recusa: não falar quando os outros pediam*” (COUTO, 2005, 138).

Portanto, de uma (re)leitura do princípio do *nemo tenetur se detegere* resplandece que o silêncio (defesa pessoal omissiva) não pode ser tido como *negativo*, tampouco gerador de qualquer presunção de culpabilidade. Como lembra Carlos Drummond de

Andrade, *no silêncio há diálogo; no silêncio há, sobretudo, defesa*:

Escolhe teu diálogo  
e  
tua melhor palavra  
ou  
teu melhor silêncio  
Mesmo no silêncio e com o silêncio  
Dialogamos

(ANDRADE, 1978, p. 99).

#### Referências:

- ANDRADE, Carlos Drummond de. *O constante diálogo*. In: ANDRADE, Carlos Drummond de. *Discurso de primavera e algumas sombras*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978. p. 99.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *No tribunal do Júri: A arte e o ofício da tribuna. Crimes emblemáticos, grandes julgamentos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Roma: UTET, 1986.
- COUTO, Mia. *O último voo do flamingo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 138.
- KAFKA, Franz. *O Veredicto e A Colônia Penal*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- KENNY, Colum. *The Power of Silence: Silent communication in day life*. London: Karnac, 2011.
- LE BRETON, David. *Do silêncio*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4. ed. Campinas: UNICAMP, 1997.
- SANT'ANNA. Afonso Romano de. *A sedução da palavra*. Brasília: Letraviva, 2000.
- SCIACCA, Michele Federico. *Silêncio e Palavra*. Porto Alegre: Faculdade de Filosofia UFRGS, 1967.

#### Notas

<sup>1</sup> Para melhor exemplificar, segue “ensinamento” de Eugênio Mougenot Bonfim: “O comportamento dele, tranquilo, calmo, técnico seria normal em um inocente? É um comportamento normal? Ele pode até ter confiança no trabalho de seus advogados, mas acusado de um crime monstruoso desse, dizendo-se inocente, se o fosse, não poderia reagir como tem reagido ao processo. O verdadeiro inocente convenceria-nos, mesmo antes da fala de seu defensor” (BONFIM, 2000, p. 95).

<sup>2</sup> “O silêncio também fala. É isto que se aprende durante as ditaduras. E, por outro lado, durante as democracias se aprende que o discurso nem sempre diz” (SANT'ANNA, 2000, p. 91).

## O uso do *habeas corpus* e seus recursos como elementos burocráticos de procedimentos e instrumento de legitimação de decisões da instância ordinária

Aparecida Cristina Rodrigues  
Leonardo Vilela

Historicamente, no Brasil, o instrumento do *habeas corpus* sempre apresentou como características a simplicidade, a acessibilidade e o caráter de urgência, tendo em vista a falta de exigências de formas especiais para sua impetração e o objeto que visa a tutelar: a liberdade individual. Ademais, qualquer pessoa pode ser o impetrante, ainda que sem poder postulatório conferido exclusivamente a advogados. Em razão dessa simplicidade, uma forma procedimental não prevista acabou por ser admitida nos Tribunais Superiores: *habeas corpus* substitutivo de Recurso Ordinário Constitucional.

O Recurso Ordinário é um recurso assegurado constitucionalmente, cabível contra decisão denegatória de *habeas corpus* ou mandado de segurança, proferida em segunda instância ou por Tribunal Superior (art. 102, II, ‘a’ e 105, II, ‘a’ da Constituição Federal). Portanto, pode ser interposto para nova análise do pedido ora indeferido, pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. A interposição do recurso exige maior formalismo e deverá ser endereçada ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão denegatória. As razões recursais deverão estar anexadas à petição de interposição, devendo ser dirigidas ao STF ou STJ, conforme o caso.

Na prática, exatamente pelo caráter de urgência e pela sua simplicidade, a impetração do Recurso Ordinário

Constitucional tem sido substituída por *habeas corpus*, pois o impetrante pode manejar nova impetração imediata na instância superior ao invés de utilizar o citado recurso na instância que negou a ordem e aguardar o processamento e a remessa dos autos para a instância superior hierarquicamente. Somente o ganho de tempo no traslado de um *habeas* para Brasília, por exemplo, já justificaria a economia processual significativa do sistema que se inaugurou.

No entanto, em agosto de 2012, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Ministro Marco Aurélio reformou, por maioria o entendimento para não mais admitir o “temido” *habeas corpus* substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional<sup>1</sup>. Este entendimento levou em conta o

Aparecida Cristina Rodrigues  
Bacharel em direito pela Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais,  
especialista em ciências penais pelo Instituto  
de Ensino Continuada da Puc Minas,  
advogada.

Leonardo Vilela  
Bacharel em direito pela Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais,  
especialista em ciências penais pelo Instituto  
de Ensino Continuada da Puc Minas,  
professor auxiliar da Pontifícia Universidade  
Católica de Minas Gerais, advogado.

grande número de impetrações. Como se tal dado, pudesse refletir mero abuso por parte dos impetrantes.

Corroborando a interpretação da Turma do STF, os ministros da quinta e sexta Turmas do STJ passaram a adotar o mesmo entendimento.<sup>2</sup>

Tal fato criou maior burocracia para a avaliação por outra instância sobre a conveniência de uma prisão (citando aqui apenas os casos de impetrações em prol da liberdade). O impetrante, que até a impetração originária era dispensado de qualquer formalismo ou rigor técnico, passaria a ser envolvido pelo sistema burocrático como forma de exclusão da justiça.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça recebe o recurso ordinário não mais pelas normas de processamento de *habeas corpus*, mas pelas mesmas normas de recurso excepcional, ditadas no regimento interno do Tribunal e sujeitas a admissibilidade estrita.

Mirjan Damaska, em sua obra “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, critica justamente o modelo hierárquico caracterizado por várias etapas no processo ou na verdade, uma série de procedimentos burocráticos: “comecemos nuestra investigacion considerando una de las implicancias más obvias del aparato jeraquico em el diseño del proceso jurídico: ya que la jesraquia posee muchas capas, los procesos deben componerse de varias etapas.”(DAMASKA, p. 86).

O que mais se percebe atualmente no ordenamento jurídico brasileiro é a burocratização do sistema jurídico, impossibilitando o acesso das partes envolvidas em processos e interessadas numa resposta em tempo razoável.

Uma das medidas hodiernamente utilizadas no Superior Tribunal de Justiça é a aplicação do art. 34, inciso XVIII, do regimento interno daquele Tribunal que determina como atribuição do relator: “negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível,

“  
O que mais se percebe atualmente no ordenamento jurídico brasileiro é a burocratização do sistema jurídico, impossibilitando o acesso das partes envolvidas em processos e interessadas numa resposta em tempo razoável.”

improcedente, contrário a súmula do Tribunal, ou quando for evidente a incompetência deste.”

Na prática, vários Recursos Ordinários têm seu seguimento negado por decisão monocrática (sem consulta ao colegiado) do Relator, com a alegação que o Superior Tribunal de Justiça tem o mesmo entendimento do Tribunal *a quo*, ou seja, criou-se uma regra para burocratizar o trâmite do questionamento de uma decisão em *habeas corpus* de forma que se negue a discussão colegiada do pedido. Assim como Mirjan Damaska advertia, se criou não um processo, mas uma sequência de procedimentos burocráticos com objetivo de legitimar a decisão da instância anterior.

