



Capacitar

VII CURSO DE INGRESSO E VITALICIAMENTO
PARA PROCURADORES DA REPÚBLICA





República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

CÂMARA EDITORIAL GERAL

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Robério Nunes dos Anjos Filho – Coordenador
Procurador Regional da República – 3ª Região

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República – PR/RJ

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto
Procurador do Trabalho – PRT 10ª Região/DF

José Antônio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho – PRT 1ª Região/RJ

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Ana Luisa Rivera
Promotora de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Promotora de Justiça

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

José Carlos Couto de Carvalho
Subprocurador-Geral de Justiça Militar aposentado





ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Capacitar

VII CURSO DE INGRESSO E VITALICIAMENTO
PARA PROCURADORES DA REPÚBLICA

Robério Nunes dos Anjos Filho
Organizador

Brasília-DF
2011





Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185

<www.esmpu.gov.br> – <editoração@esmpu.gov.br>

Copyright 2011. Todos os direitos reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Setor de Revisão

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefia

Constança Lazarin – Preparação de originais

Neusa Maria Neves – Revisão de provas

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto gráfico e capa

André de Sena

Diagramação

Alice Corbett, Fernanda Soares, Juliana Carnielli e Leonardo Betti para

Cha Com Nozes Propaganda Ltda. – SRES Quadra 12, Bloco J, Casa 26

70645-105 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3551-5100

E-mail: sac@chacomnozes.com.br

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: ideal@idealgrafica.com.br

Tiragem: 3.200 exemplares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

C977 Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República (7. : 2011 :
Brasília)
Capacitar / Robério Nunes dos Anjos Filho (Organizador) ; Alfredo Carlos Gonzaga
Falcão Júnior ... [et al.]. Brasília : ESMPU, 2011.

292 p.

978-85-88652-45-3

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-88652-41-5

1. Ministério Público da União – atividades. 2. Delação premiada. 3. Lavagem de dinheiro. 4. Prisão em flagrante. 5. Rádio comunitária – criminalização. 6. Descaminho. 7. Contrabando. 8. Interceptação telefônica. 9. Código de processo penal – projeto - análise. I. Anjos Filho, Robério Nunes dos.

CDD 341.413





COLABORADORES

Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior

Procurador da República em Pernambuco, especialista em Ciências Penais.

Celso Costa Lima Verde Leal

Procurador da República no Amapá, especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília.

Fernando Zelada

Procurador da República no Município de Eunápolis-BA.

Gabriel Silveira de Queirós Campos

Procurador da República no Município de Santa Rosa-RS, professor de Processo Penal nas Faculdades Integradas Machado de Assis.

George Neves Lodder

Procurador da República no Estado do Amapá, Procurador Regional dos Direitos do Cidadão.

Juliano Baggio Gasperin

Procurador da República em Cáceres-MT.

Leonardo Augusto Guelfi

Procurador da República no Município de Três Lagoas-MS.

Leonardo de Faria Galiano

Procurador da República em Roraima.

Luís Cláudio Senna Consentino

Procurador da República no Município de Ponta-Porã-MS.

Marcial Duarte Coelho

Procurador da República no Município de Paulo Afonso-BA, especialista em Ciências Criminais pela UNISUL e professor de Direito Processual Penal.





SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	9
<i>O perfil constitucional material da delação premiada como meio de prova</i>	
Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior	11
<i>Aspectos procedimentais da delação premiada e a nova lei de lavagem de dinheiro</i>	
Celso Costa Lima Verde Leal	35
<i>A importância do ministério público diante da extrema provisoriedade da prisão em flagrante</i>	
Fernando Zelada.....	65
<i>A legitimidade da criminalização das rádios comunitárias propostas para redefinição do papel do Ministério Público</i>	
Gabriel Silveira de Queirós Campos	89
<i>A retroatividade do novo parágrafo 1º do art. 231 Do Código Penal</i>	
George Neves Lodder	123
<i>A aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho e contrabando</i>	
Juliano Baggio Gasperin.....	143
<i>Fuga e perigo de fuga como motivos autorizadores da prisão preventiva</i>	
Leonardo Augusto Guelfi.....	171
<i>Uma leitura constitucional das representações policiais</i>	
Leonardo de Faria Galiano.....	201
<i>O papel do ministério público no procedimento de interceptação telefônica</i>	
Luís Cláudio Senna Consentino	229
<i>O projeto do novo Código de Processo Penal breves anotações ligadas ao Ministério Público</i>	
Marcial Duarte CoElho.....	263







APRESENTAÇÃO

Com orgulho e satisfação, a Escola Superior do Ministério Público da União apresenta ao público leitor a Série Capacitar. Estão reunidos nesta edição dez trabalhos de conclusão do VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República.

A formação inicial e continuada dos membros do Ministério Público da União tem merecido especial atenção da ESMPU, calcada na premissa de que a eficiência e a modernização dos serviços públicos pressupõem, entre tantos fatores, a habilitação e a qualificação do corpo de pessoal que integra a Administração Pública.

Com base nessa diretriz e como decorrência das atividades acadêmicas da ESMPU, têm surgido importantes reflexões jurídicas relacionadas direta ou indiretamente com as funções cometidas ao Ministério Público.

Tais contribuições devem transpor as fronteiras da Instituição, para alcançar todos aqueles que se dedicam ao desafio de aplicar – e manter vivo – o Direito. Publicá-las é tarefa que se espera de toda instituição voltada para o desenvolvimento do pensamento jurídico e de seus reflexos na realidade do cotidiano. Conhecer-las, refletir a seu respeito e extrair dividendos para a ampliação do conhecimento será a culminância do trabalho empreendido pelos ilustres colaboradores desta edição.

Boa leitura!

Nicolao Dino Neto

Procurador Regional Da República

Diretor-Geral Da Escola Superior Do Ministério Público Da União







**ALFREDO CARLOS GONZAGA
FALCÃO JÚNIOR**

O PERFIL CONSTITUCIONAL

material da delação premiada
como meio de prova





ALFREDO CARLOS GONZAGA FALCÃO JÚNIOR

Sumário: 1 Apresentação: história do debate. 2 Decisão soberana e qualificação do delator na “vida nua” (*homo sacer*)? 3 Presunção de inocência: contraditório, ampla defesa e publicidade. 4 Delação premiada e valor probatório. Conclusão.





1 Apresentação: história do debate

A delação premiada¹ foi objeto de intenso debate após a sua inserção no ordenamento pátrio na década de 1990². Houve, de imediato, uma polarização entre aqueles que, escudados em questões éticas, defendiam sua inconstitucionalidade por violar o princípio da dignidade humana³ e os que, apoiados na missão do direito penal e processual de assegurar os bens jurídicos mais caros à sociedade, defendiam o uso da delação como meio constitucional de prova⁴. Todavia, em que falemos os longos anos de existência, a divergência acerca da legitimidade do referido instituto ainda perdura.

O valor probatório da delação é outro capítulo que não se encontra pacificado nas quadraturas acadêmicas e jurisprudenciais. Para os que admitem o instituto, há divergência se a delação isolada seria meio de prova suficiente para a condenação ou deveria ser usada dentro de um amplo conjunto probatório. (PEREIRA, 2009, p. 475-498)

A necessidade deste ensaio se dá pelo uso pouco sistemático da delação premiada pela jurisprudência, o que reflete a complexidade do comentado benefício processual. Por ser um tema cujas afirmações não têm terreno firme, optou-se por delimitá-lo a dois aspectos, o da sua legitimidade, ou seja, o da compatibilidade com o ordenamento pátrio e, se legítimo, o do valor probatório que deve ter na dinâmica das provas. Ambas as vertentes são investigadas segundo as normas constitucionais e a filosofia que lhes devem ser subjacentes, haja vista que as questões do processo penal, por natureza, são uma das searas em que surge o direito constitucional aplicado. (DIAS, 2004, p. 74-80.)

¹ Adotar-se-ão como indiferentes ao longo do texto os termos *delação premiada*, *colaboração processual* ou *pentitismo*. É claro que a sinonímia torna laterais críticas doutrinárias que destacam a particularidade de cada vocábulo, como a de a colaboração ser um termo amplo e de benfazeja constitucionalidade (CARVALHO, 2009, p. 97-105) ou do valor histórico do termo *pentitismo*, que permitiu desvendar os segredos da máfia (FALCONE, 2009, p. 149-171).

² Inserido por intermédio do parágrafo único do art. 8º da Lei n. 8.072/1990. Em ilustração, Damásio de Jesus (2006, p. 50-51) diz que a origem da delação premiada no direito brasileiro remonta às Ordenações Filipinas – item 12, título CXVI, do Livro V –, que vigorou até o Código Penal de 1830.

³ Por todos: COUTINHO; CARVALHO In SCHMIDT, 2006, p. 303-311.

⁴ Por todos: MENDRONI, 2009, p. 82-84.



No panorama dogmático, observam-se diversos diplomas que preveem a colaboração processual como mecanismo de extinção de punibilidade ou de minoração da pena, ora dando-lhe o regime processual⁵, ora vinculando-a a determinados tipos penais⁶. Neste trabalho, opta-se pela análise processual da delação premiada, visto que a positivação das normas nos arts. 13 e 14 da Lei n. 9.807/1999 dá eficácia ampla o bastante para o instituto em comento ser aplicado a qualquer fato penal⁷.

As decisões dos tribunais, de outro lado, é de rigor salientar, à míngua de textos legais com o mínimo de precisão, tentam analisar os pedidos de delação premiada à luz de institutos semelhantes no processo penal e/ou à luz dos princípios gerais do processo⁸. Ocorre que a dependência com normas de princípios não se dá no cantado saldo benéfico do neoconstitucionalismo⁹; ao revés, a dependência se envereda por um casuísmo decorrente de regras cuja interpretação não oferece o mínimo de previsibilidade.

Descortina-se, nessa ordem de ideias, que o artigo não poderá deixar de abordar o princípio da presunção de inocência, cujo estudo orientará os consequentes princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade.

O contexto filosófico do trabalho, em vez de ser ornamento, é etapa necessária para mostrar que a polêmica em torno da delação se dá num

⁵ Lei n. 9.807/1999, arts. 13 e 14.

⁶ Art. 6º da Lei n. 9.034/1995, § 5º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, parágrafo único do art. 8º da Lei n. 8.072/1990, parágrafo único do art. 16 da Lei n. 8.137/1990, §2º do art. 25 da Lei n. 7.492/1986 e Lei n. 9.296/1996 (que introduziu o §4º, art. 159, CP).

⁷ Uma defesa de que, com a Lei n. 9.807/1999, o instituto passou a gozar de natureza processual, desvinculado do direito material: LIMA, 2006, p. 53-56.

⁸ A questão, entre outras, é que não se sabe se a delação é instituto autônomo, e, por conseguinte, como os princípios do processo devem incidir. O delator deve ser tratado como um informante (AP 470 QO3, STF) ou como um confessor qualificado (HC 200801220761, STJ) – nesse caso, seria admissível a divisibilidade da confissão (art. 200, CPP)? Além de inúmeras outras divergências, como se a delação deve ser acompanhada do desbaratamento do *modus operandi* criminoso e de sua autoria (ACR 200271040003840, TRF4; ACR 200783000020716, TRF5) ou há alternância entre esses requisitos (ACR 200370050019962, TRF4) ou os requisitos dependem de qual tipo penal vai incidir e, reflexamente, da lei em específico que trata da delação premiada. Ponto interessante seria a disciplina das hipóteses em que o acordo deixaria de ser secreto. O Pretório disse que, quando houver forte suspeita da parcialidade do acusador, é possível que sejam divulgados os nomes dos que celebraram o acordo: HC 90688, STF.

⁹ Entendo o neoconstitucionalismo como técnica dogmática de compreensão do caso jurídico com base na Constituição.



palco, cuja ribalta não é pragmática, em que são olvidados os efeitos dos argumentos alinhados e as limitações hermenêuticas do cotidiano forense.

Expressivo segmento da doutrina defende que o instituto da delação premiada ofende: a) o princípio da publicidade, por ser acordo secreto¹⁰; b) a ética do processo, uma vez que a colaboração se dá por interesses egoísticos e por tornar o delator objeto de medida processual, corrompendo-lhe o espírito¹¹; c) o dever de ofício, pois há apatia da autoridade pública em razão da facilidade de obter provas¹²; d) o princípio da proporcionalidade, pois réus com a mesma culpa estarão sujeitos a penas diversas¹³; e e) quebra, por fim, o princípio acusatório, visto ser ônus da acusação a busca de prova condenatória¹⁴.

Nada obstante, outra parte da doutrina aponta: a) a colaboração demonstra o arrependimento e a recuperação de caros valores comunitários¹⁵; b) a finalidade preventiva e positiva da pena, já que o delator absorve valores de piso do ordenamento¹⁶; c) o instituto não é incompatível com o contraditório e ampla defesa, seja na fase pré-judicial¹⁷, seja na judicial (art. 188, CPP); d) é preciso buscar a credibilidade da prova colhida com a imputação aos corréus e partícipes, assegurando-se, desta feita, o contraditório¹⁸; e e) a colaboração, fundada no princípio do consenso, salvaguardará bens jurídicos dignos de tutela penal, logo se deve olhar para os benefícios e não apenas para o alcaquete, como se fosse um fim em si mesmo¹⁹.

É dizer que todo o debate doutrinário seria superficial se a vista não se voltasse para o pano de fundo da questão levantada, na qual repousa-

¹⁰ ROCHA JÚNIOR, 2005, p. 80-91.

¹¹ CARVALHO, 2009, p. 97-105.

¹² MARCÃO, 2005, p. 83-86.

¹³ GOMES, 2005, p. 18 e 19.

¹⁴ CARVALHO, 2009, p. 97-105.

¹⁵ MIRANDA, Gustavo Senna. *O Ministério Público e os mecanismos de proteção aos réus colaboradores, vítima e testemunhas ameaçadas*. Disponível em: <https://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/14_2059141595102006_artigo%20O%20MINIST%C3%89RIO%20P%C3%9ABLICO%20E%20OS%20MECANISMOS%20DE%20PROTE%C3%87%C3%83O%20AOS%20R%C3%89US%20COLABORADORES.doc>. Acesso em: 28.12.2009.

¹⁶ GUIDI, 2006, p. 152.

¹⁷ Por isso se deve garantir a participação do advogado do investigado na fase pré-judicial.

¹⁸ PEREIRA, 2009, p. 475-498.

¹⁹ PASTRE, 2008, p. 64. Cf. também LIMA, 2006, p. 116-129.





ria a discussão do modelo democrático de processo penal e do próprio papel do direito que a prática judiciária brasileira pode suportar.

Em excelente ensaio, Stephen Trott (2007, p. 69-93) registra que as diferentes concepções éticas sobre a imputação aos acusados podem ser discutidas no processo, a depender da estratégia retórica do interlocutor. O autor em questão chega, inclusive, a apontar uma espécie de receita para garantir o sucesso da acusação, evitando, por conseguinte, a manipulação do promotor pelo criminoso que visa mentir e lograr benefícios escusos no processo.

A lição do magistrado norte-americano é eloquente. Para compreender o instituto da delação premiada, é equivocado esconder-se atrás de ideias fundamentalistas; nesse sentir, impende que o teórico se debruce sobre as consequências do uso da delação premiada e os meios de evitar um resultado que se distancie do veraz fato narrado no processo. O processo é feito por atores que postulam teses, e essa condição não pode ser olvidada em nome de pruridos éticos.

Advirta-se que não é o escopo do trabalho lançar proposições irretocáveis sobre a função do processo penal, mas comprovar que o uso da delação premiada, em seus restritos aspectos de legitimidade e valor probatório – tomados como facetas da pesquisa –, só atenderá a condições mínimas de segurança jurídica caso se reconheçam dois pontos: a) o direito, como instrumento biopolítico de poder, deve ter seu uso o mais restrito possível; e b) o processo penal, como espaço discursivo em que se concretiza a sanção penal, deve ter a mais ampla análise de consequências²⁰ para posterior construção da estética decisória²¹, contanto que elas estejam sujeitas a mecanismos de pesos e contrapesos que tentem evitar a objetivação do sujeito processual.

Justificar as duas premissas acima, que, *primo ictu oculi*, podem parecer polêmicas, é o objetivo dos capítulos segundo e terceiro. No quarto, haverá o estudo do valor probatório da delação premiada. E o quinto será página para a imprescindível conclusão dos pontos discutidos neste artigo.

²⁰ POSNER, 2003, 59-85.

²¹ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, p. 153-158. “Si se desea, pues, extender el concepto de comprensión desde el caso producido hasta el proceso de producción del mismo, tendrá que abarcar consecuentemente la dimensión del proceso, de los procesos, de las consecuencias de los comportamientos, la dimensión de la escena etc. Ya esto es a lo que denominamos comprensión escénica”.





2 Decisão soberana e qualificação do delator na “vida nua” (*homo sacer*)?

O direito é uma técnica de decibilidade que visa trazer segurança jurídica e reduzir a complexidade dos discursos cuja nota é o conflito de interesses²². Esse papel, como é cediço, só pode ser cumprido a contento num Estado democrático se o processo estiver aberto à pluralidade de ideologias. Logo, a prática jurídica está sempre à procura de um fundamento; é uma aporia que alimenta o discurso de maneira a usá-lo como importante instrumento estabilizador de expectativas normativas, cujo desfecho só é possível diante da força, da imposição do ato jurisdicional definitivo que encerra a demanda²³.

Como essa força é imposta, há diversas doutrinas, que vão da teoria clássica do processo à constitucional²⁴, que procuram disciplinar-lhe a maneira de emprego na relação processual. O que se quer destacar, porém, é que essa força, com maior evidência diante da positivação dos direitos fundamentais, tornou vinculante que a liberdade do homem, seja individual ou coletiva, só se realiza dentro das malhas coercitivas do mundo jurídico. É esse viés que ilustra a afirmativa de o direito ser importante instrumento da biopolítica. A eficácia das normas e sua inerente força de imposição²⁵ determinam aqueles que são sujeitos de direitos e os que são ou estão excluídos. É uma decisão soberana que forma a massa societária à qual se qualifica como cidadã.

Ocorre que parte da filosofia francesa mostrou que, por detrás do sujeito de direito, há um discurso de dominação que disciplina o uso do poder e torna o ser humano ente de atitudes previsíveis²⁶.

²² FERRAZ JÚNIOR. 1994, p. 89-92.

²³ FERRAZ JÚNIOR. 1999, p. 149-159.

²⁴ Nascimento (2008, p. 56-68) termina por defender a teoria neoinstitucionalista do processo, que aduz ser mais próxima aos direitos fundamentais dos participantes da relação processual.

²⁵ Aqui não se olvida que grande parte do cumprimento das normas jurídicas se dá pelo respeito ao uso e costumes, independentemente do uso, ao modo de Kelsen, da força. HART, 2007, p. 332-335.

²⁶ É uma das conclusões do professor João Chaves (2006, p. 186-190), quando tenta importar para o Direito as contribuições de Foucault e Deleuze. Veja também: COMTE-SPONVILLE, 2005, p. 70-72.



Por conseguinte, o poder soberano, que trata de definir quais condutas devem ter valor jurídico, estabelece quem está fora ou dentro do ordenamento. Ele pode dotar a pessoa²⁷, ainda que sempre de natureza humana, de valor mais relativo do que outra, dando aparecimento à figura ambivalente do *homo sacer*²⁸.

Infelizmente, a pretensão universalista dos direitos humanos encontra barreiras na soberana disciplina da violência, que, como potência, manifesta-se de diversas formas, sem nunca se esgotar. A tentativa do direito de discipliná-la, e assim disciplinar o poder soberano, enfeixa uma contradição em si, porque o direito posto depende do que está fora, que, numa relação dialética, é o que se encontra também dentro do ordenamento – do contrário não seria conhecido pela própria juridicidade do espaço regulado. Repare que essa é a própria observação do filósofo italiano: “soberano é aquele ato que se realiza simplesmente tolhendo a própria potência de não ser, deixando-se ser, tornando-se a ser”²⁹.

Soberana é aquela decisão que tem o poder de tornar a lei vazia, porque apreende o próprio indivíduo, cuja vida lhe vira objeto, sem preservar nada, porque desconhece o destinatário como titular de direitos; em verdade, prescreve-lhe deveres infinitos, uma “vida nua”, própria do *homo sacer*. É produzida uma zona de indistinção em que o *factum* e o *jus* se integram um ao outro, não há autonomia da esfera jurídica, tampouco da decisão sobre violência³⁰, haja vista que não há fato futuro a ser regulado, ou norma previsível, mas decisão que se impõe pela força/violência, ditando como deve se comportar o caso singular.

A potência da violência demonstra quão frágil é o discurso dos direitos humanos, que iniciou sua positivação no século XVIII³¹, e hoje serve para encobrir diversas formas de violência, trazendo para os atores jurídicos a politização da vida pública, da felicidade, e, em suma, de qualquer expectativa suscetível de regulação. Nessa sorte, é chegada a indagação: o delator premiado

²⁷ AGAMBEN, 2005, p. 23.

²⁸ *Idem. Ibidem*, p. 79. Homem sacro é instituto romano. É aquele a quem não é lícito os órgãos estatais sacrificar, mas qualquer um que o matar não será considerado assassino.

²⁹ *Idem. Ibidem*, p. 54.

³⁰ *Idem. Estado de exceção*. Trad. de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 46. A única forma de garantir espaço de autonomia para o homem é assegurar a política sem fins, isto é, a política deve ter como única razão de ser o seu ambiente igual a um lugar de discussões, sem prazo de validade, em que o homem seja considerado como participante.

³¹ Fala-se, sobretudo, dos movimentos de declaração de direitos, como o norte-americano e francês, hoje estudados nos manuais de direito de constitucional. LUÑO, 1999, p. 52-151.



é figura homo sacer, cuja vida (nua) é consequência do esvaziamento da norma para atender a rompante busca de resultados no e para o processo?

Voltando para a delação premiada, o discurso dos que pugnam pela falta de eticidade do instituto, sua incompatibilidade com a carta de direitos veiculada no art. 5º, *caput*, da CF/1988³², termina, alfin, por envenenar que o poder inquisitivo do Estado, em vez de onerar a acusação na busca da prova, coopta o investigado, usando de incentivos para que delate comparsas, entregue o iter criminoso do seu bando, o que, a par do desprestígio ético, enseja a manipulação da verdade processual em nome de interesses egoísticos do sucesso acusatório.

Os que, por sua vez, pregam o resultado positivo da delação, como combate a operações criminosas que dificilmente seriam desbaratadas pelo Estado, reconhecem o desvalor do instituto, mas apregoam de forma maquiavélica o fim nobre a que ele visa alcançar, às custas de o delator ser tratado como peça do maquinário da força, um instrumento que recebe seu prêmio. Por exemplo, as palavras de conformação do renomado Damásio de Jesus, a despeito dos sérios problemas éticos que sopesa ao versar sobre o tema, *in verbis*:

A polêmica em torno da *delação premiada*, em razão de seu absurdo ético, nunca deixará de existir. Se, de um lado, representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro, *parte traduz-se num incentivo legal à traição*. A nós, estudiosos e aplicadores do Direito, incumbe o dever de utilizá-la *cum grano salis* [...] não podem as autoridades encarregadas da persecução penal contentarem-se com a *delação*, sem buscar outros meios probatórios tendentes a confirmá-la³³. [grifo nosso]

A nós, porém, juristas e intérpretes de textos, cabe fugir de discursos fundamentalistas.

Deixando o humor picaresco de lado, o direito natural com proposições imutáveis é uma página virada da história, cuja lição implica o ato de se resignar e de reconhecer a circularidade do ser e dever ser, ambos condicionados culturalmente pelo espaço e tempo³⁴. As proposições jusnaturalistas só podem fixar normas genéricas, nunca a decidibilidade do

³² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

³³ JESUS, 2006, p. 53.

³⁴ ELLScheid In: KAUFMANN; HASSEMER, 2009, p. 272.



caso concreto, que está sujeita à pluralidade do real. A aporia é essência da experiência forense, cujas dobras permitem uma nova argumentação para o caso singular. Assim, nessa vivência de verdade relativa, se o Direito é instrumento da biopolítica, o seu uso deve adstringir-se ao mínimo necessário para garantir a liberdade do ser humano em outras esferas, como a política, a religiosa etc.

Não se trata de se posicionar a favor ou contra a delação premiada, mas de observar os resultados favoráveis que podem ser colhidos do seu uso. O processo penal, como espaço de violência, deve ser utilizado da maneira menor possível, porém, quando necessária a sua enunciação, respeitada a previsibilidade dos seus atos e dos mecanismos de controle, deve ter a máxima eficácia possível com vistas em consolidar os bens jurídicos penais, cuja natureza e respeito, vale dizer, visam garantir os espaços mínimos de ação em sociedade. Afastar concepções jusnaturalistas é reconhecer que o processo penal, modernamente, é só um conjunto normativo de resistência, que encontra referência na falta de solução melhor para lidar com a criminalidade. Aí que entram os discursos garantista, minimalista etc. No entanto, o garantismo não pode bloquear a atividade persecutória do Estado, a verdade processual na qualidade de certeza deve estar apoiada em instrumentos probatórios eficazes, que absorvam o núcleo consolidado de direitos fundamentais libertários.

Em outro ponto, seria desdizer toda a nossa argumentação se defendêssemos serem os direitos fundamentais libertários de semântica fácil e imutável, e de interpretação rígida no curso do processo, porque implicaria desconhecer a criatividade hermenêutica exercitada a todo momento pelas partes processuais. Todavia, o tal núcleo consolidado é encontrado na experiência histórica do direito, no que continuamente a jurisprudência, leis e doutrina conseguiram traduzir como regular; e esse núcleo consolidado³⁵ – leia-se, garantista –, não é incompatível com o instituto da delação premiada.

Ao delator não pode ser impingida a violência para que fale, se autocrimine ou vista outras afrontas ao núcleo garantista do processo, condutas que o transformariam em simples objeto, homo sacer submetido ao uso soberano da violência. Contudo, não se pode impedir que fale, que pondere como ser humano livre, e, independente do seus motivos

³⁵ BOBBIO, 2004, p. 46-61.



pessoais (egoísticos ou não), decida se deve colaborar com a reconstrução dos fatos dentro do processo. O Direito, sendo natural técnica biopolítica de dominação, numa democracia, não pode tutelar a incapacidade do ser humano em decidir, mormente quando estão em jogo valores sociais caros à coletividade. Por último, é uma meia verdade dizer que, ao defender a delação, o Estado assume a sua incapacidade de investigar, pois a administração persecutória detém o monopólio da força.

Ao lado dos discursos que desnudam a violência histórica e arrogante do Estado brasileiro³⁶ – o que não se desmente! –, o que se encontra é uma administração penal falida, um Estado débil para enfrentar o crime globalizado³⁷ e até os meios sofisticados com que se cometem os crimes patrimoniais comuns do Código Penal, art. 155 e seguintes. O processo penal clássico, desapegado das sofisticadas técnicas da criminalidade, é uma das dificuldades para garantia fundamental dos bens jurídicos penais³⁸.

Perceba que o manejo de argumentos pragmatistas – de pensar sobre as consequências do processo de forma mais ampla possível –³⁹ não implica a arbitrariedade. O processo penal está construído sobre um núcleo histórico de conquistas de direitos⁴⁰ que oferece o mínimo de previsibilidade necessária para que a lei não se torne um texto em branco, em que a vida do acusado fique à mercê da violência porque o processo e a culpa passariam a ser medidas de sua própria existência. A intuição literária de Kafka (2005, p. 39-40) estava correta, quando escreveu que o processo sem previsibilidade aspira à vida do acusado, cuja sobrevivência é a balança da culpa:

³⁶ ROCHA JÚNIOR, 2005, p. 75-91.

³⁷ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-15/gafi-afirma-brasil-nao-combater-lavagem-dinheiro?pagina=2>>. Acesso em: 26.3.2010. “O Brasil não consegue combater e punir um tipo de crime que une traficantes de drogas, corruptos e criminosos de colarinho branco — a lavagem de dinheiro. Faltam leis, disposição das autoridades para sequestrar bens comprados com dinheiro ilícito e preparo dos tribunais superiores para tratar o tema com a complexidade que ele requer. A avaliação é do principal órgão internacional que sugere e monitora políticas contra a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, o GAFI (Grupo de Ação Financeira), em relatório de 302 páginas obtido pela *Folha*.”

³⁸ MIRANDA, 2008, p. 459-503.

³⁹ POSNER, 2003, p. 59-85. Insere-se a ideia de Posner dentro da tradição do pragmatismo em que qualquer premissa, cujas consequências sejam úteis ao ser humano, merece ser crível e debatida. DEWEY, 2004, p. 59-76. Conferir também: SHOOK, 2002, p. 31-87.

⁴⁰ BOBBIO, 2004, p. 46-61.





K. voltou-se para a escada que devia levá-lo à sala de audiência, mas ficou outra vez parado, pois além dessa escada viu no pátio três outras escadarias e, fora isso, uma pequena passagem no fundo [...] Subiu finalmente a escada, brincando mentalmente com a lembrança de uma expressão do guarda Willem, segundo a qual o tribunal é atraído pela culpa, de onde, na verdade, se seguia que a sala de audiência deveria ficar na escada que K. escolhesse ao acaso.

Estudar o processo sob a perspectiva democrática das consequências dos resultados, analisando todas as teses de defesa e de acusação, dentro da abertura dogmática da lei e da atuação retórica dos intérpretes, em que restam intangíveis apenas os núcleos normativos garantistas indisponíveis de ação dos participantes, além de ser uma visão mais realista, permite que o processo seja uma verdadeira ferramenta para a pluralidade de concepções. Destarte, se a lei franqueia um instituto que visa tornar mais efetiva a garantia de proteção dos bens penais, a saída possível é utilizar a colaboração processual da forma mais eficaz, conforme as ligações legais de direitos, deveres e ônus processuais, exercidos consoante o núcleo garantista libertário do indivíduo.

Nesse caminho, o estudo dos decantados princípios da presunção de inocência e seus consequentes contraditório, ampla defesa e publicidade é indispensável, uma vez serem eles, num primeiro momento, quem demarcarão o campo de embate em que a delação premiada será demonstrada, seja do ponto de vista do delator, seja do delatado.

3 Presunção de inocência: contraditório, ampla defesa e publicidade

Verdade e consenso são dois pontos que se entrecruzam na experiência jurídica. A verdade é momento posterior e ponto operatório no ato de declarar o direito. Num primeiro instante, a verdade é olhada através dos olhos críticos do consenso do legislador; após, elaborada a regra jurídica, novamente a verdade é examinada segundo consenso que ocorre a partir das regras do processo, e só então se declara a verdade.

É o consenso, como ato de vontade de mais de um ator, que afasta o uso do polígrafo como descoberta da verdade, em apreço à dignidade humana⁴¹; e era ele, com base no mesmo pressuposto, que poderia afas-

⁴¹ COSTA, 2005, p. 93-104.





tar o uso da delação premiada, mas assim não foi. É tanto que se tem complexa legislação disciplinando o tema, e os tribunais não deixam de aplicar o referido instituto.

Eugênio Pacelli (2009, p. 42), tentando dar racionalidade à verdade processual, defende que o processo penal público não pode ser unicamente instrumento de aplicação do Direito Penal, mas deve, sobretudo, tutelar os direitos fundamentais. A sua leitura é a de que Hegel permite compreender o Direito – diga-se, o processo – como medida de racionalidade que garanta máxima eticidade, em que se destaque o papel preventivo especial da pena. Ocorre que essa legitimação se dá pela via dos direitos humanos, já que a esses cabe a tarefa de estabelecer os pressupostos de comunicação (Habermas) em que se dará a tensão entre os direitos e garantias fundamentais (R. Alexy). É nesse contexto que o processo penal é estruturado sobre uma relação dialética cuja fórmula pode ser assim expressada: direitos fundamentais (valores comunitários, e a tutela penal dos direitos fundamentais é uma das garantias) versus direitos fundamentais (liberdade individual). Diz ainda Pacelli (2009, p. 150-151 e 153-154): o princípio da presunção de inocência seria o elemento estrutural do modelo processual garantista, de sorte que, a rigor, não haveria presunção, e sim princípio da inocência em face da efetividade do processo e da jurisdição penal. No entanto, a incidência do princípio em tela dependeria, como qualquer outro princípio, da motivação ou da fundamentação do julgado, tendo em conta a ampla variedade do caso concreto e a circularidade hermenêutica entre texto abstrato e intérprete.

Dessa forma, põe-se em evidência que a semântica da norma processual penal está vinculada ao ato criativo dos atores processuais, sendo impossível, a priori, respeitadas as garantias fundamentais elementares, dizer que um instituto processual é pernicioso ao sistema. É o caso da delação premiada, cuja compatibilidade com o princípio da presunção de inocência está a depender da motivação dos atos processuais que o realizem. A hermenêutica da delação premiada e, por tabela, de qualquer ato interpretativo, portanto, experimenta uma dissolução do ser. Não se permite qualquer ontologia como fundamento, qual a visão de Habermas (1990, p. 102), a saber:

a linguagem não pode ser hipostasiada numa possível ontologia do saber; no entanto, o sistema linguístico que oferece uma interação língua e ambiente pode ser relacionado a uma ontologia.





Por outro lado, sendo princípio, sublinhe-se que a construção positivista da presunção de inocência apresenta várias particulares, que orientam o entendimento do princípio do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, e que afastam possível decisionismo.

Dessa maneira, alerte-se que, ao lado da liberdade criativa do intérprete, o caso concreto delação premiada também deve ser construído pelo entendimento histórico-dogmático do que seja presunção de inocência, fechando-se a porta, destaque-se, para o decisionismo ou a arbitrariedade.

O termo presunção, como antevisto, é resquício das opiniões dos autores da escola técnico-jurídica⁴², uma vez que não há mais se falar em presunção. O princípio da inocência prescinde de constatar-se se o acusado é, de veras, culpado. “As consequências que se retiram dele funcionam e funcionarão antes de termos a certeza se o acusado é inocente ou culpado”⁴³, porque ele pertence ao estatuto de defesa do arguido na qualidade de critério normativo de aplicação direta e imediata, vinculando todos os atos processuais. A exemplo, essa é a causa de as medidas restritivas de direitos não poderem ser proferidas tão só a título de alguém figurar como réu.

É claro que a manifestação do princípio ventilado se dá mormente na vedação de considerar o acusado como meio de prova⁴⁴, impondo o integral respeito à sua liberdade de vontade.

É essa liberdade de querer o benefício processual que concilia a colaboração com o princípio da inocência e, por derradeiro, com a proteção efetiva de bens jurídicos penais. Segundo Alexandra Vilela (2005, p. 93-4), inspirada no ordenamento do seu país, o art. 27 da Constituição Portuguesa garante a segurança pública como preceito de alicerce e como contraponto a se compatibilizar com o princípio da inocência⁴⁵.

⁴² VILELA, 2005, p. 45.

⁴³ *Idem. Ibidem*, p. 87.

⁴⁴ Ao nosso modo de ver, o presente ensaio está em sintonia com o primado da liberdade que orienta a reforma do Código de Processo Penal no Senado, em que o interrogatório será considerado apenas como meio de defesa. Disponível em : <http://congressoemfoco.ig.com.br/noticia.asp?cod_publicacao=32227&cod_canal=1>. Acesso em: 27.3.2010.

⁴⁵ A defesa dos valores comunitários e a garantia da inocência processual são pontos comuns nos ordenamentos ocidentais, tanto nacionais quanto de organismos internacionais. Constituição brasileira: art. 5º, XLI, LVII e LIX; Constituição italiana: arts. 3º e 27; Constituição norte-americana, nos princípios penais da 5ª emenda (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: editora Revista dos Tri-





Feito esse balanceamento, à luz da liberdade em harmonia com a segurança pública, somos obrigados a dizer que também não há violação ao princípio da publicidade quando o Ministério Público e o acusado celebram acordo secreto e submetem-no ao juiz, como guardião dos preceitos fundamentais do processo⁴⁶, sem prejuízo do contraditório, como dito acima.

É de repetir, a mitigação da publicidade se justifica em face do bem jurídico comunitário que se busca salvaguardar.

Dessa maneira, ao examinar a situação jurídica do delatado, no decurso do processo fica respeitado o princípio da inocência como critério normativo que prima pelo seu contraditório e ampla defesa, garantindo-lhe atuar na contenda judicial sem qualquer restrição decorrente dos crimes objeto da delação. É tão só nesse toar que se justifica a restrição de publicidade do acordo premiado.

Posto isso, é a diretriz da inocência que, em decorrência de falta de texto legal disciplinador, exige que o contraditório se faça presente, mesmo quando, por segurança dos envolvidos no acordo, a sua publicidade se restrinja ao juiz, acusação e ao delator e seu advogado⁴⁷. É o mesmo caminho conciliatório que fundamenta o magistério doutrinário, quando aduz que o fato de o delatado não ter acesso ao acordo não viola a ampla defesa e o contraditório, porquanto as declarações do colaborador deverão ser confirmadas por meio de outras provas pelas autoridades persecutórias⁴⁸. Desse modo, se, após o contraditório e a ampla defesa, se demonstrar que o réu delator tenha induzido o órgão judiciário a erro, deverá responder criminalmente por esse fato.

bunais, 2006, p. 135-142) etc. Veja também: Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (artigo XI), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, art. 5, 1, “a”, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos da ONU, de 1966, art. 14, 2, o Pacto de San José da Costa Rica artigo 8º, 2, e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 2002, art. 66, I.

⁴⁶ Em suas razões de decidir: HC 90688, STF.

⁴⁷ Em opinião que discordamos, haja vista que os interesses devem ser ponderados, Gustavo Senna defende que, para testemunhas sob sigilo, o arquivo deveria ser franqueado ao advogado do delatado, como decorrência das prerrogativas da OAB. MIRANDA, Gustavo Senna. *O Ministério Público e os mecanismos de proteção aos réus colaboradores, vítima e testemunhas ameaçadas*. Disponível em: <https://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/14_2059141595102006_artigo%200%20MINIST%C3%89RIO%20P%C3%9ABLICO%20E%20OS%20MECANISMOS%20DE%20PROTE%C3%87%C3%83O%20AOS%20R%C3%89US%20COLABORADORES.doc>. Acesso em: 28.12.2009.

⁴⁸ PASTRE, 2008, p. 69.





Por outro lado, quanto à situação jurídica do delator, justifica-se o zelo que o julgador deve ter ao individualizar a sua pena, quando serão sopesados requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do instituto⁴⁹. É a oportunidade em que a personalidade do criminoso deve se mostrar mais flexível aos valores imperantes do sistema social, quando se avaliará a reprovabilidade da sua conduta dentro do contexto de quem previamente abriu mão do estado real de inocência para colaborar com o fim do processo⁵⁰.

O último ponto a analisar, voltado à observância do princípio da inocência, será cumprido ao perscrutar o valor probatório que as declarações do acusado devem ter no contexto da condenação.

4 Delação premiada e valor probatório

De início, cumpre dizer que, quando o sigilo do acordo seja *conditio sine qua non* para o sucesso da investigação (seja preliminar, seja judicial), a delação será primeiramente técnica de descoberta da verdade processual, devendo ser cotejadas suas informações, em contraditório, com as provas colhidas posteriormente.

Por outro lado, se se necessitar da presença do delator em audiência, oportunidade em que o princípio da oralidade será pleno, aí vige forte debate sobre qual a natureza do ato processual, bem assim do seu valor probatório. São dois conceitos interligados, porque o entendimento do que seja o ato de delatar demarca o seu valor enquanto prova⁵¹.

Já se considerou que a delação premiada é contrato firmado entre as partes⁵², as a figura privada é imprópria para análise do mecanismo processual em comento, e não pode ser considerada acordo porque envolve a decisão de uma terceira parte, o juiz⁵³.

A manifestação de vontade aparece apenas na adesão aos interesses da justiça. O princípio do consenso, variante do princípio da legali-

⁴⁹ Cf. arts. 13 e 14 da Lei n. 9.807/1999.

⁵⁰ MONTE, 2001, p. 241.

⁵¹ Diferente de Sérgio Souza, que defende ser a delação apenas técnica investigatória, a despeito de poder ser objeto de contraditório em audiência. SOUZA, 2009, p. 256.

⁵² LIMA; CARVALHO, 2009, p. 127.

⁵³ MENDRONI, 2009, p. 81.





dade, permite que as partes entrem em consenso sobre a forma que o acusado irá colaborar com o querer da administração persecutória⁵⁴.

Nada obstante, tendo em conta esse elemento vontade, que visa lograr, ao menos imediatamente, vantagens pessoais, é que a credibilidade da delação é recebida com ressalvas.

A delação premiada é diferente da confissão, aquela visa à redução de pena ou até à extinção de punibilidade, porque o agente não se restringe a informar sobre sua participação, mas deve, cumulativamente, oferecer detalhes do modus operandi criminoso, indicar a participação de cada colaborador e ajudar na restituição do bem apreendido ou na recomposição do dano, ao passo que a confissão⁵⁵ é uma denúncia tão só de si mesmo.

A cumulatividade em referência, por suposto, deve respeitar as exigências do tipo penal em que incurso o réu. Muitas vezes não haverá o que restituir, como uma leitura fácil do art. 13, III, da Lei n. 9.807/1999⁵⁶ poderia transparecer. E mais, ao se cuidar de aplicar os arts. 13 e 14 da citada lei, o diploma geral só pode ser excepcionado por regras mais benéficas ao réu, encontradas em cada norma particular que também venha a disciplinar os requisitos da delação⁵⁷.

É de bom alvitre lembrar que se trata de um instituto altamente benéfico ao criminoso, devendo, dessa forma, estar sempre resguardada a efetividade do processo e dos bens jurídicos penais em vista de possíveis manipulações à guisa de motivação egoística. Torna-se lei a cautela de investigar a credibilidade das informações coligidas.

Sob outro pilar, o instituto entelado não tem disciplina legislativa que o leve à aplicação segura e previsível, portanto é papel dos operadores lhe limitar o uso para as situações rigorosamente merecidas, isto

⁵⁴ *Idem. Ibidem.*

⁵⁵ MITTERMAIER, 2008, p. 246.

⁵⁶ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

⁵⁷ Cf. nota 6.



é, nas quais a complexidade da investigação demonstre a imprescindibilidade da delação como meio para garantir a tutela penal. Logo, é salutar desvencilhar o uso da delação de rígidos tipos penais. Como exemplo desse pernicioso *link*, basta ver a divergência se a delação deveria ser aplicada para crimes de mera coautoria, quadrilha ou bando ou tão só para organizações criminosas. Não é demais lembrar que o próprio conceito de organização criminosa é discutido no Senado Federal (PL n. 150/2006)⁵⁸, beirando à impossibilidade traçar linhas normativas para identificar tal atividade⁵⁹. Nessa esteira, em vez de se vincular o uso do benefício processual a um determinado tipo, impende verificar a real necessidade de sua aplicação à espécie, consoante faculdade legal inserta na Lei n. 9.807/1999.

É, por tudo o exposto, incauta a pretensão de igualar os institutos da confissão e da delação premiada, cominando os mesmos efeitos de redução de pena⁶⁰. Trata-se de normativos sujeitos a pressupostos diversos, consequentemente também não podem ter o mesmo valor probatório.

Da mesma forma, a expressão testemunha qualificada⁶¹, *data venia*, é imprópria porque não se trata de terceiro, mas de quem participou dos fatos e, por óbvio, age de forma parcial, sem a exigência de dizer a verdade. O termo mais adequado é admitir o delator como mero informante, porque a sua oitiva nos autos está em função de assegurar o contraditório e a ampla defesa do delatado, máxime quando, no caso de o delator ser corréu, não existir a obrigação de dizer a verdade⁶².

Nessa quadra, examinando o direito comparado, o ordenamento italiano, com fulcro no Decreto-lei n. 8/1991⁶³, art. 16, estabelece que o colaborador tem o dever de prestar todas as informações sobre os fatos objeto de inquérito. No entanto, em que pese a limitação ao princípio da autoincriminação, aplica-se o art. 192.3 do Código de Processual Penal

⁵⁸ CALLEGARI; WERMUTH, 2009, p. 33-38. Para quem o conceito de organização criminosa (de onde se aplicaria a delação premiada) necessariamente deve afrontar o monopólio da violência do Estado: MELIÁ, 2008, p. 52-57.

⁵⁹ Sheila Sales chega a propor a inserção de um art. 288-A com o fim de incluir a criminalidade econômica, mas reconhece que no Brasil há falta de estudo sociológico para embasar eventual conceito de organização criminosa. SALES, 2005, p. 247-251.

⁶⁰ LIMA; CARVALHO, 2009, p. 136.

⁶¹ RESP 200900373982, STJ.

⁶² AP 470 QO3, STF.

⁶³ Modificado pela Lei n. 45/2001.



Italiano (CPPI), que é taxativo ao exigir que a prova da delação seja confirmada por outras provas⁶⁴, pois o confronto das declarações é garantia do justo processo (art. 111 da Constituição Italiana). Nos EUA, conquanto haja discussões sobre a viabilidade do instituto, o debate, de fato, trava-se ao derredor da credibilidade e valor probatório da colaboração⁶⁵, de onde vem a exigência do *corroborative evidence*, ressalvadas algumas decisões isoladas do circuito judiciário federal⁶⁶. Em Portugal, o CPP Português (CPPP) veicula interessante regra que impede o acusado de um mesmo crime ou conexo de testemunhar, salvo se expressamente o réu admitir depor como testemunha (art. 133.2, CPPP).

Naturalmente se vê em outros ordenamentos a desconfiança das informações prestadas pelo delator. A maneira mais prudente de admitir esse importante colaborador na descoberta da verdade processual é tratá-lo como informante, devendo as informações prestadas serem confirmadas por amplo conjunto probatório, o qual, repise-se, deverá ter passado pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. É a observância do princípio da inocência, sem que os réus se tornem objeto de uma política processual de violência pura.

Conclusão

Como se demonstrou no decorrer da exposição, o tema *o perfil constitucional-material da delação premiada como meio de prova* é estudado como capítulo de questões do processo penal que naturalmente aparecem sob o prisma do direito constitucional aplicado.

A interpretação das normas constitucionais devem ser feitas com o reconhecimento de que são instrumentos de poder, a vigência do direito é indissociável a um plano político biopolítico de poder que determina a vida dos seus destinatários. Por isso deve ser remédio comedido, usado apenas quando necessário e com vistas em ter máxima eficácia. O abandono do ser humano a tergiversações do manejo da violência abre espaço à figura ambivalente do homo sacer, que é humano, mas objeto coisificado da força.

⁶⁴ TONINI, 2002, p. 178.

⁶⁵ TROTT, 2007, p. 83-85.

⁶⁶ PEREIRA, 2009, p. 479.



A força jurídica se manifesta sobretudo no processo. A garantia de que ela respeitará a autonomia do indivíduo está em considerar que o estatuto de defesa do delatado terá zelado seu núcleo de direitos fundamentais libertários segundo complexo mecanismo de freios e contrapesos. A única maneira de assegurar o processo democrático é construí-lo como abertura à pluralidade de ideologias, para que se manifestem de acordo com as prescrições de direitos, deveres e ônus.

Nesse contexto, a delação premiada não coisifica o homem, uma vez que o admite como ser autônomo, inclusive para compactuar a defesa dos bens jurídicos penais. É parte dessa autonomia que não se indague por que o agente resolveu colaborar, mas, diversamente, deve-se assegurar sempre sua livre manifestação de vontade e olhar para o bem penal protegido. Lembre-se de que o discurso jurídico-processual tem como aporia fundante a abertura para diferentes visões de mundo, cuja legitimação do que seja verdade ou não se opera dentro do processo, a partir do consenso.

E, se é o consenso que admite a delação, é ele que deve orientar o seu valor probatório. Há uma natural desconfiança acerca das informações prestadas pelo delator, ainda mais quando os motivos que orientam a colaboração podem vir acompanhados de circunstâncias sintomáticas de sua hipocrisia. É por isso que o direito comparado apresenta regulações que dão valor probatório relativo às informações prestadas pelo delator; é necessário que elas sejam confirmadas por robusto lastro de provas, submetidos ao contraditório, ampla defesa e consequente publicidade. O jogo dialético do processo evita o decisionismo ou o uso da violência por simples ditame de vontade; e, para tanto, o princípio da inocência deve funcionar como principal regulador normativo das condutas processuais, sendo o contrapeso da delação premiada durante a marcha processual.

Se o direito funciona como importante técnica de decisão com a imprescindível aplicação da força – instrumento biopolítico por excelência –, é a prática forense do dia a dia que vai orientar a incidência de normas, mirando a respeitar outros espaços de vivência, como a política e a religião, evitando que as normas jurídicas, sob a roupagem do discurso jusnaturalista da salvação no Direito, sirvam de instrumento velado contra a liberdade do homem.

A delação premiada é mais um instrumento posto a servir à construção cênica do processo, empenhando-se o legislador em criar novo meca-



nismo para resguardar os bens jurídicos penais. Então cabe ao operador do direito dizer se esse veículo do biopoder será usado como instrumento de garantia da pacífica convivência ou se, tornando o homem objeto de vontade, afundará a crise e a deslegitimação do mundo jurídico em face das normas públicas de convivência.

Referências

AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer*. Il potere sovrano e la nuda vita. Torino: Giulio Einaudi, 2005.

_____. *Mezzi senza fine*. Note sulla política. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Néilson Coutinho. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALLEGARI, André Luís. *Crime organizado: Tipicidade – política criminal – investigação e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 17, n. 79, jul./ago. de 2009.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHAVES, João Freitas de Castro. *O problema do direito novo em Michel Foucault: entre a resistência e o fora*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito. UFPE. Recife, 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. *A filosofia*. Trad. de Joana Angélica D'Avila Melo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: SCH-



MIDT, Andrei Zenkner (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DEWEY, John. *Reconstruction in philosophy*. New York: Dover, 2004.

ELLSCHIED, Günter. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. (Orgs.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 74-80.

FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcelle. *Cose di cosa nostra*. Milano: Bur Saggi, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. Corrupção política e delação premiada. *Revista Síntese de direito Penal e Processual Penal*, v. 6, n. 34, nov. de 2005.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação premiada no combate ao crime organizado*. São Paulo: Lemos Cruz, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Biblioteca Tempo Universitário. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. e notas de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. [s/d].

JESUS, Damásio de. Estágio atual da “delação premiada” no direito penal brasileiro. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, v. 6, n. 36, fev./mar. de 2006.

KAFKA, Franz. *O processo*. 2. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LIMA, Camile Eltz de; CARVALHO, Salo. Delação Premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. *Revista jurídica*, v. 57, n. 385, nov. de 2009.



LIMA, Márcio Barra. *Análise teórica e crítica do Acordo de colaboração premiada no direito processual penal brasileiro*. Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

MARCÃO, Renato. Delação premiada. *Revista Jurídica Notadez*, v. 53, n. 335, set. de 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. *El injusto de los delitos de organización peligro y significado*. In: CALLEGARI, André Luís. *Crime organizado: Tipicidade – política criminal – investigação e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*. Aspectos gerais e mecanismos legais. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Gustavo Senna. Obstáculos contemporâneos ao combate às organizações criminosas. *Revista dos Tribunais*, a. 97, abr. de 2008, v. 870.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5. ed. São Paulo: Bookseller, 2008.

MONTE, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais. *Revista da Ajuris*, v. XXVI, n. 82, tomo I, jun. de 2001.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Dos pressupostos processuais penais*. Belo Horizonte: [s/l], 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASTRE, Diogo Willian Likes. O instituto da delação premiada no direito processual penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, v. 9, n. 53, dez./jan. de 2008.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista dos Tribunais*. a. 98 v. 879, jan. de 2009.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. London: Harvard University Press, 2003.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. A expansão do direito penal colhendo seus frutos: uma análise da delação premiada no



sistema jurídico brasileiro. *Cadernos da Escola de Direito e relações Internacionais da UniBrasil*. Complexo de Ensino Superior do Brasil. n 5, jan./dez. de 2005.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SHOOK, John. R. *Os pioneiros do pragmatismo americano*. Trad. de Fábio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional*. Pós-reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2009.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. de Alexandre Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. In: *Revista CEJ. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, trad. de Sérgio Fernando Moro, v. 11, n. 37, abr./jun. de 2007.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2005.



CELSO COSTA LIMA VERDE LEAL

**ASPECTOS PROCEDIMENTAIS
DA DELAÇÃO PREMIADA E A
NOVA LEI DE LAVAGEM DE
DINHEIRO**





CELSO COSTA LIMA VERDE LEAL

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito e natureza jurídica da delação premiada. 3 Origens da delação premiada. 4 Previsão na legislação brasileira. 5 Valor probatório da delação premiada no Brasil e no direito comparado. 6 Procedimento. 6.1 Momento da celebração do acordo. 6.2 Formalização do acordo. 6.3 Requisitos. 6.4 Confissão e retratação. 6.5 Aplicação da pena. 7 Contraditório. 8 Posição jurídica do delator no processo. 9 Possibilidade de sigilo do delator. Conclusão.



1 Introdução

O crescimento da criminalidade, principalmente da organizada, é um problema enfrentado por praticamente todos os países. No intuito de enfrentar o crime organizado e minimizar seus efeitos, diversas alterações legislativas foram feitas. Podemos citar a lei dos crimes hediondos, lei de tráfico de drogas, entre outras.

Instituto comum entre essas leis, a delação premiada foi introduzida no ordenamento brasileiro com a nobre missão de ser mais um meio à disposição das autoridades na incansável luta contra o crime organizado. Sua origem é discutida. Para alguns, possui precedente no plea bargaining do direito norte-americano. Para outros, sua origem é no direito italiano. Seja qual for, o instituto brasileiro possui características e regras próprias que o diferencia de seus antecessores. Seu fundamento parte da ideia de retribuição em troca de auxílio fornecido por coautor à justiça criminal. Como ensina Rodrigues Junior (2006, p. 287-310):

A institucionalização desse estímulo, em norma ou negócio jurídico, estabelece uma nova proposição jurídica além das existentes. A prestação tem seu “prêmio” em liberar o devedor. A não prestação importa a “pena” de exibir de seu patrimônio, ou, excepcionalmente, de sua liberdade ambulatoria, o ressarcimento. A conduta sobrenormal necessita de um suporte jurídico a sancioná-la, prestigiando-a sob a forma de uma vantagem.

Ocorre que, apesar da intenção do legislador em introduzir a delação premiada no Brasil, ele foi extremamente sucinto e ineficiente na regulamentação. O tema é previsto em diversas leis, mas não adequadamente, não sendo abordado sequer seu procedimento. Como consequência disso, passados mais de dez anos do surgimento, a delação premiada ainda é pouco utilizada por aqueles que lidam com a justiça penal.

Entretanto, mesmo com escassa regulamentação, a delação premiada tem-se mostrado muito eficiente no combate ao crime organizado, principalmente em crimes em que a colaboração de algum dos partícipes é imprescindível para condenação.

A ausência de regulamentação legal do procedimento para aplicação da delação premiada tem forçado os aplicadores do direito a desenvolverem na prática uma forma adequada para o instituto. Um exemplo de aplicação bem-sucedida da delação premiada foi o caso do Banestado adotado





pelo Ministério Público Federal e pela Justiça Federal em 2003. Esse modelo foi ainda utilizado no Projeto de Lei n. 209/2003 do Senado Federal.

Dessa forma, diante da ausência de regulamentação, servirá como fundamentação o procedimento empregado pelo citado projeto de lei, bem como pela atual forma de atuação do Ministério Público Federal.

2 Conceito e natureza jurídica da delação premiada

A palavra delação tem origem no latim, *delatione*, que significa “denunciar, revelar (crime ou delito); acusar como autor de crime ou delito; deixar perceber; denunciar como culpado; denunciar-se como culpado; acusar-se” (FERREIRA, 1999). Por sua vez, o termo “premiada” tem estrita conotação de retribuição, benefício.

Conceituar a delação premiada não é tarefa simplória. Nucci (2008) a trata como:

[...] a denúncia, que tem por objeto narrar às autoridades o cometimento do delito e, quando existente, os co-autores e partícipes, com ou sem resultado concreto, conforme o caso, recebendo, em troca, do Estado, um benefício qualquer, consistente em diminuição de pena ou, até mesmo, perdão judicial.

Já para Boldt (2005, p. 4), delação premiada é:

[...] a possibilidade que tem o participante ou associado de ato criminoso de ter sua pena reduzida ou até mesmo extinta, mediante a denúncia de seus comparsas às autoridades, permitindo o dismantelamento do bando ou quadrilha, ou ainda facilitando a libertação do seqüestrado, possível no caso do crime de extorsão mediante seqüestro cometido em concurso de agentes.

Jesus (2006) trata da diferença entre delação e delação premiada. Para ele:

Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). “Delação premiada” configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.).

A doutrina tem dificuldade de definir a natureza jurídica da delação premiada. Não pode ser igualada à confissão, pois vai além ao atribuir autoria a terceiro. Da mesma forma não pode ser considerada tes-





temunho, visto que é pressuposto no direito processual penal brasileiro que testemunha é pessoa estranha ao feito, o que difere da situação de delator. Outra diferença é que o delator não se sujeita ao compromisso de dizer a verdade como as testemunhas.

É evidente que a delação consiste em meio de prova, pois permite que o magistrado fixe seu entendimento sobre a causa. Desse modo, não resta opção a não ser considerar a delação nova espécie de prova, distinta daquelas previstas na lei processual penal.

A doutrina ainda faz distinção entre duas espécies de delação premiada de acordo com o momento em que ocorrem. Assim, a delação preventiva seria aquela que ocorre durante a investigação e possibilita a não ocorrência de outros crimes. Já a repressiva teria o condão meramente de contribuir para condenação dos coautores, sem impedir o cometimento de outros crimes.

Dessa forma, delação premiada seria o acordo celebrado pelas partes da ação penal, Ministério Público (ou outra autoridade, desde que o MP concorde) e defesa do delator, autorizado pelo juiz da causa, que tem por objetivo a concessão de benefícios ao delator, a redução da pena ou o perdão judicial, em troca de colaboração com a justiça penal por meio de testemunho e/ou fornecimento de provas visando evitar a ocorrência de crime(s) e/ou a condenação dos demais coautores.

3 Origens da delação premiada

Quando se pensa na origem da delação premiada, a primeira ideia que surge é *plea bargaining* do direito americano. Entretanto, apesar do que inicialmente possa parecer, a delação premiada brasileira não possui muita similitude com o esse instituto. O Ministério Público americano possui a faculdade de celebrar acordo com o acusado e sua defesa, cabendo ao juiz apenas a homologação, sendo possível, ainda, que o Ministério Público negocie a pena do acusado, excluída somente a possibilidade de absolvição.

A celebração de acordo ou a propositura da ação penal é uma discricionariedade do Ministério Público americano que envolve questão de política criminal e reais chances de condenação. Situação diferente é a do Ministério Público brasileiro, em que há obrigatoriedade de propositura da ação penal, mesmo nos casos de delação premiada. Sobre o tema, Capez (2003, p. 477):





No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social.

A delação premiada como prevista na legislação brasileira possui mais similitude com a do direito italiano, que é, atualmente, disciplinada pelos arts. 289-bis e 630 do Código Penal italiano, bem como pelas Leis n. 304/1982, 34/1987 e 82/1991 (BITENCOURT, 2008, p. 124).

A origem da delação premiada na Itália tem íntima relação com o crime organizado, em especial com a máfia siciliana, que tanto transtorno causou às autoridades desse país. Tratando do tema, Silva (2003, p. 79) afirma:

No direito italiano, as origens históricas do fenômeno dos “colaboradores da Justiça” é de difícil identificação; porém sua adoção foi incentivada nos anos 70 para o combate dos atos de terrorismo, sobretudo a extorsão mediante seqüestro, culminando por atingir seu estágio atual de prestígio nos anos 80, quando se mostrou extremamente eficaz nos processos instaurados para a apuração da criminalidade mafiosa. O denominado pentitismo do tipo mafioso permitiu às autoridades uma visão concreta sobre a capacidade operativa das Máfias, determinando a ampliação de sua previsão legislativa e a criação de uma estrutura administrativa para sua gestão operativa e logística (Setor de Colaboradores da Justiça) [...]¹.

A utilização da delação na Itália sem dúvida foi um dos fatores que contribuíram para a prisão de diversos chefes da máfia. Caso que ficou famoso aqui, por envolver brasileiros, foi o do mafioso Tommaso Buscetta. Casado com uma brasileira e pai de dois filhos brasileiros, Buscetta auxiliou o Juiz Giovanni Falcone do pool de magistrados antimáfia com informações relevantes que resultaram na prisão de 475 membros da máfia italiana, na operação que ficou conhecida como *operazione mani pulliti* (operação mãos limpas).

Para Grinover (1995, p. 15), ao tratar da matéria no direito italiano, a delação premiada seria o regime jurídico do arrependido que, antes da sentença condenatória, contribui para dissolução da organização criminosa de que antes fazia parte, por meio de informações sobre

¹ Citado por Silva com base em D’Amico (1995, p. 11-16).





sua estrutura e organização, impedindo a execução de crimes para os quais se formou.

Apesar da grande notoriedade do instituto na Itália, outras legislações também adotam procedimentos semelhantes à delação premiada, tais como o delinquente arrependido (*delincuente arrependido*) do direito espanhol, previsto nos arts. 376 e 579, n. 3, do Código Penal espanhol, ou Kronzeugenregelung alemã. Neste, é possível, ainda, que o juiz deixe de aplicar a pena, desde que entenda que o colaborador/réu tenha colaborado voluntariamente e de forma eficaz para impedir a perpetuação da prática do crime.

Da Europa para a América Latina, a Colômbia certamente é o país com maior experiência no uso de colaboradores/delatores no combate ao crime organizado, consequência do narcotráfico. Nesse país, existe instituto semelhante à delação, pois não é imprescindível a confissão do réu para que possa receber os benefícios legais, sendo suficiente que colabore com a justiça penal.

4 Previsão na legislação brasileira

Institutos similares à delação premiada no Brasil remontam aos primeiros anos de nossa história. Antes mesmo da entrada em vigor do Código Criminal de 1830, ainda sob as Ordenações Filipinas, havia previsão de verdadeiro prêmio para o cidadão que delatasse o autor de crime.

Em momentos pontuais da história brasileira, espécies de delações premiadas foram previstas. Caso emblemático é o do Coronel Joaquim Silvério dos Reis, que recebeu da Fazenda Real a anistia de suas dívidas em troca de ter delatado seus companheiros durante a Inconfidência Mineira (REIS, 1979, p. 52). Durante a Ditadura Militar, instituto similar foi usado para descobrir supostos criminosos que não concordavam com o regime militar (GUIDI, 2006, p. 111).

A introdução da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro decorre, inclusive, de acordos internacionais celebrados pelo Brasil. Esses tratados relacionados à criminalidade possuem comandos impositivos que, em certa medida, influenciaram o legislador nacional. Como exemplo, cita-se a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional Organizada, introduzida em nosso ordenamento pelo Decreto n. 5.015/2004:



Artigo 20º

Técnicas especiais de investigação

1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições previstas no seu direito interno, adoptará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas controladas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância electrónica ou outras formas de vigilância e as acções encobertas, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

2. Para efeitos de investigação sobre as infracções previstas na presente Convenção, os Estados Partes são encorajados a celebrar, se necessário, acordos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.

3. Na ausência dos acordos referidos no n. 2 do presente artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados.

4. O recurso às entregas controladas, a nível internacional pode, com autorização dos Estados Partes envolvidos, incluir métodos, tais como, a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtracção ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

No mesmo sentido, outros acordos e tratados internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Recomendação n. 27 do GAFI9, Convenção de Palermo e Convenção de Mérida.

Entretanto, desconsiderando os institutos similares anteriormente citados, a delação premiada como conhecemos teve seu surgimento no ordenamento brasileiro com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990, art. 8º, parágrafo único). Posteriormente, outras leis trataram a matéria: Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/1995, art. 6º); Código Penal (art. 159, § 4º – Extorsão mediante sequestro); Lei de Lavagem



de Capitais (Lei n. 9.613/1998, arts. 1º e 5º); Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/1999, arts. 13 e 14); Lei Antitóxicos (Lei n. 11.343/2006, art. 41).

5 Valor probatório da delação premiada no Brasil e no direito comparado

Definir o valor do testemunho do delator, que bem ou mal é um traidor, é uma questão problemática também no Brasil. Nucci (2008) aborda essa dificuldade quando trata o tema.

Para compreensão do assunto, faz-se necessário, inicialmente, abordar a experiência anglo-saxã, pois, no sistema americano e no inglês, a colaboração de réus com a administração da Justiça é um dos pilares que dão sustentabilidade ao sistema. Nesses sistemas, como em qualquer um que adota a colaboração de réus, deve-se levar à discussão o valor do testemunho do corréu para a credibilidade e o valor probatório da acusação. Entretanto, como os julgamentos são feitos por jurados que não possuem necessariamente formação jurídica, a valoração do testemunho de colaboradores seguiu uma discussão diferente nos países que não adotam o tribunal do júri de forma tão ampla.

Predomina no sistema inglês o entendimento de que a valoração do testemunho do delator deve ser feita pelos próprios jurados no momento do julgamento e não pelo juiz togado. Consequência prática disso é que, em tese, é possível a condenação de alguém baseada unicamente no testemunho do delator, ainda que ausentes outros elementos de prova a corroborá-lo.

Considerando que os jurados não precisam ter formação jurídica, foi feita, como forma de minimizar esse entendimento, uma advertência a eles referente ao risco de condenação de alguém com base exclusivamente no testemunho do colaborador. Tamanha importância dada a essa advertência pelo Judiciário inglês que foi entendida como requisito de validade do julgamento, sendo nulo o julgamento feito por jurados não advertidos. Posteriormente, a obrigatoriedade da advertência foi abolida pela “Criminal Justice and Public Order Act”, que entendeu ser uma discricionariedade do juiz togado fazer ou não a advertência.

Nos Estados Unidos, a problemática da advertência ou não dos jurados tomou rumo contrário do que ocorreu na Inglaterra. Inicialmen-





te, prevaleceu o entendimento de que não competia ao juiz togado fazer qualquer advertência aos jurados quanto à valoração da prova. Posteriormente, já na década de 1950, vários Estados, usando de suas amplas competências legislativas, criaram leis que tornavam obrigatória a advertência a ser feita pelo juiz quanto ao risco de condenação fundada exclusivamente em colaboração de corrêu. Ressalta-se que essas leis não se fazem presentes em todos os estados, onde permanece a questão, assim como na Justiça Federal americana, na qual igualmente não há lei federal sobre a matéria. Em âmbito federal, não são comuns decisões acatando a tese de condenação fundada exclusivamente na colaboração, ainda que não existam outros elementos de prova.

Desconsiderando os sistemas americano e inglês, as realidades espanhola e italiana se aproximam mais da brasileira. Na Espanha, a lei não atribui o valor probatório a que deve ser dado ao testemunho dos corrêus por meio da delação premiada, nem mesmo na jurisprudência é possível buscar essa solução. Isso se deve ao fato de a legislação trazer duras exigências para aplicação da delação. Inicialmente, é necessário que haja por parte do delator, antes da prisão ou atuação policial, o abandono da atividade criminosa e a colaboração voluntária por parte do agente. Soma-se a isso a não obrigatoriedade da concessão de benefícios ao colaborador.

Apesar disso, as poucas decisões sobre o tema foram no sentido de exigir outras evidências externas que contribuam com as declarações do corrêu. Ademais, as declarações devem ser submetidas ao contraditório. Conclui-se que as declarações de delatores na Espanha são válidas no processo, entretanto não são suficientes para fundamentar uma condenação.

A análise do valor probatório das declarações do delator na Itália deve ser feita em dois momentos para melhor compreensão. No primeiro momento, quando ainda estava em vigor o Código de Processo Penal italiano de 1930, existiam duas posições sobre o valor probatório de delações feitas por réus. A primeira entendia que consistia apenas em *notitia criminis*, não possuindo qualquer valor de prova no processo. Em contrapartida, existiam posições extremadas que consideravam-na prova plena suficiente para condenação. O auge desta posição ocorreu no período de combate ao crime organizado, a máfia, na Itália.

Mesmo nessa época prevaleceu uma posição intermediária que considerava o valor probatório da delação, mas exigia que a condena-





ção também estivesse fundada em outras provas além das declarações do coimputado. Esse posicionamento da jurisprudência italiana, em especial da Corte de Cassação italiana, serviu de referência para como a matéria viria a ser tratada pelo novo Código de Processo Penal italiano de 1988. Atualmente, existe disposição legal – § 3º do art. 192 do citado Código – que exige que declarações do corréu sejam analisadas em consonância com as demais provas dos autos, de forma que sustente a credibilidade das declarações.

Eis o teor da legislação italiana:

192 Valutazione della prova

1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione (125-3, 606-1 lett. e) dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.
2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti (2729 c.c.).
3. *Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità (210).*
4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371 comma 2 lett. b).

De acordo com a legislação italiana, os termos da delação não são suficientes para eventual condenação. Para tal, devem estar acompanhados de outros elementos que confirmem as declarações prestadas.

Para análise da valoração probatória na delação premiada no Brasil, inicialmente devemos considerar o princípio da livre convicção motivada que impera em nosso ordenamento. Nesse sistema, a lei não estabelece valor às provas nem hierarquia entre elas. Cabe ao julgador, no caso concreto, atribuir o valor correspondente a cada prova obtida no processo, valorando-a de acordo com sua consciência, mas de forma fundamentada para permitir às partes concluir como o magistrado chegou àquele entendimento, possibilitando assim o contraditório.

Sobre o tema, são valiosas as palavras de Rangel (2005, p. 465):

O sistema da livre convicção não estabelece valor entre as provas, pois nenhuma prova tem mais valor do que a outra nem é estabelecida uma hierarquia entre elas... a confissão do acusado



deixa de constituir prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Porém, o juiz está obrigado a motivar sua decisão diante dos meios de prova constantes nos autos. Não há possibilidade de o juiz decidir de acordo com provas que não constam nos autos do processo, pois as partes tem o direito subjetivo constitucional de conhecer as razões de decidir do magistrado para, se assim entenderem, exercer o direito de duplo grau de jurisdição.

Dessa forma, a regra do ordenamento nacional é que qualquer prova poderia ser suficiente para condenação desde que assim entendesse e fundamentasse o magistrado. Concluir-se-ia que até mesmo a delação premiada desprovida de qualquer outra prova poderia ser suficiente para condenação, mas a solução não é tão simples assim.

Sobre essa questão, assim como ocorreu na Itália até o advento do novo Código de Processo Penal de 1988, existem duas posições quanto ao valor probatório da delação. Há os que entendem que a delação possui forma incriminatória, ou seja, a delação seria suficiente para condenação. Essa é a posição de Atalvilla, citado por Aranha (2006), para quem:

A acusação do co-réu não deve ser uma simples afirmação, antes precisa ser enquadrada numa narração completa. Efetivamente, não basta dizer que alguém tomou parte do crime, mas é necessário descrever a modalidade dessa participação, pois o pormenor pode revelar a veracidade ou a falsidade do que se narra.

Em contrapartida, a outra posição renega tal força à delação, somente admitindo a condenação caso haja outras provas em consonância com a delação. Aderindo a essa corrente, Mittermayer (1996):

O depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades. Tem-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado, ou porque esperam obter tratamento menos gravoso, comprometendo pessoas em altas posições.

Assim, diante da ausência de disposição legal sobre o tema, coube à jurisprudência a definição da questão. Em face da fragilidade de uma condenação baseada exclusivamente na prova fornecida por coautor de



crime, prevaleceu, assim como na Itália, a posição que não aceita como fundamento exclusivo a delação.

Essa foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

PROVA – DELAÇÃO – VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas.[203] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. *Habeas Corpus*. HC n. 7.526. Paciente: Noriel José de Freitas. Impetrante: Manoel Cunha Lacerda. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 12 de agosto de 1997. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiro>>.

É correta a posição da Suprema Corte. No Brasil, assim como em grande parte dos ordenamentos, existe uma presunção de inocência, garantia máxima do cidadão perante a justiça penal, estabelecendo o dever das autoridades de persecução penal de provar a culpa do acusado. Se uma mera declaração em juízo de pessoa extremamente parcial na causa, visto corréu, desprovida de qualquer outro elemento de convicção fosse suficiente para reverter a presunção de inocência, tornar-se-ia inócua a garantia constitucional.

6 Procedimento

Apesar de tratada atualmente por seis leis, nenhuma delas regulamenta o procedimento a ser adotado para utilização da delação premiada. Atualmente, o que se tem de mais próximo de uma regulamentação, ainda que escassa, é o previsto no Projeto de Lei do Senado Federal n. 209, de 2003, que dá nova redação aos dispositivos da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Embora já aprovado pelo plenário do Senado, ainda necessita de aprovação na Câmara dos Deputados.

Esse projeto, no que se refere ao procedimento da delação premiada, teve por parâmetro a forma que vem sendo adotada pelo Ministério Público Federal e pelas Varas Federais Especializadas em Lavagem de Dinheiro desde 2003 com o caso do Banestado.



Eis a regulamentação proposta pelo Projeto de Lei:

Art. 1º [...]

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semi-aberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, co-autores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, não se lavrará termo nos autos da negociação autorizada pelo juiz e referendada pelo Ministério Público, devendo constar de termo separado e mantido sob sigilo.

§ 7º O acordo de que tratam os §§ 5º e 6º deste artigo, se cumprido, obrigará a sentença aos seus termos.

Desse modo, o procedimento tratado adiante levará em conta a mais bem-sucedida forma de utilização da delação premiada no Brasil, como adotado pelo Ministério Público Federal e pelas Varas Federais Especializadas em Lavagem de Dinheiro, o Projeto de Lei n. 209 do Senado Federal, considerando posições da doutrina e jurisprudência especializadas.

6.1 Momento da celebração do acordo

Como não poderia deixar de ser, não há limite temporal para celebração de acordo de delação premiada, que pode ser feita durante as investigações, a tramitação do processo judicial, após a prolação da sentença e, até mesmo, do trânsito em julgado.

O mais comum, certamente, é que ocorra durante as investigações, momento em que a ajuda do delator será extremamente importante para identificação dos demais coautores. Assim, a formalização da delação pode-se dar durante a tramitação de um inquérito policial, ou mesmo no decorrer de outras formas de investigações, como, por exemplo, aquelas presididas por membros do Ministério Público.

Igualmente é possível que a delação somente seja formalizada durante a instrução penal. Ressalta-se que, mesmo que seja feita anteriormente ao início do processo, há a necessidade de que seja confirmada



em juízo. Isso se deve ao fato de que o réu, para ter direito ao benefício da delação, não se pode retratar, seja em sua confissão ou em relação às delações feitas contra os coautores.