Até este ponto já se observa, além do problema da burocratização, outras questões, como por exemplo, (a) se o impetrante, não sendo advogado, teria legitimidade, ou poder postulatório para impetrar o Recurso Ordinário. (b) E caso não o fizesse? O Tribunal nomearia defensor público para a função? (c) E em caso de intempestividade? O Tribunal *ad quem* poderia não conhecer o recurso? (d) Se o fizesse não estaria infringindo o art. 5º, inciso XXXV da CR/88?

Em alguns casos, o impetrante, após a decisão monocrática, remetia novo *habeas corpus*, desta vez ao STF alegando o ato monocrático como constrangimento ilegal.

Eis que surge a mesma primeira turma do Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> e determina que não cabe *habeas corpus* contra decisão que negou seguimento a recurso ordinário pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, o impetrante deveria ter interposto agravo regimental antes de recorrer ao Supremo.

Tal decisão mais uma vez exemplifica o temor de Mirjan Damaska sobre o sistema hierárquico com a burocratização dos procedimentos e sua atuação como mero legitimador das decisões da instância inferior.

A exigência de formalismos em procedimentos que tratam da liberdade (*a priori*) não pode ser admitida no contexto do Estado Democrático de Direito, onde a própria Constituição da República teve intenção clara de inclusão de terceiros na impetração de *habeas corpus*.

A questão da legitimação das decisões da instância *a quo* pode ser verificada com a estatística de concessões de ordens. O Supremo Tribunal Federal divulga em seu sítio eletrônico tais estatísticas, embora omita destas o número de pedidos impetrados.

Segundo as informações, no ano de 2012 houve 364 concessões de ordem (de ofício ou não) e 108 concessões parciais. Através de pesquisa na busca processual verifica-se que o primeiro *habeas corpus* distribuído em 2012 foi o nº 111855 e o último foi nº 116430. Através de soma aritmética simples<sup>4</sup> pode-se concluir que foram distribuídos durante o citado ano exatos 4.575 no Supremo Tribunal Federal, tendo em proporção, 7,6% das ordens concedidas.

Claro que não é possível julgar as decisões sem efetuar pesquisa em cada impetração, mas pode-se afirmar que, no contexto atual da justiça, considerando que poucos são os casos em que há recurso ou impetração no Supremo, é um número muito pequeno.

Por outro lado, não há como desconsiderar o número de advogados que visando protelar o andamento do feito leva o processo até as últimas instâncias com o objetivo de se alcançar a prescrição. É preciso que esse tipo de profissional revise suas posturas a fim de se evitar que nossos Tribunais

continuem com decisões autoritárias e burocráticas, como por exemplo, a decisão que visa a não mais receber *habeas corpus* em substituição a Recurso Ordinário Constitucional, embasadas em argumentos de que há excessos de impetrações com finalidades protelatórias.

Por fim, o *habeas corpus* é um instituto que tutela direito constitucional, garantia fundamental, ou seja, liberdade individual. Por isso, acredita-se delicada a questão da supressão do pedido de reexame, mesmo quando o Recurso Ordinário Constitucional possa ser substituído por outro instrumento processual, pois tendo em vista sua característica de urgência, o *habeas corpus*, tende a ser julgado num prazo muito menor do que o Recurso Ordinário Constitucional, garantido ao paciente uma resposta mais célere em torno de sua demanda.

#### Referências:

Damaska, Mirjan – *Las caras de las justicia y el poder del estado* – Editorial Juridica del Chile – 1996

*Estatísticas de impetrações de Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>, acessado em 03/07/2013 às 15:30.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

#### Notas

<sup>1</sup> STF – HC 104045 – Relatora: Ministra Rosa Weber, primeira turma julgado em 21/08/2012, DJe-176 DIVULG 05-09-2012 PUBLIC 06-09-2012

<sup>2</sup> STJ – HC 216882 – Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze, quinta turma julgado em 09/10/2012, DJe: 17/10/2012 e HC 249068 – Relatora: Ministra Assusete Magalhães, sexta turma julgado em 19/11/2012, DJe: 29/11/2012

<sup>3</sup> STF – HC 116114 – Relator: Ministro Dias Toffoli, primeira turma julgado em 09/04/2013, DJe-089 DIVULG 13-05-2013 PUBLIC 14-05-2013

<sup>4</sup> Define conta simples, pois, não há estatísticas de quantos não foram concedidos ou efetivamente levados a julgamento.

## Prisão Preventiva no Brasil: a exceção como regra de controle social

Rafael Serra de Carvalho

A doutrina processual penal brasileira, inspirada no princípio da presunção de inocência, sustenta que a prisão preventiva é medida excepcional e de caráter estritamente instrumental, que só pode ser decretada mediante prévia demonstração da materialidade delitiva, da presença de indícios suficientes de autoria e de, ao menos, um dos fundamentos previstos no art. 312, do CPP (garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Todavia, lamentavelmente, a realidade a desmente todos os dias. Por que isto ocorre? Por que o discurso dos juristas é tão facilmente desarmado ao mais leve toque com a realidade? De que adianta afirmar-se que o sistema processual penal brasileiro obedece a uma estrutura acusatória inspirada na presunção de inocência (onde a regra é a liberdade; e a prisão, a exceção), se a realidade a desmente diariamente? É imperioso que os juristas

parem de imaginar a prisão preventiva como algo abstrato, e comecem a pensá-la concretamente, com as lentes voltadas à realidade letal de nosso sistema penal.

Dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) demonstram um alarmante crescimento no número de prisões cautelares no Brasil, entre os anos de 2003 e 2012 o número de presos cautelares subiu 182,79%<sup>1</sup>. Os últimos dados coletados comprovam que, aproximadamente, 34,75% da massa carcerária brasileira está presa sem que tenha sido proferida uma sentença definitiva. No caminhar da situação prisional brasileira, poderemos chegar a um ponto em que o número de presos provisórios será maior do que o número de pessoas efetivamente cumprindo pena. Em relação ao perfil dos presos, nota-se que a população carcerária é formada, majoritariamente, pela juventude pobre e de baixa escolaridade<sup>2</sup>. Os dados são reveladores uma vez que trazem à tona algo há muito denunciado pelos teóricos da “Criminologia da Reação Social”: o exercício do poder punitivo não se dirige à repressão do delito, mas à contenção dos grupos sociais vulneráveis.

Certamente, tal fenômeno não é privilégio brasileiro. Com a autoridade que a história lhe confere, **Eugenio Raúl Zaffaroni** afirma que a presunção de perigosidade é a característica mais marcante do poder punitivo repressivo latino-americano atual. Prova de que a prisão preventiva é medidas de contenção, segundo o professor argentino, é a de que três quartos dos presos respondem ao processo no

cárcere, mas ainda não foram condenados (ZAFFARONI, 2011, p. 70).

É a mais pura verdade. Cada vez mais as prisões preventivas são decretadas e mantidas por longos períodos de tempo, não em razão da existência dos pressupostos cautelares, mas, sobretudo, em razão do convencimento íntimo do julgador sobre a culpabilidade do agente (mesmo que provisório). Hoje, o que está “falando mais alto” é o mérito substantivo, pouco importando a existência ou não dos pressupostos cautelares.

O fenômeno do aprisionamento em massa aflora como resposta aos anseios de uma demanda social punitivista, fruto, entre outros fatores, de uma crescente sensação de insegurança, alimentada pelos principais veículos de comunicação do país.

Aqui reside o ponto nevrálgico da questão: se, antes, toda essa vontade de punir era expiada por meio de condenações, *hoje o sistema de justiça criminal constrangido pela obrigação constitucional de reconhecimento da presunção de inocência e da imposição de limites às penas privativas de liberdade, buscou encontrar uma estratégia de manutenção e controle desse universo de pessoas integrantes dos grupos vulneráveis da sociedade, não mais com uma pena privativa de liberdade, mas com a prisão preventiva transformada em pena*<sup>3</sup>. Assim, no atual cenário, a prisão preventiva deixa de ser utilizada como meio de garantir o regular andamento do processo e/ou execução da pena e volta-se a lógica da repressão social, passando a instrumento de controle social (VASCONCELLOS, 2010, p. 236).