Por fim, é plenamente cabível a delação premiada após a sentença ou mesmo após o trânsito da sentença em relação ao delator. Em regra, a delação deve ser aplicada na prolação da sentença. Esse seria o momento ideal e lógico, mas é perfeitamente possível que a colaboração do réu ainda não tenha ocorrido nesse momento ou mesmo não tenha surtido efeito. Surge a dúvida da possibilidade de sua aplicação em momento posterior, como durante o julgamento de recurso ou ainda após o trânsito em julgado.

Por questões lógicas, é preferível que o processo do delator seja julgado posteriormente ao dos delatados, até mesmo para evitar retratação por parte do delator após obter os benefícios legais, mas isso nem sempre será possível. Há, também, a possibilidade do réu somente resolver colaborar quando se deparar com sua condenação. Seja em que caso for, mesmo que já tenha ocorrido o trânsito em julgado, o réu poderá ser beneficiado pela delação premiada. Isso decorre do fato de que, no processo penal, uma das hipóteses de rescisão da coisa julgada consiste na descoberta de prova nova que autorize a absolvição ou diminuição da pena do réu.

Nesses termos, Jesus (2005, p. 3):

A análise dos dispositivos referentes à “delação premiada” indica, em uma primeira análise, que o benefício somente poderia ser aplicado até a fase da sentença. Não se pode excluir, todavia, a possibilidade de concessão do prêmio após o trânsito em julgado, mediante revisão criminal. Uma das hipóteses de rescisão de coisa julgada no crime é a descoberta de nova prova de “inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena” (art. 621, III, do CPP). Parece-nos sustentável, portanto, que uma colaboração posterior ao trânsito em julgado seja beneficiada com os prêmios relativos à “delação premiada”.

6.2 Formalização do acordo

A Constituição Federal atribuiu a titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público. Sendo a delação premiada um acordo que em certa medida atenua a aplicação da lei penal, por consequência



lógica, assim como ocorre na proposta de transação penal, somente o Ministério Público teria legitimidade para propor o acordo da delação. Entretanto, a prática tem mostrado outra realidade. O próprio projeto de alteração da lei de lavagem de dinheiro, em que há o melhor regramento da matéria, leva a crer na possibilidade de outros órgãos proporem acordo.

Pelo projeto, outras autoridades encarregadas de investigação criminal em princípio poderiam fazer a proposta de acordo de delação premiada. Entre essas autoridades, estão delegados de Polícia e comissões parlamentares de inquérito.

Afora o debate sobre a constitucionalidade de propostas feitas por outros órgãos, passaremos a analisar o procedimento para formalização da delação premiada.

Sendo a proposta feita pelo titular da ação penal e aceita pelo delator, caberá ao juiz homologá-la. A legislação atual não trata de que modo o acordo seria formalizado. Para garantir, até mesmo, os interesses do réu, na prática, assim como no projeto de lei, o acordo deve ser reduzido a termo, não constando qualquer referência a ele nos autos principais, seja ainda inquérito policial ou qualquer outra forma de procedimento investigativo ou até no processo judicial. A negociação será consignada em termo separado e mantida em sigilo.

Entretanto, antes disso, o acordo, diferentemente do que ocorre nos países do “*common law*”, deverá ser homologado pelo juiz natural da causa. Com a homologação, o delatado terá a garantia de que se cumprir sua parte no acordo terá direito aos benefícios da lei previamente ajustados no momento da prolação da sentença.

Nos demais casos, quando a proposta não partir do próprio Ministério Público, ainda que se possa questionar a legitimidade de outros órgãos, o MP deverá manifestar sua concordância, sob pena de prejudicar o acordo. Não seria razoável a celebração de um acordo sem que uma das partes, no caso o Ministério Público – autor da ação –, participasse do ato. Se assim não ocorresse, o acordo não teria eficácia.

Ressalta-se que a lei brasileira, ao contrário da legislação espanhola, não exige prévia desvinculação do delator da atividade criminosa. Logo, nada impede que o autor de um crime, ao ser preso ou tomar conhecimento de investigação contra si, resolva colaborar com a Justiça, mesmo que seu objetivo seja exclusivamente se beneficiar.



Nesses casos, como o delegado de Polícia ou demais autoridades com poder de investigação, incluindo as comissões parlamentares de inquérito, não podem dar qualquer garantia ao delator de que receberá os benefícios da lei, por um questão de tutela dos interesses do delator, evitando um acordo que, posteriormente, não concorde o Ministério Público ou o juízo da causa, é recomendável que, mesmo em fase investigativa, o acordo seja previamente submetido a essas autoridades.

6.3 Requisitos

Antes de abordar os requisitos legais propriamente ditos, devemos analisar a questão da necessidade da delação. É evidente que a delação premiada possui caráter excepcional. Não é objetivo da lei incentivar a traição pura e simplesmente. A fundamentação da delação tem como finalidade a efetividade do processo penal e não beneficiar criminoso que por qualquer motivo resolveu colaborar com a Justiça.

Havendo nos autos outros meios de provas que sejam suficientes para condenação, não se deve recorrer à delação, pois, se assim proceder, celebrando um acordo quando o Ministério Público já possui provas para condenação, a delação consistirá meramente em um benefício ao corrêu, o que não deve ser admitido.

Como requisito adicional não expresso na lei, para ter validade, o delator deve ter participado do mesmo crime que os delatados. A delação somente surtirá efeitos jurídicos se se referirem aos mesmos fatos. Não é possível que o delator receba as benesses da lei com relação a um crime delatando os autores de outro crime. Pode-se considerar uma falha da lei, pois em certos casos um criminoso pode não ter como delatar outros criminosos em relação ao crime que está sendo processado, ainda que seja capaz de colaborar com outras investigações, por mais importantes que sejam.

Essa posição é bastante discutível, tendo em vista que não há vedação legal expressa nesse sentido, não sendo uma interpretação isenta de críticas diante do texto legal. Além disso, seria de grande valia para a investigação criminal, possibilitando a desarticulação de vários grupos organizados. Entretanto, existem decisões nesse sentido, tal como a decisão abaixo do Superior Tribunal de Justiça:





PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 180, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. LEI N. 9.807/1999. *DELAÇÃO PREMIADA*. INOCORRÊNCIA. Para que o réu seja beneficiado com o instituto da *delação premiada* é necessário que tenha participado do mesmo delito que os demais co-autores ou partícipes delatados, nos termos da Lei n. 9.807/1999. *Writ* denegado. *STJ*. HC n. 200802733141. HC – *HABEAS CORPUS* – 123380. 20.4.2009.

Pela mesma lógica acima tratada, para que o delator tenha direito aos benefícios legais, sua colaboração tem que ser efetiva. Somente quando sua atuação foi realmente importante para a investigação/instrução processual, poderá ser beneficiado. A doutrina é unânime nesse sentido, assim como a jurisprudência, com diversas decisões como a seguinte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006.

DELAÇÃO PREMIADA. LEI N. 9.807/1999. INFORMAÇÕES NÃO EFETIVAS. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. É orientação desta Corte de Justiça que para ser concedido o benefício da delação premiada, faz-se necessária a efetiva colaboração, isto é, que as informações e declarações prestadas pelo paciente sejam relevantes e que venham a contribuir de fato com as investigações, seja na identificação dos demais co-réus e partícipes, bem como na localização da vítima ou na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Com relação aos requisitos explícitos na lei, no caso da lei de lavagem de dinheiro, é exigido que os esclarecimentos conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Como se percebe pelo termo “ou”, as hipóteses são alternativas. Evidentemente que a ocorrência ou não de ambas as hipóteses em determinado caso tem reflexos na aplicação da pena, podendo até ocasionar um perdão judicial.





6.4 Confissão e retratação

Há, ainda, como requisito, que o réu efetivamente confesse sua participação no crime objeto da delação. Não é possível que ele negue o crime ou atribua a autoria a outra pessoa. Eventualmente, se condenado, recebe os benefícios. Esse requisito parece lógico, mas não está presente em algumas legislações, como, por exemplo, na colombiana. Para Inellas (2000, p. 93, *apud* GUIDI, 2006, p. 98):

Só se pode falar em delação quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria, atribuindo-a a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhum. Dessarte, o elemento subjetivo essencial na delação, para sua credibilidade como prova, é a confissão do delator.

Além disso, para que seja beneficiado, a delação deve ser confirmada em juízo. Caso o delator por qualquer motivo retrate seu depoimento, ou seja, passe a negar os termos da delação, não poderá ser beneficiado, assim como ocorre em relação à atenuante de confissão.

É esta a posição do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. *DELAÇÃO PREMIADA*. ART. 6º DA LEI N. 9.034/1995. NÃO-OCORRÊNCIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. SÚMULA N. 283/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO. 1. A Lei n. 9.034/1995, que dispôs sobre os meios de prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, prevê, em seu art. 6º, a redução da pena de 1/3 a 2/3 para os que, espontaneamente, colaborarem no esclarecimento de infrações penais e sua autoria. 2. A revelação do indiciado deverá ser espontânea, ou seja, de livre vontade, sem a instigação ou coação de terceiros e eficaz, ou seja, deve produzir efeitos práticos quanto aos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou na localização do produto, substância ou droga ilícita. 3. O recorrente, nas razões do especial, não logrou impugnar os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, especialmente no que se refere à retratação por ele feito em Juízo, incidindo, à espécie, o óbice contido no verbete sumular 283/STF. 4. Recurso especial



não-conhecido. STJ. REsp n. 200400118156. REsp – Recurso Especial – 628048. 13.4.2009.

6.5 Aplicação da pena

Não sendo o caso de perdão judicial, quando o réu não está sujeito à pena, a delação premiada atua como causa de diminuição da pena. A incidência acontece na terceira fase de aplicação da pena. Conforme discutido anteriormente, para ocorrer a delação premiada, é necessário que o réu confesse antes a prática do crime, assim ele ainda tem direito à atenuante de confissão na segunda fase da aplicação da pena.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. APLICAÇÃO DA PENA. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. ELEMENTOS NEGATIVOS DA PERSONALIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CONFISSÃO. *DELAÇÃO PREMIADA* DO ART. 14 DA LEI N. 9.807/1999. APLICAÇÃO CONJUNTA NA FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. 1. “Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo” (HC n. 100.848/MS, rel. Min. Jane Silva, Desembargadora convocada do TJMG, Sexta Turma, *DJ*12.5.2008). 2. Não há impossibilitar a aplicação da atenuante da confissão na 2ª fase de individualização da pena, bem como da *delação premiada* na 3ª fase, por se revestir, no caso do art. 14 da Lei 9.807/99, de causa de diminuição de pena. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido a fim de redimensionar a pena privativa de liberdade para 1 ano de reclusão. *STJ*. REsp 200702598693. REsp – Recurso Especial – 1002913. 19.10.2009.

Estando presentes os requisitos da delação premiada, sua aplicação em benefício do delator é obrigatória, devendo receber o perdão judicial ou a diminuição da pena, a depender do caso:

CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DOSIMETRIA. *DELAÇÃO* CIRCUNSTÂNCIAS APONTADAS PELO IMPETRANTE QUE NÃO ATENUAM A PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. IMPROPRIIDADE. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO ESTABELECIDO PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU. ALTERAÇÃO PARA REGIME



INTEGRALMENTE FECHADO PELO TRIBUNAL *A QUO*. *REFORMATIO IN PEJUS*. IMPOSSIBILIDADE. *DELAÇÃO PREMIADA*. INFORMAÇÕES EFICAZES. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. Os argumentos referentes à pretendida redução da pena imposta ao paciente, pelo fato de que a vítima não seria menor de 18 anos na data do crime, tampouco teria permanecido mais de 24 horas no cativeiro, são insubsistentes, pois, além de tais aspectos não caracterizarem circunstâncias atenuantes, ao paciente foi estabelecida a reprimenda no mínimo legal. A apontada insuficiência de provas para a condenação do paciente não pode ser analisada na via eleita, tendo em vista a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Hipótese em que a sentença monocrática estabeleceu o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta ao paciente, pela prática do crime de extorsão mediante sequestro. Não obstante a imposição legal de que as condenações por delito hediondo devem ser cumpridas em regime integral fechado, é defeso, ao Tribunal de 2º grau de jurisdição, na hipótese de recurso exclusivamente da defesa, agravar a situação processual do réu. A alteração para o regime integralmente fechado enseja a inconcebível *reformatio in pejus*. Precedente. A “*delação premiada*” prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus*, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos. Deve ser reformado o acórdão impugnado, para restabelecer a sentença monocrática, que fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta ao paciente, bem como na parte relativa à dosimetria da reprimenda e, neste ponto, também merece reforma a decisão monocrática condenatória, a fim de que outra dosagem seja proferida, observando-se a incidência da *delação premiada* em relação ao paciente. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. HC n. 200400614357. HC n. 35.198. STJ 3.11.2004.

Entretanto, ressalta-se que as benesses não se comunicam entre réus. A delação premiada é circunstância, e não elementar, logo incommunicável, não havendo espaço para extensão em caso de concurso de agentes. Somente aquele que efetivamente contribuir com a justiça penal será merecedor dos benefícios legais:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 14 DA LEI N. 9807/99. INAPLICABILI-





DADE. A minorante da denominada delação premiada, por ser circunstância, e não elementar, é incommunicável e incabível a sua aplicação automática, por extensão, no caso de concurso de pessoas. Recurso provido. REsp 200200257334 REsp n. 418.341. STJ 26.5.2003.

Como já esclarecido, é perfeitamente possível que a delação ocorra após a sentença condenatória ou o trânsito em julgado. Em qualquer das hipóteses, o réu fará jus aos benefícios da delação premiada. Ocorrendo a delação durante a tramitação de recurso, deverá o respectivo tribunal conceder os benefícios de ofício ou por provocação da defesa ou da acusação.

Idêntico tratamento será reservado ao delator após o trânsito em julgado de sua sentença, não sendo prejudicado pelo simples fato de sua colaboração ter ocorrido posteriormente.

7 Contraditório

Não há dúvida de que a prova produzida pela delação deva ser submetida ao contraditório, resta saber em que momento e de que forma. Dificilmente a delação surgirá somente após a propositura da denúncia. Até mesmo para que a delação venha a ser efetiva, ajudando concretamente na apuração da materialidade e da autoria do crime, o auxílio prestado pelo delator premiado deve-se dar ainda durante as investigações. Ainda que forneça informações relativas aos demais autores ou contribua para uma prisão em flagrante, é provável que a colaboração seja em momento anterior à propositura da ação penal.

Dessa forma, questiona-se o momento em que devem ser apresentadas, não só as declarações, mas também as informações prestadas pelo delator e quando devem ser submetidas ao contraditório. É evidente que eventual contraditório antes das conclusões das investigações seria inadequado, justamente por comprometê-las. Sabe-se que o inquérito policial, assim como qualquer investigação preliminar, como as investigações presididas por membros do Ministério Público, não se submete ao contraditório. Na fase anterior à instrução criminal é indispensável que as informações fornecidas pelo delator se mantenham em sigilo.

Assim, durante a tramitação das investigações, os termos poderão ser acordados entre as partes, prosseguindo as investigações. Ao final,





proposta a ação penal, toda a colaboração fornecida pelo delator deve ser aberta à defesa para que, nesse momento, submeta-a ao contraditório.

Nesse sentido já se manifestou a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. PEDIDOS DE ACESSO A AUTOS DE INVESTIGAÇÃO PREAMBULAR EM QUE FORAM ESTABELECIDOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA. INDEFERIMENTO. SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES. QUESTÃO ULTRAPASSADA. AJUIZAMENTO DE AÇÕES PENAIS. ALGUNS FEITOS JÁ SENTENCIADOS COM CONDENAÇÃO, PENDENTES DE JULGAMENTO APELAÇÕES. FALTA DE INTERESSE. MATERIAL QUE INTERESSAVA À DEFESA JUNTADO AOS AUTOS DAS RESPECTIVAS AÇÕES PENAIS. FASE JUDICIAL. MOMENTO PRÓPRIO PARA O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Se havia algum interesse dos advogados do réu no inteiro teor das declarações prestadas pelos delatores na fase preambular meramente investigatória, ele não mais subsiste neste momento processual, em que já foram instauradas ações penais – algumas delas até sentenciadas e com apelações em tramitação na correspondente Corte Regional – porque tudo que dizia respeito ao Paciente, e serviu para subsidiar as acusações promovidas pelo Ministério Público, foi oportuna e devidamente juntado aos respectivos autos. E, independentemente do que fora declarado na fase inquisitória, é durante a instrução criminal, na fase judicial, que os elementos de prova são submetidos ao contraditório e à ampla defesa, respeitado o devido processo legal. 2. Além disso, conforme entendimento assente nesta Corte, “O material coligido no procedimento inquisitório constitui-se em peça meramente informativa, razão pela qual eventuais irregularidades nessa fase não tem o condão de macular a futura ação penal” (HC n. 43.908/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ 3.4.2006). 3. Ordem denegada. STJ. HC n. 200601044769 HC n. 59.115. 12.2.2007.

Ainda como forma de efetivar o contraditório, havendo menção à conduta de corrêu no depoimento do delator, deve a defesa do réu citado formular perguntas ao delator com base no art. 188 do Código de Processo Penal. Não resta dúvida de que procedendo dessa forma os princípios do contraditório e da ampla defesa estarão atendidos.

O sigilo da delação, como mencionado anteriormente, possui dupla vertente. Busca preservar a dignidade do delatado diante da possibilidade de os fatos trazidos não serem verdadeiros e preservar a integridade do delator, pois é comum a vingança contra traidores no mundo do crime. Considera, ainda, a preservação da própria investigação.





Destaca-se que o acordo possui caráter estritamente sigiloso. Quanto à impossibilidade de seu conhecimento, ou seja, o sigilo do conteúdo do acordo de colaboração por parte do defensor do delatado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é um instrumento sigiloso e não pode ser acessado pelo acusado no curso do processo, mesmo sob a alegação de formar sua defesa, conforme se transcreve:

HABEAS CORPUS. PEDIDOS DE ACESSO A AUTOS DE INVESTIGAÇÃO PREAMBULAR EM QUE FORAM ESTABELECIDOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA. INDEFERIMENTO. SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES.

QUESTÃO ULTRAPASSADA. AJUIZAMENTO DE AÇÕES PENAIAS. ALGUNS FEITOS JÁ SENTENCIADOS COM CONDENAÇÃO, PENDENTES DE JULGAMENTO. APELAÇÕES. FALTA DE INTERESSE. MATERIAL QUE INTERESSAVA À DEFESA JUNTADO AOS AUTOS DAS RESPECTIVAS AÇÕES PENAIAS. FASE JUDICIAL. MOMENTO PRÓPRIO PARA O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Se havia algum interesse dos advogados do réu no inteiro teor das declarações prestadas pelos delatores na fase preambular meramente investigatória, ele não mais subsiste neste momento processual, em que já foram instauradas ações penais – algumas delas até sentenciadas e com apelações em tramitação na correspondente Corte Regional – porque tudo que dizia respeito ao Paciente, e serviu para subsidiar as acusações promovidas pelo Ministério Público, foi oportuna e devidamente juntado aos respectivos autos. E, independentemente do que fora declarado na fase inquisitória, é durante a instrução criminal, na fase judicial, que os elementos de prova são submetidos ao contraditório e à ampla defesa, respeitado o devido processo legal.

2. Além disso, conforme entendimento assente nesta Corte, “O material coligido no procedimento inquisitório constitui-se em peça meramente informativa, razão pela qual eventuais irregularidades nessa fase não tem o condão de macular a futura ação penal” (HC n. 43.908/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 3.4.2006).

3. Ordem denegada.[224] [224] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. *Habeas Corpus*. HC n. 59.115-PR (2006/0104476-9). Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e Outros. Impetrado: Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pacien-





te: Roberto Bertholdo. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006.

8 Posição jurídica do delator no processo

A posição jurídica do delator no processo penal causa certa estranheza. Ao passar a colaborar com a justiça penal, o delator perderia sua condição de réu, transmutando-se em testemunha com todas as repercussões decorrentes, como, por exemplo, a perda do direito de permanecer calado? No processo penal brasileiro, há uma grande diferença prática em ser testemunha e ser réu. Ao contrário do direito americano, os réus, aqui, se abrirem mão do direito de permanecer calado, não são obrigados a dizer a verdade.

Inicialmente, destaca-se que o simples fato de o réu se tornar delator não o transmuta em testemunha. As consequências disso são muitas, em especial por não ser obrigado a dizer a verdade. Ressalta-se que essa não obrigação é relevante para se defender, apesar de no caso dos delatores ser menos importante, pois necessitam antes confessar o crime. Apesar de não ser obrigado a dizer a verdade, eventual atribuição de crime a terceiro pode configurar crime de denunciação caluniosa.

Ademais, questiona-se se podem deixar de responder perguntas. De acordo com os mesmos fundamentos acima, podem. Mais uma vez, alerta-se para o fato de serem réus confessos. Caso se retratem em sua confissão, perderão os benefícios da delação. Com relação às perguntas que lhes forem formuladas relativas ao teor da delação, aos delatores é permitido se recusar a responder às perguntas da defesa, caso assim proceda, a delação continuará sendo válida, mas o valor probatório do depoimento do delator deve ser valorado pelo juiz. Dessa forma, mantém o delator seu direito constitucional de não produzir provas contra si. Evidentemente que isso se refere a outros crimes, não se aplicando ao crime delatado, pois ao fazer a delação o delator renunciou ao direito de não produzir prova contra si.

Conclui-se, desse modo, que o delator, apesar de possuir uma posição diferenciada, mantém sua condição de réu no processo, com as respectivas garantias. O simples fato de delatar os demais autores não o torna pura e simplesmente em testemunha, não sendo obrigado a testemunhar ou mesmo dizer a verdade.





9 Possibilidade de sigilo do delator

Decorrente de sua condição de traidor, o delator encontra-se em situação crítica, sendo comum que seus antigos aliados busquem vingança. Não resta dúvida de que o Estado possui o dever de proteger seus cidadãos. Diante dessa situação, em muitas ocasiões, é necessário que a identidade do delator seja preservada e até mesmo negada aos demais réus.

A partir disso, surge a dúvida quanto à possibilidade de que a testemunha não seja qualificada ou identificada no momento do depoimento e se isso não inviabilizaria a defesa dos réus, ferindo o contraditório e a ampla defesa.

A Lei n. 9.807/1999 estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. O seu art. 7º prevê várias medidas que podem ser usadas para proteção de vítimas e colaboradores. Entre elas está a preservação da identidade:

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

[...]

IV – preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

[...]

Somente esse artigo já seria suficiente para fundamentar a não identificação da testemunha/colaborador no momento do interrogatório, mas além dele o art. 15 possibilita que sejam adotadas outras medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. É evidente que a não identificação não pode ser plena, o que seria impedido até mesmo pelos advogados de defesa, que, para exercício de suas funções, necessitam ter conhecimento da identificação das testemunhas, não podendo lhes ser negado. Nada impede que a qualificação do colaborador seja feita em autos apartados





com vistas restritas aos advogados, membros do Ministério Público e juiz da causa, sem que haja qualquer nulidade.

Dessa forma decidiu o Supremo Tribunal Federal.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. SIGILO NA QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA. PROGRAMA DE PROTEÇÃO À TESTEMUNHA. ACESSO RESTRITO À INFORMAÇÃO. CRIMINALIDADE VIOLENTA. ALEGAÇÕES NÃO APRESENTADAS NO STJ. ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA. 1. A tese de nulidade do ato do interrogatório do paciente devido ao sigilo das informações acerca da qualificação de uma das testemunhas arroladas na denúncia não deve ser acolhida. 2. No caso concreto, há indicações claras de que houve a preservação do sigilo quanto à identidade de uma das testemunhas devido ao temor de represálias, sendo que sua qualificação foi anotada fora dos autos com acesso restrito aos juízes de direito, promotores de justiça e advogados constituídos e nomeados. Fatos imputados ao paciente foram de formação de quadrilha armada, da prática de dois latrocínios e de porte ilegal de armas. 3. Legitimidade da providência adotada pelo magistrado com base nas medidas de proteção à testemunha (Lei n. 9.807/1999). Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de co-autores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada. 4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado. (HC n. 90.321, em branco, STF)

Pelo exposto, conclui-se que, se necessário para segurança do colaborador, é possível que conste somente em autos apartados a identificação de testemunha, desde que não seja negada à defesa acesso a esses autos apartados. Se essa medida não for suficiente para proteção do colaborador, será o caso de aplicar outra prevista na Lei de Proteção às Testemunhas.

Conclusão

Com base neste estudo, percebe-se que a delação premiada (ou institutos semelhantes) já vem sendo utilizada há muito tempo no combate ao crime organizado. Mesmo o Brasil possui o histórico de uso de



retribuições a criminosos que prestem auxílio à justiça penal. A delação premiada como hoje é conhecida existe há duas décadas no ordenamento brasileiro.

A despeito disso, o Brasil, ao contrário de outros países, ainda não possui uma cultura sedimentada de utilização de réus colaboradores. Vinte anos se passaram e os aplicadores do direito continuam tendo dificuldade na utilização do instituto que, como visto, pode ser de grande ajuda no combate ao crime organizado. Isso se deve, entre outros motivos, às lacunas legislativas.

Até o momento não existe qualquer regulamentação legal do procedimento a ser adotado. Experiências bem sucedidas em muito contribuíram, mas uma lei adequada sobre o tema faz falta, até mesmo como forma de uniformização do procedimento adotado.

Ao que tudo indica, o Projeto de Lei n. 201 do Senado Federal será aprovado e com ele a sonhada regulamentação da matéria. O crime organizado está em constante modernização e, a cada momento, novas formas de crimes são implementadas. A Justiça e os órgãos de persecução penal têm igualmente que se modernizarem e desenvolverem novas formas de combate ao crime.

Não há como admitir que ainda hoje a delação premiada não seja usada de forma corriqueira, pois é sabido, e a experiência de vários países mostra isso, que muitos crimes são praticamente impossíveis de serem investigados sem auxílio de delatores. A colaboração de criminosos é importante e necessária, sendo a delação premiada o meio à disposição da sociedade.

Referências

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOLDT, Raphael. Delação premiada: o dilema ético. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7196>>. Acesso em: 25 fev. 2010.



CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – Parte geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

D'AMICO, Silvio. *Il collaboratore della giustizia*. Roma: Laurus Robuffo, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, J. de C. (Coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil) – a modernização da lei penal*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação premiada no combate ao crime organizado*. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

JESUS, Damásio de. Delação Premiada. *Revista Justitex*, Brasília, ano IV, n. 50, p. 26-27, fev. 2006.

_____. Estágio atual da “delação premiada” no direito penal brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7551>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de Hebert Wüntzel Heinrich. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

REIS, Eduardo Almeida. *De Colombo a Kubitschek: histórias do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Considerações sobre a coação como elemento accidental da estrutura da norma jurídica: a idéia de pena e sanção premial*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, ano 51, n. 190, jul./dez. 2006, p. 287-310.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.







FERNANDO ZELADA

**A IMPORTÂNCIA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DIANTE DA EXTREMA
PROVISORIEDADE DA
PRISÃO EM FLAGRANTE**





FERNANDO ZELADA

Sumário: 1 Introdução. 2 O instituto da homologação da prisão em flagrante. 3 Presunção de inocência e prisões cautelares: a instrumentalidade como premissa fundamental para a coexistência. 4 A prisão em flagrante. 4.1 Missões da prisão em flagrante. 4.2 Caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. 5 Sistema acusatório e o Ministério Público como parte “imparcial”. 6 Conclusão.





1 Introdução

O objetivo deste trabalho é demonstrar a importância do Ministério Público brasileiro no controle da estrita legalidade das prisões cautelares, ou seja, daquelas decretadas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Para tanto, parte-se da análise da modalidade de prisão provisória denominada prisão em flagrante, buscando demonstrar seu caráter pré-cautelar e tendo em vista o ordenamento jurídico vigente, notadamente os arts. 5º, LIV, LVII, LXI, LXII, LXV e LXVI, e 310, *caput* e parágrafo único, do CPP.

A importância do tema decorre do fato de que há no ambiente jurídico procedimento institucionalizado denominado de homologação da prisão em flagrante, o qual consiste no envio dos autos da prisão em flagrante realizada para a autoridade judicial, com posterior vista ao membro do Ministério Público.

O problema emerge porque tais autoridades analisam, na maior parte das vezes, apenas a legalidade do ato, sem que se analise, também, a legitimidade da manutenção do preso, uma vez que, nesse momento, ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado, de modo que a única maneira de justificar a manutenção de alguém preso provisoriamente é a justificação/motivação acerca da necessidade e instrumentalidade da medida, sob pena de violação da presunção de inocência e do devido processo legal.

Contudo, o que comumente se dá no dia a dia forense é apenas a verificação, por parte das autoridades envolvidas (juiz e membro do Ministério Público), acerca da legalidade do ato prisional, não havendo nenhuma análise a respeito da legitimidade/necessidade da manutenção da prisão efetivada como prisão preventiva ou de sua conversão em liberdade provisória (que também consiste numa medida cautelar, com restrição de direitos de quem ainda não teve contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado), como se fosse possível a manutenção de alguém preso sem que houvesse sentença judicial condenatória transitada em julgado, somente pelo fato do flagrante e não por razões excepcionais que justifiquem a restrição da liberdade.

Diante dessa situação fática, e não jurídica, conforme se verá adiante, analisa-se a importância do Ministério Público no controle desse ato,



sobretudo por dois aspectos: o primeiro, tendo em vista o sistema processual de caráter acusatório consagrado pelo Constituinte de 1988, o qual, por atribuir ao Ministério Público titularidade quase absoluta na ação penal, impede o Judiciário de decretar, de ofício, a prisão preventiva na fase pré-processual.

Por essa razão, na fase do flagrante, por ainda não existir processo, somente o Ministério Público possuiria legitimidade constitucional para o requerimento da prisão preventiva, caso houvesse necessidade, e jamais o juiz, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade.

O segundo aspecto decorre da posição *sui generis* que o Ministério Público ostenta diante do ordenamento jurídico vigente, sendo, ao mesmo tempo, defensor da ordem jurídica – verdadeiro guardião dos direitos fundamentais –, e titular da ação penal – órgão legitimado para a acusação –, nos termos dos arts. 127, *caput*, 129, I, da Constituição Federal brasileira e art. 257, I e II, do Código de Processo Penal.

Essa configuração constitucional, conforme procuraremos demonstrar, exige que o membro do Ministério Público, assim que receber os autos da prisão em flagrante, não se limite a simples manifestação de ciência da prisão legalmente realizada pelo flagrante, mas que, sendo o caso, manifeste-se fundamentadamente pela conversão do flagrante em preventiva ou, caso contrário, manifeste-se pela concessão de liberdade provisória para o preso, não aguardando que a defesa o faça, até porque, para aqueles que não possuem defesa adequada (grande maioria da população brasileira), esse pedido nunca chegará.

Para chegar a essa conclusão, analisa-se o princípio constitucional da presunção de inocência, os sistemas processuais inquisitivo e acusatório, o embate doutrinário acerca do caráter cautelar ou pré-cautelar da prisão em flagrante, a legislação infraconstitucional vigente, notadamente o parágrafo único do art. 310 do CPP, o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal – Projeto de Lei n. 4.208/2001 e a Resolução Conjunta (CNJ e CNMP) n. 01/2009, que determina a implementação de mecanismos, por parte das unidades do Poder Judiciário e do Ministério Público, de revisão periódica das prisões provisórias.

Enfim, é nesse contexto de intensos debates que nos propomos a trabalhar as principais questões envolvendo situação tão relevante – a quase generalizada ausência de manifestação específica, fundamentada e consistente por parte das autoridades judiciárias e ministeriais quando da notícia de prisão em flagrante de qualquer indivíduo –, seja por inter-



ferir de forma direta num dos valores constitucionais mais importantes, a liberdade, seja por afetar apenas as camadas mais necessitadas da sociedade, que não possuem condições de arcar com uma defesa adequada, afrontando dessa maneira outro valor constitucional não menos importante, a igualdade.

2 O instituto da homologação da prisão em flagrante

Com efeito, o instituto da homologação da prisão em flagrante consiste em criação jurisprudencial com base em dois preceitos constitucionais. O primeiro, insculpido no art. 5º, LXII, da Constituição Federal, determina que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontrem serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

Trata-se, como visto, de comando constitucional que determina a comunicação imediata ao juízo criminal da prisão em flagrante de qualquer pessoa. O segundo preceito constitucional, que também possui natureza jurídica de direito fundamental, elencado no art. 5º, LXV, da Constituição Federal, estabelece que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Ambos os dispositivos constitucionais consistem em verdadeiras cláusulas pétreas e são os responsáveis diretos pela criação do instituto da homologação da prisão em flagrante. Na prática, o referido instituto exige que a prisão em flagrante de qualquer cidadão, que até então ostenta natureza meramente administrativa, seja imediatamente comunicada ao juízo competente, para ciência e homologação do ato.

Não sendo o caso de relaxamento por questão de legalidade do ato, este é homologado pelo juízo competente e, ato contínuo, enviado ao representante do Ministério Público para que se manifeste sobre a prisão em flagrante realizada.

Trata-se, sem dúvida, de medida extremamente salutar para o direito brasileiro, na medida em que obriga as autoridades policiais a informarem ao Poder Judiciário, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa, consistindo em verdadeira conquista histórica da civilização.

A necessidade dessa comunicação decorre do fato de a prisão em flagrante poder ser realizada tanto por autoridade policial quanto por



qualquer pessoa, sem que exista, para tanto, a necessidade de autorização judicial.

De fato, o art. 5º, LXI, da CF estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Dessa forma, a necessidade de comunicação imediata de qualquer prisão em flagrante realizada para a autoridade judiciária competente funciona como autêntica medida de controle de eventuais atos abusivos praticados.

Daí a importância do procedimento de comunicação imediata de qualquer prisão em flagrante realizada ao juízo competente, com posterior vista dos autos ao membro do Ministério Público, para impedir a eventual prática de atos abusivos que possam violar um dos direitos fundamentais mais caros da humanidade, a liberdade de locomoção.

Esse é o salutar instituto da homologação da prisão em flagrante. No entanto, coloca-se a seguinte questão: diante do atual ordenamento jurídico, poderiam os operadores do direito, notadamente juízes e membros do Ministério Público, restringir sua atuação à mera verificação/análise acerca da legalidade do ato? Ou deveriam ir além, ou seja, verificando, no caso concreto, a efetiva legitimidade/necessidade da manutenção do preso em flagrante?

Ressalte-se que essa legitimidade/necessidade da manutenção do preso em flagrante decorre necessariamente de acordo com o ordenamento atual (parágrafo único do art. 310 do CPP), da existência concreta dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Não sendo esse o caso, ou seja, de existência dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, advém a necessidade da imediata conversão do flagrante realizado em liberdade provisória, que também consiste em medida cautelar de cunho pessoal, restringindo direitos de quem ainda não foi definitivamente condenado.

É sobre isso que falaremos adiante, pois, como já adiantado, em algumas ocasiões, o que se percebe é que os membros do Ministério Público restringem sua manifestação apenas à ciência da homologação do auto de flagrante realizado, quando o correto seria que houvesse manifestação fundamentada e consistente acerca da necessidade da manutenção da prisão realizada, se presentes os pressupostos e requisitos da



preventiva, ou, caso contrário, pela imediata conversão do flagrante em liberdade provisória.

Isso porque a mera manifestação de ciência da homologação do auto de flagrante realizado não está conforme a legislação vigente, não sendo possível a sua perpetuação no cotidiano forense, sob pena de violação de diversos direitos fundamentais, sobretudo a presunção de inocência, tão duramente conquistada.

3 Presunção de inocência e prisões cautelares: a instrumentalidade como premissa fundamental para a coexistência

A Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já previa, no seu art. 9º, que “todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário empregado para efetuar-la deve ser severamente reprimido”¹.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, prescreve, no inciso LVII do art. 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com efeito, o princípio constitucional da presunção de inocência, verdadeiro princípio reitor do processo penal, impõe ao Poder Público duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, no sentido de que o réu, em nenhum momento da persecução penal, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra, de fundo probatório, que estabelece que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

Conforme bem observou o Professor Aury Lopes Júnior (2009, p. 53):

O postulado constitucional da presunção de inocência consiste num princípio de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse

¹ “Article 9. Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par loi”.



é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.

Alguns doutrinadores vão mais longe, preferindo denominar o princípio insculpido no art. 5º da Constituição Federal de estado de inocência (OLIVEIRA, 2009), tendo em vista que o mencionado dispositivo constitucional não presume, mas afirma, que toda pessoa que não tenha contra si sentença penal transitada em julgado seja considerada inocente, consagrando um verdadeiro estado de inocência, até que haja sentença penal condenatória transitada em julgado.

Em tema de medidas cautelares pessoais, notadamente a prisão cautelar, o postulado da presunção de inocência encontra efetiva aplicabilidade, pois, conforme leciona o sempre claro Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 43):

toda a privação de liberdade antes do trânsito deve ostentar natureza cautelar, com imposição de ordem judicial devidamente fundamentada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não presunção) proíbe a antecipação de resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.

De fato, as medidas cautelares de natureza processual penal, em especial as de cunho pessoal, tais como as prisões cautelares e a liberdade provisória, buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar.

Assim entende a melhor doutrina², à qual nos filiamos, no sentido do caráter instrumental das medidas cautelares, na medida em que consistem em atos que tendem a garantir a melhor desenvoltura do curso processual e a eficaz aplicação da lei penal.

Ainda segundo o Professor Aury Lopes Júnior (2009, p. 55-56):

os requisitos necessários para a decretação de qualquer medida cautelar, ao contrário do que comumente repetido, não podem

² No Brasil, Aury Lopes Júnior, Eugênio Pacelli de Oliveira, Paulo Rangel, entre outros. Na Espanha, Sara Aragoneses, Prieto-Castro, Herce Quemada, Fairen Guillen, entre outros. Na Itália, Carnelutti, Calamandrei.



ser compreendidos sob ótica do processo civil, ou seja, não há que se falar, em processo penal, em institutos consagrados no processo civil, tais como o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Segue o renomado professor, defendendo que:

no processo penal, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do “*fumus comissi delicti*”, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito, e que o fundamento para a decretação da medida cautelar não seria o *periculum in mora*, mas sim o “*periculum libertatis*”, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

Assim, a única forma de coexistência entre o postulado constitucional da presunção de inocência e as medidas cautelares, sobretudo as prisões, é a exata compreensão de que estas somente podem ser decretadas por ordem judicial, devidamente fundamentada, e, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 467), que essa fundamentação seja construída em bases cautelares, isto é, que a prisão seja decretada como forma de acautelamento dos interesses da jurisdição penal.

Partindo dessas premissas, quais sejam, a) da necessidade de ordem judicial, devidamente fundamentada em b) bases instrumentais, para a decretação de qualquer espécie de privação de liberdade em momento anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é que tentaremos demonstrar o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante, uma vez que, no flagrante, não há ordem judicial devidamente fundamentada em bases cautelares, não servindo, portanto, somente pelo fato do flagrante, de fundamento válido para manutenção de alguém preso.

4 A prisão em flagrante

A doutrina brasileira costuma classificar a prisão em flagrante, prevista nos arts. 301 e seguintes do CPP, como autêntica medida cautelar. Isso porque, em praticamente todos os manuais de processo penal, sobretudo os clássicos, seriam cinco as espécies de prisões cautelares (antes da reforma do processo penal introduzida pelas Leis n. 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008) existentes no ordenamento jurídico brasileiro: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.



Como já adiantado, foram extintas do ordenamento jurídico vigente as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, em virtude da reforma do processo penal introduzida pelas Leis n. 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008, embora grande parte da doutrina moderna já as considerasse inconstitucionais, justamente pelo fato de não ostentarem natureza instrumental.

De fato, a razão para a existência dessas prisões (decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível) no ordenamento processual penal brasileiro, originariamente datado de 1941, teria sido a influência da legislação processual penal italiana, produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, de bases notoriamente autoritárias.

Dessa forma, todo o sistema processual penal elaborado antes da CF de 1988 partia de um juízo de antecipação (ou presunção) de culpabilidade. Segundo o Professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 465):

em tema de prisão e liberdade provisória, torna-se, pois, absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria, para o fim de seu realinhamento com o sistema de garantias individuais previsto na Constituição Republicana de 1988.

Feita essa breve introdução, passemos à análise da prisão em flagrante.

Com efeito, flagrante vem do latim *flagrans*, *flagrantis*, do verbo *flagrare*, que significa queimar, ardente, que está em chamas, brilhando, incandescente.

No sentido jurídico, como bem ensina Paulo Rangel (2009, p. 739):

é o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência. A prisão em flagrante dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada.

É justamente essa situação que gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor.

Por isso que Paulo Rangel (2009, p. 740), acertadamente, entende que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de “uma medida cautelar de autodefesa social”, o que, nas devidas proporções, a identifica, ontologicamente, com o instituto da legítima defesa, previsto no art. 25 do Código Penal.



Como o Estado não pode estar em todos os lugares, ao mesmo tempo, o legislador criou uma possibilidade de reação imediata, sem que para tanto se necessite de prévia intervenção judicial.

No entanto, tal como na legítima defesa, na qual o excesso pode ser punido como se ato criminoso fosse, a prisão em flagrante, uma vez cumprida sua missão, não pode subsistir sem prazo certo para acabar, sob pena de se tornar ato abusivo e ilegal por parte do Estado.

Isso porque, conforme se pretende demonstrar, a prisão em flagrante não possui natureza jurídica de autêntica prisão cautelar, mas sim de medida pré-cautelar, justamente porque não ostenta caráter instrumental. Ora, não possuindo fundamentação em bases instrumentais, a manutenção de alguém preso, apenas e tão somente pelo fato do flagrante, contraria frontalmente os postulados constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

De fato, a única forma de sustentar o caráter cautelar da prisão em flagrante seria a defesa da tese de que, uma vez preso em flagrante, poder-se-ia partir, pela força probante do flagrante, de uma antecipação (ou presunção) de culpabilidade, sendo esta a razão jurídica para manter a pessoa presa até o término do processo, o que, como visto, não se coaduna com o texto constitucional.

Realmente, entendendo-se dessa forma, além de considerar o parágrafo único do art. 310 do CPP como letra morta, estaríamos diante de uma autêntica subversão hermenêutica, uma vez que as normas infra-constitucionais (arts. 301 e seguintes do CPP) prevaleceriam diante da Constituição da República, notadamente em relação ao art. 5º, LIV e LVII.

Note-se que esse raciocínio não desmerece de forma alguma a prisão em flagrante, medida de extrema relevância, pois de autodefesa social, mas é preciso que se compreenda a exata função desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de, desvirtuando-o, retrocedermos ao famigerado Estado Policial.

4.1 Missões da prisão em flagrante

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 484):

como intuitivo, a primeira e mais relevante função que se atribui à prisão em flagrante é a de procurar evitar, quanto possível, que



a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos. Pretende-se, com a prisão em flagrante, impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (art. 302, I), ou de seu exaurimento, nas demais situações, isto é, quando a infração acabou de ser praticada (art. 302, II), ou, logo após a sua prática, tenha se seguido a perseguição (art. 302, III), ou o encontro presumido do autor (art. 302, IV) [...] de outro lado, já mais conectada aos interesses da persecução penal, a prisão em flagrante revela-se extremamente útil e proveitosa no que se refere à qualidade e idoneidade da prova colhida imediatamente após a prática do delito.

Portanto, a prisão em flagrante possui duas funções, quais sejam, a) interromper a prática delitiva, em que se enquadra como mecanismo de autodefesa social e b) auxiliar na preservação das provas, em que auxilia eventual persecução penal que se inicia.

Feito isso, esgota-se sua missão, sendo inconstitucional e ilegal a sua manutenção – pelo simples fato do flagrante – caso não seja convertida em outra espécie de prisão, em virtude de não possuir força jurídica suficiente para manter alguém preso até o término do processo. Isso porque, repita-se, no flagrante, não há ordem judicial devidamente fundamentada em bases instrumentais, de modo que a manutenção de alguém preso, somente pelo fato do flagrante e após cumpridas as suas missões, fere frontalmente os postulados constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Por essa razão, defendemos o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante.

4.2 O caráter pré-cautelar da prisão em flagrante

Inicialmente, cumpre informar que o tema não é pacífico, encontrando-se na doutrina duas correntes bem definidas. Por um lado, há aqueles que entendem a prisão em flagrante como típica medida de natureza cautelar, no sentido de que o simples fato do flagrante já geraria a possibilidade de manutenção do preso durante todo o processo, sem que fosse necessária a sua conversão em preventiva.

Entretanto, por outro lado, há aqueles, entre os quais nos incluímos, que entendem, em razão do ordenamento jurídico vigente, que a prisão em flagrante não seria autêntica medida cautelar, possuindo na



realidade natureza jurídica de medida pré-cautelares, e de extrema provisóriedade (duração de 24 horas), conforme tentaremos demonstrar.

Trata-se, de acordo com essa corrente de pensamento, de medida pré-cautelares na medida em que, necessariamente, é prévia a uma de duas autênticas medidas cautelares, quais sejam, a prisão preventiva ou a liberdade provisória.

Realmente, do fato do flagrante legal implica, obrigatoriamente, a conversão em prisão preventiva ou a conversão em liberdade provisória, ou seja, do fato do flagrante nasceria a medida cautelar denominada prisão preventiva ou a medida cautelar denominada liberdade provisória.

Não há uma terceira possibilidade, de modo que, do flagrante, não cabe simples ciência da homologação por parte do membro do Ministério Público. É preciso manifestação fundamentada e consistente, ou para a conversão em preventiva, ou para a concessão de liberdade provisória.

Do lado daqueles que defendem a autonomia do flagrante, podemos citar, entre outros, Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 587), para quem a prisão em flagrante:

é medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. [...] Tem, inicialmente, caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerada legal. [...] Quanto ao *periculum in mora* (perigo na demora), típico das medidas cautelares, é ele presumido quando se tratar de infração penal em pleno desenvolvimento, pois ferida está sendo a ordem pública e as leis. Entretanto, cabe ao juiz, após a consolidação do auto de prisão em flagrante, decidir, efetivamente, se o *periculum* existe, permitindo, ou não, que o indiciado fique em liberdade.

Também o eminente Marcellus Polastri Lima (2009, p. 200) perfilha da tese da autonomia da prisão em flagrante, ao defender claramente que:

entre nós, após ratificada pela autoridade judicial, é forma autônoma de prisão cautelar, conforme se depreende do texto constitucional e do Código de Processo Penal. O que ocorre é que se trata de medida excepcional, pela qual é autorizada a captura, a lavratura do auto de flagrante e a detenção, sem prévia ordem judicial, por estar evidentemente presente o *fumus comissi delicti*.



Contudo, como já adiantado, entendemos que o flagrante é medida pré-cautelares, ou seja, esgotadas as suas funções, deve haver a necessária conversão em liberdade provisória ou em prisão preventiva.

Nesse sentido, o Professor Aury Lopes Júnior (2009, p. 70) defende que:

precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelares da prisão em flagrante.

Note-se que a tese acerca do caráter pré-cautelares da prisão em flagrante, conquanto haja oposição por parte de renomada doutrina, encontra amparo na legislação processual penal vigente, desde 1977, nos termos do art. 310 e parágrafo único do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Dessa forma, a legislação é clara no sentido de que o flagrante é medida provisória, precária, e que, esgotadas as suas funções, ou se torna prisão preventiva, ou liberdade provisória. Não se trata, portanto, de tese acadêmica, mas sim de pura opção legislativa, mas que, em regra, não é respeitada no dia a dia forense.

Nesse sentido, acertada a decisão do TJRS no HC n. 70016357089, da 7ª Câmara Criminal, de relatoria do Desembargador Nereu Giacomoli, julgado em 31.8.2006³, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. POSSE E DISPARO DE ARMA DE FOGO. FLAGRANTE. MEDIDA PRÉ CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. O paciente foi preso em flagrante por posse de arma de fogo e por ter efetuado disparo em via pública. O auto de prisão flagrante foi homologado, não havendo notícia do decreto de prisão preventiva.

³ Extraído da obra de Lopes Júnior (2009, p. 73).



2. O flagrante justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. Contudo, não basta por si só. Trata-se de medida pré-cautelara, devido a sua precariedade (único caso previsto constitucionalmente em que a prisão pode ser realizada por particular ou autoridade policial sem mandado judicial), devendo ser submetida ao crivo do julgador que a homologará ou não. Não está dirigida a garantir o resultado final do processo ou a presença do sujeito passivo. Destarte, é preciso que o magistrado, após requerimento formulado pela acusação, se manifeste acerca da necessidade ou não da prisão cautelar, nos termos do art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal, não sendo possível a conversão automática do flagrante em preventiva.
3. Além disso, o auto de prisão em flagrante não foi devidamente fundamentado, estando em desacordo com o artigo 93, inc. IX, da Constituição Federal.
4. Delito praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. Paciente com condições pessoais favoráveis à manutenção da liberdade concedida liminarmente.

LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA. [Grifo nosso]

Portanto, ninguém pode permanecer preso apenas em decorrência da prisão em flagrante, pois esse não é um título judicial suficiente. A restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar as 24 horas (prazo máximo para que o auto de prisão em flagrante seja enviado ao juiz), nos termos do art. 306 do CPP.

Sabe-se, no entanto, da necessidade de informações acerca do preso – folha de antecedentes, residência, trabalho etc. – para que o membro do Ministério Público possa manifestar-se adequadamente pela conversão do flagrante em preventiva ou pela concessão de liberdade provisória. Em um mundo ideal, essas informações deveriam ser colhidas em 24 horas.

Ocorre que nem sempre isso acontece, de modo que o prazo de 24 horas, por questões práticas e não jurídicas, eventualmente pode ser superado, o que não implica a manutenção do preso sob custódia indefinidamente, como se o fato do flagrante bastasse para tanto.

Também o Supremo Tribunal Federal entende dessa maneira, o que se verifica diante de recente decisão de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello (HC n. 98.862/SP, 2ª Turma, julgado em 23.6.2009⁴):

⁴ Decisão extraída do *site* <www.stf.jus.br>.



*HABEAS CORPUS – PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DA LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO POR TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO SUPERIOR – PRECEDENTES – INSUBSISTÊNCIA, DE QUALQUER FORMA, DE FUNDAMENTAÇÃO BASEADA EM MERA SUPosição DE QUE O PACIENTE, EM LIBERDADE, PODERIA INTERFERIR NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DE PRONÚNCIA – INOCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE – PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. *A prisão cautelar, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. – A questão da decretabilidade ou manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. A prisão cautelar não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. *A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTI-***



TUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. *A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS. A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira.* Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. *AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE. Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar.* O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. - Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. *No sistema jurídico brasileiro, não se admite, por evidente incompatibilidade com o texto da Constituição, presunção de culpa em sede processual penal.* Inexiste, em conseqüência, no modelo que consagra o processo penal democrático, a possibilidade jurídico-constitucional de culpa por mera suspeita ou por simples presunção. *Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a na-*



tureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. INADMISSIBILIDADE DO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES, DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. *A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores.* Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas *a posteriori*. INOCORRÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE DO WRIT EM FACE DA SUPERVENIÊNCIA DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. A superveniência da decisão de pronúncia faz instaurar, ordinariamente, situação de prejudicialidade da ação de *habeas corpus*, exceto se se mostrarem destituídos de idoneidade jurídica os fundamentos – nela reiterados pelo magistrado pronunciante – em que se apoiou, em momento anterior, a decisão que decretou a prisão cautelar do paciente ou que lhe negou a concessão de liberdade provisória” [grifo nosso].

Infere-se do julgado, ainda que não de forma direta, que a manutenção de alguém preso pelo simples fato do flagrante revela-se incompatível com o ordenamento constitucional vigente, na medida em que representaria medida decorrente de uma presunção de culpa, pelo fato do flagrante, o que é incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Importante ressaltar, ainda, que a prisão em flagrante, por si só, já gera efeitos nocivos ao cidadão preso, em razão de que, ainda que posto em liberdade, após as 24 horas (com as ressalvas já feitas), por não ser o caso de decretação de prisão preventiva, essa liberdade não seria plena, mas sim provisória, consistindo em autêntica medida cautelar pessoal, podendo ser revogada a qualquer tempo, sendo então decretada a prisão preventiva.

Assim, o flagrante por si só, sem dúvida alguma, já gera um prejuízo evidente ao patrimônio jurídico do preso, pois este ficará sujeito a inúmeras restrições, sendo a maior delas a possibilidade de reversão



da liberdade provisória em prisão preventiva, caso haja descumprimento das condições impostas.

De fato, como bem observou o Professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 511), “também a liberdade provisória implica restrição de direitos, e, mais que isso, a restrição de quem ainda não foi definitivamente condenado. Em outras palavras, restrições de direitos do inocente”.

Segundo o renomado autor:

a liberdade provisória, com fiança ou sem ela, somente tem cabimento a partir da prisão em flagrante, e encontra nessa (prisão em flagrante) a sua legitimação. É a situação do flagrante, em si, com toda a sua carga probatória que irá justificar a aplicação de outras medidas cautelares ao aprisionado. Nesse sentido é que poderia dizer que a liberdade provisória substitui a prisão em flagrante, conforme se observa na doutrina.

Assim, segundo entendemos, tendo em vista o ordenamento jurídico vigente, a prisão em flagrante consiste em medida precária, de extrema⁵ provisoriedade e pré-cautelar.

Contudo, como ainda há na doutrina quem pense de forma contrária, importante mencionar a existência do anteprojeto de Reforma do Processo Penal⁶, que, se aprovado, porá fim a essa controvérsia.

Conforme se depreende da Exposição de Motivos da Reforma de Processo Penal, no Título VII, em tema de medidas acautelatórias, entre as diretrizes adotadas pelo anteprojeto, cumpre informar a primeira, que assim dispõe:

I) A primeira, convergir para o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), de modo a valorizar a noção básica de acautelamento, no sentido de que a prisão e outras formas de intervenção sobre a pessoa humana somente se justificam em face de sua concreta necessidade. Na falta desta, não existirá razão jurídica legítima para a restrição de direitos fundamentais, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Reafirma-se, portanto, a natureza excepcional da prisão e das demais medidas cautelares. No entanto, não há motivos para obstruir ou dificultar a aplicação de

⁵ A necessidade do adjetivo decorre do fato de que todas as medidas cautelares são natural e ontologicamente provisórias, daí que por ser o flagrante medida pré-cautelar, possui extrema provisoriedade.

⁶ Conteúdo extraído do *site* <www.senado.gov.br/novocpp/anteprojeto.asp>.



tais medidas em caso de exigências legítimas, a serem verificadas, inclusive, por ocasião da sentença condenatória recorrível. *Nesse passo, o anteprojeto determina que: a) a prisão em flagrante perde seus efeitos se não for convertida, com a devida motivação legal, em prisão preventiva (art. 33, II) [...] [grifo nosso].*

Portanto, se aprovado o anteprojeto nos termos em que proposto pela comissão de juristas, a questão aqui debatida ganhará contornos mais nítidos, no sentido já defendido.

Fixada essa premissa, qual seja, a do caráter pré-cautelar da prisão em flagrante, importante tecer breves comentários sobre o sistema acusatório e o papel do Ministério Público no processo penal como parte imparcial.

5 Sistema acusatório e o Ministério Público como parte imparcial

Historicamente, há dois tipos bem definidos de sistemas processuais penais, o inquisitivo e o acusatório. Há quem defenda ainda a existência de um terceiro, denominado misto, do qual o brasileiro seria um clássico exemplo.

Contudo, tendo em vista os objetivos do presente trabalho, não trataremos de detalhes das características dos sistemas processuais existentes, apenas traçaremos a principal distinção existente e sua repercussão naquilo que nos interessa.

Em doutrina, de forma geral, costuma-se separar o sistema processual inquisitivo do acusatório pela titularidade atribuída ao órgão da acusação. No sistema inquisitorial, as funções de acusação e de julgamento estão reunidas em um só órgão, enquanto, no sistema acusatório, há distinção entre o órgão de acusação e o órgão de julgamento.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 9):

no sistema acusatório, além de se atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação. Já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a *notitia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento.

Dessa forma, conforme consagrado pela Constituição Federal de 1988, nosso sistema processual penal é acusatório, uma vez que cabe ao



Ministério Público a titularidade da ação penal, de modo que a atuação judicial na fase de inquérito há de ser apenas para fins exclusivos de tutela das liberdades públicas.

Por essa razão, parcela forte da doutrina sustenta a impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado, na fase de investigação, conquanto haja previsão expressa nesse sentido, nos termos do art. 311 do Código de Processo Penal.

Sob esse entendimento, o disposto no referido artigo, especificamente a parte referente ao poder do juiz de decretar de ofício a preventiva, na fase de investigação, não teria sido recepcionado pela ordem constitucional de 1988, justamente pelo fato de que o eventual comprometimento da imparcialidade do órgão julgador afrontaria de forma inenxorável o sistema acusatório consagrado pelo constituinte.

Nesse sentido, o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal estabelece de forma clara que, durante a fase de investigação, a decretação de medida cautelar dependerá de requerimento expresso do Ministério Público ou de representação da autoridade policial, ou seja, veda que o juiz criminal decrete a preventiva de ofício.

Assim, quando da prisão em flagrante, homologado o auto pelo órgão do Poder Judiciário, o Ministério Público possui legitimidade exclusiva para o requerimento da prisão preventiva (art. 129, I, da CF – titular da ação penal), pois, se não o fizer, e aí que reside o problema, ainda que sendo o caso de segregação cautelar, necessariamente o juiz deverá conceder a liberdade provisória ao preso, pois ele, juiz, não poderá, de ofício, suprir a ausência do Ministério Público e decretar a prisão preventiva, ainda que presentes os seus pressupostos e requisitos, sob pena de comprometimento do sistema acusatório consagrado pelo Constituinte de 1988.

Dessa situação decorre a importância de o membro do Ministério Público manifestar-se detidamente quando do recebimento dos autos de prisão em flagrante homologado pelo juiz, sob pena de o preso dever ser posto imediatamente em liberdade caso não haja manifestação expressa do Ministério Público no sentido da decretação da preventiva, justamente pela impossibilidade do Poder Judiciário suprir a ausência ministerial.

Por outro lado, cumpre lembrar a missão que o texto constitucional de 1988 trouxe ao Ministério Público brasileiro, o que o torna parte verdadeiramente *sui generis* no processo penal.



Por essa razão, parte da doutrina⁷ destaca que “o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação”. Isso porque, “enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante e na jurisdição”.

Assim sendo, em razão da necessidade de o órgão do Ministério Público, também, velar pelo respeito à ordem jurídica (art. 127, *caput* – defensor da ordem jurídica), exige-se do membro do Parquet análise apurada do auto de prisão em flagrante, não apenas para eventual requerimento de prisão preventiva, mas também para manifestação fundamentada acerca da concessão de liberdade provisória, em não sendo o caso de preventiva.

Por isso, defendemos que, inexistentes os requisitos da prisão preventiva, o membro do Ministério Público deve expressamente manifestar-se pela concessão de liberdade provisória ao preso, não esperando que a defesa o faça, justamente pelo fato de o Constituinte de 1988 tê-lo alçado, ao mesmo tempo, titular da ação penal e defensor da ordem jurídica.

Note-se que esse tema adquire maior relevância após a edição da Resolução Conjunta (CNJ e CNMP) n. 01, de 29 de setembro de 2009, que institucionaliza mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes⁸.

De fato, fora resolvido, no art. 1º da referida resolução, que as unidades do Poder Judiciário e do Ministério Público, com competência em matéria criminal, infracional e de execução penal, implantarão mecanismos que permitam, com periodicidade mínima anual, a revisão da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei.

Assim, como temos para nós que qualquer prisão mantida sem que tenha havido a devida fundamentação em bases instrumentais deva ser relaxada, e não revogada, posto que prisão ilegal (após cumpridas as missões), a mencionada resolução, posta em prática, implicará a imediata soltura de inúmeros presos por esse Brasil afora, sobretu-

⁷ Oliveira (2009, p. 436), entre outros.

⁸ Conteúdo extraído do *site* <www.cnj.jus.br>.



do aqueles provenientes das camadas menos favorecidas da sociedade brasileira, que, por falta de recursos financeiros, não tiverem acesso a uma defesa adequada.

6 Conclusão

Diante de todo o exposto, podemos concluir que a) a prisão em flagrante possui natureza jurídica de medida pré-cauteladora, não sendo possível a manutenção de alguém preso somente pelo fato do flagrante, em razão de ofensa direta ao art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal e, em última análise, ao postulado constitucional da presunção de inocência.

Por sua vez, tendo em vista o princípio acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988, temos que b) inviável a decretação de prisão preventiva de ofício pelo magistrado, na fase de investigação, ou seja, no momento da homologação da prisão em flagrante realizada.

Dessa forma, sendo o caso de decretação de prisão preventiva na fase do flagrante, c) somente o órgão do Ministério Público possuiria legitimidade para o requerimento. Assim, d) caso o membro do Parquet restrinja sua atuação a uma mera ciência dos autos de flagrante, ainda que seja caso de decretação de prisão preventiva, o juiz, agindo no rigor da lei, deverá obrigatoriamente conceder a liberdade provisória ao preso, ainda que presentes os requisitos da preventiva.

Daí a importância de uma análise criteriosa por parte do órgão do Ministério Público quando do recebimento dos autos do flagrante, na medida em que a ele foi atribuído, pela qualidade de titular da ação penal, exclusividade para o requerimento da prisão preventiva nessa fase procedimental.

Por outro lado, em virtude de ostentar o relevante papel de defensor da ordem jurídica, o que o torna parte imparcial no processo penal brasileiro, possui a obrigação de postular pela liberdade provisória do preso, caso não estejam presentes os requisitos da preventiva, independentemente de haver ou não requerimento nesse sentido por parte da defesa.

Assim sendo, e) ao invés de mera ciência dos autos de prisão em flagrante recebidos, qualquer que seja o preso, deve o membro ministerial manifestar-se, sempre, detida e fundamentadamente pela decretação de





preventiva, sendo o caso, ou pela concessão de liberdade provisória vinculada ao processo, f) tratando-se essa análise e consistente manifestação em autêntica obrigação institucional do Ministério Público brasileiro, nos termos dos arts. 127, *caput*, e 129, I, da Constituição Federal.

Referências

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

_____, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



GABRIEL SILVEIRA DE QUEIRÓS CAMPOS

**A LEGITIMIDADE DA
CRIMINALIZAÇÃO DAS
RÁDIOS COMUNITÁRIAS**

propostas para redefinição do
papal do Ministério Público





GABRIEL SILVEIRA DE QUEIRÓS CAMPOS

Sumário: 1 Introdução. 2 Liberdade de expressão, ativismo estatal e as rádios comunitárias. 2.1 Breve nota de direito comparado acerca da liberdade de expressão. 2.2 O papel promocional do Estado brasileiro a partir da Constituição de 1988. 2.3 As rádios comunitárias e a liberdade de expressão. 3 O tratamento jurídico-penal dado à operação das rádios comunitárias. 4 A (i)legitimidade da criminalização à luz dos princípios da ofensividade e da necessária proteção de bens jurídicos. 5 O papel do Ministério Público no tratamento das rádios comunitárias: a promoção dos direitos fundamentais. 6 Conclusão.





1 Introdução

São frequentes os inquéritos policiais instaurados para apurar eventual prática de crime contra o serviço de radiodifusão, previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/1997, atribuídos a responsáveis pelo funcionamento das chamadas “rádios comunitárias”. Geralmente, as investigações têm início a partir da fiscalização exercida por agentes da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que, ao constatarem a operação de serviço de radiodifusão sem autorização formal, lavram Auto de Infração, Termo de Lacração de Equipamento e Termo de Interrupção de Serviço, dando causa à instauração concomitante de processo administrativo no âmbito da agência reguladora¹.

Na maioria dos casos, a questão chega ao Ministério Público Federal, cuja atuação penal trará sempre duas possíveis soluções: de um lado, o oferecimento de denúncia e conseqüente instauração da persecução criminal em juízo; de outro, o arquivamento do inquérito policial (ou da peça de informação), por não se vislumbrar justa causa para o início da ação penal.

Ao longo deste trabalho, procurar-se-á demonstrar que a problemática envolvendo a criminalização das rádios comunitárias não pode ser resolvida unicamente com os olhos voltados para o direito penal, devendo-se buscar aquilo que Barroso (2004, p. 36) denomina solução constitucionalmente adequada. Em outros termos, trata-se de repensar a legitimidade da incriminação de tal conduta, à luz da tábua de direitos e garantias fundamentais encartada na Constituição de 1988.

¹ Muitas vezes, além de adotarem tais providências, os fiscais da ANATEL acabam apreendendo o equipamento utilizado pela rádio, com fundamento na Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações), cujo inciso XV do art. 19 confere à agência poderes para “realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência”. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, concedeu medida cautelar na ADI n. 1.668/DF, suspendendo a eficácia desse dispositivo. Na ocasião, por maioria de votos, a Corte entendeu que o poder de busca e apreensão da ANATEL violaria a cláusula constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV) e que somente o Poder Judiciário poderia determinar o ato de constrição.

Não satisfeito com a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo editou a Lei n. 10.871/2004, cujo parágrafo único do art. 3º restabelece aos agentes da autarquia a prerrogativa de apreensão de bens e produtos (com a redação dada pela Lei n. 11.292/2006). A respeito desse novo diploma legal, já foi provocado o controle concentrado de constitucionalidade, com o ajuizamento da ADI n. 4.226/DF, pela Associação Brasileira dos Provedores de Internet e Operadores de Comunicação de Dados Multimídia (ABRAMULTI).



Assume especial relevo, nesse particular, a liberdade de expressão, não mais entendida como um mero direito negativo – direito a uma abstenção por parte do Estado –, mas como verdadeiro direito positivo, permitindo que sejam reclamadas ações positivas do Poder Público para sua implementação. Procurar-se-á demonstrar que, a partir da Constituição de 1988, impôs-se ao Estado papel de promoção da *freedom of speech* (expressão de origem norte-americana), o que implica necessariamente a ampliação dos veículos alternativos de comunicação de massa, voltados à população que não possui acesso aos canais tradicionais de comunicação social.

Para além da análise puramente teórica, tentar-se-á demonstrar como o Ministério Público Federal vem atuando diante das rádios comunitárias, tanto na esfera penal como na cível (*lato sensu*). Ao final, chegar-se-á à conclusão de que toda a atuação da Instituição deve ser repensada, pois, sem olvidar a função institucional de promover, com privatividade, a ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal), o Ministério Público tem a missão constitucionalmente imposta de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*). A defesa dos direitos fundamentais, destarte, é uma exigência que recai sobre toda a Instituição, o que faz com que se desloque o enfoque da atuação, antes centrada na esfera penal, para o papel de garantidor e promotor de direitos, tais como a liberdade de expressão.

2 Liberdade de expressão, ativismo estatal e as rádios comunitárias

2.1 Breve nota de direito comparado acerca da liberdade de expressão

Antes de abordar a proteção da liberdade de expressão pelo direito constitucional positivo brasileiro, é interessante expor, ainda que sucintamente, o tratamento que alguns sistemas constitucionais contemporâneos conferem a esse importante direito. Uma breve digressão histórica permitirá compreender como a liberdade de expressão, vista tradicionalmente como direito meramente negativo, hoje pode ser



também visualizada como direito a uma prestação positiva por parte do Poder Público².

Nos Estados Unidos da América, a garantia da liberdade de expressão existe desde a 1ª Emenda à Constituição, em 1791, mas só a partir do século XX é que esse direito passou a receber efetiva proteção pelo Poder Judiciário. Ao longo de todo o século e até os dias correntes, a jurisprudência da Suprema Corte foi ampliando a proteção do free speech, chegando este à condição atual de mais valorizado direito fundamental norte-americano. Em mais de uma oportunidade, reconheceu-se à liberdade de expressão primazia sobre outros direitos, como privacidade, reputação e igualdade (SARMENTO, 2007, p. 4)³.

Citando Sarmiento (2007, p. 5), *litteris*:

De forma muito esquemática, pode-se dizer que há no debate constitucional norteamericano duas grandes linhas ou tradições em relação ao papel do Estado em matéria de liberdade de expressão. Uma libertária, que vê o Estado como o grande adversário deste direito, e tem como ideal regulativo o modelo do “mercado de idéias”, em que agentes privados comunicar-se-iam uns com os outros livremente, sem qualquer interferência estatal. Esta corrente parte da premissa de que, ainda que o mercado possa ter as suas falhas, elas são preferíveis à intervenção do Estado, cuja atuação sempre tenderia a desfavorecer as idéias que fossem prejudiciais aos governantes ou contrárias às preferências das maiorias. A outra linha é a ativista, que aceita e às vezes até reclama a intervenção estatal na esfera comunicativa,

² Como leciona Sarmiento (2007, p. 1-2), a liberdade de expressão, vista como direito negativo, traz a ideia de contenção dos poderes públicos, aos quais impõe um dever de abstenção, evitando-se interferência estatal nas manifestações de opiniões e de pensamento. Segundo o autor, a noção não é equivocada, mas incompleta. A liberdade de expressão, especialmente em sociedades profundamente desiguais, como é o caso da brasileira, também exige ações positivas do Estado, “visando a assegurar a todos a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público”.

Aliás, seguimos a advertência do referido autor e tratamos, no presente trabalho, a liberdade de expressão como gênero, de forma a abranger todas as liberdades de comunicação a ela correlatas, como a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação do pensamento e o direito à informação, entre outras.

³ Farias (2000, p. 167-168), aliás, relata que, em todo o mundo ocidental, na maioria das cortes constitucionais, a liberdade de expressão (e de informação) goza de *preferred position*, possuindo primazia, *prima facie*, sobre outros direitos e bens de estatura constitucional. Isso porque, como será visto neste trabalho, a liberdade de expressão possui relevante dimensão coletiva, na medida em que contribui para a formação da “*opinião pública pluralista*” (FARIAS, 2000, p. 167), essencial para o funcionamento dos regimes democráticos.





visando a suprir e corrigir os desvios e as falhas mercadológicas, a fim de assegurar as condições para um debate público mais plural, do qual também possam participar aqueles que, por falta de dinheiro ou poder, não conseguiriam se fazer ouvir num sistema baseado exclusivamente no mercado. O seu ideal regulativo é a democracia deliberativa.

Com efeito, pode-se dizer que sempre prevaleceu na jurisprudência constitucional norte-americana a corrente libertária, com alguns momentos de maior ativismo, como no período da chamada *fairness doctrine*, vigente até a década de 80 do século passado nos EUA.

Com efeito, a *fairness doctrine* foi criada pela agência reguladora das comunicações (Federal Communications Commission) e consistiu em uma série de medidas que impunham às emissoras de rádio e televisão a obrigação de reservar parte de sua programação a assuntos de interesse público e que, ao divulgar tais assuntos, proporcionassem ao grande público a maior gama de opiniões e pensamentos possível. A Comissão passou a exercer, assim, atividade de fiscalização e controle sobre os meios de comunicação, experiência até então inédita na história dos Estados Unidos da América.

A Suprema Corte norte-americana enfrentou a discussão pela primeira vez em 1969, no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. Federal Communications Commission* (395 U.S. 397), decidindo que a *fairness doctrine* era compatível com a 1ª Emenda. Na ocasião, entendeu-se que o direito de informação do público era mais relevante que a liberdade dos meios de comunicação⁴.

Em 1985, com o avanço da ideologia neoliberal, a própria FCC abandonou a *fairness doctrine*, publicando um relatório no qual, a fim de justificar sua nova posição, mencionava que, com a ampliação do número de emissoras de rádio e televisão, o mercado estaria promovendo a

⁴ De acordo com Binenbojm (2006, p. 4), o ativismo judicial na defesa do *freedom of speech* é reflexo de uma *teoria democrática*, que vê a 1ª Emenda como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos recebam informações sobre assuntos de interesse geral e, assim, tornem-se aptos a formar sua opinião. A preocupação com a autonomia individual é centrada, para essa corrente, não nos emissores, mas sim nos receptores das informações. A 1ª Emenda visa assegurar a liberdade política dos cidadãos. O propósito último da garantia da liberdade de expressão é fomentar um amplo e livre debate público, que prepare os cidadãos para deliberar sobre assuntos de interesse da coletividade. Esse “mercado de ideias” (*market of ideas*) deve ser protegido e fomentado por meio de uma regulação estratégica estatal, justamente a fim de criar uma cidadania informada e apta ao exercício do autogoverno.





diversidade de ideias na esfera pública com maior eficácia que qualquer política de intervencionismo estatal.

Embora a Suprema Corte não tenha chegado a decretar o fim da *fairness doctrine*⁵, a verdade é que o Tribunal nunca admitiu que o Estado estivesse obrigado constitucionalmente a atuar positivamente no fortalecimento e na pluralização do debate nos meios de comunicação de massa. Em todas as suas manifestações, sempre esteve subjacente a ideia fundamental de que a liberdade de expressão constitui direito de defesa contra os Poderes Públicos. A história da jurisdição constitucional norte-americana, portanto, jamais contemplou a dimensão positiva da liberdade de expressão (SARMENTO, 2007, p. 10).

Na Alemanha, ao contrário, a liberdade de expressão é encarada não apenas como direito subjetivo individual, mas como verdadeiro valor objetivo de toda a ordem jurídica, assim reclamando ações positivas estatais para sua proteção e promoção.

Sarmiento (2007, p. 13) ensina que “[...] talvez a grande contribuição da dogmática germânica para o enriquecimento da liberdade de expressão tenha sido o reconhecimento da dimensão objetiva deste direito, e da sua aptidão de gerar também obrigações positivas para os poderes públicos”.

De fato, a ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, desenvolvida no direito constitucional alemão⁶, implica a aceitação de que, além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais constituem uma tábua de valores caros à sociedade, que devem irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, condicionando a aplicação e a interpretação das leis em geral (eficácia irradiante). Além disso, a concepção objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com Tavares (2007, p. 434), tem como consequência o reconhecimento de “deveres estatais de proteção”, o que pressupõe o Estado como parceiro na realização dos direitos fundamen-

⁵ Binenbojm (2006, p. 9) relata que, para diversos autores, a linha adotada pela Suprema Corte na decisão do caso *Red Lion* foi paulatinamente abandonada desde a década de 1970, em diversos julgamentos (v.g., *CBS v. DNC*, *Miami Herald*, *Pacific Gas*, entre outros).

⁶ O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais teve grande impulso após o advento da lei fundamental alemã de 1949 e, um pouco depois, com o julgamento do famoso caso *Lüth*, pelo Tribunal Constitucional germânico. Nessa ocasião, a Corte consignou que os direitos fundamentais não se limitam a direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, constituindo, ainda, “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2001, p. 143).





tais, e não como seu inimigo, incumbindo-lhe sua proteção diuturna, não só contra agressões estatais, mas também contra ataques de particulares.

Ademais, a dimensão objetiva também produz como consequência uma eficácia dirigente, criando para o Poder Público o dever permanente de concretizar e promover o conteúdo dos direitos fundamentais. Se o Estado existe para realizar o bem comum, e se os valores (e bens) mais importantes para a sociedade estão plasmados nos direitos fundamentais, então eles indicam um plano de ação para o Estado.