No que diz respeito ao incremento exponencial dos índices de encarceramento em massa, o uso exacerbado de prisões cautelares nas últimas décadas emerge como problema central das entidades minimamente preocupadas com a efetividade dos direitos humanos.

Nesse sentido, é importante o papel desempenhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao editar o Informe nº 35/07<sup>4</sup>. Em clara

“*Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas detainess (...).*  
(Giorgio Agamben)

atitude de ativismo judicial, o referido Informe constitui a aplicação concreta dos princípios desenvolvidos pelo sistema interamericano, especialmente a partir do caso López Álvarez vs. Honduras (01.02.2006), em que ficou sedimentado que “há obrigação do Estado membro consistente em não restringir a liberdade do preso mais além dos limites necessários para assegurar que, em liberdade, o imputado não prejudicará a colheita da prova ou embarçará a ação da justiça” (PRADO, 2011, pp.106). Apesar de sua importância, parte majoritária da doutrina brasileira ainda o desconhece ou então o ignora.

Não há dúvida de que a aplicação da prisão preventiva, no Brasil, tem natureza penal material. Impossível rechaçar o caráter antecipatório de pena da prisão preventiva. Impossível negar a sua verdadeira e perversa “função” de mecanismo de controle social. É preciso limitar o âmbito de aplicação das prisões preventivas. É preciso tomar consciência que, ao violar o princípio da presunção de inocência, estamos em realidade contribuindo para a manutenção dessa barbárie.

Ora, a realidade não pode mais ser ignorada. O discurso jurídico não pode afastar-se do “ser”, e refugiar-se no “dever-se”. Os tempos são outros! É tempo de mudanças. A Corte Interamericana dos Direitos Humanos, paulatinamente, vem influenciando os ordenamentos internos dos Estados-membros, ao alinhar com as suas diretrizes os sistemas de justiça de cada país.

O hiato entre a teoria e a realidade nos impede de enxergar que a história do processo penal brasileiro ainda permanece sendo escrita com as “tintas” da violência e do sofrimento. Se a Teoria do Direito

Rafael Serra de Carvalho  
Graduando em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Monitor de Direito Penal na UNIRIO (Orientação Prof.º Dr. Thiago Bottino do Amaral). Pós-Graduando em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst (Rio de Janeiro). Pesquisador em Grupo de Pesquisas Matrizes Autoritárias no Processo Penal Brasileiro: Para além da influência do Código Rocco (1941).

rompe com a Teoria Social, perde aquela a capacidade de justificar o delito perante a sociedade. Ademais, o Direito também deixa de contribuir para a construção de um projeto político de transformação social.

Em conclusão, a doutrina processual penal brasileira não pode ignorar os dados da realidade que mostram que a prisão preventiva é medida **não** excepcional e que **não** exige prévia demonstração da materialidade delitiva e de indícios de autoria. No Brasil, a *questão criminal* foi historicamente resolvida ignorando-se os problemas reais da violência, da exclusão social e da injustiça. Um saber jurídico-penal hermético, fechado, incomunicável, não é capaz de dar respostas a certos problemas sociais. Por isso, não se pode

mais dissociar a disciplina do Processo Penal dos demais saberes afins (Direito Penal, Criminologia, Ciência Política, etc.). Eles não são compartimentos estanques! O diálogo é necessário e salutar. A abordagem interdisciplinar, além de inevitável, permitirá redefinir os nossos problemas e, inclusive, a pensar em outra ordem.

A tarefa não é simples, sobretudo quando temos que abdicar daquilo que sempre acreditamos. Todavia, como bem advertiu **Alexandre Morais da Rosa**, continuar a “assistir de camarote o que se passa com as vítimas do sistema penal não excluiu nossa responsabilidade ética com as mortes: somos co-autores, do nosso lugar, por omissão” (ROSA, 2013, p.11).

#### Referências:

PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011*. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 101-204.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 3ª ed, Rio de Janeiro: Revan, 2011.

#### Notas

<sup>1</sup> Em 2003, os estabelecimentos carcerários no país possuíam 67.549 pessoas nessa situação; no ano de 2006, esse número saltou para 112.138. Os últimos dados do DEPEN são ainda mais alarmantes: em junho de 2012, o Brasil já havia atingido a incrível marca de 191.024 pessoas presas cautelarmente, num total de 549.577 indivíduos encarcerados no país.

<sup>2</sup> Em relação ao perfil dos presos, os dados apontam o seguinte sobre escolaridade e instrução das pessoas presas: 28.006 (5,50%) eram analfabetas, 65.041 (12,79%) alfabetizadas sem escolaridade, 228.627 (44,97%) possuíam o ensino fundamental incompleto, 57.935 (11,39%) possuíam o ensino fundamental completo, 56.257 (11,06%) possuíam o ensino médio incompleto, 37.820 (7,43%) possuíam o ensino médio completo, 4.229 (0,83%) possuíam o ensino superior incompleto, e 2.126 (0,41%) possuíam o ensino superior completo. Acima do nível superior completo, apenas 90 pessoas, o que equivale a menos do que 0,01% dos entrevistados. No que tange à faixa etária, 260.154 (47,33%) pessoas possuíam entre 18 e 29 anos de idade. Todos esses indicadores podem ser encontrados no Portal do Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br>

<sup>3</sup> Excerto da apresentação do Professor Geraldo Prado no I Seminário Nacional do IBADPP, em Salvador/BA, cujo tema era Medidas Cautelares Pessoais no Processo Penal Brasileiro.

<sup>4</sup> O Informe nº. 35/07 pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: [http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07\\_uruguay.pdf](http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07_uruguay.pdf). Consultado em 20.07.2013.

# EUGENIO PACELLI

*Edições 2013 Atualizadas*

## COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA JURISPRUDÊNCIA

5ª edição (2013)

1.528 páginas

de R\$ 189,00

por **R\$ 151,20**

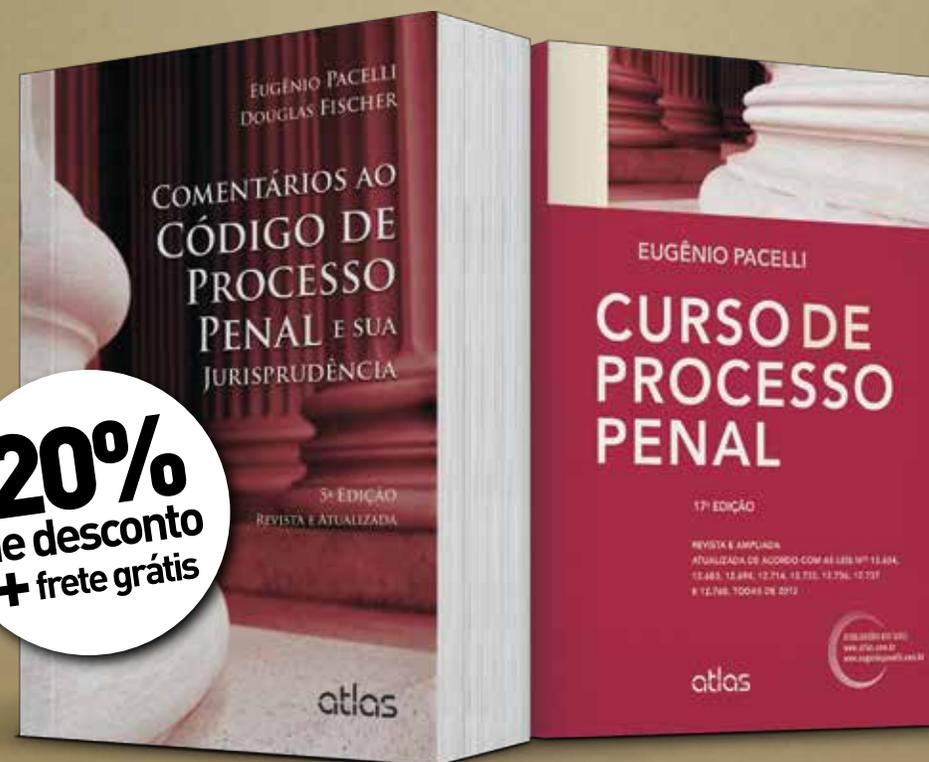
## CURSO DE PROCESSO PENAL

17ª edição (2013)