No campo específico da comunicação social, o Tribunal Constitucional alemão (BVerfG) tem reiteradamente decidido que o Estado possui dever de agir no sentido da promoção do pluralismo nas atividades das rádios e das televisões, como forma de implementação da garantia constitucional da liberdade de expressão⁷.

No precedente conhecido como “Caso Televisão III” (57 BverfGE 295), julgado em 1981, por exemplo, discutiu-se a constitucionalidade de uma lei estadual que, pela primeira vez na Alemanha, admitira a exploração de comunicação por emissora privada. Entendeu-se, naquele julgamento, que a “privatização” da radiodifusão não violava a Constituição alemã, desde que fossem previstos mecanismos que obrigassem as emissoras a manter uma programação pluralista, proporcionando ao público amplo direito à informação. Assim, a Corte enfatizou o dever positivo do Estado de criar e zelar pela observância de mecanismos assecuratórios do pluralismo no debate público, no âmbito dos canais de mídia eletrônica.

Esse é apenas um exemplo extraído da jurisdição constitucional germânica, cuja orientação sempre foi a de entender a liberdade de expressão não só como um direito subjetivo, mas como valor a exigir do Estado o efetivo fomento do pluralismo nos meios de comunicação de massa (SARMENTO, 2007, p. 16).

Vistas as diferenças abissais entre o tratamento conferido à liberdade de expressão na história da jurisdição constitucional de dois dos grandes sistemas jurídicos mundiais (norte-americano e germânico), chega-se a uma inafastável conclusão: a liberdade de expressão possui uma faceta de direito negativo, a exigir absentéismo estatal, mas também

⁷ A Constituição alemã de 1949 (*Grundgesetz*), em seu art. 5 (1), prevê que toda pessoa possui o direito de livremente expressar e disseminar suas opiniões em discursos, escritos e figuras e de se informar sem impedimentos por meios geralmente acessíveis [tradução livre]. Disponível em: <http://www.bundestag.de/htdocs_e/documents/legal/index.html>. Acesso em: 28 mar. 2010.





apresenta um aspecto positivo, que demanda atuação protetiva por parte do Poder Público. Aqui se apresenta o que Binenbojm (2006, p. 2) chama de “fina ironia” do papel do Estado em relação à liberdade de expressão, pois ele é, ao mesmo tempo, um inimigo mortal e um amigo imprescindível dessa liberdade.

Veremos, adiante, em que medida a Constituição brasileira de 1988 permite – ou até exige – um Estado ativista em defesa da liberdade de expressão, adotando, de certa forma, uma versão nacional da fairness doctrine (BINENBOJM, 2006, p. 13).

2.2 O papel promocional do Estado brasileiro a partir da Constituição de 1988⁸

Certamente como reação ao período da ditadura militar, o constituinte de 1988 quis prestigiar a liberdade de expressão, incluindo no texto constitucional uma vasta gama de dispositivos protetivos desse direito fundamental.

No art. 5º, asseguram-se a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística,

⁸ A defesa do Estado ativista, segundo Sarmento (2007, p. 19-29), relaciona-se com dois valores extremamente caros à liberdade de expressão: a *garantia da democracia* e a *proteção da liberdade individual*.

Numa concepção moderna, a democracia busca o autogoverno popular, no qual todos os cidadãos podem participar na formação da vontade do Estado. Essa participação não se dá apenas por meio do direito ao voto, mas também pela atuação na esfera pública, em espaços de debate onde ocorre a formação da opinião pública. Para que essa participação seja efetiva, com igualdade e liberdade, é necessário que as pessoas tenham amplo acesso à informação e a pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, a fim de que possam formar livremente suas convicções e influenciar, com seu pensamento, as opiniões de seus concidadãos.

Em contrapartida, deve-se compreender que a liberdade de expressão representa uma dimensão essencial da dignidade da pessoa humana. A capacidade de comunicação com os outros é uma das principais condições para a realização e o desenvolvimento do indivíduo. E essa capacidade comunicativa só será plenamente exercida se for assegurado o direito a expressar ideias e opiniões. Como defende Sarmento (2007, p. 29), “[...] a autonomia individual é um valor essencial no regime da liberdade de expressão. Este valor, corretamente compreendido, aponta não para uma leitura absentista da liberdade comunicativa, mas para o reconhecimento da necessidade de intervenção estatal que vise a pluralizar as vozes na arena pública e a assegurar a possibilidade real de expressão aos integrantes das camadas subordinadas da sociedade”.



científica e de comunicação (inciso IX), e o direito ao acesso à informação e a garantia do sigilo da fonte (inciso XIV). Além disso, a Constituição dedicou um capítulo próprio para a “comunicação social”, que enfatiza a garantia da liberdade da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 220, *caput*). Nesse capítulo, também proibiu a edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º) e ainda vedou qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 2º).

Na linha de Sarmiento (2007, p. 30), entendemos que a Constituição de 1988 partiu de uma concepção sobre direitos fundamentais muito pouco libertária; ao contrário, em todo o texto constitucional, evidencia-se a preocupação do constituinte com as violações aos direitos fundamentais ocasionadas pela inércia do Estado, assim impondo-se ações positivas por parte do Poder Público na proteção e promoção desses direitos.

Nas palavras do ilustre constitucionalista:

A idéia básica é a de que, numa sociedade injusta e desigual, amarrar o Estado e confiar na mão invisível do mercado não é uma boa solução para garantia do respeito à dignidade humana dos mais fracos. Por isso, no sistema constitucional brasileiro, entende-se que o Estado tem obrigações positivas mesmo em relação aos direitos individuais clássicos, que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos poderes públicos. Assim, é dever do Estado não só se abster de violar estes direitos, como também agir positivamente, seja para protegê-los diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, seja para assegurar as condições materiais mínimas necessárias à viabilização do seu exercício pelos mais pobres.

[...]

O constituinte partiu da inquestionável premissa empírica – infelizmente inalterada desde 1988 – de que a estrutura social brasileira é injusta e opressiva em relação aos pobres e integrantes de grupos desfavorecidos, e decidiu que este estado de coisas deveria ser energeticamente combatido pelo Estado. Este claro compromisso com a transformação social tem de ser levado em consideração na interpretação e aplicação dos preceitos da Lei Maior, e também, como não poderia deixar de ser, na exegese da liberdade de expressão (SARMENTO, 2007, p. 30).

Importante ressaltar, ainda, a importância conferida pela Lei Maior ao pluralismo político, erigido a fundamento do Estado brasileiro (art.



1º, inciso V). De acordo com Farias (2004, p. 79-80), o pluralismo político guarda estrita relação com a liberdade de expressão, constituindo um dos principais instrumentos para sua proteção.

É, sem dúvida, nesse contexto de valorização do pluralismo político e de ideias que assume papel central a regulação dos meios de comunicação social, na medida em que são eles o mais destacado locus de debate público, em que efetivamente são apresentados as opiniões e os pensamentos que influenciam a opinião pública. A atividade regulatória deve visar à promoção do pluralismo, sendo absolutamente indesejável que os meios de comunicação fiquem livres somente à ação das “leis de mercado”, especialmente em razão da estrutura concentrada (oligopolizada) do setor no Brasil.

Paralelamente, a Constituição de 1988 consagrou a todos os cidadãos o direito de informação (art. 5º, inciso XIV), exercido, sobretudo, por meio da mídia eletrônica, que assume a função de proporcionar à população em geral informações e pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público. Pode-se dizer, nesse particular, que a Lei Maior não protege apenas a liberdade dos emissores das manifestações, mas também os direitos dos receptores (SARMENTO, 2007, p. 31).

Destaca-se, ainda, que o constituinte foi expresso em proibir a existência de monopólios ou oligopólios nos meios de comunicação social (art. 220, § 5º). A regra, embora louvável por buscar atingir o pluralismo no âmbito da mídia, jamais saiu do plano ideal, sendo insuficiente para reverter o quadro histórico de concentração dos meios de comunicação em poucas mãos no país.

Cabe também registrar que a Constituição de 1988 impôs diversos parâmetros de atuação para os meios de comunicação social ao estabelecer princípios que as emissoras de rádio e televisão devem observar em sua programação: “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, “promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação”, “regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei” e “respeito aos valores éticos e sociais da família” (art. 221).

Todo esse conjunto normativo serve para demonstrar a clara opção do constituinte em exigir um Estado ativista, voltado à promoção – e não só à proteção – da liberdade de expressão nos meios de comunicação social. A consequência inafastável disso é a necessidade de fomento de um



efetivo pluralismo na atividade de mídia⁹, o que jamais se alcançará sem intervenção estatal regulatória (cautelosa, a fim de evitar qualquer forma de censura velada ou de imposição de opiniões e pensamentos majoritários).

2.3 As rádios comunitárias e a liberdade de expressão

A liberdade de pensamento e de expressão é garantida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (arts. 18 e 19), pela Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San Jose da Costa Rica*, art. 13, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 678/1992) e pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, IV, VI, IX, XII e XIV).

O art. 220 da Constituição Federal expressa os princípios gerais de proteção à liberdade de expressão e de opinião previstos no art. 5º, estendendo-os aos meios de comunicação:

Art. 220. A manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa contribuir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer

⁹ Embora não constitua o objetivo do presente trabalho, deve-se ressaltar que, segundo Sarmento (2007, p. 36-37), o Estado deve atuar para promover tanto o *pluralismo externo* como o *pluralismo interno* no âmbito da comunicação social. Em suas palavras, *litteris*: “Quanto ao pluralismo externo, trata-se não só de combater a formação de monopólios e oligopólios no âmbito da comunicação de massas – tão poderosos e perniciosos no Brasil – como também de desenvolver uma mídia pública, e ainda fomentar o surgimento de veículos alternativos, destinados a setores que não têm acesso aos canais tradicionais da comunicação social, abrindo espaço para novas vozes no espaço público. Já no que tange ao pluralismo interno, parece-nos necessário que o Estado intervenha buscando assegurar que os meios de comunicação de massa se dediquem efetivamente ao tratamento de temas de interesse público, e que proporcionem à sua audiência uma cobertura adequada dos diversos pontos de vista existentes, tal como era exigido pela *fairness doctrine* nos Estados Unidos. Aliás, a ausência de pluralismo externo no mercado comunicativo brasileiro é um fator extra que justifica a intervenção estatal visando à promoção do pluralismo interno nos veículos de comunicação social. Na nossa opinião, esta atuação, mais que uma faculdade, constitui um verdadeiro dever do Estado, que pode ser inferido diretamente da Constituição”. No que nos interessa, registre-se que as rádios comunitárias constituem importante mecanismo de fortalecimento do pluralismo externo no âmbito da comunicação de massas, permitindo acesso a setores da população excluídos dos meios de comunicação tradicionais.



veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, XII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Vale referir, ainda no plano normativo, que o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), instituído pelo Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996, e objeto do Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2003, apresenta propostas de ações governamentais e não governamentais para a defesa e promoção dos direitos humanos, indicando, entre outras, as seguintes:

Apoiar a instalação, no âmbito do Poder Legislativo, do Conselho de Comunicação Social, com o objetivo de garantir o controle democrático das concessões de rádio e televisão, regulamentar o uso dos meios de comunicação social e coibir práticas contrárias aos direitos humanos.

Apoiar formas de democratização da produção de informações, a exemplo das rádios e televisões comunitárias, assegurando a participação dos grupos raciais e/ou vulneráveis que compõem a sociedade brasileira.

Considerando a importância das rádios comunitárias, Sarmiento (2007, p. 36) arremata:

Em suma, podemos afirmar que na nossa ordem constitucional, o Estado deve atuar para promover tanto o pluralismo externo como o pluralismo interno no âmbito da comunicação social. Quanto ao pluralismo externo, trata-se não só de combater a formação de monopólios e oligopólios no âmbito da comunicação de massas – tão poderosos e perniciosos no Brasil – como também de desenvolver uma mídia pública, e ainda fomentar o surgimento de veículos alternativos, destinados a setores que não têm acesso aos canais tradicionais da comunicação social, abrindo espaço para novas vozes no espaço público. *Um bom exemplo, no Brasil, é o das rádios comunitárias, operadas por entidades sem fins lucrativos quase sempre em comunidades carentes, cujas atividades devem ser consideradas de máxima importância pela contribuição que podem dar para a efetiva promoção dos valores que nutrem a liberdade de expressão.* [grifado]

A caracterização das rádios comunitárias como legítimo instrumento de democratização e concretização do acesso ao direito de comunicação, informação e pluralismo foi reconhecida em recente precedente do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:



EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. COMUNICAÇÃO SOCIAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. OMISSÃO. SUPRIMENTO JUDICIAL. PROPORCIONALIDADE. 1. *Na ordem constitucional da comunicação social, a radiodifusão comunitária concretiza princípios vitais para a democracia, possibilitando o exercício da liberdade de expressão, o direito à informação e pluralismo. Incidência da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).* 2. A omissão administrativa no exame de requerimento para autorização de funcionamento de rádio comunitária não pode beneficiar a ANATEL, pois tal conduta, além de obstaculizar o exercício de direitos constitucionais, descumpra o princípio da eficiência administrativa. 3. A força normativa da Constituição requer a intervenção judicial protetiva dos direitos fundamentais diante de restrições indevidas decorrentes de omissão administrativa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 4. O suprimento da omissão administrativa pelo Poder Judiciário depende da constatação de que (a) tal omissão ultrapassa os limites da razoabilidade, restringindo desproporcionalmente a liberdade de comunicação e o direito difuso à informação e (b) haja comprovação segura da inexistência de dano às demais telecomunicações e serviços públicos. Hipótese de aplicação da proporcionalidade.

(AC n. 2007.71.00.001724-2, 3ª Turma, rel. Roger Raupp Rios, D. E. 4.2.2009)

No referido julgamento, o Em. Juiz Roger Raupp Rios teceu os seguintes comentários, cuja transcrição, posto que extensa, merece ser feita:

Do direito à informação na ordem constitucional e as rádios comunitárias:

No quadro constitucional vigente, a comunicação social é matéria versada (em capítulo próprio e exclusivo) na Ordem Social, nos artigos 220 a 224. Em se tratando de meios de comunicação social, no regime democrático consagrado pela Constituição, são de primeira monta as preocupações com o pluralismo, a não-discriminação, o direito à informação e à liberdade de expressão. Neste sentido, como concretização disto na ordem social da comunicação social, invoco, por exemplo, a prescrição do artigo 221, sujeitando a produção e programação das emissoras de rádio e televisão à observância de vários princípios, dentre os quais a preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, a promoção da cultura nacional e regional, a regionalização da produção e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.



[...]

Neste contexto, a radiodifusão comunitária exerce importante papel. Trata-se da “radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço” (art. 1º, Lei n. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, que institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária, regulamentada pelo Decreto n. 2.615, de 03 de junho de 1998, e pela Portaria do Ministério das Comunicações de n. 191, de 06 de agosto de 1998). Aqui, quando se fala em baixa potência se entende o serviço de radiodifusão prestado à comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a 30 metros; por cobertura restrita, aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila (parágrafos 1º e 2º do citado artigo).

De fato, as rádios comunitárias estão vocacionadas a importante papel na sociedade democrática, pois (1) são vitais para a democracia, pois abrem canal para o exercício da liberdade de expressão, (2) são fonte de informação relevante para suas comunidades e (3) desempenham papel na formação do pluralismo cultural. Elas, neste contexto, concretizam a ordem constitucional quanto a vários bens e direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito ao direito à informação e ao direito à comunicação.

Nas palavras de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “Como anota AURELIA MARIA ROMERO COLOMA o direito de informação se desdobra em duas vertentes: o direito de emitir e o de receber informação [...]. A faculdade de receber informação corresponde à faculdade de eleição, de opção entre recebê-la ou não e de escolher qual deseja receber. Trata-se de uma decorrência do pluralismo inerente a um Estado Democrático. Dessa forma, o receptor não está obrigado a receber qualquer tipo de informação, seja política, religiosa ou outra, daí porque esta faculdade está também intimamente ligada com a liberdade de consciência e de crença. A faculdade de receber informação da mesma forma está entrelaçada com o direito de proibição de monopólio, estatuída no artigo 220, parágrafo 5º, da Constituição brasileira, por meio do qual se tenta proteger a sociedade dos efeitos maléficos da versão única, embora a garantia da pluralidade da informação dependa mais da conjuntura econômica e do desenvolvimento do país do que do texto constitucional”.

Nesta linha, de acordo com o ensinamento de José Afonso da Silva sobre a matéria, “há de se fazer distinção entre liberdade de informação e direito à informação”. E continua, enfatizando que



este segundo não se constitui em direito pessoal nem profissional, mas sim em um direito coletivo:

“A palavra informação designa ‘o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, idéias ou opiniões’. Como esclarece Albino Greco, por ‘informação’ se entende ‘o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado’. O mesmo é dizer que a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. A primeira, observa Albino Greco, coincide com a liberdade de manifestação do pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão; a segunda indica interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas”.

Necessário, portanto, salientar a disciplina nacional e internacional que faz referência às garantias que dizem diretamente com o regulamento do exercício do serviço de radiodifusão comunitária.

Diz a Constituição Federal em seus artigos acerca de ditos direitos:

“Art. 5º, IX É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

“Art. 215 O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais”.

“Art. 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de informação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XII e XIV”.

Nesta linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948):

“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui não ser molestado por causa de suas



opiniões, poder investigar e receber informações e opiniões e difundi-las, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão”.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica, foi assinada pelo Brasil em 22.11.1969, sendo convertida em lei ordinária somente em 06.11.1992, ao ser promulgada pelo Decreto n. 678 (face ao Decreto Legislativo n. 27, de 26.5.1992), revogando, então, qualquer dispositivo legal anterior em contrário.

[...]

Neste momento, é relevante salientar a natureza normativa do tratado internacional de direitos humanos incorporado à ordem jurídica interna. Trata-se, como disse o Ministro Gilmar Mendes, de instrumento normativo que goza de condição superior à toda a legislação infraconstitucional, conclusão esta que ganha cada vez mais força no interior do Supremo Tribunal Federal (voto no RE n. 464.343-1/SP).

Na mesma linha, reconhece a própria Administração Federal, como textualmente aponta o Programa Nacional de Direitos Humanos (instituído pelo Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996, e objeto do Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2003):

[...]

A respeito, em reunião do Conselho de Comunicação Social, realizada na data de 4.8.2003, debateu-se sobre o tema “Interferência dos Sinais de Radiofrequência nos Sistemas de Comunicação utilizados no Tráfego Aéreo” (conforme consta do Procedimento Administrativo n. 1.29.000.000623/2001-06, realizado pela Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul). Nas manifestações do Diretor do Departamento de Controle do Espaço Aéreo, Sr. Flávio de Oliveira Lancaster, claro fica o fato de que os riscos de interferência devem-se, sobretudo, a emissões de alta ou excessiva potência. Não há caso algum de acidente com aviões causados em razão de radiointerferência nos comandos de vôo ou comunicação. E, nos casos em que esta se verificou, foi proveniente de rádios comerciais de alta potência. Quando indagados da possibilidade de rádio comunitária (25 watts) provocar interferência na segurança de vôo, afirmaram os técnicos presentes que o fenômeno poderia ocorrer apenas em caso de equipamentos mal regulados – o que pode ocorrer com qualquer emissora, inclusive as autorizadas, conforme depreende-se da manifestação do Sr. Paulo Roberto Cardoso Vilarinho,



Vice-Diretor de Planejamento do Departamento de Controle do Espaço Aéreo.

Releva, aqui, o papel fiscalizatório da Anatel: quando houver distorções, cabe à autarquia localizar e autuar a emissora responsável. Enfim, não pode o Estado escusar-se através de alegações genéricas e hipotéticas sobre o risco, como, aliás, faz nestes autos.

Registre-se que o risco de interferências danosas é potencialmente maior em relação às emissoras comerciais, que operam em potências muito superiores, não se configurando como meio adequado para o resguardo dos demais bens jurídicos que se diz proteger a interrupção do funcionamento das rádios comunitárias que estão a operar sem autorização, sobretudo daquelas que já possuem requerimento a tramitar perante o Ministério das Comunicações. E ainda mais quando tal se dá através de atos que extrapolam as competências conferidas à Anatel, em flagrante violação do princípio da legalidade. Ou seja, são patentes a ilegalidade, a inconstitucionalidade e a ilegitimidade da ação do Poder Público.

No concernente à análise da necessidade do meio, conclui-se que existem meios menos restritivos aos direitos fundamentais, quais sejam, por exemplo: (1) análise dos pedidos de autorização de forma mais célere pelo Ministério das Comunicações, (2) permissão de funcionamento de forma provisória àquelas rádios comunitárias que possuam pedidos de autorização já encaminhados, até porque a volumosa demanda de requerimentos que se apresenta expressa o desejo das entidades de operarem regularmente.

Neste caso, caberia à Anatel realizar a fiscalização e autuar aquelas rádios comunitárias cuja transmissão não se dê de acordo com a previsão legal, o que diferente é da interrupção indiscriminada de funcionamento.

E, por fim, da verificação da proporcionalidade em sentido estrito conclui-se que o procedimento de análise de requerimentos de autorização para execução de serviço de radiodifusão comunitária, por parte do Ministério das Comunicações, e a forma de fiscalização empreendida pela ANATEL, estão a restringir de maneira excessiva direitos fundamentais de livre manifestação, informação, comunicação, acesso à cultura local e liberdade de associação e organização.

De todo o exposto, conclui-se que:

a) Administração não pode, valendo-se de sua própria omissão, impedir, de modo indefinido, com chancela judicial, o não fun-



cionamento de rádios comunitárias, por ofensa direta ao princípio que impede alguém de beneficiar-se de sua própria torpeza;

b) não se pode admitir a restrição de direitos e bens jurídicos fundamentais, mediante a alegação, abstrata e hipotética, sem demonstração no caso concreto, de que rádios comunitárias, pelo simples fato de funcionarem, acarretam prejuízos e danos à segurança ou à regularidade de outros órgãos de comunicação social, por ofensa direta ao princípio da proporcionalidade; [...] [grifos nossos]

Igualmente, não há como deixar de registrar que as rádios comunitárias representam importante mecanismo de fortalecimento da democracia participativa, na medida em que abrem um significativo canal para o exercício da liberdade de expressão em comunidades carentes.

Tais rádios constituem relevante fonte de divulgação de informação nas comunidades em que operam, veiculando temas e notícias de interesse local. Essas comunidades não encontrariam espaço nos instrumentos tradicionais de comunicação de massa.

Seu funcionamento ajuda, também, a promover o pluralismo cultural, uma vez que as rádios comunitárias franqueiam acesso a manifestações culturais locais que não encontrariam ressonância nos demais meios de comunicação.

Esclarecida sua importância, cumpre agora analisar, em um primeiro momento, o tratamento jurídico-penal dado à operação das rádios comunitárias sem autorização para, em um segundo momento, examinar o papel do Ministério Público como instituição constitucionalmente destinada à “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*) e de que forma essa exigência de promoção dos direitos fundamentais interfere na atuação penal da Instituição.

3 O tratamento jurídico-penal dado à operação das rádios comunitárias

A primeira indagação que necessita ser feita, quando se propõe o exame da legitimidade da criminalização das rádios comunitárias, é, inevitavelmente, a seguinte: a conduta em questão apresenta tipicidade penal?

Com efeito, a Lei n. 4.117/1962 (antigo Código Brasileiro de Telecomunicações) previa, em seu art. 70, a seguinte figura típica:



Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada de metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de *telecomunicações*, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos.

Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.

A Constituição Federal de 1988, após a Emenda Constitucional n. 8, de 1995, entretanto, distinguiu os serviços de telecomunicação dos de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Com efeito, ao estabelecer a competência material da União, prescreveu que lhe compete “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais” (art. 21, XI), além de “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens” (art. 21, XII, a). Igualmente, ao tratar da competência legislativa da União, autorizou-a privativamente a legislar sobre “águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão” (art. 22, IV).

Antes da alteração do texto constitucional, a radiodifusão constituía apenas uma das formas de telecomunicação, tanto que a Lei n. 4.117/1962 arrolava entre os serviços de telecomunicação o de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão (arts. 4º e 6º, *d*, com a redação dada pela Lei n. 5.250/1967).

O novo Código Brasileiro de Telecomunicação (Lei n. 9.472/1997) não disciplina, em princípio, a radiodifusão.

Como leciona Silveira (2001, p. 133-134):

Por força do art. 215 desse novo diploma legal, a Lei n. 4.117/62 foi revogada, salvo quanto à matéria penal não tratada no novo Código e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.

Em virtude dessa ressalva, a radiodifusão sonora permaneceu mantida nos termos do antigo Código Brasileiro de Telecomunicação (Lei n. 4.117/62 e Decreto-lei n. 236/67 e seus respectivos regulamentos: Decreto n. 52.026, de 20.5.1963 (Regulamento Geral) e Decreto n. 52.795, de 31.10.1963 (Regulamento Específico dos Serviços de Radiodifusão)).



Portanto, os preceitos do novo Código Brasileiro de Telecomunicação, teoricamente, não se aplicam à radiodifusão, que continua regrada pelo antigo Código Brasileiro de Telecomunicação, inclusive no que tange à matéria penal nele contida, salvo modificações pela legislação posterior.

Há que se observar, ainda, que o antigo Código Brasileiro de Telecomunicação foi profundamente alterado pela Lei n. 9.612/1998, que instituiu, como *lex specialis*, o Serviço de Radiodifusão Comunitária.

Hoje, portanto, de forma bastante esquemática, o quadro normativo é o seguinte: as telecomunicações em geral são reguladas pela Lei n. 9.472/1997 (atual Código Brasileiro de Telecomunicação); a radiodifusão de alta potência e as rádios educativas (que também são de alta potência) permanecem reguladas pela Lei n. 4.117/1962 (antigo Código Brasileiro de Telecomunicação); já as rádios comunitárias possuem regramento próprio, consistente na Lei n. 9.612/1998.

Feita essa breve digressão histórica, pode-se constatar que, no tipo penal contido no art. 70 do antigo Código Brasileiro de Telecomunicação (Lei n. 4.117/1962), a elementar “telecomunicações” não pode mais englobar o serviço de radiodifusão, pois a própria Constituição Federal fez a distinção.

Citam-se, novamente, os ensinamentos de Silveira (2001, p. 199):

Tanto é verdade que o novo Código Brasileiro de Telecomunicação, em seu art. 183, tipificou o delito correspondente à ação delituosa perpetrada contra as telecomunicações somente. Sem uma tipificação específica para *radiodifusão*, não há como aproveitar a elementar telecomunicações para duas figuras penais distintas, relativamente a uma só ação. Nem há de falar do efeito residual do termo *telecomunicações*, para se manter nele a radiodifusão, se assim não o quis a própria Constituição e nem mesmo o novo Código Brasileiro de Telecomunicação, eis que ressalva (art. 215, I), ao revogar taxativamente a Lei n. 4.117/62, apenas a “matéria penal não tratada nesta lei”, referindo-se obviamente aos demais crimes, referentes à radiodifusão, capitulados no antigo código.

A conclusão óbvia é que a própria Constituição restringiu o alcance do art. 70 da Lei n. 4.117/1962 ao distinguir os serviços de telecomunicações e de radiodifusão, antes abrangidos nesse tipo penal. A partir de 1988, destarte, a norma penal incriminadora passou a não mais englobar a radiodifusão. Como defende Silveira (2001, p. 199):



[...] ele [o art. 70 da Lei n. 4.117/1962] obviamente, ficou valendo apenas para as telecomunicações, até a edição do novo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), quando, então, foi definitivamente revogado, eis que esse diploma legal cuidou de tipificar o mesmo crime, relativamente às telecomunicações (art. 183).

O novo Código Brasileiro de Telecomunicação (Lei n. 9.472/1997) tipificou como conduta delituosa não mais a simples instalação ou utilização de telecomunicações sem observância do disposto na lei ou nos regulamentos, como fazia a antiga Lei n. 4.117/1962 (art. 70), mas o desenvolvimento de atividade clandestina de telecomunicações:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena – Detenção de dois a quatro anos, aumentada de metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, *direta ou indiretamente, concorrer para o crime.*

Especificamente, em se tratando das chamadas rádios comunitárias, aplica-se a legislação especial, isto é, a Lei n. 9.612/1998, que não prevê sanções criminais, mas apenas administrativas.

Chama atenção o fato de que a *lex specialis* não se reportou a nenhum tipo penal quando cuidou das infrações a seus preceitos. Ao contrário, quando elencou as infrações na operação do serviço de radiodifusão comunitária, fez referência apenas a si própria, sem qualquer remissão a outras leis sobre radiodifusão ou telecomunicação.

Eis sua dicção:

Art. 21. Constituem infrações na operação das emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária:

I – usar equipamentos fora das especificações autorizadas pelo Poder Concedente;

II – transferir a terceiros os direitos ou procedimentos de execução do serviço;

III – permanecer fora de operação por mais de trinta dias sem motivo justo;

IV – *infringir qualquer dispositivo desta Lei ou da correspondente regulamentação.*



Como se não bastasse, o legislador especial somente estipulou sanções administrativas aplicáveis às infrações anteriormente indicadas, tais como a advertência, a multa ou, em caso de reincidência, a revogação da autorização (art. 21, parágrafo único).

É claro que, para adequar-se aos preceitos da Lei n. 9.612/1998, o serviço de radiodifusão deve ter potência limitada a 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a 30 (trinta) metros (art. 1º, § 1º). Isso porque a própria lei de regência caracteriza o Serviço de Radiodifusão Comunitária como a “radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço” (art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.612/1998)¹⁰.

A intenção do legislador, como se deve perceber, foi a de não instituir qualquer tipo penal na seara da radiodifusão comunitária, o que, acaso houvesse feito, certamente contrariaria o próprio espírito da lei (e da Constituição), negando os direitos fundamentais à informação e à liberdade de expressão (*freedom of speech*), que possuem, nas rádios comunitárias, relevante instrumento de veiculação.

4 A (i) legitimidade da criminalização à luz dos princípios da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos

Do ponto de vista estrito da ciência do direito penal, o simples fato de entrar em funcionamento antes da autorização do órgão concedente não torna a rádio comunitária lesiva à sociedade e/ou ao Estado a ponto de se transformar em conduta penalmente relevante.

Com efeito, a operação desautorizada das rádios comunitárias, quando muito, merece eventual reprovação e punição, mas apenas na esfera administrativa, jamais na órbita penal.

¹⁰ Por sua vez, o Decreto n. 2.615/1998, que regulamenta o Serviço de Radiodifusão Comunitária, estabelece que “a potência efetiva irradiada por emissora de RadCom será igual ou inferior a vinte e cinco watts” (art. 5º) e que “a cobertura restrita de uma emissora RadCom é a área limitada por um raio igual ou inferior a mil metros a partir da antena transmissora, destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro, uma vila ou uma localidade de pequeno porte” (art. 6º).



Não se pode perder de vista que o direito penal é subsidiário, constituindo uma *ultima ratio*, aplicável em casos nos quais todos os demais meios sancionadores menos incisivos se mostrarem ineficazes.

Obviamente, daí não resulta a impossibilidade de criminalização de condutas que ofereçam mero risco ou perigo de dano. Não se duvida da existência dos chamados “crimes de perigo”, aquelas infrações penais incidentes sobre comportamentos humanos que não chegam a ocasionar efetiva lesão a um bem jurídico. A legitimidade da penalização de tais condutas reside, evidentemente, na probabilidade de causar o dano (lesão)¹¹.

As normas penais do art. 70 da Lei n. 4.117/1962 e do art. 183 da Lei n. 9.472/1997, se interpretadas como meras infrações administrativas, não se compatibilizam com o modelo de direito penal do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, com a Constituição da República. Em outras palavras, revela-se inconstitucional qualquer leitura dos dispositivos penais que concentre o cerne da penalização na pura e simples falta de autorização administrativa, sem que da instalação ou do uso do aparelho resulte ou possa resultar qualquer hipótese de dano ou mesmo de perigo (efetivo).

Um dos princípios basilares do direito penal contemporâneo é o princípio da ofensividade (ou lesividade), pelo qual, na lição de Palazzo (1989, p. 79), “o fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) do bem jurídico tutelado”.

Esse princípio caminha junto a outro, denominado princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que, para Gomes (2002, p. 42-43), delimita uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja sua tarefa proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma religião etc.

¹¹ Muito se discute sobre a legitimidade (e até mesmo constitucionalidade) dos chamados “crimes de perigo abstrato”, que são aquelas infrações penais cujo risco ao bem jurídico protegido é presumido pelo legislador. O aumento crescente de tipos penais dessa espécie é inegável. A própria compreensão da sociedade moderna como sociedade de risco exige a antecipação da tutela penal, especialmente em campos como os crimes ambientais, a criminalidade organizada, as agressões contra a ordem econômica e tributária etc. O direito penal passa a intervir, antes mesmo da ocorrência de qualquer lesão ao bem jurídico tutelado. No caso específico dos crimes na área das telecomunicações, entendemos não ser possível compreender os tipos penais como delitos de perigo abstrato; ao contrário, deve-se sempre exigir a comprovação do efetivo perigo ao bem jurídico tutelado.



O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos exerce, assim, um papel de limite do *ius puniendi*, impedindo, ainda, que o Estado venha a criminalizar condutas inofensivas para bens jurídicos relevantes¹².

A própria noção (conceito) de bem jurídico para fins de proteção do direito penal deve ser reconduzida ao texto constitucional, cuja matriz axiológica deve servir de limite à atividade do legislador ao prever modelos de condutas proibidas. Daí a importância do conceito de bem jurídico para a delimitação da legitimidade do direito penal.

Assim, consoante Prado (1997, p. 76),

[...] o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. [...] Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas.

Portanto, as normas penais incriminadoras em comento só podem ser consideradas constitucionalmente válidas se, para sua incidência, exigirem uma situação fática que revele perigo efetivo ao bem jurídico protegido (segurança dos meios de comunicação)¹³.

A própria Lei das Rádios Comunitárias (Lei n. 9.612/1998) considera de baixa potência o serviço de radiodifusão prestado à comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 (vinte e cinco) watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a 30 (trinta) metros (art. 1º, § 1º)¹⁴. Há que se dizer que a potência lesiva da rádio em operação não depende apenas do equipamento utilizado ou da potência de seu transmissor, mas de uma série de outros fatores relacionados à área de serviço da rádio

¹² Segundo Gomes (2002, p. 41-42), os princípios da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos costumam ser tratados indistintamente pela doutrina e jurisprudência estrangeiras. Não obstante a discordância do autor, que entende serem diversos os princípios, cremos desnecessário aprofundar a discussão, ao menos para os fins a que se propõem o presente trabalho.

¹³ Um argumento bastante utilizado em desfavor da operação das rádios comunitárias, de caráter pretensamente técnico, é o de que elas causariam “radiointerferências nas faixas aeronáuticas”, colocando em risco a navegação aeronáutica. A discussão, além de ser pouco explorada, possui caráter técnico, envolvendo conhecimentos de áreas como a engenharia elétrica. A falta de comprovação técnica do argumento das interferências, contudo, pode ser constatada em Manhães (2006) e em Tome, Bottesi e Solha (2008).

¹⁴ Entende-se atípica a conduta, por aplicação do princípio da insignificância penal, quando a potência do aparelho transmissor não excede a 25 (vinte e cinco) watts.





(intensidade de campo, tendo em vista a altura da antena sobre o solo, a potência de saída, o ganho horizontal e vertical da antena, o relevo do local, a eficiência da linha de transmissão, a distância entre estações etc.).

Sem dados empíricos precisos disponíveis, arriscamos dizer que, na maioria dos casos, a investigação policial é encerrada sem a realização de perícia *in loco* que demonstre ter a rádio operado com potência efetiva irradiada acima do limite de segurança. Normalmente, a Polícia dá por concluído o inquérito policial ao contentar-se com a informação sobre a potência do aparelho transmissor, registrando tratar-se de crime de mera conduta (presunção *iuris et de iure* de perigo ao bem jurídico).

Em tais situações, não há como justificar a intervenção do direito penal, pois é inexistente a comprovação de efetiva colocação em perigo do bem jurídico tutelado. Mera possibilidade de que a rádio, quando em operação, pudesse causar danos a terceiros (e ao Sistema Nacional de Telecomunicações) não basta à configuração dos tipos penais do art. 70 da Lei n. 4.117/1962 e do art. 183 da Lei n. 9.472/1997.

5 O papel do Ministério Público no tratamento das rádios comunitárias: a promoção dos direitos fundamentais

Por todos os motivos já expostos, resta claro o entendimento de que a única postura constitucionalmente adequada por parte do Ministério Público é a de não criminalização das rádios comunitárias¹⁵.

Nessa linha, importa registrar o trabalho desenvolvido pelos Procuradores da República Sérgio Gardenghi Suiama e Fernando de Almeida Martins, que propuseram a Ação Civil Pública n. 2007.61.00.010459-7,

¹⁵ Com o respaldo de amplo acesso a dados colhidos de unidades do Ministério Público Federal em todo o Brasil, Ramos (2008, p. 25) buscou demonstrar que há um grande descompasso entre a atuação da Instituição nas esferas criminal e cível, prevalecendo, em quantidade, os processos criminais instaurados pelo *Parquet* Federal contra as rádios comunitárias. De modo geral, embora o princípio da independência funcional permita a cada procurador da República formar sua convicção livremente, há uma forte tendência à criminalização das rádios comunitárias. Registra-se, ainda, que o posicionamento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, órgão colegiado responsável pela coordenação, integração e revisão do exercício funcional no MPF em assuntos criminais, sempre foi o de plena vigência dos tipos penais incriminadores da operação dessas rádios (art. 70 do antigo Código de Telecomunicações e art. 183 do novo Código).





perante a Justiça Federal de São Paulo-SP¹⁶, com o objetivo de tutelar o direito à comunicação de milhares de associações comunitárias, lesado pela negligência da União no que diz respeito à apreciação dos pedidos de autorização de funcionamento de rádios comunitárias em todo o país.