1.032 páginas

de R\$ 106,00

por **R\$ 84,80**



**20%**  
de desconto  
+ frete grátis

EM NOSSAS FILIAIS  
0800 17 1944  
ATLAS.COM.BR

atlas

## (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório.

Aury Lopes Jr.

“ O sistema processual penal democrático impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no ‘amor ao contraditório.

”

Historicamente os sistemas se distinguem pela mera separação inicial das funções de acusar e julgar, sendo isso suficiente para o nível de evolução civilizatória atingida<sup>1</sup>.

Posteriormente se desvelou a insuficiência de tal concepção, na medida em que o núcleo fundante do processo é a gestão da prova, tudo gira em torno da prova, enquanto instrumento de reconhecimento e captura psíquica do juiz. Superou-se a visão tradicional de que o sistema estava demarcado pela separação inicial das funções, repensando o próprio alcance do ‘ne procedat iudex ex officio’. Ademais, imprescindível afastar o juiz da iniciativa probatória em nome do contraditório e da necessária imparcialidade do julgador.

O problema é que estamos no século XXI e a complexidade das sociedades contemporâneas exige um constante ajuste e adaptação do Direito e do Processo. Esse é um dos maiores erros de algum setor da doutrina, que arraigada em conceitos do século XVIII (e até antes...), não percebe a superação do discurso empregado.

Dessarte, pensamos que é o momento de passar para uma **terceira fase na concepção de sistemas processuais**. No primeiro momento, bastou a mera separação inicial das funções de acusar e julgar para dizer que o sistema era acusatório e, portanto, suficiente.

No segundo, compreendida a superação dessa visão, por ser reducionista e não dar conta do restante da fenomenologia processual, sustentou-se que o núcleo

fundante era a gestão da prova: se nas mãos das partes, o processo era acusatório; se admitida a produção da prova de ofício, o processo seria marcadamente inquisitório.

Mas está na hora de partir para uma terceira fase, inclusive com o abandono dos termos ‘acusatório’ e ‘inquisitório’, pois excessivamente ‘rotulados’, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis. Sem falar no eterno problema da “ambição de verdade” (KHALED)<sup>2</sup> no processo, com a maquiagem conceitual que representou o giro da *verdade real* (absurda) para a *verdade formal* (ilusória). Considerando que ainda (sub)existem autores e atores judiciais que sustentam a mitológica ‘verdade real’ para justificar suas práticas autoritárias, e muitos que acreditam ‘resolver o problema’ partindo para a verdade processual/formal, é bastante complicado fazê-los compreender que o problema está na ‘verdade’ e não no adjetivo que a ela se une (CARNELUTTI). O eterno debate entre ‘verdade possível x verdade inalcançável’ arrasta-se sem solução e nenhum avanço relevante gera para o processo penal. É preciso pensar um processo liberto do peso da ‘verdade’ (como explicaremos ao tratar da prova penal) onde a decisão penal é construída em contraditório, dentro das regras do jogo, demarcada pela prova lícitamente produzida. A ‘verdade’ é contingencial e não fundante. Mas isso é outra grande revolução que se deve operar no senso comum teórico.

Por outro lado, chama a atenção o completo abandono dessa discussão (sistemas processuais) na doutrina estrangeira, pois superadas as premissas que a fundam. Atualmente, debruçam-se os autores noutra problemática: eficácia ou ineficácia do sistema de garantias da Constituição e também das convenções internacionais de direitos humanos.

Não se pode mais ficar debatendo de forma estéril (e as vezes histórica) conceitos e concepções do século XVIII, ou ainda mais remotas, deixando de lado as novas exigências sociais,

processuais e, principalmente, democráticas e constitucionais.

É preciso, como explica CUNHA MARTINS<sup>3</sup>, **fazer um deslocamento prévio dos pressupostos da discussão**, sob pena de esbarrar no eterno re-dizer da centralidade e escassear as possibilidades de efetiva reconsideração do problema. A nova ordem democrática exige um rompimento, pois cria um verdadeiro obstáculo epistemológico. Daí o valor do **critério de democraticidade** de CUNHA MARTINS<sup>4</sup>, pois **dizer “democrático” é dizer o contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório”**.

O processo penal de inspiração democrática e constitucional tem apenas um princípio unificador: a **democraticidade**. Um sistema não pode ser inquisitório porque substancialmente inconstitucional (como o são diversos dispositivos do CPP); tampouco pode ser misto, pois admitiríamos que ao menos metade dele é inconstitucional... Pode ser acusatório, por elementar, pois conforme a Constituição. Mas o problema é: isso basta? E, novamente: o que se entende por acusatório? Por isso, mais do que acusatório, deve ser democrático, deve ser um *instrumento de garantia da democracia*.

Partindo da necessidade de termos um **processo penal democrático e constitucional**, precisamos observar se o sistema vigente tem *democraticidade*, se cria as condições necessárias para a efetivação das regras do jogo, especialmente do **contraditório** e, por conseguinte, da ampla defesa e imparcialidade do juiz. Mais do que isso, são garantias processuais umbilicalmente relacionadas, de modo que somente um sistema que assegure pleno contraditório permitirá a ampla defesa e, ambos, asseguram a imparcialidade do julgador.

O **sistema processual penal democrático** impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no ‘amor ao contraditório’. É aquele que, partindo da Constituição, cria as condições de

Aury Lopes Jr.  
Doutor em Direito Processual – Univ.  
Complutense de Madrid  
Professor Titular no Programa de Pós-  
Graduação em Ciências Criminais da PUCRS  
Advogado.

possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz-ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade. No modelo fundado na democraticidade, há um fortalecimento do 'indivíduo', um fortalecimento das partes processuais. A decisão, na linha de FAZZALARI, é 'construída em contraditório', não sendo mais a jurisdição o centro da estrutura processual e tampouco o 'poder' jurisdicional se legitima por si só. Recordemos que o conceito de democracia é multifacetário, mas sem dúvida tem com núcleo imantador o fortalecimento do indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado. Fortalecer o sujeito (de direitos) dentro e fora do processo é uma marca indelével do modelo democrático, que não pactua com a 'coisificação' do ser. É verificar se o processo efetivamente serve de limite ao exercício de poder punitivo. É condicionar o exercício do poder de punir ao estrito respeito das regras do jogo.

Por fim, além da **oxigenação e filtragem constitucional**, é necessário problematizar acerca do **controle de convencionalidade das leis processuais penais**, ou seja, será que o CPP resiste a uma filtragem à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos?

Esses são os desafios do processo penal do século XXI.

Um sistema processual deve dar o máximo de respostas afirmativas à pergunta: o modelo é compatível com o cenário democrático-constitucional vigente? Esse é o ponto nevrálgico da virada paradigmática.

Noutra dimensão, o **sistema processual penal antidemocrático** parte do 'desamor ao contraditório', estabelecendo os contornos de um processo que autoriza o ativismo judicial, com o juiz(ator) buscando a prova de ofício (art. 156), decretando prisões cautelares também de ofício (art. 311), condenando sem pedido (art. 385), rompendo a igualdade de tratamento e de

oportunidades. Em decorrência, também fulmina a garantia da imparcialidade do juiz, pois é flagrante a contaminação. A legitimação da decisão se dá pelo fato de ser um ato de poder e não construída em contraditório (como no modelo anterior). As partes no processo não são os protagonistas, senão que o é o juiz, dono e senhor da "relação jurídica" (BÜLOW). Em última análise, o *desamor ao contraditório* determina a antidemocraticidade de um processo penal.

Nessa linha, o processo penal brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer para ser considerado um sistema processual penal democrático, sendo necessário fazer um deslocamento do foco da discussão tradicional (acusatório x inquisitório) pois não há paz conceitual para uma mudança. Não existe consenso sobre esses conceitos e muitas são as vozes que sustentam ser o processo brasileiro acusatório dando, portanto, um falso ponto final na discussão. Precisamos retomar a partir da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, para alinhar o Código de Processo Penal na perspectiva de um sistema processual penal democrático.

#### Notas

<sup>1</sup> Sobre o tema, consulte-se nossa obra "Direito Processual Penal", 10ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 105 e ss.

<sup>2</sup> Conforme SALAH H. KHALED Jr. na obra "Ambição de Verdade no Processo Penal", publicado pela Editora Jus Podium, Salvador, 2009.

<sup>3</sup> Conforme explica RUI CUNHA MARTINS na obra "O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons", p.81 e ss.

<sup>4</sup> O Ponto Cego do Direito, p. 92.

## Sobre a Criminologia e o Processo Penal: O Diálogo Esquecido

Adrian Barbosa e Silva

Historicamente concebidas, as ciências criminais, em consonância com a otimização de suas disciplinas penais (direito penal, processo penal, política criminal e criminologia), se desenvolvem segundo uma lógica de interdisciplinaridade e, portanto, de aproximação de saberes, pressuposto elementar do horizonte de projeção (especialização do conhecimento) inerente a cada uma delas que, se analisadas individualmente, evidenciam a incapacidade de plena interpretação e compreensão da realidade do mundo.

Assim, na tentativa de se construir um estatuto epistemológico satisfatório capaz de compreender e lidar com as questões criminais, o processo penal, enquanto saber instrumental do direito penal e, portanto, mecanismo de procedimentalização do *potestas puniendi*, não pode ignorar os aportes advindos da criminologia que, sob o viés empírico, está responsável pela "análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social" (ZAFFARONI *et alii*, 2011, p. 288).

Mas no campo criminológico, antes de tudo, insta especificar de *qual* criminologia se está a falar. Aqui, o local de fala é o da criminologia crítica que, desde as décadas de 60 e 70, através de seus difusores pioneiros (destaque para a Escola de Berkeley), buscou romper com os valores propagados pela Escola Positiva (positivismo criminológico), representada, sobretudo, por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo. Ao constatar o déficit epistemológico do

“ [...] os recursos da criminologia crítica possibilitam uma autocrítica do processo penal para que, consciente do controle presente em sua instrumentalidade, estabeleça sua constitucionalização, efetivando a tutela do mais débil marginalizado. ”

Adrian Barbosa e Silva  
Acadêmico de Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Monitor de Direito Penal e Pesquisador da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA (NPJ/DH-CNPq).  
Membro do IBCCrim. Editor do blog de Ciências Criminais & Paz  
[[www.cienciascriminaispaz.blogspot.com/](http://www.cienciascriminaispaz.blogspot.com/)].

paradigma etiológico-causal, segundo o qual o criminoso era compreendido como ente patológico, biologicamente/ambientalmente determinado à prática delituosa (crime enquanto dado ontológico pré-constituído ao ser), buscou – e vem buscando – superá-lo através do paradigma da reação social (*labelling approach*, enfoque do etiquetamento<sup>1</sup>).

Como bem define Andrade (2008), a nova epistemologia, diversa à investigação positivista das causas da *criminalidade*, se concentra, desde a ótica macrossociológica, nas condições de *criminalização*, isto é, busca investigar como o sistema penal, mecanismo de controle social formal (v.g. penitenciárias, agências de polícia, etc.), constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o controle social informal (v.g. escola, família, etc.), funcionalmente relacionados às estruturas sociais.

De inspiração marxista, desde elementos de uma dialética materialista, o novo paradigma mostra que o poder de definir crimes e estereotipar pessoas como criminosos está relacionado às desigualdades sociais em propriedade e poder presentes nas sociedades contemporâneas, concluindo, assim, que a criminalidade é resultado do juízo atributivo das instituições de controle aos entes marginalizados (não detentores do capital). Porém, a despeito do acúmulo empírico, a criminologia do positivismo científico continua sendo o discurso dominante na dogmática penal contemporânea.

A realidade processual no Brasil também é fruto de uma transição: do regime ditatorial – raiz do Estado Novo varguista – para o democrático de direito, inaugurado com a Constituição da República de 1988. Ocorre que o atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689) é o mesmo de 1941 que, fortemente inspirado pelos *Code d'Instruction Criminelle* (1808) francês e *Codice Rocco* (1930) italiano – construídos em outras realidades autoritárias –, foi criado em uma conjuntura inquisitorial, logo, contrastante sobremaneira com os

direitos e garantias fundamentais da carta política que elegeu a dignidade da pessoa humana como epicentro da democracia brasileira, e, em última análise, estabeleceu matizes constitutivos de um sistema processual acusatório.

Verifica-se, assim, que tanto o processo penal como a criminologia perpassaram por “tempos obscuros” que, não obstante, ainda residem nas práticas jurídicas atuais.

Caso é que o aporte criminológico oferece contribuições com as quais a dogmática processual penal (plano normativo) e as agências de controle (plano operacional), aliadas a uma intensa reforma social (concretização de políticas públicas), deveriam incorporar à técnica e prática cotidiana. Baratta (1980) e Cirino dos Santos (2006) ensinam que o discurso crítico foi responsável por desvelar a funções *reais* não-declaradas do poder estatal (controle de classes e difusão da desigualdade social) que, através do poder de penar, promete punir para prevenir novos delitos, ensinar valores e ressocializar (funções *declaradas*: prevenção geral e especial), mas na realidade, a partir de uma eficácia invertida, gera maior violência, criminalidade e desigualdade.

Explica Carvalho (2011, p. 87) que a crença na regularidade dos atos de poder (falácia politicista) define “postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise através da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional”, invertendo o sentido garantista e revigorando práticas autoritárias. Neste plano, o diálogo (geralmente não forjado) entre criminologia e processo propõe uma prática jurídica consciente de que (a) a regularidade integral dos atos do poder é mítica, e (b) o processo penal é um mecanismo de exercício do controle social.

Ocorre que atualmente se vive uma inegável *crise da teoria das fontes* (LOPES JR., 2011), na qual uma lei ordinária (CPP), com ranço inquisitório, vale mais do que uma Constituição que, ainda que consagre um sistema acusatório, deixa de ser

aplicada, quando muito o processo penal, em conformidade constitucional, deveria ser compreendido como *la ley del más débil* (FERRAJOLI, 2010), isto é, ao instituir direitos e garantias públicas deveria tutelar todo e qualquer acusado – a parte mais fraca frente ao Estado que acusa –, ao ponto de, inclusive, desembocar no imprescindível controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional.