Na referida ação, os representantes do Parquet Federal buscaram demonstrar, em síntese, que:

- a) o *direito à comunicação*, isto é, a livre e igualitária circulação de ideias no espaço público, é direito fundamental cujo exercício, no serviço de radiodifusão comunitária instituído pela Lei n. 9.612/1998, está condicionado à emissão, pela União, de ato de autorização dirigido a fundações e associações comunitárias sem fins lucrativos;
- b) a União vem sistematicamente prejudicando o exercício desse direito, uma vez que posterga, para muito além do prazo razoável exigido pela Constituição, a apreciação dos pedidos de outorga de radiodifusão comunitária que lhe são formulados;
- c) e visto que as comunidades que decidem realizar suas emissões independentemente do ato de outorga sofrem sistemática perseguição estatal, faz-se imprescindível a concessão de tutela jurisdicional coletiva para garantir o funcionamento provisório das rádios comunitárias brasileiras nos casos de excessiva demora na apreciação dos pedidos de autorização.

Nos estudos desenvolvidos para a propositura da ação, os procuradores da República constataram a existência de um procedimento administrativo de concessão de serviço de radiodifusão comunitária extremamente burocratizado e moroso. Em média, de acordo com o extenso trabalho de pesquisa, a tramitação do pedido de outorga leva 3 (três) anos e 6 (seis) meses, sem que, até que seja obtida a autorização estatal, as associações comunitárias possam exercer seu direito fundamental à comunicação!

Além disso, ao mesmo tempo em que dificulta/inviabiliza o livre exercício do direito à comunicação, impondo às associações comunitárias de todo o Brasil uma verdadeira via crucis até a obtenção da outorga

¹⁶ Embora a ação tenha sido ajuizada em São Paulo, seus autores pleitearam *tutela antecipatória de efeitos nacionais* para o fim de ordenar à União e à ANATEL que *se abstenham de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão comunitária* prestados pelas associações comunitárias e fundações instaladas em todo o território nacional que apresentaram pedido administrativo há mais de 18 (dezoito) meses.





oficial, o Estado (*lato sensu*) promove ações penais de repressão às rádios, com vigor surpreendente¹⁷!

Em conclusão, os autores da ação anotam que “a União vem prestando um péssimo serviço de outorga de radiodifusão comunitária, ao tempo em que revela excepcional eficiência na repressão policial e administrativa às rádios não-autorizadas”.

Na doutrina, Sarmiento (2007, p. 37) também aponta a inadequação do tratamento que vem sendo dado pelo Poder Público às rádios comunitárias:

As rádios comunitárias estão reguladas no Brasil pela Lei n. 9.612/98. Todavia, cumpre notar que te havido sérias falhas na atuação do Poder Público nesta seara. A lentidão do Estado na outorga das licenças e a imposição de exigências burocráticas praticamente intransponíveis para as pessoas pobres e humildes que normalmente exploram estas rádios têm arrastado muitos destes veículos para situações de irregularidade. Neste contexto, as pessoas que se envolvem na exploração de rádios comunitárias – geralmente lideranças sociais em áreas carentes –, apesar de desempenharem um papel extremamente relevante na democratização da comunicação social, ficam sujeitas não só ao exercício do poder de polícia do Estado – sempre mais duro contra os despossuídos do que contra os poderosos – como também aos rigores de uma legislação penal draconiana e desproporcional. Na prática, ao invés de estimular as rádios comunitárias, como seria o seu dever constitucional, o Estado as tem coibido, atuando em consonância com os interesses da grande mídia.

Em idêntico sentido, Binenbojm (2006, p. 17) ressalta a mesma contradição, mencionando:

[...] o acesso à grande imprensa, uma outra dimensão importante da promoção do acesso de tais grupos marginalizados ao debate público consiste no reconhecimento e legalização, pelo poder público, de seus próprios instrumentos de expressão cultural e difusão de notícias. Há na Constituição um mandado de otimização implícito (I) no princípio do pluralismo político, (II)

¹⁷ A respeito da mesma ação, os procuradores da República relatam que o número de outorgas dadas pelo Ministério das Comunicações (MinC) é muito inferior ao de fechamento das rádios (atuação repressiva) e observam que, nos anos em que houve menor número de outorgas, houve aumento de interrupções de funcionamento das rádios não autorizadas. De 2002 a 2006, por exemplo, foram fechadas 9.449 rádios não autorizadas com frequência inferior a 25 watts, ou seja, que nada afetam o espectro de radiofrequência. A atividade fiscalizadora exercida pela ANATEL resulta na instauração de inquéritos policiais e, no mais das vezes, em ações penais contra os responsáveis pelas rádios comunitárias.





na vedação de monopólios e oligopólios dos meios de comunicação social, (III) na consagração do direito de acesso à informação e (IV) no aspecto positivo ou participativo da liberdade de expressão, que impõe um dever para o Estado de reconhecimento e promoção de fenômenos como as rádios comunitárias, cujo papel é o de dar voz a grupos tradicionalmente alijados do debate público e condenados à invisibilidade social. *Seria, de fato, uma contradição que o Estado, além de não prover acesso adequado das comunidades carentes à grande mídia, ainda pretendesse lhes tolher o uso do instrumento expressivo por elas mesmas desenvolvido.* [grifos nossos]

O contrassenso citado serve de alerta para a inadequada penalização das rádios, especialmente – mas não apenas – quando pendentes de análise, pelo Ministério das Comunicações (MinC), pedidos de outorga feitos pelos representantes das associações comunitárias, como no caso em exame.

Destaca-se, ainda, que, sem jamais olvidar a função institucional de promover, com privatividade, a ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal), o Ministério Público tem a missão constitucionalmente imposta de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*).

Nesse sentido, e sendo certo que a defesa dos direitos fundamentais é uma exigência que recai sobre toda a Instituição, propõe-se que o Parquet Federal deva buscar não apenas punir, mas garantir e concretizar direitos (*in casu*, o direito à comunicação e à liberdade de expressão, manifestadas por meio das rádios comunitárias). Trata-se de repensar a atuação do Ministério Público Federal, deslocando-se o enfoque da atuação, antes centrada na esfera penal, para o papel de garantidor e promotor de direitos.

6 Conclusão

A liberdade de expressão, garantida nos Estados Unidos da América desde a 1ª Emenda à Constituição, em 1791, é atualmente o mais valorizado direito fundamental no ordenamento jurídico norte-americano, possuindo primazia sobre outros direitos (*preferred right*). À exceção do período da chamada *fairness doctrine*, criada pela agência reguladora das comunicações dos EUA, sempre prevaleceu na tradição jurídica daquele



país uma concepção libertária do *freedom of speech*, compreendido, assim, como direito negativo, a exigir absentéismo estatal.

Diferentemente, na Alemanha, a liberdade de expressão é vista não como mero direito subjetivo individual, mas como um valor objetivo de toda a ordem jurídica, assim reclamando ações positivas por parte do Estado para sua proteção e promoção. São os chamados “deveres estatais de proteção”, consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, amplamente reconhecida no ordenamento jurídico germânico.

O estudo do direito comparado serve para demonstrar que são complementares as concepções da liberdade de expressão como direito negativo, a impor não interferência estatal, e como direito positivo, a demandar um Estado ativista, promotor desse importante direito fundamental.

A Constituição da República de 1988 garantiu a liberdade de expressão e seus consectários em diversos dispositivos. No rol de direitos fundamentais (art. 5º), assegurou a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), e o direito ao acesso à informação e a garantia do sigilo da fonte (inciso XIV). Além disso, a Lei Maior dedicou um capítulo próprio para a “comunicação social”, enfatizando a garantia da liberdade da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 220, *caput*). Nesse capítulo, também proibiu a edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º) e ainda vedou qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 2º).

A Constituição ainda previu, como fundamento do Estado brasileiro, o pluralismo político (art. 1º, inciso V), o qual guarda íntima relação com a liberdade de expressão, por constituir um dos principais instrumentos para sua proteção.

Ademais, o constituinte foi expresso em proibir a existência de monopólios ou oligopólios nos meios de comunicação social (art. 220, § 5º), regra essa que, infelizmente, jamais atingiu verdadeira eficácia social, pois é notório o altíssimo índice de concentração dos meios de comunicação de massa no país.

Por fim, registre-se que a Constituição de 1988 impôs diversos parâmetros de atuação para os meios de comunicação social ao estabelecer princípios que as emissoras de rádio e televisão devem observar em sua programação: “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais



e informativas”, “promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação”, “regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei” e “respeito aos valores éticos e sociais da família” (art. 221).

Fica evidente a opção da Lei Maior por Estado atuante no que diz respeito à liberdade de expressão, sendo necessária sua promoção nos meios de comunicação social. Advém dessa constatação, aliás, a legitimidade da atividade regulatória do Poder Público no âmbito da mídia eletrônica, sempre visando fomentar maior pluralismo, tanto externo (democratização dos veículos de comunicação) quanto interno (relativo à programação).

No Brasil, as rádios comunitárias constituem legítimo instrumento de democratização e concretização do acesso ao direito de comunicação, informação e pluralismo. Igualmente, representam importante mecanismo de fortalecimento da democracia participativa, na medida em que abrem um significativo canal para exercício da liberdade de expressão em comunidades carentes.

Não obstante a isso, são frequentes os inquéritos policiais e as ações criminais envolvendo rádios comunitárias, ora aplicando-se o tipo penal do art. 70 da Lei n. 4.117/1962, ora incidindo o art. 183 da Lei n. 9.472/1997 – respectivamente, antigo e novo Código Brasileiro de Telecomunicações.

Todavia, especificamente com relação às rádios comunitárias, foi editada a Lei n. 9.612/1998, que não previu nenhum tipo penal; apenas estipulou sanções administrativas aplicáveis às infrações previstas na *lex specialis*.

Ainda que se considerem aplicáveis às rádios comunitárias os tipos penais mencionados, não se pode considerar legítima a criminalização da operação das rádios pela simples falta de autorização. O direito penal não desconhece a categoria dos “crimes de perigo”, infrações penais que não ocasionam efetiva lesão a um bem jurídico. A legitimidade da criminalização de tais condutas reside na probabilidade de ocorrência do dano (lesão).

Os princípios da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos, essenciais ao direito penal, exigem que, para que as normas penais incriminadoras em comento sejam consideradas constitucionalmente válidas, a conduta proibida revele perigo efetivo ao bem jurídico protegido (segurança dos meios de comunicação).



Na maioria dos casos, a investigação criminal dirigida à operação de rádio comunitária não é acompanhada de realização de perícia *in loco*, que possa demonstrar ter a rádio operado com potência efetiva irradiada acima do limite de segurança (Lei n. 9.612/1998). Normalmente, encerra-se o inquérito policial com a informação sobre a potência do aparelho transmissor, registrando tratar-se de crime de mera conduta. Injustificável a intervenção do direito penal, pois a mera possibilidade de que a rádio, quando em operação, possa causar danos a terceiros (e ao Sistema Nacional de Telecomunicações) não basta à configuração dos tipos penais do art. 70 da Lei n. 4.117/1962 e do art. 183 da Lei n. 9.472/1997.

Em outra sorte de considerações, evidencia-se uma séria contradição na atuação dos órgãos do Estado, que, além de não promoverem adequadamente o acesso das comunidades carente à mídia, ainda efetuam a repressão de sua atividade.

Como titular da ação penal privada (art. 129, I, da Constituição da República), cabe ao Ministério Público Federal enfrentar o problema da criminalização das rádios comunitárias. Ocorre que a Instituição também possui a missão constitucionalmente imposta de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*). A defesa dos direitos fundamentais, destarte, é uma exigência que recai sobre todo o Parquet, o que faz com que se desloque o enfoque da atuação, antes centrada na esfera penal, para o papel de garantidor e promotor de direitos, tais como a liberdade de expressão.

Referências

BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, comunicação social e as novas plataformas tecnológicas. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma nova dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. t. 1.



BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, n. 5, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: RT, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FARIAS, Edilson. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

_____. *Liberdade de expressão: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*. Tradução de Gustavo Binbenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FONTES JÚNIOR, João Bosco Araújo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

MANHÃES, Marcus. *Desmistificando as interferências de radiodifusão FM em comunicações aeronáuticas*. 2006. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/comunicacao-social/radios-comunitarias/radios-comunitarias>>. Acesso em: 6 abr. 2010.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.



RAMOS, Luciana de Souza. *Ministério Público Federal: entre a defesa do direito à comunicação e a criminalização das rádios comunitárias*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/comunicacao-social/radios-comunitarias/radios-comunitarias>>. Acesso em: 6 abr. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 jun. 2009.

SILVEIRA, Paulo Fernando da. *Rádios comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOME, Takahi; BOTTESI, Carlos; SOLHA, Hélio. *Rádio comunitária derruba avião? Em busca de respostas a um mito*. 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/comunicacao-social/radios-comunitarias/radios-comunitarias>>. Acesso em: 6 abr. 2010.



VII CURSO DE INGRESSO E VITALICIAMENTO PARA PROCURADORES DA REPÚBLICA

GEORGE NEVES LODDER

**A RETROATIVIDADE DO
NOVO PARÁGRAFO 1º DO
ART. 231 DO CÓDIGO PENAL**





GEORGE NEVES LODDER

Sumário: 1 Introdução. 2 Histórico das redações do art. 231 do Código Penal de 1940 e a criação do novo § 1º. 3 Concurso de pessoas, teorias sobre o momento em que se inicia a execução e a relevância do presente estudo. 4 A interpretação doutrinária da expressão *intermediar* contida no art. 231, *caput*, do Código Penal, com redação da Lei n. 11.106/2005, e sua abrangência sobre as condutas do novo § 1º. 5 A interpretação jurisprudencial da expressão *intermediar* contida no art. 231, *caput*, do Código Penal, com redação da Lei n. 11.106/2005, e sua abrangência sobre as condutas do novo § 1º. 6 Art. 231, *caput*, do Código Penal, com redação da Lei n. 11.106/2005. Influência das normas internacionais de proteção aos direitos humanos. 7 Reflexões sobre a abrangência da expressão *intermediar*. 8 Conclusão.





1 Introdução

Como cediço, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL, da Constituição).

Esse postulado, um dos mais conhecidos e importantes do direito penal em âmbito internacional, em alguns casos pode propiciar perplexidade e intensa dúvida entre juristas e operadores do direito, seja pelo embaraço em qualificar qual – entre a norma anterior e a posterior – é, de fato, a mais benéfica¹; seja pela suscitada e, de modo geral, não admitida combinação de regras; seja pela declaração da pré-existência, ou não, do conteúdo do novo tipo no ambiente do direito penal objetivo.

Afigura-se indiscutível que o reconhecimento da *novatio legis* incriminadora ou da *novatio legis in pejus* demanda rigoroso estudo sobre o texto revogado ou excepcionado, a fim de se certificar a efetiva inovação no ordenamento jurídico.

Nessa senda, salienta-se, quanto a uma das modificações impostas ao Código Penal pela Lei n. 12.015/2009, qual seja, a alteração do § 1º do art. 231, que passou a incriminar, expressamente, o agenciamento, o aliciamento, a compra, entre outras condutas, que há de surgir veemente controvérsia envolvendo a sua aplicação aos fatos ocorridos antes de 7 de agosto de 2009.

A solução de tal contenda passa pelo estudo do revogado art. 231, *caput*, que exibia em seu texto a expressão intermediar, cujas balizas devem ser estabelecidas pelo intérprete que pretenda resolver a questão proposta.

A ambição do presente estudo constitui precisamente levar essa tarefa a efeito, a começar pelo reavivamento do arcabouço legal pertinente.

¹ Consoante lição de Asúa, são inúteis regras casuísticas formuladas em abstrato sobre a lei penal mais benigna, pois o problema tem de decidir-se em cada caso concreto, comparando-se em cada fato real o resultado da aplicação de várias leis.

De modo geral, toda norma que amplie o âmbito da licitude penal, quer restringindo o campo do *jus punitivis*, quer estendendo o do *jus libertatis*, de qualquer forma, pode ser considerada *lex mitior*.

Observe-se, porém, que esse resultado só pode ser alcançado após acurado exame das normas em conflito em face do caso concreto, pois uma disposição aparentemente mais favorável ao sujeito pode ser, na realidade, muito mais severa (JESUS, 1999, p. 92).





2 Histórico das redações do art. 231 do Código Penal de 1940 e a criação do novo § 1º

O art. 231 do Código Penal de 1940 trazia, sob a rubrica de tráfico de mulheres, o seguinte texto: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro”.

Em 28 de março de 2005, com a publicação da Lei n. 11.106, inaugurou-se no país o conceito de tráfico de pessoas, com a ampliação do tipo objetivo, com o intuito de proteger também os homens sujeitos a exploração sexual. A evolução legal não se limitou a esse ponto, a expandir, outrossim, a pena cominada aos atos de intermediação, nos seguintes termos: “Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro”.

Finalmente, para esclarecer a extensão do tipo penal ou silenciar eventuais controvérsias, a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, com clara influência do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, criminalizou o “Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual”, mediante a subsequente previsão: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro”.

Conquanto a retirada da conduta típica intermediar, esta passou a integrar, de maneira desconcentrada, o novel § 1º, assim transcrito: “Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la”.

3 Concurso de pessoas, teorias sobre o momento em que se inicia a execução e a relevância do presente estudo

Examinada a legislação concernente à questão, pode remanescer alguma indagação acerca da utilidade da presente análise, sobretudo se





considerada a regra instituída pelo art. 29 do Código Penal, segundo a qual, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

A esse propósito, Ela Wiecko V. Castilho (2006, p. 9) já alertara:

Os verbos utilizados para descrever a conduta em cada hipótese de tráfico são diferentes, nem sempre abrangendo o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento e a recolha de pessoas. Entretanto, cabe lembrar que a criminalização dessas condutas é admissível a título de participação dolosa, consoante previsão na Parte Geral do Código Penal (art. 29).

Esse posicionamento, com efeito, corresponde a uma visão que leva em conta a inexorável punição de toda a quadrilha, no momento em que se empreende profícua ação repressiva estatal a comprovar a consumação do crime de tráfico internacional de pessoa. No entanto, o que dizer quando a fase de execução desse delito sequer começou?

É claro que se adotada a teoria subjetiva, concernente à passagem da fase da preparação para a da execução, não haveria o que se discutir, mercê de esta se ater ao intuito criminoso, a ponto de se desconsiderar qualquer distinção entre as duas fases. Tal teoria não foi adotada pelo Código Penal, contudo.

Posta como premissa a teoria objetiva, acolhida por lei, doutrina e jurisprudência, percebe-se que, no caso do tráfico de pessoa, o instante alusivo ao início da execução será fixado de acordo com a corrente espousada. Portanto, incumbe recordar as subdivisões da teoria abordada:

a) *teoria objetivo-formal*, preconizando que ato executório é aquele que “constitui uma parte real do fato incriminado pela lei” (von Liszt, Birkmeyer), ou, nas palavras de Beling, atos executórios são os que fazem parte do núcleo do tipo (verbo) (cf. HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 83-84). Ainda no contexto da teoria objetivo-formal, pode-se destacar a teoria da hostilidade ao bem jurídico, sustentando ser ato executório aquele que ataca o bem jurídico, retirando-o do “estado de paz”. É a teoria adotada por Mayer e seguida por Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 84). É a teoria que sustenta serem atos executórios apenas os idôneos e unívocos para atingir o resultado típico. Em seu apoio, além de Hungria, estão Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 373-374) e Paulo José da Costa Jr. (*Comentários ao Código Penal*, 7. ed., p. 50); b) *teoria objetivo-material*, afirmando que atos executórios não são apenas os que realizam o núcleo do tipo ou



atacam o bem jurídico, mas também aqueles imediatamente anteriores ao início da ação típica, valendo-se o juiz do critério do terceiro observador, para ter certeza da punição (cf. Exposição de ZAFFARONI e PIERANGELI, *Da tentativa*, p. 56). É a teoria adotada pelo Código Penal Português: art. 22. 2 “São atos de execução: a) os que preenchem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) os que forem idôneos a produzir um resultado típico; ou c) *os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores*” (grifo nosso); c) *teoria objetivo-individual*, defendendo que os atos executórios não são apenas os que dão início à ação típica, atacando o bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor (ZAFFARONI e PIERANGELI, *ob. cit.*, p. 56). Logo, a diferença entre esta última teoria e a objetivo-material é que não se necessita do terceiro observador; ao contrário, deve-se buscar prova do plano concreto do agente, sem avaliação exterior. (NUCCI, 2007, p. 163-164)

Destarte, se albergadas a teoria objetivo-material ou a objetivo-individual, o início da execução ocorrerá mesmo na fase de tratativas, senão vejamos. Aquele que alicia ou agencia pessoa com o fim de destiná-la a outro país para que, lá, seja explorada sexualmente obviamente expõe o plano concreto arquitetado para que se atinja tal finalidade ou, por outro espectro, pratica atos que, a teor do critério do terceiro observador, revelam-se imediatamente anteriores ao início da ação típica. De igual sorte o faz quem compra a pessoa traficada, antes que se implemente o transporte.

A esposar uma dessas teorias, anote-se o acórdão subsequente:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES. ADOÇÃO DA SENTENÇA COMO RAZÕES DE DECIDIR. POSSIBILIDADE DE MOTIVAÇÃO *PER RELATIONEM*. COMPROVAÇÃO SUFICIENTE DE MATERIALIDADE E AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NÃO-APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSOS IMPROVIDOS.

[...]



– Restam demonstradas nos autos a materialidade e a autoria dos Recorrentes na prática do crime consumado de falsificação de documento público e de tentativa de tráfico internacional de mulheres com fulcro nos depoimentos congruentes das Rés em sede policial, no sentido de que eram prostitutas em Bela Vista, GO, e foram convidadas por um dos acusados para viajarem para a Espanha e lá trabalharem como garotas de programa, tendo-as acompanhado e pago suas despesas de viagem para o Rio de Janeiro, RJ, e as hospedado no endereço do outro acusado; nos documentos apreendidos com as Rés, por ocasião da prisão em flagrante, entre os quais as certidões de nascimento em nome de terceiros; nos depoimentos que prestaram em sede judicial, confirmando que foram convidadas para viajarem para a Espanha; no fato de ter sido um dos Recorrentes preso em flagrante juntamente com as Rés².

De outro lado, tomada como base a teoria objetivo-formal, seria inviável imputar ao aliciador, ao agenciador ou ao comprador a incurção em fato típico ou, ao menos, a tentativa, quando não promovida ou facilitada a entrada ou saída de pessoa do território nacional, para que exercesse a prostituição.

A contenda assume substancial relevância, na medida em que a orientação dos tribunais indica uma predileção pela teoria objetivo-formal, como ilustram os fragmentos de ementas abaixo colacionados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONEXÃO PROBATÓRIA. ARTIGO 76, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES. ARTIGO 231 DO CÓDIGO PENAL. FATO ANTERIOR À LEI N. 11.106/2005. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO, MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO E RUFIANISMO. ARTIGOS 228, 229 E 230, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE.

[...]

O crime descrito no artigo 231 do Código Penal caracteriza-se como formal, consumando-se com a simples entrada ou saída da mulher no país, não importando que ela consinta ou tenha conhe-

² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ACR n. 1999.51.01.046473-0, rel. Des. Federal Marcello Ferreira de Souza Granado, 1ª Turma especializada, *DJ* de 5 jun. 2009, p. 142.



cimento do fim para o qual está indo ou chegando a determinado lugar, nem a ocorrência do exercício efetivo da prostituição.³ [...]

PENAL. PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO. NULIDADE. TRÁFICO DE MULHERES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRELIMINAR REJEITADA E APELAÇÃO DESPROVIDA.

[...]

3. O crime de tráfico de mulheres é de natureza instantânea e se consuma com a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição ou com a saída de mulher para exercê-la no estrangeiro. Não se exige a efetiva prostituição.⁴ [...]

Esta análise excluiu o termo intermediar propositalmente, dado que se demonstrado, como se pretende, que as condutas típicas introduzidas pela nova dicção do § 1º do art. 231 do Código Penal estavam subentendidas naquela expressão, prescindir-se-á da verificação sobre a prática de atos tendentes a transportar a vítima para nação distinta.

Para tanto, passa-se ao exame da doutrina e da jurisprudência formadas sobre o anterior texto do art. 231 do estatuto penal.

4 A interpretação doutrinária da expressão *intermediar* contida no art. 231, *caput*, do Código Penal, com redação da Lei n. 11.106/2005, e sua abrangência sobre as condutas do novo § 1º

A matéria em comento, infelizmente, não recebeu a devida atenção da doutrina pátria. A substancial maioria dos autores limita-se a listar sinônimos do vocábulo intermediar, sem, no entanto, propiciar maiores subsídios aos que buscam auxílio.

Entre aqueles que tratam do tema de forma mais prolongada, há a uma corrente restritiva, para a qual o intermediário deve atuar direta-

³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ACR n. 2002.72.03.000439-4, rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó, 8ª Turma, *DJ* de 23 set. 2009.

⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ACR n. 2005.03.99.009508-0, rel. Juiz André Nekatschalow, 5ª Turma, *DJ* de 4 abr. 2006, p. 361.



mente na remessa da vítima ao país onde se sujeitaria, em tese, à exploração sexual. Eis o pensamento de Rogério Greco (2009, p. 595):

[...] pune-se também aquele que é utilizado como “ponte”, como intermediário entre aquele que quer ingressar ou sair do território nacional com o fim de exercer a prostituição, e aquele outro que, seja no território nacional ou no estrangeiro, de alguma forma, também participará do comércio carnal, com a exploração da prostituição.

Partindo de premissa distinta, mas atingindo resultado semelhante, escreveu Fernando Capez (2008, p. 108):

intermediar significa intervir, interceder, colocar-se entre as partes para viabilizar. O intermediário, no caso, é o negociante, o qual exerce suas atividades colocando-se entre aquele que promove a venda das mulheres, homens, crianças de um determinado país e o comprador ou consumidor, isto é, o indivíduo de outro país que adquire as “mercadorias” para o meretrício.

De outro lado, percebe-se uma corrente ampliativa, que vislumbra na figura do intermediário a função de fomentar a implementação do plano criminoso, sem que, de qualquer modo, participe da remessa da vítima para além das fronteiras do país. Merecem destaque as lições de Luiz Regis Prado (2006, p. 288):

Intermediar significa interceder, mediar, entremear, intervir, criar ambiente ou propiciar as condições que possibilitem o tráfico internacional de pessoas (v.g., recrutando, providenciando transporte, fazendo contatos). O intermediário atua fazendo ligação entre pessoas: por exemplo, entre o traficante propriamente dito (aquele que promove) e o terceiro (v.g., pessoa que venha exercer prostituição no território nacional ou que vá exercê-la no estrangeiro, ou, ainda, o eventual contratante que explore a prostituição).

Na mesma linha, expôs José Paulo Baltazar Junior (2009, p. 91) que “intermediar é agir como intermediário, propiciando o contato entre as vítimas e os interessados em levá-las ao exercício da prostituição”.

Seriam típicas ainda sob a vigência da Lei n. 11.106/2005, por essa ótica, as atividades de aliciar, agenciar ou comprar, assim como, desde que em colaboração com a organização criminosa internacional, possibilitar o transporte, a transferência ou o alojamento do cidadão objeto do tráfico.





5 A interpretação jurisprudencial da expressão *intermediar* contida no art. 231, *caput*, do Código Penal, com redação da Lei n. 11.106/2005, e sua abrangência sobre as condutas do novo § 1º

A exegese extraída do aludido dispositivo legal pelos tribunais nunca permitiu que se asseverasse, com segurança, se as figuras, hoje, ostentadas no § 1º do art. 231 do Código Penal eram ou não delituosas.

Posto que prolatado sob a vigência da primitiva redação do estatuto repressivo, o acórdão lavrado pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Conflito de Competência n. 2001.01.00.045911-5, retrata a compreensão de que o aliciamento da vítima e as condutas análogas limitam-se a configurar atos preparatórios do tráfico de pessoa. A orientação é pertinente porque reflete entendimento doutrinário, não alterado após a edição da Lei n. 11.106/2005⁵, que supõe iniciada a execução desse crime apenas quando deflagrado o traslado para outro país. Segue o aresto mencionado em seu trecho essencial:

PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA PELO LUGAR DA INFRAÇÃO. TRÁFICO DE MULHERES.

[...]

2. O crime de tráfico de mulheres é de natureza instantânea e se consuma com a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou com a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro (art. 231 – CP), não passando o aliciamento (e condutas quejandas) de ato de preparação.

[...] ⁶

Em outro caso, porém, já sob o império da Lei n. 11.106/2005, a 3ª Turma daquele tribunal decidiu por uma concepção mais ampla do preceito e, por consectário, mais consentânea às normas dos estatutos internacionais relativos ao tema. Entre os vários julgados similares, incumbe citar apenas um, pois representativo da orientação da corte:

⁵ Ver Delmanto *et al.* (2007, p. 619) e Mirabete (2007, p. 1962).

⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, CC n. 2001.01.00.045911-5, rel. Des. Federal Olindo Menezes, 2ª Seção, *DJ* de 19 maio 2004, p. 1.





PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ARTIGO 231 DO CÓDIGO PENAL. (ART. 239 DO ECA). CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

[...]

3. O Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, que suplementa a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em novembro de 2000, trouxe a primeira definição internacionalmente aceita de tráfico de seres humanos: “a) ‘Tráfico de pessoas’ deve significar o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração. Exploração inclui, no mínimo, a exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas análogas à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento de uma vítima de tráfico de pessoas para a desejada exploração definida no subparágrafo (a) deste artigo deve ser irrelevante onde qualquer um dos meios definidos no subparágrafo (a) tenham sido usados”.

4. “O tráfico pode envolver um indivíduo ou um grupo de indivíduos. O ilícito começa com o aliciamento e termina com a pessoa que explora a vítima (compra-a e a mantém em escravidão, ou submete a práticas similares à escravidão, ou ao trabalho forçado ou outras formas de servidão). O tráfico internacional não se refere apenas e tão-somente ao cruzamento das fronteiras entre países. Parte substancial do tráfico global reside em mover uma pessoa de uma região para outra, dentro dos limites de um único país, observando-se que o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, nem limita o direito que ela tem à proteção oficial” (Damásio de Jesus, in *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças* – Brasil, São Paulo: Saraiva, 2003, p. XXIV).

[...] ⁷

⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ACR n. 2006.30.00.001602-7, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma e DJF1 de 14 ago. 2009, p. 89.



6 Art. 231, *caput*, do Código Penal, com redação da Lei n. 11.106/2005. Influência das normas internacionais de proteção aos direitos humanos

O sistema de proteção internacional às vítimas do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual passou por longo e lento processo de desenvolvimento desde que celebrada a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, em 1910, passando por diversos outros documentos, inclusive a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (LAKE SUCCESS, 1949), até que assinado o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (PALERMO, 2000) (CASTILHO, 2008).

Este último documento, celebrado em 15 de novembro de 2000 e em vigor desde 29 de setembro de 2003, enumerou entre suas finalidades: a) prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando atenção especial às mulheres e às crianças; b) proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e c) promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir esses objetivos.

Visando à consecução desse desiderato, firmaram-se as seguintes definições:

Para efeitos do presente Protocolo:

a) *A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;*

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);



c) *O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;*

d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos. [sem grifos no original]

Como se depreende do excerto em epígrafe, acordou-se, em âmbito internacional, inquirir de criminosa a conduta que se consubstanciar no recrutamento, no transporte, na transferência, no alojamento ou no acolhimento de pessoas, bem como no pagamento, ainda que de forma indireta, à pessoa que detenha autoridade sobre outra – compra – para fins de exploração sexual. Em se tratando de crianças, essa configuração prescindiria de ameaça, violência, fraude, abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade.

Essas diretrizes não foram estipuladas como sugestões aos países signatários, porém, ao inverso, vieram dotadas de caráter competetivo, como bem esclarece o artigo 5 do tratado, *in verbis*:

Criminalização

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias de forma a estabelecer como infrações penais os atos descritos no Artigo 3 do presente Protocolo, quando tenham sido praticados intencionalmente.

2. Cada Estado Parte adotará igualmente as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infrações penais:

a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de cometer uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo;

b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; e

c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem.

O Protocolo de Palermo, vale rememorar, foi aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003, ratificado em 29 de janeiro de 2004 e entrou em vigor em 28 de fevereiro daquele ano. A promulgação deu-se pelo Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004.



Como uma resposta quase imediata, cerca de um ano depois da promulgação, o legislador empreendeu relevantes alterações nos crimes contra os costumes – hoje crimes contra a dignidade sexual –, com destaque para a inclusão da expressão intermediar no art. 231 do Código Penal.

7 Reflexões sobre a abrangência da expressão *intermediar*

Postas em revista todas as concepções anteriormente mencionadas, cumpre exarar o posicionamento que se pretende defender.

Observada a mecânica do tráfico internacional de seres humanos para fins de exploração sexual, é possível verificar um padrão no funcionamento das quadrilhas, nada obstante as exceções sejam frequentes, sobretudo quando as vítimas ostentam profundo grau de miserabilidade e o local de destino não representa um polo de atração, circunstâncias em que o crime assume características rudimentares⁸.

Em regra, a organização criminosa possui ramificações tanto no país onde essas pessoas serão recrutadas, como no local onde se projeta a exploração e o cárcere. Neste, está o comando, núcleo do poder econômico, efetivamente, o autor intelectual do delito; naquele, seus asseclas permanentes ou eventuais, a quem cabe, de fato, a execução da ação típica.

Nesse contexto, ambas as atividades se subsumem à conduta típica, mais especificamente ao verbo promover, pois se o executor realiza a ação penalmente referida, à chefia da quadrilha aplica-se o conceito de autor mediato, a teor da teoria do domínio do fato.

De outra banda, a figura típica facilitar tem incidência quando a própria vítima opta por estabelecer-se no estrangeiro, restringindo-se o agente criminoso a cooperar para que logre sua saída ou entrada no país visado, por meio da eliminação de eventuais empecilhos ou dificuldades (PRADO, 2006, p. 288).

Nesse quadro, quando incidiria a expressão intermediar? Certo, pois, se não se admite, na lei, a existência de palavras inúteis, há que lhe certificar alguma finalidade.

⁸ É o caso das mulheres enviadas a países como Guiana Francesa e Suriname, para o exercício da prostituição em garimpos ilegais lá instalados.



Primeiramente, inevitável rechaçar a concepção formulada por Rogério Greco (referida no item 4), porquanto ao identificar o intermediário como aquele que funciona como ponte entre quem quer entrar ou sair do território nacional para exercer a prostituição e quem deseja, no local de destino, explorá-lo, o autor estipulou fato concreto que se amoldaria melhor ao verbo facilitar.

Do mesmo modo, há de se afastar o conceito engendrado por Fernando Capez. Em verdade, no exemplo montado pelo professor – negociador que se interpõe entre vendedor e comprador de homens, mulheres e crianças –, não se cogitaria a intermediação, e, sim, a própria promoção da entrada ou saída de pessoa do território nacional para fins de prostituição (exploração sexual).

Saliente-se, ao se prever como típica a conduta intermediar, não se mirou os intermediários entre criminosos, mas, em última análise, aqueles que se interpõem entre esses e as vítimas, ou seja, os recrutadores.

É essencial ter em mente, a fim de se compreender os objetivos legais, que o bem jurídico protegido pelo art. 231 do Código Penal não é a moralidade sexual (a *contrario sensu* NUCCI, 2007, p. 861; DELMANTO *et al.*, 2007, p. 618; GRECO, 2009, p. 595)⁹, todavia a dignidade da pessoa humana, como transparece o novo Título VI do Código Penal, na leitura que lhe deu a Lei n. 12.015/2009.

Cite-se extrato das explanações de Luiz Regis Prado (2006, p. 287) sobre o tema, mesmo antes de esta norma entrar vigor:

Tutela a norma incriminadora do artigo 231, *caput*, a própria condição humana, sua dignidade de pessoa, repudiando-se o vil comércio ou tráfico de pessoas, que são utilizadas como *objeto*,

⁹ Após a promulgação da Lei n. 12.015/2009, Rogério Greco publicou adendo em seu *Curso de direito penal*, no qual adotou posição similar à propugnada por este texto. Vale destacar: “A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual. O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois, através de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas. A título de exemplo, veja-se o que ocorre com o crime de estupro, contido no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se percebe, a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual (Título VI)”.



em geral visando obter compensação econômica, para o exercício da prostituição. A pessoa – em geral mulher – aparecer como *vítima e objeto* do tráfico de seres humanos.

Sob o mesmo prisma, asseverou José Paulo Baltazar Junior (2009, p. 91), ainda acerca do bem jurídico, então, resguardado, que seria “a liberdade pessoal (GHIDALEVICH: p. 87) e sexual (SHECAIRA; SILVEIRA: p. 4), bem como a dignidade da pessoa humana, ameaçada ou atingida pela exploração sexual (TRF5, RSE 20068400004412-3/RN. 2a T., u., 3.7.2007; NEVES: 37)”¹⁰.