A instrumentalidade constitucional do processo penal deve operar de tal maneira que o acusado esteja imune a arbitrariedades, como a decretação de uma prisão preventiva por mera “ordem pública” (art. 312, CPP), sem indícios mínimos de autoria, materialidade e evidências razoáveis de intenção de causar prejuízo ao processo<sup>2</sup> (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*), senão por o indivíduo pertencer às classes baixas e morar na periferia, o que na prática forense serve como “constatador prévio de culpabilidade”. Por ocasião, ressalta-se que o (ab)uso da intervenção cautelar é o mecanismo por excelência de controle penal de marginalizados<sup>3,4</sup>.

Por tudo, a hipótese inicial de diálogo entre os saberes diagnóstica a realidade operativa do sistema processual penal, de modo que a pré-compreensão do sentido e do direcionamento do sistema repressivo “possibilita aguçar a sensibilidade e denunciar as lesões à legalidade penal e processual penal decorrentes de interpretações narcotizadas pela falácia politicista” (CARVALHO, 2011, p. 87).

Assim, os recursos da criminologia crítica possibilitam uma autocrítica do processo penal para que, consciente do controle presente em sua instrumentalidade, estabeleça sua constitucionalização, efetivando a tutela do mais débil marginalizado. Esta aproximação disciplinar não se esgota, mas aperfeiçoa o procedimento desde a sua fenomenologia, posto que, ao elucidar sua realidade operacional, atribui aos atores processuais o dever constitucional de limitar o poder punitivo arbitrário, reduzindo os danos de sua aplicação e da seletividade social, ao, pelo menos, efetivar as garantias em jogo.

#### Referências:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Por que a Criminologia (e qual Criminologia) é importante no Ensino Jurídico?* Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez/ PUCRS/ITEC, v. VIII, n. 30, jun. 2008, p. 19-24.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y Dogmática Penal. Pasado y Futuro del Modelo Integral de La Ciencia Penal*. Trad. Revista de Sociología, Papers, Barcelona, n. 13 (Sociedad y Delito), 1980, pp. 13-48.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CIRINO DOS SANTOS, Juez. *A Criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La Ley del más Débil. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alii. *Direito Penal Brasileiro – I: Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. 2ª ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007.

#### Notas

<sup>1</sup> Para melhor compreensão da sociologia do desvio e *labelling*, vide: BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

<sup>2</sup> No julgado de Medida Cautelar no HC 118.580/SP (rel. Min. Carmen Lúcia), de 10.07.13 no STF, o Min. Celso de Mello esclareceu que as razões de imprescindibilidade da prisão preventiva devem estar fundadas em necessária base empírica idônea – que evidencie a prática de ato que venha a comprometer o processo –, repudiando pautas de mera gravidade abstrata do delito ou “clamor público/social”.

<sup>3</sup> O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), através do InfoPen (Dez/2012), totalizou 508.357 presos no Brasil, dentre os quais 43% são provisórios e 44,97% possuem ensino fundamental incompleto, vide: <http://portal.mj.gov.br/depem/>.

<sup>4</sup> Neste sentido, denuncia Zaffaroni (2007) que na América Latina opera-se uma generalizada medida de segurança por periculosidade presumida (sob a forma de *prisão preventiva perversa*) e só excepcionalmente com penas. Assim, o poder punitivo é exercido mediante *medidas de contenção* para suspeitos perigosos, tratando-se na prática de uma intervenção penal por *periculosidade presumida*, base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada.

# LEVY EMANUEL MAGNO

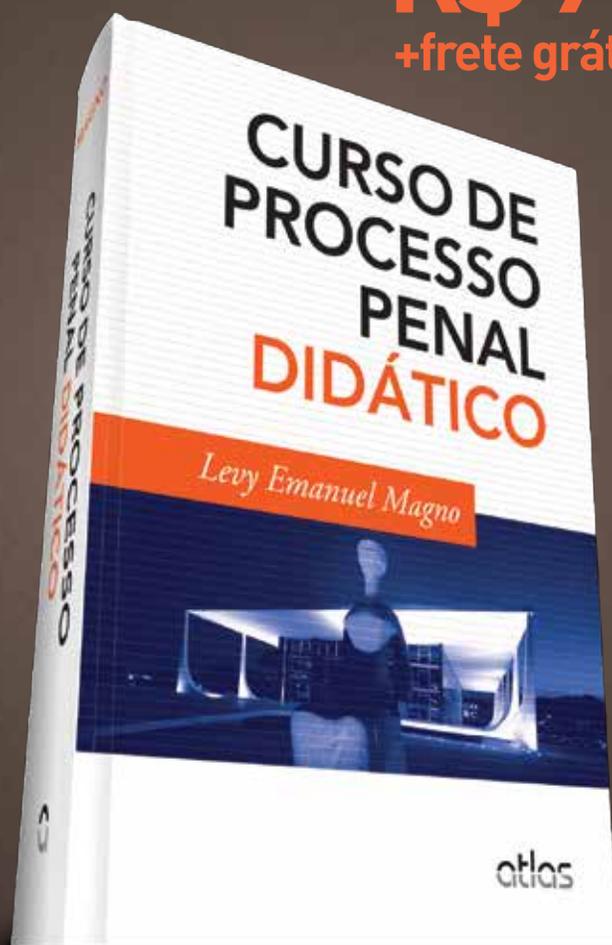
**CURSO DE  
PROCESSO PENAL  
DIDÁTICO**

17ª edição (2013) | 1.032 páginas

de  
~~R\$ 124,00~~

por

**R\$ 99,20**  
+frete grátis



Preço sujeito a alteração sem prévio aviso. Oferta válida até 31/08/2013.

EM NOSSAS FILIAIS  
0800 17 1944  
ATLAS.COM.BR

atlas

## Um dispositivo chamado “Inquérito Policial”

André Rocha Sampaio

É comum ver cientistas do direito detectarem problemas no sistema de investigação preliminar (oficial) brasileiro. É de se esperar que haja um desvio entre o que dispõe a letra fria das regulamentações e a *Law-in-action* (ou seria a *Police-in-action?*), mas as críticas vão muito além dessa, até certo ponto, esperada discrepância.

As críticas esculpadas pela ciência são várias. Desde uma “distância social” no modo de atuar da polícia investigativa, que faz com que tanto as classes mais baixas quanto as mais altas não se satisfaçam com sua atuação – aquelas por visualizar uma excessiva burocracia, estas por observar o oposto (GLOECKNER, LOPES JR., 2013, p. 130/1) –, até a irrupção de um “direito” muito peculiar, erigido por um *ethos* característico da polícia (FERRAJOLI, 2006, p. 704-711. LIMA, 1995), não faltam elementos desconcertados.

Ainda que reconheça certa “funcionalidade” nesse atuar – se a polícia de fato tivesse condições e investigasse todos os crimes existentes existiria um colapso social, fruto de uma sociedade criminógena – no geral a ciência vislumbra apenas malfeitos e carências. Mas, a partir desse cenário, indagamos: será que a polícia investigativa funciona tão mal ou, pelo contrário, de tão mal ela funciona muito bem?