Por esse enfoque, a agressão ao bem jurídico começa quando a esfera de individualidade da possível vítima é invadida pela ação do recrutador que, mediante violência, ameaça, fraude ou qualquer outro meio, vise levá-la a outro país, onde viria a ser explorada.

Logo, forçoso ressaltar que o aliciamento, o agenciamento e a compra de pessoas, aliados ao desígnio de encaminhá-la ao exterior para prostituição, preenchem todas as elementares do art. 231, após a edição da Lei n. 11.106/2005, assim como atentam contra o bem juridicamente protegido, a refutar quaisquer argumentos tendentes a negar seu caráter criminoso.

Ademais, procedendo-se a uma interpretação teleológica do texto revogado, exsurge cristalina a finalidade de adaptar o delineamento do sistema legal penal nacional às balizas traçadas pelo Protocolo de Palermo, recém-aportado ao nosso ordenamento (vigente desde 28 de fevereiro de 2004).

Relembre-se que a jurisprudência, desde então, passou a se pautar pelos ditames da avença internacional, o que acena para a formação de uma consciência acerca de sua eficácia imediata.

Ainda que assim não fosse, a simples incorporação do tratado internacional, sem cogitar-se os motivos que incentivaram a modificação do tipo penal sob exame, qualificá-lo-ia como importante marco interpretativo, a influenciar inexoravelmente a compreensão do significado do termo intermediar.

8 Conclusão

A Lei n. 12.105/2009, ao conferir nova redação ao § 1º do art. 231 do Código Penal, não impôs à conduta típica anteriormente existente alte-

¹⁰ Repetida de forma idêntica em Baltazar Júnior (2010, p. 93).



ração substancial, na medida em que todas as elementares que passou a expor já encontravam guarida na expressão intermediar contida no *caput* sob a vigência da Lei n. 11.106/2005.

Em última análise, o legislador buscou precisar, ante a divergência doutrinária, o alcance dessa intermediação, razão porque promoveu a substituição do termo por verbos abarcados pelo significante.

É o que pontua Yordan Moreira Delgado (2009, p. 3), consoante transcrito abaixo:

Agora com o advento da L. 12.015, a redação do *caput* teve uma alteração não muito significativa, ao suprimir do núcleo do tipo, o verbo intermediar, substituir a palavra pessoa por alguém, e acrescentar a expressão outra forma de exploração sexual.

No entanto, o agente que intermediar a entrada no território nacional de alguém que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro, continuará a incorrer no delito em apreço, por força do novo § 1º que prevê incorrer na mesma pena do *caput*, o agente que realizar uma das diversas condutas ali previstas, que englobam a intermediação.

No mesmo sentido, explicou Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 88-89):

Em outros termos, a modificação não terá efetividade ou praticidade. Retirou-se do *caput* o verbo intermediar para criar figura específica no § 1º.

[...]

Cria-se o § 1º, formulando tipo específico para a figura intermediação em sentido amplo. Qualquer pessoa que tomar parte no tráfico de pessoa para prostituição ou exploração sexual pode ser punida: agenciar, aliciar, comprar a pessoa traficada, transportar, transferir ou alojar tal pessoa, conhecendo a situação.

Convém assinalar, em que pese defenda uma concepção mais restritiva, a exegese imprimida por Rogério Sanches Cunha (GOMES; CUNHA; MAZZUOLI, 2009, p. 80):

O verbo intermediar (servir de mediador entre duas pessoas). Presente no *caput* antes da Lei 12.015/2009, foi substituído por agenciar, subsumindo-se ao disposto no § 1º. Portanto, não houve supressão da figura criminosa, mas simples alteração formal, continuando típico.





Partindo-se desta premissa, não há que se falar na criação de norma penal incriminadora ou em *lex gravior* e, conseqüentemente, na irretroatividade no novo art. 231, § 1º, do Código Penal.

Dessa ordem, o indivíduo que houver, a partir de 28 de março de 2005, agenciado, comprado ou aliciado alguém, no território nacional, com o intuito de que se promovesse a sua saída para que exercesse a prostituição no estrangeiro, deverá incorrer na pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos. Cumular-se-á multa, se o crime foi cometido com o fim de obter vantagem econômica (art. 231, § 3º).

Essa retroatividade, repise-se, não deverá estender-se ao texto legal original, limitado às condutas promover e facilitar, por explícito imperativo legal e constitucional.

Esclareça-se, por derradeiro, que não se advoga a retroatividade de todas as inovações trazidas ao retratado art. 231 pela Lei n. 12.015/2009. Certo, pois inexistia elementar, sob a vigência da redação anterior, que sustentasse a criminalização do tráfico de pessoa para sua submissão a outro tipo de exploração sexual que não a prostituição.

Em tais casos, há de vigorar o princípio da ultra-atividade da lei penal mais amena, do que decorre a aplicação de outros preceitos do estatuto repressivo, a depender das circunstâncias envolvidas.

Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CASTILHO, Ela Wiecko V. A legislação penal brasileira sobre tráfico de pessoas e imigração ilegal/irregular frente aos Protocolos Adicionais à Convenção de Palermo. In: SEMINÁRIO LUSO BRASILEIRO SOBRE TRÁFICO DE PESSOAS E IMIGRAÇÃO ILEGAL, 1., 2006, Cascais.

_____. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. In: BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas, 2008, Brasília, SNJ.



DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei n. 12.015/2009. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2.289, 7 out. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13629>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial – arts. 155 a 249 do Código Penal*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009. v. III.

_____. *Adendo ao curso de direito penal*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/19590114/ADENDO12015emenda>>. Acesso em: 13 mar. 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 1 v.

PISCITELLI, Adriana. *Tráfico internacional de pessoas e tráfico de migrantes entre deportados(as) e não admitidos(as) que regressam ao Brasil via o aeroporto internacional de São Paulo*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça/Organização Internacional do Trabalho, 2007. (Pesquisas em Tráfico de Pessoas, Parte 3)

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 184 a 288*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 3.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Crimes contra a dignidade sexual*. Comentários à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.







JULIANO BAGGIO GASPERIN

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO
DA INSIGNIFICÂNCIA NOS
CRIMES DE DESCAMINHO E
CONTRABANDO**





JULIANO BAGGIO GASPERIN

Sumário: 1 Introdução. 2 Bem jurídico e princípios da insignificância e *ultima ratio* do direito penal. 3 Do crime de descaminho. 3.1 As Leis n. 9.469/1997 e 10.522/2002. 3.2 A evolução da jurisprudência do STJ. 3.3 A evolução da jurisprudência do STF. 4 Do crime de contrabando. 4.1 Bem jurídico. 4.2 Entendimento dos tribunais. 5 Conclusão.



1 Introdução

A sanção penal é a mais drástica forma de intervenção nos direitos fundamentais do indivíduo, pois pode privá-lo de sua liberdade. Dessa forma, a atuação do direito penal no Estado Democrático de Direito deve ser parcimoniosa.

Entre os princípios regentes do direito penal do Estado Democrático de Direito, segundo a doutrina, destacam-se o da intervenção mínima ou subsidiariedade ou *ultima ratio* do direito penal e o princípio da insignificância, desenvolvido pelo eminente penalista Claus Roxin.

Questão que ainda causa inquietação aos operadores que atuam na seara do direito penal diz respeito à fixação de requisitos ou elementos que possam indicar quando uma conduta comissiva ou omissiva é tão irrelevante que não lesiona ou ameaça o bem jurídico protegido penalmente, incidindo o princípio da insignificância, com o consequente afastamento de sua tipicidade material.

Atualmente, tanto a doutrina como a jurisprudência dos tribunais têm-se inclinado a aceitar o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, como parâmetro para atribuir a pecha da insignificância a condutas que promovam o não recolhimento de tributos em valor igual ou menor do que aquele.

Como se verá, esse raciocínio aplicável aos crimes tributários materiais não deveria ser aceito e pode, com o pretexto de afastar a insegurança jurídica, provocá-la.

O entendimento é aplicável ao crime de descaminho, pela sua natureza de proteção ao interesse arrecadador do erário, e, por alguns tribunais, também ao crime de contrabando. Ocorre que há diferenças no tocante aos bens jurídicos tutelados, o que impede o tratamento uniforme entre as duas figuras delitivas.

2 Bem jurídico e princípios da insignificância e *ultima ratio* do direito penal

Modernamente, é corrente na doutrina o entendimento que é função e, mesmo, fundamento do direito penal do Estado Democrático a proteção de bens jurídicos. Esses bens jurídicos relevantes para a vida



social são selecionados pelo legislador para serem objeto de tutela penal. Cria-se, assim, uma categoria de bens jurídico-penais.

Na lição de Prado (2008, p. 55): “a função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais — bens do Direito — essenciais ao indivíduo e à comunidade”.

Dias (2007, p. 114) define bem jurídico nos seguintes termos:

Antecipando desde já a conclusão das considerações seguintes, poderá definir-se bem jurídico como a *expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente como valioso* [grifos no original].

O penalista português também adere ao pensamento que é função do direito penal a tutela de bens jurídicos “dotados de dignidade penal”, ou seja, bens jurídico-penais de forma subsidiária ou de *ultima ratio* (DIAS, 2007).

Dessa forma, é permitido concluir que o injusto típico tem como conteúdo material a lesão ou a exposição a perigo de um bem jurídico e o faz de forma subsidiária, quando a tutela na esfera civil ou administrativa é insuficiente para resguardar o bem jurídico. A insuficiência é avaliada do ponto de vista do valor atribuído socialmente ao bem jurídico, sendo os mais caros merecedores da reprimenda do direito penal.

Esse raciocínio indica um dos princípios reitores do direito penal do Estado Democrático de Direito, que é o princípio da intervenção mínima, ou subsidiariedade, ou, ainda, *ultima ratio* do direito penal.

A formulação do princípio da intervenção mínima, ou subsidiariedade, ou *ultima ratio*, pode ser resumida na ideia de que o direito penal somente deve-se fazer presente quando o sancionamento na esfera civil ou administrativa mostrar-se incapaz de proteger ou tutelar o bem jurídico.

Só deve haver a incidência da sanção penal, por meio da criminalização de uma conduta, quando realmente necessária à proteção do bem jurídico, ou seja, quando a resposta do ordenamento jurídico na esfera cível mostrar-se insuficiente, dada a importância social do bem jurídico.

Nesse sentido, a lição de Bitencourt (2008, p. 13):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem



jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável [grifos no original].

Assim, uma vez que a sanção penal reveste-se de gravidade, tendo em vista as restrições aos direitos fundamentais da pessoa que provoca, deve ser utilizada com parcimônia e apenas quando efetivamente necessária, diante da insuficiência ou ineficácia da tutela do bem jurídico no âmbito cível.

A intervenção do direito penal deve-se ater a um mínimo imprescindível e apenas à medida que possa ser eficaz (PRADO, 2008).

Da mesma forma, o direito penal não deve dirigir sua força sancionatória contra as lesões ou ameaças de lesão tão ínfimas que são incapazes de atingir o bem jurídico protegido. Este é o cerne do denominado princípio da insignificância ou bagatela.

O princípio da insignificância foi desenvolvido por Claus Roxin e funda-se no brocardo latino *minima non cura praetor*. Por esse princípio, as condutas comissivas ou omissivas, para serem consideradas como crimes e objeto de sanção penal, devem ter a potencialidade de lesar ou expor a perigo o bem jurídico protegido. Lesões ou exposições a perigo que não sejam ínfimamente aptas a macular o bem jurídico tutelado devem ser consideradas insignificantes.

O princípio da insignificância afasta a tipicidade da conduta em seu aspecto material. Assim, as condutas consideradas insignificantes, pela incapacidade de lesar ou ameaçar o bem jurídico penalmente protegido, seriam atípicas, excluindo a configuração do crime em seu conceito analítico (crime como a conduta comissiva ou omissiva típica, antijurídica ou ilícita e culpável).

Nesse sentido, o magistério de Toledo (2002, p. 134):

Note-se que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto, referida inicialmente, permite que o *fato penalmente insignificante* seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado — se necessário — como ilícito civil, administrativo etc., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais. Aqui, mais uma vez, se ressalta a maior amplitude e a anterioridade da ilicitude em relação ao tipo legal de crime [grifos no original].

A questão que atormenta os operadores do direito diz respeito à definição de ação ou omissão sem potencialidade de lesar ou ameaçar o





bem jurídico, ou seja, do que pode ser considerado como insignificante do ponto de vista penal, uma vez que é um conceito aberto, vago e amplo.

Prado (2008, p. 147-148) propõe a adoção de alguns critérios, em suas próprias palavras:

De qualquer modo, a restrição típica decorrente da aplicação do princípio da insignificância não deve operar com total falta de critérios, ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas ao contrário há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores — v.g. valoração sócio-econômica média existente em determinada sociedade — tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância. Isso do modo mais coerente e equitativo possível, com o intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica.

O Supremo Tribunal Federal (STF) desenvolveu entendimento com o objetivo de verificar a configuração da insignificância da conduta sob a ótica do direito penal. Para tanto, o Pretório Excelso elencou alguns requisitos objetivos que devem ser perquiridos pelos operadores do direito na análise do caso concreto. Esses requisitos dizem respeito à ofensividade e periculosidade social da conduta do agente, bem como ao seu grau de reprovabilidade. Caso esses elementos estejam ausentes ou minimamente presentes, incide o princípio da insignificância sobre a conduta.

Como forma de ilustrar tal entendimento, transcreve-se o seguinte julgado:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE RECEPÇÃO. OBJETO DE VALOR REDUZIDO. DEVOLUÇÃO ESPONTÂNEA À VÍTIMA. REQUISITOS DO CRIME DE BAGATELA PREENCHIDOS NO CASO CONCRETO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. 1. *A incidência do princípio da insignificância depende da presença de quatro requisitos, a serem demonstrados no caso concreto: a) mínima ofensividade da conduta do paciente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.* 2. A via estreita do *habeas corpus* não admite um profundo revolvimento de provas nem o sopesamento das mesmas. A aplicação do princípio da insignificância só será permitida se os autos revelarem claramente a presença dos requisitos mencionados. 3. No caso, a recepção de um *walk man*, avaliado em R\$94,00, e o posterior comparecimento do paciente perante a autoridade policial para devolver o bem ao seu dono, preenchem todos





os requisitos do crime de bagatela, razão pela qual a conduta deve ser considerada materialmente atípica. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal de origem. (HC n. 91.920, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 9.2.2010, *DJe*-045, divulgado em 11.3.2010, publicado em 12 mar. 2010, ement. vol-02393-02 PP-00372) [grifou-se].

O precedente do Supremo Tribunal Federal suprarreferido demonstra que os requisitos a serem avaliados pelos operadores do direito penal são de ordem objetiva. Da mesma forma, para que se possa considerar a conduta atípica, por encerrar lesão ou ameaça insignificante ao bem jurídico-penal, os quatro requisitos devem estar evidentes.

3 Do crime de descaminho

O crime de descaminho está descrito na parte final do art. 334 do Código Penal brasileiro nos seguintes termos: “iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito e imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”.

Dessa forma, é evidente que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal é o interesse arrecadador do Fisco, quando da entrada, saída ou consumo de mercadoria do território nacional, ainda que se possa acrescentar o prestígio da Administração Pública, uma vez que o tipo está localizado topograficamente entre os crimes contra a Administração Pública no Código Penal.

Capez (2006) assinala que “tutela-se a Administração Pública, em especial o erário público, uma vez que no descaminho o Estado deixa de arrecadar os pagamentos dos impostos de importação, exportação ou consumo”.

Como o caráter tributário do delito de descaminho é nítido, é razoável que se dê tratamento uniforme entre ele e os crimes contra a ordem tributária previstos na legislação extravagante.

3.1 As Leis n. 9.469/1997 e 10.522/2002

Em 1997, editou-se a Lei n. 9.469, pela conversão da Medida Provisória n. 1.561-6, com o objetivo de dispor sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administra-



ção indireta e regular os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária, entre outras coisas.

No art. 1º da redação original do referido diploma legal, estabeleceu-se que o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações e empresas públicas federais poderiam autorizar a não propositura de ações ou a não interposição de recursos, bem como autorizar o requerimento de extinção das ações em andamento ou de desistência dos recursos judiciais, para a cobrança de créditos de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais).

A doutrina de direito penal e, posteriormente, os tribunais pátrios começaram a utilizar o valor de R\$1.000,00 (mil reais) como parâmetro para a aferição da insignificância do crime de descaminho e contra a ordem tributária, que envolvessem o não recolhimento de tributos devidos ao Fisco.

O raciocínio era simples: como a União Federal não tem interesse em promover a cobrança judicial dos valores iguais ou inferiores a R\$1.000,00 (mil reais), não é razoável que se inicie a persecução penal por crimes que se configuram com a ausência de recolhimento dos tributos devidos em valores iguais ou inferiores àquele. Tacharam as condutas de deixar de recolher, sonegar, os tributos devidos que não ultrapassassem R\$1.000,00 (mil reais) como insignificantes do ponto de vista penal.

Já em 2002, converteu-se a Medida Provisória n. 2.176-79/2001 na Lei n. 10.522, que dispõe sobre o “Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais” e dá outras providências. A redação original do art. 20 dispunha que seriam arquivados, sem baixa na distribuição, os autos de execução fiscal de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

A partir da edição da Lei n. 10.522/2002, a doutrina propugnou que se passasse a adotar como parâmetro o valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), a fim de verificar a incidência do princípio da insignificância aos crimes que se configuram com o não recolhimento, redução ou sonegação de tributos devidos até aquele valor.

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolheu majoritariamente como parâmetro o valor constante do § 1º do art. 18, qual seja, R\$100,00 (cem reais), uma vez que nesse caso procede-se o cancelamento do débito inscrito na Dívida Ativa da União nos valores iguais ou inferiores àquele.



A Lei n. 11.033, de 2004, modificou a redação do art. 20 da Lei n. 10.522/2002, transformando o valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em R\$10.000,00 (dez mil reais), para o arquivamento dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União sem baixa na distribuição.

Dessa forma, os tribunais, em especial o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que já aplicavam o critério de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), também promoveram a alteração em suas decisões, passando a adotar o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) como parâmetro para a verificação da insignificância das condutas capituladas como crimes contra a ordem tributária, em que houvesse o não recolhimento dos tributos devidos ou o crime de descaminho.

Na verdade, há uma pequena confusão no raciocínio esposado de que os crimes tributários, em que não haja recolhimento de tributos em valores iguais ou inferiores a R\$10.000,00 (dez mil reais), são insignificantes para o direito penal, pois ele não trata seguramente da aplicação do princípio da insignificância, e sim da subsidiariedade, *ultima ratio* do direito penal e do próprio princípio constitucional da proporcionalidade.

Não parece permitido que, ao se ler os diplomas legais supra-analisados, conclua-se que o Fisco considere insignificantes os tributos em valor igual ou inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais) não recolhidos. Tanto não é insignificante que o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 (com a redação da Lei n. 11.033/2004) determina que os autos de execução fiscal devem ser arquivados sem baixa na distribuição. Alcançando o valor estipulado no artigo (atualmente R\$10.000,00), a execução fiscal deve prosseguir e os autos desarquivados e reativados.

O que ocorre é que a Administração Fazendária considera que pode ser mais dispendioso ao erário promover a cobrança judicial de débitos inscritos como dívida ativa em valor igual ou inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais). Nesse caso, a ausência de cobrança na esfera cível não deve influir na configuração do crime, ante a separação e independência da esfera penal.

A vingar o raciocínio de que a ausência de interesse em buscar a indenização ou o ressarcimento civil afasta a tipicidade de eventual crime que se configure, pois este seria abarcado pelo princípio da insignificância, desapareceria a maioria dos crimes que têm como bem jurídico protegido o patrimônio. Para exemplificar, imagine-se que se poderia considerar insignificante um estelionato no qual a fraude ou o ardil teria





causado o prejuízo de milhares de reais à vítima, sem, contudo, ela demonstrar o interesse de ver-se ressarcida perante o juízo civil.

Por fim, não há dúvida que se poderia adotar como critério de insignificância para os crimes contra a ordem tributária e descaminho o valor de R\$100,00 (cem reais), previsto no § 1º do art. 18, pois se procede o cancelamento do débito inscrito na Dívida Ativa da União. Nesse caso, fica evidente que o Fisco considera tão irrisório o valor do débito que promove o seu cancelamento.

3.2 A evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Em um primeiro momento, com fundamento no disposto na Lei n. 9.469/1997, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou como parâmetro para a incidência do princípio da insignificância no crime de descaminho o valor de R\$1.000,00 (mil reais), senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL – PENAL – APREENSÃO DE MERCADORIAS – DESCAMINHO – PEQUENO VALOR – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE FISCAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

O art. 1º, da Lei n. 9.469/1997 e o art. 20, da MP n. 1.542-28/1997, prevêm o desinteresse do erário com a arrecadação de tributos em determinados limites. Se a quantia de R\$1.000,00 reais é o limite que o Estado considera como dispensável de eventual ação para realização do crédito fiscal e sendo o valor do imposto devido das mercadorias apreendidas, em barreiras alfandegárias, inferior a esse valor, é de se reconhecer a aplicabilidade do princípio da insignificância. – Recurso desprovido. (REsp n. 224.392/PR, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, j. em 16.3.2000, DJ 15.5.2000, p. 183).

Após a entrada em vigor da Lei n. 10.522/2002, a mesma Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a adotar como parâmetro para a incidência do princípio da insignificância no crime de descaminho o valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), conforme se vislumbra na seguinte decisão:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ART. 334, *CAPUT*, SEGUNDA FIGURA, DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA BAGATELA OU DA INSIGNIFICÂNCIA.





APLICAÇÃO, *IN CASU*.

I – Essa Eg. Corte havia consolidado entendimento no sentido de aplicar o princípio da insignificância para possibilitar o trancamento da ação penal no crime de descaminho de bens, cujos impostos incidentes e devidos fossem iguais ou inferiores a R\$1.000,00, valor considerado pelos arts. 1º da Lei n. 9.469/1997 e 20 da MP n. 1.542-28/1997 como de desinteresse do erário em execução fiscal.

Precedentes.

II – Nada obstante, com a entrada em vigor da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, o legislador posicionou-se no sentido de certificar a insignificância de créditos de valor igual ou inferior a R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Precedentes.

III – *In casu*, o tributo devido pelo paciente foi avaliado em R\$1.372,27, montante inferior ao determinado pela lei e pela jurisprudência como lesivo aos cofres públicos, fato a possibilitar a incidência do princípio da insignificância. Isso porque, a conduta imputada na peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal.

IV – Acórdão *a quo* que deve ser cassado, restabelecendo-se a decisão que não recebeu a denúncia, ante a aplicação do princípio da insignificância penal.” *Habeas Corpus* concedido.

(HC n. 34.281/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. em 8.6.2004, *DJ* 9.8.2004, p. 281).

Todavia, o Ministro Felix Fisher, integrante da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, afastou a adoção dos valores constantes no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, propondo que se utilizasse o valor de R\$100,00 (cem reais), previsto no § 1º do art. 18 do mesmo diploma legal, para se averiguar a incidência do princípio da insignificância no crime de descaminho:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. DÉBITO FISCAL. ARTIGO 20, *CAPUT*, DA LEI N. 10.522/2002. PATAMAR ESTABELECIDO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DA DÍVIDA ATIVA OU ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. ART. 18, § 1º, DA LEI N. 10.522/2002. CANCELAMENTO DO CRÉDITO FISCAL. MATÉRIA PENALMENTE IRRELEVANTE.

I – A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas.





II – O art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante.

III – *In casu*, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002), logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico.

Recurso provido. (REsp n. 685.135/PR, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 15.3.2005, *DJ* 2.5.2005, p. 401) [grifou-se].

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a propalar o entendimento do Ministro Felix Fisher, conforme se denota do seguinte julgado:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DESCAMINHO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO RECONSIDERADA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. As freqüentes modificações nos critérios para aplicação do princípio da insignificância na hipótese de prática de crime de descaminho suscitaram nesta Corte novas reflexões sobre o critério até aqui utilizado. Neste sentido, observou o eminente Ministro Félix Fischer: “[...] acredito que esse entendimento há de ser revisto, devendo ser alterado tal critério, pois, como já vinha ressaltando, o valor limite para a execução carece de sentido mesmo em matéria extra-penal” (HC n. 41.700/RS, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 17.5.2005, *DJ* 20.6.2005, p. 321).

2. A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. O art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. *In casu*, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002), logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico.

3. O valor referência utilizado pela fazenda pública, quanto aos débitos inscritos em Dívida Ativa da União, é, pois, cem reais,





conforme o artigo 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, e corresponde ao valor máximo que o erário está disposto a abrir mão, por meio do cancelamento. O mencionado arquivamento não implica em renúncia fiscal, mas, tão-somente, denota a política quanto à prioridade para efeito de cobrança imediata, conferida aos montantes mais elevados.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no REsp n. 981.393/RS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, j. em 20.5.2008, *DJe* 9.6.2008).

Entretanto, o Ministro Nilson Naves da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento esposado pelas turmas do Supremo Tribunal Federal, que acolheram o critério do valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), constante no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a redação da Lei n. 11.033/2004. Em seguida, foi a vez de parte da Quinta Turma aderir ao mesmo patamar, restando o Ministro Felix Fisher quase isolado na defesa de seu pensamento, consoante os julgados abaixo:

Descaminho (caso). Prejuízo (pequeno valor). Lei n. 11.033/04 (aplicação). Princípio da insignificância (adoção).

1. A melhor das compreensões penais recomenda não seja mesmo o ordenamento jurídico penal destinado a questões pequenas – coisas quase sem préstimo ou valor.

2. Antes, falou-se, a propósito, do princípio da adequação social; hoje, fala-se, a propósito, do princípio da insignificância. Já foi escrito: “Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.” 3. É insignificante, em conformidade com a Lei n. 11.033/04, suposta lesão ao fisco que não ultrapassa o valor de 10 mil reais.

4. *Habeas corpus* deferido. (REsp n. 966.077/GO, rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, j. em 14.10.2008, *DJe* 15.12.2008);

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DESCAMINHO. ATIPICIDADE MATERIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSTO ILUDIDO (R\$4.410,00) INFERIOR AO VALOR ESTABELECIDO PELA LEI N. 11.033/2004 PARA EXECUÇÃO FISCAL (R\$10.000,00). CONDUTA IRRELEVANTE AO DIREITO ADMINISTRATIVO, QUE NÃO PODE SER ALCANÇADA PELO DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PORÉM, PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA.



1. De acordo com o entendimento recentemente firmado pelo STF, aplica-se o princípio da insignificância à conduta prevista no art. 334, *caput*, do CPB (descaminho), caso o ilusão de impostos seja igual ou inferior ao valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), estabelecido pelo art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002, alterado pela Lei n. 11.033/2004, para a baixa na distribuição e arquivamento de execução fiscal pela Fazenda Pública. HC n. 92.438/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU* 29.8.2008, HC n. 95.749/PR, rel. Min. Eros Grau, *DJU* 7.11.2008 e RE n. 536.486/RS, rel. Min. Ellen Gracie, *DJU* 19.9.2008.

2. Segundo o posicionamento externado pela Corte Suprema, cuidando-se de crime que tutela o interesse moral e patrimonial da Administração Pública, a conduta por ela considerada irrelevante não deve ser abarcada pelo Direito Penal, que se rege pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal.

(HC n. 116.293/TO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 18.12.2008, *DJe* 9.3.2009).

A Terceira Seção, composta da reunião da Quinta e Sexta Turmas, decidiu por maioria retomar o patamar de R\$100,00 (cem reais) previsto no § 1º do art. 18 da Lei n. 10.522/2002 no seguinte aresto:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR SUPERIOR ÀQUELE PREVISTO NO ART. 18, § 1º, DA LEI N. 10.522/2002.

1. Hipótese em que foram apreendidas ao entrarem ilegalmente no país 644 (seiscentos e quarenta e quatro) pacotes de cigarro de diversas marcas e 12 (doze) litros de *wisky*, todas mercadorias provenientes do Paraguai, avaliadas à época em R\$6.920,00 (seis mil novecentos e vinte reais). Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

2. Não é possível utilizar o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 como parâmetro para aplicar o princípio da insignificância, já que o mencionado dispositivo se refere ao ajuizamento de ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não de causa de extinção de crédito.

3. O melhor parâmetro para afastar a relevância penal da conduta é justamente aquele utilizado pela Administração Fazendária



para extinguir o débito fiscal, consoante dispõe o art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, que determina o cancelamento da dívida tributária igual ou inferior a R\$100,00 (cem reais).

4. Há de se ressaltar que, no caso, existe controvérsia sobre o montante da dívida tributária, que pode até ser maior do que R\$10.000,00, além de se tratar a denunciada de pessoa que ostenta outras duas condenações por crimes da mesma espécie, revelando, em princípio, reiteração criminosa.

5. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, negar provimento ao recurso especial. (REsp n. 966.077/GO, rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, j. em 27.5.2009, *DJe* 20.8.2009).

Ocorre que a Sexta Turma, em detrimento do decidido pela Terceira Seção, continuou a aplicar o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) constante no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a redação da Lei n. 11.033/2004, como parâmetro para averiguação da insignificância do crime de descaminho:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. LEI N. 11.033/2004. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.

1. O Excelso Pretório no julgamento do *Habeas Corpus* n. 92.438/PR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, firmou compreensão no sentido de considerar aplicável o princípio da insignificância nos casos em que o valor dos tributos sonegados seja inferior ou igual ao montante de R\$10.000,00 (dez mil reais), a teor do art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002, alterado pela Lei n. 11.033/2004. Precedentes.

2. No caso vertente, verifica-se caracterizado o desinteresse penal, uma vez que o valor do tributo suprimido é de R\$3.068,63 (três mil, sessenta e oito reais e sessenta e três centavos).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Resp n. 1.111.779/PR, rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 23.6.2009, *DJe* 3.8.2009).

Por fim, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.112.748/TO, a Terceira Seção acabou cedendo e adotando a critério dos R\$10.000,00 (dez mil reais), alinhando-se com o pensamento do Supremo Tribunal Federal. Este é o entendimento que atualmente vigora nas turmas do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º,



ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPCIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I – Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso – 1ª e 2ª Turmas – incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002.

II – Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp n. 966.077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* de 20.8.2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei n. 11.672/2008, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.112.748/TO, rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. em 9.9.2009, *DJe* 13.10.2009)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. LIMITE UTILIZADO PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DIANTE DO JULGAMENTO DO RESP N. 1.112.748/TO (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA). JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 168/STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS.

1. A egrégia Terceira Seção desta Corte, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo n. 1.112.748/TO (rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 13.10.2009), decidiu que se deve aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando os delitos tributários não ultrapassem o limite de R\$10 mil, adotando-se o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com base em precedentes do colendo STF.

2. *In casu*, o tributo sonogado é de R\$2.403,00, incidindo, portanto, nos termos da nova orientação firmada por esta Corte, o princípio da insignificância.

3. Aplicável, na espécie, o enunciado da Súmula n. 168 do STJ, que dispõe que não cabem Embargos de Divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.



4. Embargos de Divergência não conhecidos.

(REsp n. 1.113.039/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. em 14.12.2009, *DJe* 1º.2.2010).

3.3 A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que coube à Primeira Turma, no início de 2008, adotar a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, com fulcro no critério de R\$10.000,00 (dez mil reais). O posicionamento foi seguido pela Segunda Turma em agosto do mesmo ano, conforme se vislumbra dos julgados abaixo colacionados:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 334, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL (DESCAMINHO). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DESTESUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO. *HABEAS CORPUS* DEFERIDO PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. (HC n. 92.740, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 19.2.2008, *DJe*-055, divulgado em 27.3.2008, publicado em 28.3.2008, ement. vol-02312-05, p. 00858);

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI N. 10.522/2002, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com o artigo 20 da Lei n. 10.522/2002, na redação dada pela Lei n. 11.033/2004, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois



uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal. (HC n. 92.438, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 19.8.2008, *DJe*-241, divulgado em 18.12.2008, publicado em 19.12.2008, ement. vol-02346-04, p. 00925).

Atualmente, é cediço em ambas as turmas a adoção do parâmetro de R\$10.000,00 (dez mil reais), para a aferição da insignificância da conduta que configuraria o crime de descaminho. Nesse sentido, a recente decisão:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC n. 92.438, de minha relatoria), impõe-se a rejeição da denúncia ou o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, quando o valor do tributo devido pelo acusado de descaminho for inferior ao montante mínimo legalmente previsto para a execução fiscal (art. 20 da Lei n. 10.522/2002, na redação dada pela Lei n. 11.033/2004), uma vez que não faz sentido que uma conduta administrativa ou civilmente irrelevante possa ter relevância criminal. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material da conduta atribuída ao paciente. (HC n. 96.307, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 24.11.2009, *DJe*-232, divulgado em 10.12.2009, publicado em 11.12.2009, ement. vol-02386-02, p. 00273).

4 Do crime de contrabando

4.1 Bem jurídico

A parte inicial do tipo legal do art. 334 do Código Penal brasileiro descreve a conduta hipotética de “importar ou exportar mercadoria proibida”, que é conhecida como crime de contrabando.

As proibições instituídas pelo sistema legal à importação ou exportação de determinada mercadoria fundam-se em razões diversas, como o



interesse da indústria nacional (como os cigarros e pneus fabricados no país, mas destinados a exportação, cuja reimportação é proibida, assim como a importação de máquinas, implementos e outros bens usados), a saúde pública (como o exemplo dos cigarros nacionais), a moral e os bons costumes, o meio ambiente (como o exemplo dos pneus nacionais que se destinam a exportação, bem como os pneus já utilizados), a soberania nacional, entre outras.

Em que pese estarem descritos conjuntamente no mesmo artigo do diploma penal, provocando as mesmas consequências penais, os crimes de contrabando e descaminho diferem em muitos aspectos, principalmente no que tange ao bem jurídico protegido. Ambos estão relacionados entre os crimes contra os interesses da Administração Pública, sendo esta o bem jurídico-penal tutelado genericamente.

Todavia, enquanto no descaminho os bens jurídicos tutelados, primordialmente, são o erário e os interesses fiscais-aduaneiros, no crime de contrabando são a soberania nacional, a saúde pública, a segurança coletiva, a moral etc.

Certo é que o crime de contrabando não é considerado pela doutrina de direito penal como um crime de natureza tributária, sendo esta presente no crime de descaminho. Nesse sentido, a lição de Prado (2008, p. 569-570):

Num enfoque moderno, contrabando passou a denotar a importação e exportação de mercadoria proibida por lei, enquanto que descaminho significa a fraude ao pagamento de tributos aduaneiros. Diferenciam-se, pois porque enquanto este constitui um crime de natureza tributária, clarificando uma relação fisco-contribuinte, o contrabando expressa a importação e exportação de mercadoria proibida, não se inserindo, portanto, no âmbito dos delitos de natureza tributária. Assim, ao serem vedadas a importação ou exportação de determinada mercadoria, a violação legal de preceito estatal constitui um fato ilícito e não um fato gerador de tributos.

A lição de Bitencourt (2009, p. 1108) não destoia e ele também assinala a distinção entre contrabando e descaminho, em suas próprias palavras:

O *contrabando* atenta, teoricamente, contra a moral, saúde, higiene, segurança pública etc.; enquanto o *descaminho* viola as *obrigações aduaneiras* (tributos aduaneiros). Constata-se, enfim, que o Código que equiparou institutos que têm conteúdos distintos, tutela bens jurídicos diversos e que têm objetos materiais e significados igualmente diferentes, mas que, por *opção*



político-criminal, produzem as mesmas consequências jurídico-penais. Por isso, é dessa forma que se deve abordar *contrabando* (importação ou exportação de mercadoria proibida) e *descaminho* (importação ou exportação de mercadoria permitida, sem o pagamento dos tributos alfandegários). Com efeito, enquanto o *descaminho*, na essência, constitui uma *violação fiscal*, típica da relação fisco-contribuinte, o *contrabando*, configurando entrada ou saída de mercadoria proibida, não contém qualquer natureza fiscal-tributária, ou, em outros termos, a importação ou exportação de *mercadoria proibida* constitui um fato ilícito, e não a violação de uma norma geradora de tributos [grifos no original].

Como é possível vislumbrar, a proteção do bem jurídico no crime de contrabando perpassa o interesse da Administração Pública, afastando-se da proteção dos interesses aduaneiros ou tributários e dirigindo-se à tutela da soberania nacional, saúde pública, moral etc.

Dessa forma, por não se tratar de delito com natureza tributária, os favores legais ou a interpretação que se dá aos tipos penais que encerram delitos contra a ordem tributária não podem ser aplicados ao crime de contrabando.

Não se olvide de que o princípio da insignificância poderá ser aplicado ao crime de contrabando, especialmente em situações em que a mercadoria importada ou exportada seja irrelevante para a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico. Entretanto, o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) é aqui inutilizável, uma vez que não há tributo a recolher, tampouco pode ser aplicado como parâmetro do valor total da mercadoria para se tachar ou não de insignificante a conduta.

4.2 Entendimento dos tribunais

Como é possível concluir pela argumentação supra, não há óbice para que se aplique o princípio da insignificância ao crime de contrabando, ainda que o bem jurídico protegido seja diverso daquele tutelado no delito de descaminho. O que não pode ocorrer é a aplicação do parâmetro dos R\$10.000,00 (dez mil reais), seja como valor do tributo não recolhido, porque não existe tributo a ser recolhido na importação ou exportação de produto proibido (o contrabando), seja como valor da mercadoria, cuja importação ou exportação é proibida pela legislação.