Propomos uma análise diferente do nosso sistema de investigação oficial. Utilizamos esse modelo, com várias modificações, mas com uma matriz muito parecida, desde 1871. Poder-se-ia buscar alguma justificativa da ordem de “incremento da complexidade e criminalidade social”, ou

“carência de recursos” para uma atuação condizente com o que preconiza a lei, mas fato é que o inquérito policial nunca funcionou nem ao menos proximamente bem, se comparado ao que dispõe sua regulamentação, e se tratando de dispositivo que atravessa seu segundo século de existência em solo tupiniquim é de, no mínimo, questionar-se se há um consenso quanto a essa funcionalidade investigativa, tanto pela ciência quanto pela política.

Partindo do pressuposto de que nosso inquérito policial tem ancestralidade nas antigas devassas, de linhagem portuguesa, podemos afirmar que nunca de fato houve uma opção política brasileira pelo modelo de investigação; todas as modificações que operamos ao longo dos séculos foram sempre em relação à titularidade do investigador. Não queremos afirmar que não houve modificações morfológicas no nosso sistema de investigação, mas, até mesmo em razão da necessidade de um modelo “flexível” de investigação, ele nunca possuiu uma forma razoavelmente pré-definida.

Essa, entre outras características, só nos faz concluir por sua natureza de dispositivo. Natureza esta, aliás, que nada tem de surpreendente, basta olharmos de soslaio o que Foucault define como “dispositivo”.

É AGAMBEN (2006, p. 7) quem nos ajuda a compreender o que seria um dispositivo.

André Rocha Sampaio

Mestre em Direito pela UFAL, Doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS, Especialista em Ciências Criminais, Professor de processo penal. Advogado.

Sintetizando as palavras de Foucault, ele elenca três eixos fundamentais, a saber, (a) a relação que se estabelece entre os elementos de um conjunto heterogêneo que abrange discursos, instituições, leis, medidas de polícia, etc., (b) uma função estratégica concreta inscrita em uma relação de poder e (c) o cruzamento entre relações de poder e de saber.

O inquérito reúne muito bem tais características. Para analisarmos-lo como dispositivo precisamos ir muito além do que meramente diz a lei e ultrapassar a superficialidade do tratamento dado pela doutrina manualesca, que, presa à letra da lei, constrói conceitos e atribui características completamente destoantes da praxe investigativa.

Os discursos (jurídicos, médicos, científicos, midiáticos) sobre o fato a ser apurado e as investigações em andamento – tanto os presentes nas peças de informação quanto os exteriores, mas em referência a elas –, a relação entre a instituição policial, o Ministério Público, o Judiciário e autoridades políticas, a diferença entre a normatividade e a efetividade das leis relacionadas, esses são alguns dos elementos que provocam a irrupção do inquérito policial. Nessa senda, o inquérito policial possui um papel muito mais importante do que “apurar crimes”, ele possui uma função estratégica ao mesmo tempo mais ampla e mais sutil tendo como horizonte o bom funcionamento do aparelho penal e, em última análise, dos aparelhos de governo.

Prosseguindo em sua análise do que seria um dispositivo, AGAMBEN (2006, p. 20) afirma que se trata de “[...] um conjunto de práticas, de saberes, de medidas, de instituições cujo escopo é de gerenciar, governar, controlar e orientar em um sentido que se pretende útil os comportamentos, os gestos e os pensamentos dos homens”. Ele prossegue (p. 29), “Cada dispositivo implica, de fato, um processo de subjetivação, sem o qual o dispositivo não pode funcionar como dispositivo de governo, mas se reduz a um mero exercício de violência”

“ [...] *será que a polícia investigativa funciona tão mal ou, pelo contrário, de tão mal ela funciona muito bem?* ”

(tradução livre).

Para o cumprimento dessa dimensão estratégica que o inquérito busca enquanto dispositivo, o que a ciência jurídica tem investigado é de profunda importância. Concentraremos nossa hipótese em apenas três elementos: a normatividade que se pressupõe a regulamentá-lo, alguns expedientes investigativos surgidos em leis de emergência mais recentes e os principais desvios entre a efetividade e a normatividade da investigação policial.

Uma breve análise do Título II do nosso CPP em vigor expõe um aspecto sintomático; apesar de se tratar de um título curto (apenas 18 artigos para regular toda a investigação criminal), ele apela para expressões do tipo “no que for aplicável”, “se possível”, “interesse da sociedade” e “ordem pública”. Em suma, regula pouco e o faz de modo “aberto”, com normas de alto poder denotativo (FERRAJOLI, 2006, p. 113-148), dando margem a uma ampla discricionariedade policial.

Entre os expedientes investigativos surgidos recentemente, chamamos atenção para a chamada “delação premiada”. GIACOMOLLI (2011, p. 128/9) afirma que a “transformação do autor de ilícitos, quiçá, em muitos casos, do autor principal, em testemunha, há de receber uma valoração especial, com testagem de sua credibilidade e confiabilidade, uma vez admitida essa modalidade de prova”. Possíveis consequências? Além de severa lesão ao contraditório e à ampla defesa, o risco de “transformar-se o processo em um simulacro para obter um resultado já sabido e construído via emboscada, com

dados marcados” (p. 129).

E como não lembrar do “banco de dados genéticos”, criado pela Lei 12.654/2012, abrindo alas para um neolombrosianismo a depender praticamente do cruzamento de discursos do tipo “*Law and order*” com os de uma ciência em plena expansão, como é a genética. São apenas alguns dos vários ardis à disposição para a estratégia exercida pelo dispositivo.

Em relação à distância entre a normatividade (frouxa) que rege a investigação criminal e sua efetividade, uma série de mazelas podem ser apontadas. Destacamos: eleição de crimes a serem investigados, postura diferenciada quanto à atitude do denunciante ou do suspeito, releitura mais restritiva das garantias constitucionais, atuação em consonância com o poder relativo do infrator (GLOECKNER, LOPES JR., 2013, p. 130-132), produção

de estereótipos dos quais necessitarão para orientar suas investigações (LIMA, 1995, p. 81), e várias outras.

Em suma, o alto poder denotativo em sua regulamentação, os expedientes investigativos que o tem complementado em leis de cunho emergencial, a grande distância que a separa de sua (parca) normatização são apenas algumas características de um jeito de operar que em nada tem de disfuncional, pelo menos de uma perspectiva de razão de Estado.

O inquérito policial, enquanto dispositivo, cumpre muito bem o seu papel, qual seja, o de segregar, excluir, higienizar, manter a “ordem pública”, expressão que, em última análise, significa apenas manter a configuração social exatamente do mesmo jeito, preservando as concentrações de poder para a manutenção de uma sociedade verticalizada.

#### Referências:

- AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un dispositivo?*. Roma: Nottetempo, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer Sica, et. al..2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Trad. Otto Miller. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

# Informe de Jurisprudência

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Apelação-crime nº 70051305852, Rel. Des. Nereu José Giacomolli,

3ª Câmara Criminal, julgado em 09/05/2013.

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE.

Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (*caput*) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora, notadamente em razão do depoimento do policial responsável pela abordagem, que afirmou que o réu conduzia a motocicleta normalmente. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA.

VOTOS

Des. Nereu José Giacomolli (RELATOR)

Eminentes colegas:

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa, em face de sentença que condenou o réu como incurso no artigo 306 da Lei 9503/97.

[...]

No caso, ao réu foi imputada a prática de embriaguez ao volante, pois flagrado conduzindo sua motocicleta com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6dg, conforme teste alveolar realizado em **16.04.2011**.

Na data do fato vigorava, ainda, a redação do artigo 306 conforme determinada pela Lei 11.705/08, nos seguintes termos:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência

Ocorre que recentemente, em 20.12.2012, a redação do citado artigo 306 do Código de Trânsito foi alterada Lei 12.760/12. A nova redação dispõe:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

§1º As condutas previstas no *caput* serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora.

§2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.”(NR)

Há, pois, na atual redação, uma **nova elementar normativa** no tipo penal em questão: a alteração da capacidade psicomotora do condutor. Se antes, nos termos da redação dada pela Lei 11.705/08, bastava a comprovação da concentração de álcool por litro de sangue (crime de perigo abstrato), agora, de acordo com a atual redação, além da constatação da graduação alcoólica é imprescindível, também, a comprovação da **alteração da capacidade psicomotora**.

Assim, conforme pontuado pelo eminente Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro, na Apelação nº 70053529715:

**“Diante da nova redação, para a configuração da figura típica, não basta somente a comprovação da ingestão de bebida alcoólica. Mais do que isso, é imperioso que, em razão da influência de bebida de álcool ou outra substância psicotrópica que cause dependência, haja alteração da capacidade psicomotora. E isso precisa estar comprovado.”**

De fato, se antes o *caput* do artigo 306 dispunha ser crime o ato de *conduzir*

*veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6dg*, agora esse dispositivo, no seu *caput*, não mais prevê a graduação alcoólica, mas, sim, a *condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de substância psicoativa*. Então, é imprescindível a comprovação da **alteração da capacidade psicomotora**, pois elementar normativa do tipo penal em questão.

Resta, assim, definir *qual* a alteração da capacidade psicomotora encontra adequação típica ao *caput* do artigo 306 da Lei 9503/97. E aqui, o primeiro recorte: apenas a causada por ingestão de bebidas alcoólicas ou pelo uso de psicotrópicos. Isso porque no dispositivo em comento há referência apenas à alteração da capacidade psicomotora por *influência de álcool ou de substância psicoativa*. Mas **qual a influência de álcool necessária para causar uma alteração da capacidade psicomotora, ou qual a influência do consumo de psicotrópicos?**

O parágrafo 1º, inserido no artigo 306 pela Lei 12.760/12, disciplina as duas questões. No inciso I, estabelece como mínimo relevante para fins penais a concentração de álcool por litro de sangue superior a 6dg. Mantém, em resumo, a quantidade mencionada na anterior redação do *caput*, dada pela Lei 11.705/08. E o inciso II, em referência às substâncias psicoativas, dispõe que a conduta típica pode ser constatada por sinais indicativos da alteração da capacidade psicomotora, nos termos de regulamentação do CONTRAN.

E por fim, o parágrafo 2º do artigo 306, também com redação dada pela Lei 12.760/12, dispõe ser possível a verificação da alteração da capacidade psicomotora por todos os meios de provas em direito admitidas, dentre elas, especificamente, o exame clínico e a perícia, além de vídeos e testemunhas.

Em síntese, a nova redação do artigo 306 do Código de Trânsito estabelece ser típica a conduta de conduzir veículo automotor: 1º) com a capacidade psicomotora alterada

(*caput*), em razão de concentração de álcool por litro de sangue superior a 6dg (§1º, I), ou 2º) com a capacidade psicomotora alterada (*caput*) em razão da utilização de substância psicoativa, conforme sinais indicativos nos termos da regulamentação do CONTRAN (§1º, II).

No caso específico da embriaguez, portanto, a interpretação combinada do *caput* do artigo 306 com seus parágrafos 1º e 2º, indicam que **a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da prova da concentração alcoólica igual ou superior a 6dg (§1º, I), mas, além disso, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora (*caput*), na forma do disposto no parágrafo 2º, ou seja, por meio de exame clínico, de perícia, de vídeos ou de testemunhas.**

Assim, não mais basta a realização do exame do bafômetro. Realizado o teste e detectada concentração igual ou superior a 6dg de álcool por litro de sangue (ou 0,3mg de álcool por litro de ar) a conduta encontrará adequação típica apenas se constatada uma alteração (leia-se *redução*) da capacidade psicomotora, o que deverá ser comprovado por um dos meios de provas referidos no parágrafo 2º do próprio artigo 306 do Código de Trânsito. Constatada a concentração de álcool por litro de sangue inferior a 6dg, não há que se falar em conduta típica, independentemente da alteração ou não da capacidade psicomotora.

Enfim, a nova redação do tipo penal do artigo 306 da Lei 9503/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.760/12, estabelece uma nova elementar normativa, que, como tal, precisa estar devidamente comprovada. Em tese, pois, em relação aos fatos praticados sob a égide da redação antiga (Lei 11.705/08), trata-se de lei penal mais benigna. E como tal, tem aplicação retroativa.

Certo é que a aplicação da lei penal mais benigna deve ser verificada casuisticamente, com base nas circunstâncias de cada caso concreto, a fim de evitar situações

contraditórias em que, pretendendo aplicar uma lei em tese mais benéfica, se acabe por agravar a situação do acusado. Também nesse ponto destaco o precedente do Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro (70053529715):

Ocorre que não se trata de raciocínio aritmético. A realidade dos fatos é complexa e não pode ser ignorada. Assim, para verificação da retroatividade ou não da lei, não deve ser realizado um mero juízo de incidência abstrata da norma, mas sim concreta, considerando as particularidades e peculiaridades de cada caso.

Se, em regra, a retroatividade de determinada lei seja benéfica, não significa, automaticamente, que em todos os casos o resultado seja o mesmo.

Destarte, não se pode prejudicar um réu, na individualidade, sob o fito de que a ele se aplica a “lei mais benéfica”, quando, materialmente, se realiza o revés. Deve-se operar uma interpretação sistemática e casuística. Acerca do tema, vale colacionar lição de Cezar Roberto Bitencourt com referência a Luis Jiménez de Asúa:

(...)

Há, no entanto, situações difíceis de serem selecionadas. De acordo com a lição de Asúa, são inúteis regras casuísticas e abstratas sobre a lei mais benigna, pois o problema tem de se decidir em cada caso concreto, comparando-se em cada fato real o resultado da aplicação das várias leis. Somente o exame acurado de cada caso concreto poderá nos dar a solução, pois uma disposição aparentemente mais favorável ao agente pode ser, na realidade, mais severa.

No caso concreto, entendo deva retroagir a atual redação do artigo 306 da Lei 9503/97, pois mais benéfica ao réu. Isso porque não

há nos autos nenhuma prova da alteração da capacidade psicomotora do réu.

Destaco, no ponto, que o acusado conduzia uma motocicleta quando foi abordado, veículo que, por suas características, afigura-se muito mais suscetível a alterações da capacidade psicomotora, se comparado com os automóveis.

Além disso, o único policial militar inquirido sob contraditório judicial afirmou, em juízo, que o réu conduzia sua motocicleta normalmente, tendo sido abordado em uma operação de rotina dos policiais. Não relatou, pois, nenhum indicativo de alteração da capacidade psicomotora. Ao contrário, frisou que o réu conduzia normalmente.

Assim, não comprovada a alteração da capacidade psicomotora, no caso concreto, motivo pelo qual resulta impositiva a absolvição do réu.

Voto, pois, por dar provimento ao recurso, para absolver o réu com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

---

**Des. João Batista Marques Tovo (REVISOR)**

De acordo com o(a) Relator(a).

**Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro**

De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI**

Presidente - Apelação Crime

nº 70051305852, Comarca de Montenegro:

---

“ *À unanimidade,  
deram provimento ao recurso,  
para absolver o réu com base  
no artigo 386, VII,  
do código de processo penal.*

”



# MAIS QUE LIVROS **TRADIÇÃO** **EM CONHECIMENTO**

LIVROS IMPRESSOS E DIGITAIS

TV WEB

EAD CORPORATIVO

[atlas.com.br](http://atlas.com.br)  
0800 17 1944

**atlas**