Todavia, as decisões jurisprudenciais dos tribunais regionais federais, ainda majoritariamente, não diferenciam, sob a ótica do bem jurídi-



co tutelado, os delitos de descaminho e contrabando para fins de aplicação dos R\$10.000,00 (dez mil reais) como parâmetro para a incidência do princípio da insignificância.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm decisão relevante que aborde o tema da incidência do princípio da insignificância ou bagatela no que tange ao crime de contrabando.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região inclina-se pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ou bagatela ao crime de contrabando sem ressalvas, anotando, em algumas decisões, que o bem jurídico tutelado neste delito transpassa o interesse arrecadador do Fisco. Contudo, existem decisões que não diferenciam os bens jurídicos tutelados nos crimes de contrabando e descaminho, afirmando que o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) serve como limite para a incidência da insignificância daquele. Seguem alguns acórdãos para ilustração:

PENAL E PROCESSUAL PENAL – *HABEAS CORPUS* – CRIME DE CONTRABANDO – ART. 334, 1ª PARTE, DO CÓDIGO PENAL – LIBERDADE PROVISÓRIA – PEDIDO PREJUDICADO – EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA, PELO JUÍZO *A QUO* – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – OBJETO JURÍDICO QUE NÃO RESIDE NO INTERESSE ARRECADADOR DO FISCO, MAS NO CONTROLE DA ENTRADA DE DETERMINADAS MERCADORIAS DO TERRITÓRIO NACIONAL – PRECEDENTES – ORDEM DENEGADA. I – Concedida liberdade provisória ao paciente, resta prejudicada a apreciação do pedido formulado com o mesmo objeto. II – Configura crime de contrabando a internação clandestina, no país, de óleo diesel proveniente do Peru, porquanto sua importação constitui monopólio da União (art. 4º, inciso III, da Lei n. 9.478/1997). III – Inviável a incidência do princípio da insignificância, na espécie, uma vez que o objeto jurídico do crime de contrabando não reside no interesse arrecadador do Fisco, mas no direito de a Administração Pública controlar a entrada e a saída de determinadas mercadorias, no território nacional, visando preservar questões correlatas à segurança, à saúde, à proteção da indústria nacional, entre outras (ACR 1997.36.00.004232-7/MT, rel. Juiz Federal convocado Ney Barros Bello Filho, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, *DJU* de 3.8.2007, p. 48). IV – Ordem denegada. (HC n. 200901000753364, Desembargadora Federal Assusete Magalhães, TRF1 – Terceira Turma, 5.2.2010);

PENAL – CONTRABANDO – ART. 334 DO CÓDIGO PENAL – CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INA-



PLICABILIDADE – PENA – REDUÇÃO. I – Não se aplica o princípio da insignificância cuidando-se de contrabando, conforme precedentes deste Tribunal. II – A pena, porém, deve ser reduzida ao mínimo legal, porque a pressuposição de que o agente preparou seu veículo para a prática do contrabando não justifica, por si só, seja fixada acima do mínimo previsto em lei, uma vez que não há outras circunstâncias a recomendarem essa majoração. III – Apelação provida, em parte. (ACR 200642000013904, Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus (conv.), TRF1 – Terceira Turma, 4.12.2009);

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. CONTRABANDO. ART. 334 DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. MERCADORIA APREENDIDA DE VALOR INEXPRESSIVO. LEI N. 10.522/2002. 1. Em face do advento de regramento que manifesta o desinteresse do erário com arrecadação de determinados valores (art. 20 da MP n. 2.095-76, de 13.6.2001, convertida na Lei n. 10.522, de 19.7.2002), cabível é o princípio da insignificância na esfera penal, ainda que se trate do crime de contrabando. 2. A União Federal, em sede fiscal, abstém-se de efetuar o lançamento na Dívida Ativa da União em se tratando de valor não excedente a R\$1.000,00 (hum mil reais), e não ajuíza execução fiscal em se tratando de crédito tributário de quantia igual ou menor que R\$10.000,00 (dez mil reais), conforme se verifica dos arts. I e II da Portaria n. 049/04, expedida pelo Ministério da Fazenda. 3. Acolhendo o prescrito na Portaria n. 049/04, a Lei n. 11.033, de 21.12.2004, alterou o art. 20 da Lei n. 10.522/2002, para dispor que: “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais)”. 4. O descaminho de mercadorias de procedência estrangeira, de valor inexpressivo, ou seja, inferior aos R\$10.000,00 (dez mil reais) estabelecidos na Lei n. 11.033/2004, próprio de sacoleiros e camelôs, não deve ser punido por não ofender nenhum bem jurídico. 5. Recurso em sentido estrito não provido. (RSE 200638020023291, Juiz Tourinho Neto, TRF1 – Terceira Turma, 10.7.2009).

Nas decisões do Tribunal Regional Federal da 2ª Região é possível verificar que é feita a distinção entre os bens jurídicos protegidos nos crimes de descaminho e contrabando, diferenciando-os. No contrabando, as decisões frisam que não importa o valor do bem para a averiguação da aplicabilidade do princípio da insignificância ou bagatela, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE CONDUTA. TRANCAMENTO. IN DUBIO PRO SOCIETATE. PRINCÍPIO INSIG-



NIFICÂNCIA. CONTRABANDO. LESIVIDADE. PERDIMENTO BENS. DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. AUTONOMIA. 1. A ausência de justa causa apta a ensejar o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* deve ser manifesta, não demandando dilação probatória, incompatível com a via angusta deste remédio constitucional, destinado, primordialmente, à proteção da liberdade de locomoção. 2. O recebimento da denúncia requer, tão somente, indícios de materialidade do crime e sua autoria, vigendo, nesse momento, o princípio *in dubio pro societate*. 3. A denúncia imputa ao paciente o delito de contrabando, que visa proteger o interesse moral da Administração Pública, sendo incabível qualquer discussão a respeito da insignificância ou não do valor do bem. 4. Nos termos do art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, mesmo que fosse possível considerar a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de contrabando, o valor da mercadoria apreendida é superior ao parâmetro fixado pela norma. 5. A pena de perdimento dos bens é sanção administrativa, aplicada em virtude ao desrespeito às normas aduaneiras. Não se confunde com a sanção à conduta ilícita, pois as tais esferas são autônomas entre si. 6. Ordem denegada. (HC n. 200902010090800, Desembargadora Federal Liliane Roriz, TRF2 – Segunda Turma Especializada, 17.7.2009) [grifos nossos].

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região aplica o parâmetro de R\$10.000,00 (dez mil reais) indistintamente para verificar a insignificância dos crimes de descaminho e contrabando. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em especial a 2ª Turma, reconhece que a habitualidade da conduta criminosa – seja no descaminho, seja no contrabando – afasta a incidência do princípio da insignificância ou bagatela.

A 5ª Turma deste Tribunal tem recente decisão que afasta o parâmetro de R\$10.000,00 (dez mil reais), adotando o salário-mínimo vigente na época, para se verificar a insignificância da conduta do contrabando. Nesse sentido, as seguintes decisões:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. LIMITE INSTITUÍDO NA LEI N. 10.522/2002, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA E PENAL DA CONDUTA PARA AS CORTES SUPERIORES. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DA CONDUTA TÍPICA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA. 1. Para fins de aplicação do princípio da insignificância, deve ser considerado o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais), instituído pela Lei n. 11.033/2004, que alterou o artigo 20, da Lei n. 10.522/2002 (STF, HC n. 92.438-7/PR). 2. Não se pode considerar que uma mesma



conduta é irrelevante se o acusado tem boa índole, é primário ou foi movido por dificuldades econômicas, mas significativa se ele for perverso, se praticou o crime por cupidez, se é reincidente ou voltado à prática delitiva. 3. Todavia, o exame de sua relevância não deve levar em consideração somente o pequeno valor das mercadorias apreendidas em poder do acusado, que podem ser apenas parte de um conjunto muito maior. 4. Pela reiteração delitiva, que está suficientemente demonstrada no caso concreto, o criminoso alcança provocar lesão relevante ao erário, realizando aquilo que se apelidou de “contrabando de formiguinha”: fazendo seguidas viagens ao exterior, facilitadas pela existência de fronteira seca, ele infinitas vezes desencaminha pequenas quantidades de mercadoria em cada viagem; assim, chama pouca atenção para sua atividade ilícita, diminui o risco de perda do capital em caso de apreensão, e ainda se apresenta em juízo como um criminoso casual e quase inofensivo. 5. A Lei n. 10.522/2002 determina o prosseguimento das execuções quando o valor total dos débitos consolidados em desfavor do mesmo contribuinte supere R\$10.000,00, ainda que cada um deles, isoladamente considerado, seja de pequena monta. Ao tomar-se este diploma legal como fundamento para julgar se a conduta foi capaz de atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal, deve permitir-se que tal raciocínio chegue a todas as suas conseqüências. 6. Ordem denegada. (HC n. 200903000204068, Juiz Henrique Herkenhoff, TRF3 – Segunda Turma, 8.10.2009);

HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – CONTRABANDO E DESCAMINHO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO – BINÔMIO DESVALOR DA CONDUTA E DESVALOR DO RESULTADO – ORDEM DENEGADA. 1. É discutível a aferição da insignificância da conduta delitiva em questão, tendo por parâmetro o valor de alçada para arquivamento sem a baixa na execução fiscal, pois o fato de a Fazenda Nacional não promover a execução não implica, necessariamente, desinteresse em reprimir o contrabando e o descaminho e o descaminho, ou mesmo que o Estado não tenha interesse em receber tais valores, apenas significando que a cobrança, com a movimentação da máquina judiciária, é mais custosa que o débito que se tem para receber do contribuinte inadimplente. 2. É paradigmático no âmbito desta c. 5ª Turma o entendimento sobre a peculiaridade de situações que envolvem o delito em questão e que merecem tratamento singularizado, não podendo o judiciário violar a intenção do legislador, expressa na lei, que teve como substrato uma realidade social e econômica que não pode ser simplesmente afastada para justificar o seu descumprimento: cf. precedentes. 3. Em

consonância com o nosso entendimento acerca do tema, o salário mínimo vigente à época da ação delitiva seria patamar mais bem acurado para a aferição da incidência do princípio da insignificância em crimes como tais: cf. precedentes. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa, ao afirmar que a aplicação do princípio da insignificância deve orientar-se pelo princípio da irrelevância penal do fato, logo, por um juízo dúplice, tanto acerca do desvalor do resultado quanto também acerca do desvalor da conduta, para concluir que a reiteração da prática delitiva afasta a incidência do princípio da insignificância, em razão do desvalor da conduta, impedindo, pois, a sua incidência, ainda que o valor da mercadoria ou do tributo sonegado sejam inferiores ao parâmetro estabelecido: cf. precedentes. 5. Ordem conhecida e denegada. (HC n. 200903000263565, Juiz Helio Nogueira, TRF3 – Quinta Turma, 22.9.2009).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região também aplica indistintamente o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) como parâmetro para se aferir a insignificância do contrabando e descaminho. Esta foi a decisão da Seção Criminal do Tribunal, no entanto existem decisões que apontam a diferença do bem jurídico protegido no delito de descaminho e de contrabando, asseverando a gravidade deste crime. Colacionam-se algumas decisões das turmas criminais:

PENAL E PROCESSO PENAL. CONTRABANDO. QUESTÃO DE ORDEM. INSIGNIFICÂNCIA. ATIPIA. 1. *Inobstante no delito de contrabando não seja o erário público o único atingido, já definiu a Seção Criminal desta Corte pela não diferenciação entre as figuras do artigo 334 do Código Penal para fins de aplicação do princípio da insignificância.* 2. A segurança jurídica da decisão esperada recomenda o prestigiamento dos precedentes, especialmente da Suprema Corte, a dar a solução definitiva em tema de tipicidade – na via do *habeas corpus*. 3. Adoção pela Seção Criminal desta Corte, na linha de precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC n. 92.438 e HC n. 95.089) de que o desinteresse fazendário na execução fiscal torna certa a impossibilidade de incidência do mais gravoso e substitutivo direito penal. 4. É o limite de dez mil reais, do art. 20 da Lei n. 10.522/2002, objetivamente indicador da insignificância para o crime de descaminho, ainda que reiterado (STF/HC n. 77.003 e AI-QO n. 559.904). 5. Atipia reconhecida em questão de ordem, pela reiteração jurisprudencial nesta Corte de tema exclusivamente de direito. (RSE n. 200671130036426, Tadaaqui Hirose, TRF4 – Sétima Turma, 17.12.2009) [grifou-se];

PENAL. DESCAMINHO. IMPORTAÇÃO DE SOJA DESACOMPANHADA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho, quando o valor do tributo

não recolhido é igual ou inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais), patamar esse instituído pela Lei n. 11.033/2004. Não é admissível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e, ao mesmo tempo, seja considerada relevante e punível ao Direito Penal. *A alegação de que é inaplicável o princípio da insignificância, quando o delito de contrabando envolvendo questões de saúde pública e controle fitossanitário, não encontra guarida na jurisprudência desta Corte, a qual tem dado tratamento uniforme no julgamento de casos símeis, tal como o de importação de cigarros estrangeiros sem o pagamento dos tributos devidos (descaminho), e reintrodução no país daqueles de fabricação nacional destinados à exportação (contrabando), traduzindo idêntico potencial lesivo ao mercado, à saúde pública, bem como à União.* Precedente (HC n. 2004.04.01.034885-7). (enul 200671150000700, Luiz Fernando Wovk Penteado, TRF4 – Quarta Seção, 9.11.2009) [grifos nossos];

PENAL. CONTRABANDO E CAÇA-NÍQUEL. ART. 334, § 1º, ALÍNEA C, DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA. DEMONSTRADAS. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO ART 386, VI, DO CPP. 1. *Tratando-se de componentes para máquinas caça-níqueis, a lesão causada vai além da dimensão econômica, envolve a ordem pública, não podendo ser afastada pelo princípio da bagatela, até por que, de rigor, em tema de contrabando, a ilusão de tributo não figura como elementar do tipo.* 2. Ausente o dolo em agir, deve sobrevir a absolvição, nos termos do art. 386, inc. VI, CPP. (ACR 200771070018910, Tadaaqui Hirose, TRF4 – Sétima Turma, 2.12.2009) [grifos nossos];

Por fim, as decisões mais recentes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região aplicam indistintamente o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) para aferição da insignificância dos crimes de contrabando e descaminho, conforme se denota dos seguintes julgados abaixo arrolados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE CONTRABANDO. ART. 334, PARÁGRAFO 1º, C DO CÓDIGO PENAL. CIGARROS. PRINCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. VALOR INFERIOR A R\$10.000,00, NOS TERMOS DO ART. 20, CAPUT, DA LEI N. 10.522/2002. DANO ÍNFIMO AO ERÁRIO. RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUITA DO RÉU. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE. APELO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. 1. Trata-se de Apelação Criminal, interposta contra a sentença *a quo*, que julgou improcedente a denúncia, fundada no art. 334, parágrafo 1º, c, do Código Penal. Na exordial acusatória, foi imputado ao denunciado a prática de manter em depósito e expor à venda, no exercício de atividade comercial, 5.500 (cinco mil e quinhem



tos) maços de cigarros US de procedência estrangeira, que sabia ser produto de introdução clandestina no território nacional. O Juízo *a quo* entendeu ser aplicável à espécie o princípio da insignificância, que retira a tipicidade da conduta delitiva. 2. No crime de contrabando, o objeto da tutela jurídica é a salvaguarda dos interesses do erário público com o pagamento de tributos e, também, a proteção da indústria nacional. 3. Se o valor da mercadoria contrabandeada não for suficiente para causar dano ao erário público, ocorre a incidência do princípio da insignificância e, conseqüentemente, exclusão da tipicidade. 4. Apelação Criminal conhecida, mas improvida. (ACR n. 200683080003062, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, TRF5 – Primeira Turma, 29.5.2008).

Assim, é possível concluir que não há uniformidade nas decisões dos tribunais regionais federais no tocante à adoção dos R\$10.000,00 (dez mil reais) como parâmetro para aferição da insignificância no crime de contrabando. Majoritariamente não se distingue o crime de descaminho do crime de contrabando, do ponto de vista do bem jurídico tutelado, aplicando-se o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) indistintamente. Em que pese haver decisões que diferenciam os bens jurídicos protegidos, a tendência aparente é que não se faça nenhuma discriminação entre os crimes de contrabando e descaminho.

5 Conclusão

Em suma, parece estar assentado nos tribunais superiores o entendimento, que se encaminha para a pacificação nos demais tribunais, de que é aplicável o patamar de R\$10.000,00 (dez mil reais) para a aferição da insignificância da conduta que promove o não recolhimento de tributos em valores iguais ou menores do que aquele. Esse entendimento aplica-se aos crimes tributários materiais e ao descaminho sem discussão.

O raciocínio funda-se verdadeiramente na aplicação do princípio da intervenção mínima, subsidiariedade ou *ultima ratio* do direito penal e não, propriamente, na do princípio da insignificância. Isso porque a Administração Fazendária não despreza o valor igual ou menor a R\$10.000,00 (dez mil reais), considerando-o irrelevante, apenas abre mão de cobrar na via judicial cível.

A rigor, levando-se à risca o entendimento esposado para os crimes com reflexos tributários, não haveria nenhum óbice que o mesmo racio-



cínio fosse estendido aos crimes que tenham reflexo patrimonial, quando a vítima mostrar desinteresse em ser ressarcida no juízo cível.

O critério proposto pelo Ministro Felix Fisher do STJ no REsp n. 685.135/PR, que adota o valor de R\$100,00 (cem reais), previsto no § 1º do art. 18 da Lei n. 10.522/2002, como patamar para a aferição da insignificância no crime de descaminho e tributários materiais, seria o mais razoável, pois nesse caso procede-se o cancelamento do débito inscrito na Dívida Ativa da União. Esse patamar até poderia ser elevado pela adoção de uma posição intermediária, porém muito aquém de R\$10.000,00 (dez mil reais), que de modo algum pode ser considerado como um valor irrisório, ínfimo, irrelevante para o fim de balizar o princípio da insignificância.

Quanto ao crime de contrabando, não há dúvida que pode haver a incidência do princípio da insignificância, contanto que não se aplique o parâmetro de R\$10.000,00 (dez mil reais), tratando-o de modo uniforme com o crime de descaminho. Isso porque, embora estejam descritos no mesmo tipo legal, são figuras que divergem quanto ao bem jurídico tutelado. Nesse ponto, merecem uma análise distinta pelos operadores de direito penal, o que infelizmente não tem ocorrido entre os tribunais regionais federais.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Tomo I. 1. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 8. ed. São Paulo: Editora RT, 2008. v. 1.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte especial. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2008. v. 3.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



LEONARDO AUGUSTO GUELFÍ

**FUGA E PERIGO DE FUGA
COMO MOTIVOS
AUTORIZADORES DA PRISÃO
PREVENTIVA**





LEONARDO AUGUSTO GUELFÍ

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve olhar sobre o direito comparado. 2.1 França. 2.2 Espanha. 2.3 Alemanha. 3 Prisão preventiva no Brasil. 3.1 Dever de proteção como justificação constitucional. 3.2 Regime infraconstitucional da prisão preventiva. 3.3 Fuga: delimitação semântica para fins da decretação da prisão preventiva. 4 Fuga e prisão preventiva: questões pontuais. 4.1 Fuga e suspensão condicional do processo. 4.2 Fuga e expectativa da pena a ser aplicada. 4.3 Fuga e direito natural. 4.4 Fuga posterior ao decreto de prisão preventiva. 5 Conclusão.





1 Introdução

Tantos são os ataques – por pouco a impressão não se torna convencimento – sobre o sepultamento da prisão preventiva pela ordem constitucional de 1988. Sob um olhar apressado, resta dela somente um zumbi, anacrônico, incompatível com os valores acolhidos pelo direito das modernas civilizações.

Em toda prisão preventiva, há, sim, um escândalo. Em parte, ele advém da anterioridade da custódia em relação à eventual condenação definitiva. Outra boa medida das razões do escândalo reside no próprio encarceramento, uma prática cada vez mais difícil de assimilar, ainda que após o trânsito em julgado.

Fosse a prisão preventiva o único mal, o maniqueísmo nos vindo em auxílio, fácil seria debelá-lo. Entretanto, há a liberdade do réu, o dever do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais e o exercício exclusivo do direito de punir que dele decorre. A complexidade dos fatores torna cada decisão sobre a custódia cautelar um caso difícil, cuja solução demanda sempre, ainda que não se note de modo evidente, a utilização da máxima da proporcionalidade. Quando o resultado do sopesamento indicar a necessidade do encarceramento provisório, há que se decretá-lo, sob pena de que escândalos de outras ordens (a impunidade, a ineficiência do Estado na proteção dos direitos fundamentais) venham impor seu preço.

Dessa forma, e seguindo o raciocínio desta introdução, importante mencionar o quanto a obra *Garantismo penal integral* (2010), organizada pelo Procurador Regional da República Douglas Fischer e pelos Procuradores da República Bruno Calabrich e Eduardo Pelella, influenciou a escolha e o tratamento do tema. Os textos lá reunidos, marcados pelo brilhantismo dos autores na superação de “verdades parciais”, clamam pela “consideração harmônica de todos (por isso integral) os valores, princípios e regras constitucionais, e não apenas com a consideração (parcial) da necessária proteção dos direitos fundamentais individuais”.

Na cadeia de fatores objeto dessa “consideração harmônica”, o presente trabalho volta sua atenção à fuga e seus efeitos. De início, realiza-se uma breve exposição sobre como ordenamentos jurídicos de países outros, com histórico de respeito pelos direitos fundamentais, relacionam fuga e prisão preventiva. Em seguida, adentrando no território do direito





pátrio, busca-se a justificação constitucional da custódia cautelar para, então, captar em seu delineamento infraconstitucional qual é o papel reservado à fuga no microsistema da prisão preventiva. De posse desses subsídios, arrisca-se um conceito da fuga relevante para a decretação da custódia, passando-se a analisar, sob essa ótica, algumas situações concretas e as respostas que frequentemente lhes são dadas pelos tribunais.

Uma menção essencial (e final) a esta introdução diz respeito à posição tópica escolhida para a análise do direito comparado. Optamos por sua precedência em relação às demais reflexões, o que explicita sua independência quanto ao tópico imediatamente seguinte, voltado a um ponto determinado do direito constitucional pátrio.

2 Breve olhar sobre o direito comparado

A legislação de Estados de sólida tradição democrática, cujas Constituições norteiam-se pelo respeito aos direitos fundamentais, entende fuga do indiciado/processado como uma ameaça séria ao desenvolvimento regular do processo e, sobretudo, ao cumprimento efetivo da sanção porventura aplicada. Em certos casos, locuções equivalentes a “fuga” são inclusive mencionadas expressamente por ocasião da disciplina da prisão processual.

2.1 França

Na França, a prisão preventiva (*détention provisoire*¹) vem regulada pelos artigos 137, 143 a 148 do Code de Procédure Pénale. A decretação da custódia cabe ao juiz das liberdades e da detenção, conforme reforma posta pela Lei de 15 de junho de 2000². A mesma lei alterou o artigo 137 do Código de Processo Penal, para estabelecer a excepcionalidade da

¹ Para ser fiel à terminologia e diante das conseqüências hermenêuticas, cabe sempre lembrar que, com a Lei de 17 de julho de 1970, a chamada *détention preventive* deu lugar à *détention provisoire*.

² A atribuição do juiz das liberdades e da detenção, em matéria de detenção provisória, vem posta pelo art. 145 do Código de Processo Penal. No entanto, mesmo após a reforma, conserva o juiz de instrução certos poderes pertinentes à restrição da liberdade de locomoção, como, por exemplo, na expedição do *mandat de rechercher*, hábil a conduzir à *garde à vue*, espécie de prisão de curta duração.





medida constritiva, conferindo preferência à imposição de condições ao investigado³ (controle judiciário), desde que suficientes às necessidades da instrução.

Já o artigo 144, com a redação dada pela Lei de 5 de março de 2007, estabelece os motivos que ensejam a custódia⁴. Segundo o dispositivo, circunstâncias constantes do processo devem demonstrar que a detenção é o único meio de, por exemplo, conservar as provas (art. 144, 1º), evitar pressão sobre testemunhas ou vítimas (art. 144, 2º), impedir a reiteração criminosa (art. 144, 6º) ou garantir que a pessoa investigada permaneça à disposição da Justiça (art. 144, 5º). Parece não haver dúvidas de que a última hipótese mencionada tenha sido cunhada para evitar, principalmente, a fuga do investigado (MATHIAS, 2007, p. 162), embora o texto francês não se utilize expressamente do termo *fuite* (equivalente de “fuga”).

2.2 Alemanha

Na Alemanha, os pressupostos materiais da prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) vêm delineados nos §§ 112 e 113 da Ordenança Processual Penal (*Strafprozessordnung* – StPO), exigindo tanto a suspeita veemente sobre a prática de um fato punível quanto motivos específicos, chamados “fundamentos da prisão” (*Haftgrund*). Entre estes, e sem pretender listar todos, vale mencionar o perigo de reiteração (*Wiederholungsgefahr*) e o perigo de atentado contra as provas (*Verdunkelungsgefahr*⁵). Pertinente ao presente trabalho, a fuga (*Flucht*) e o perigo de fuga (*Fluchtgefahr*) são mencionados de modo expreso (§ 112, 1 e 2, respectivamente, da StPO).

Comprovando-se que o acusado é fugitivo ou se oculta, incide prontamente o número 1 do § 112 da StPO. Por sua vez, o perigo de fuga depende, para que seja suficiente para fundamentar a custódia, da consideração de circunstâncias do caso concreto, capazes de evidenciar que o acusado se subtrairá do processo (§ 112, 2, StPO). Roxin (2003, p. 158) revela que mais de 80% (oitenta por cento) das ordens de prisão na Alemanha são fundamentadas no perigo de fuga. O número não se deve tanto

³ Melhor seria dizer “examinado”, ante a expressão empregada, qual seja, *mise en examen*.

⁴ As condições de fundo para a decretação da detenção são classificadas por Leroy (2010) com relação: i) às infrações cuja prática pode, eventualmente, conduzir à custódia, ii) aos motivos e iii) às pessoas.

⁵ *Verdunkelung* pode ser traduzido como escurecimento, ofuscamento, eclipse.



à amplitude do rol de circunstâncias, que, na prática, são objeto de consideração, porém à relevância conferida a determinados fatores, como o exercício ou não de atividade laboral, a ausência de residência fixa e a manutenção ou não de laços sociais relevantes (BUSSE, 2008, p. 11).

Os fatores apontados por Busse (2008) são confrontados, na prática, com a expectativa da pena a ser aplicada (*Straferwartung*). Como não poderia deixar de ser, entende-se que a prisão preventiva tem a finalidade de tutelar não só o desenvolvimento regular do processo de conhecimento, mas também a própria execução da pena⁶. Nesse compasso, trabalham os tribunais alemães com o seguinte raciocínio: quanto mais elevado é o montante da sanção a ser aplicada em caso de eventual condenação, maior é o estímulo para que o acusado empreenda fuga⁷. A expectativa de uma pena elevada gera algo semelhante a um juízo provisório sobre o risco de fuga, que passa a ser confrontado com as circunstâncias pessoais apresentadas pelo acusado, tais como as explicitadas no parágrafo anterior (profissão, moradia própria, relações sociais). Dá-se como uma ponderação entre o estímulo de fuga, produzido pela pena a ser eventualmente aplicada, e os elementos de fixação do acusado no distrito da culpa.

Como exemplo ilustrativo, a decisão do Superior Tribunal do Estado de Berlim (*Kammergericht Berlin*, 1 Ws 146/07), de 31.8.2007, que deixou de revogar a prisão preventiva decretada contra uma acusada, sob custódia havia nove meses, já condenada a uma pena de dois anos por sentença não transitada em julgado. Como a acusada não faria jus a benefícios, por conta de seus antecedentes, entendeu o Tribunal ausentes circunstâncias hábeis a eliminar ou minorar o estímulo à fuga, substanciado na iminente execução integral do restante da pena (pouco mais de um ano e dois meses). Embora a acusada tenha se apresentado espontaneamente às autoridades e mesmo sendo mãe de cinco filhos, a ausência de residência própria e a nacionalidade incerta contribuíram decisivamente para que suas circunstâncias pessoais não fossem capazes de reverter conclusões sobre o perigo de fuga.

A doutrina esclarece que a expectativa de uma pena elevada não pode fundamentar, isoladamente, conclusão sobre a existência do pe-

⁶ Por todos: KG Berlin 4. Strafsenat. 4 Ws 72/09, 1 AR. Decisão de 20.7.2009.

⁷ Nesse sentido: OBL Stuttgart, 2 Ws 164/07, de 27.6.2007; KG Berlin 1 Ws 146/07, de 31.8.2007.



rigo de fuga, para fins de decretação da custódia (ROXIN, 2003, p. 260; HELLMANN, 2006, p. 81). No entanto, e talvez este ponto seja decisivo na comparação, não se nega, na Alemanha, que a expectativa de pena é uma circunstância do caso concreto, também relevante para a avaliação dos possíveis riscos a que se expõe a efetiva aplicação da lei penal, e não mera abstração genérica sem consequências.

1.3 Espanha

Na Espanha, a Ley Organica n. 13/2003 promoveu uma reforma severa da disciplina da prisão preventiva (*prisión provisional*). Em sua exposição de motivos, observa-se a preocupação com o respeito aos direitos fundamentais, sendo suas alterações permeadas pelas notas de excepcionalidade e proporcionalidade da prisão processual, constantemente evocadas pelo Tribunal Constitucional daquele país. Aliás, as alterações foram diretamente influenciadas pela Sentença n. 47/2000 da Suprema Corte, responsável por suscitar a inconstitucionalidade dos artigos 503 e 504 da Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸.

A antiga regulamentação presente no artigo 503 da LEC, embora delineasse os pressupostos da medida – algo como a prova da materialidade (art. 503, 1) e indícios de autoria (art. 503, 3) –, deixava as considerações sobre sua necessidade ao juiz, analisadas as circunstâncias do fato, os antecedentes do imputado, a repercussão social e a ocorrência frequente de casos análogos (art. 503, 2). Na Sentença n. 47/2000, o Tribunal Constitucional assinalou que o delineamento legal não apontava os fins constitucionalmente legítimos a serem perseguidos com a decretação da custódia, nem sequer exigia a menção, na decisão judicial, de um fim constitucionalmente legítimo. Atualmente, o artigo 503, 1, 3, da LEC exige que se persigam, com a prisão provisional, objetivos predeterminados, como, por exemplo, evitar a alteração das fontes de prova (alínea b), impedir que o imputado cometa outros fatos delitivos (art. 503, 2) ou, no que interessa particularmente ao tema deste trabalho, “assegurar a presença do imputado no processo quando se possa inferir racionalmente um risco de fuga” (art. 503, 1, 3, a) [tradução nossa].

⁸ A questão foi analisada incidentalmente, no âmbito de um recurso de amparo, ou seja, não houve nesta ocasião a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*, embora tenha sido ao final suscitada, para os fins do artigo 163 da Constituição da Espanha.



O Tribunal Constitucional da Espanha já havia, quando da edição da Ley n. 13/2003, formado sólida jurisprudência a considerar o risco de fuga como um motivo constitucionalmente legítimo para a decretação da custódia cautelar. Na Sentença n. 128/1995, a Corte salientou não apenas que a pena a ser aplicada poderia influenciar conclusões sobre a existência de perigo de fuga, mas também que, em etapas iniciais do processamento, tal fator poderia vir a preponderar legitimamente sobre qualquer outro:

Com efeito, a relevância da gravidade do delito e da pena para a valoração dos riscos de fuga – e, com ele, da frustração da ação da Administração da Justiça – resulta inegável tanto pelo fato de que, quanto maior a gravidade, mais intensa cabe presumir a tentação de fuga, quanto pelo fato de que quanto maior a gravidade da ação cuja reiteração ou cuja falta de julgamento se teme, maior será o prejuízo que, no caso de materializar-se a fuga, sofreriam os fins perseguidos pela Justiça [...] se é certo que a gravidade da pena que ameaça ao imputado poderia constituir em um primeiro momento razão suficiente para afirmar um perigo efetivo e relevante de fuga, não rechaçáveis com outras medidas cautelares de menor intensidade coativa, também é que este argumento se debilita pelo próprio passar do tempo e a conseqüente diminuição das conseqüências punitivas que pode sofrer o preso [tradução nossa].

As razões do Tribunal Constitucional sempre se devem fazer presentes na interpretação do novo artigo 503 da LEC, que dispõe, em seu apartado 1, n. 3, alínea a, que, para se valorar a existência de perigo de fuga, “se atentará conjuntamente à natureza do fato, à gravidade da pena que poderá ser imposta ao imputado, a sua situação familiar, profissional e econômica [...]” [tradução nossa].

3 Prisão preventiva no Brasil

3.1 O dever de proteção como justificação constitucional

Nem todas as escolhas em termos de repressão penal já estão feitas a partir da adoção de uma Constituição democrática, porém, inegavelmente, as escolhas fundamentais. O direito penal mínimo encontra na Constituição os bens jurídicos mais sensíveis, os únicos vitais à exis-



tência social, os únicos cuja proteção pela ameaça de pena se legitima⁹. Afirmar sobre a legitimidade da pena nestes casos, longe de traduzir mera faculdade, impõe concluir sobre o atendimento de um dever de proteção (*Schutzpflicht*)¹⁰.

Não se trata de aplicar como sinônimas as expressões “dever de proteção” e “tutela penal”. As soluções devem mesmo ser buscadas em searas outras, em nítido respeito à subsidiariedade. Caso falhem ou se mostrem insuficientes, ao legislador, em obediência à ordem objetiva de valores presentes na Constituição, não se abre outra opção além de lançar mão do direito penal. Para além de escolha discricionária, pode-se afirmar a real exigência de prognose racionalmente formulada sobre a suficiência da tutela¹¹. Em decisão sempre lembrada sobre o tema, o Tribunal Constitucional Alemão exorta o legislador a realizar a ponderação:

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]; até aqui ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuida-

⁹ A afirmação de que o direito penal encontra sua limitação material na proteção de bens jurídicos não é isenta de críticas, suscitando sérias divergências e formulações alternativas. Hirsch (2006), após lembrar que, na Alemanha, uma parcela cada vez maior da doutrina confere “ao conceito significado exclusivamente interno ao sistema”, ou seja, pertinente à interpretação das leis já postas, remata sustentando a inexistência de “interesses que, por sua própria natureza, não possam ser levados a objeto da proteção jurídico-penal”. A solução de Jakobs (2009) foi ampliar a definição de bem jurídico de modo a identificá-lo com “a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção”. Greco (2004) reivindica a excepcionalidade de normas penais não vinculadas à proteção de bens jurídicos, embora reconheça exemplos válidos, postulando, assim, pela manutenção da função limitadora do instituto.

¹⁰ “Dever de proteção” decorrente da ideia de que não basta ao exercício dos direitos fundamentais uma liberdade negativa, liberdade perante o Estado, exigindo-se uma efetiva tutela por parte deste, de modo a evitar ou sancionar agressões promovidas por terceiros, inclusive. Os direitos fundamentais “têm hoje um duplo papel, pois, por um lado, impõem limites ao Estado no interesse da liberdade e, por outro, exortam-no a proteger a liberdade de danos causados por terceiros e a torná-la realmente útil” (GRIMM, 2006, p. 84).

¹¹ A questão foi abordada nas sempre lembradas decisões do Tribunal Constitucional Alemão sobre leis que descriminalizavam o aborto, intensificando-se, a partir de então, os debates doutrinários.



dosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.¹² (BVerfGE 88 203 *apud* SCHWABE, 2005, p. 280)

Equilibrando-se sobre a justa medida, a decisão estatal há de rejeitar tanto proteções excessivas (*Übermassverbot*) quanto insuficientes (*Untermassverbot*). A proteção penal adequada surge assim da observância do princípio da proporcionalidade em sua integralidade, em sua dupla irradiação ou “dupla face”, termo último preferido por Streck (2008).

A tipificação não esgota a missão do legislador. Reclama-se-lhe a construção de um sistema processual também adequado, a compatibilizar proteção dos direitos fundamentais e rito hábil à descoberta da verdade para, sendo o caso, impor-se a sanção correspondente. Nem mesmo com a imposição da sanção o aparato estatal terá cumprido sua missão. Necessário que promova a execução, sem afronta, contudo, à dignidade do apenado.

Se o curso regular do processo ou a própria execução da sanção a ser aplicada encontram-se ameaçados, a ameaça alcança, via de consequência, o próprio dever de proteção. Para que se desincumba nos lindes de uma proteção adequada, exige-se do Estado que disponha de um sistema de medidas cautelares, inclusive pessoais, como a prisão preventiva, que encontra, assim, seu lastro constitucional. No Brasil, esse lastro constitucional vem explicitado no inciso LXI do artigo 5º, ao ressaltar-se a possibilidade de prisão “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. A “fundamentação” exigida pelo inciso, a ser regulamentada pela lei, é restringida pelas finalidades constitucionais da medida, em atenção à dupla face do princípio da proporcionalidade.

3.2 Regime infraconstitucional da prisão preventiva

O regime infraconstitucional da prisão preventiva vem posto, em especial, pelos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Para a decretação da medida, necessário que estejam presentes, concomitantemente, seus dois pressupostos – quais sejam, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria – aliados ao menos a um dos motivos ensejadores. Esses motivos, pela dicção do artigo 312 do Código de Processo Penal, estarão presentes quando a custódia for necessária

¹² O mesmo trecho é transcrito por Streck (2008, não paginado).



para: i) a garantia da ordem pública; ii) a conveniência da instrução criminal; iii) o assecuramento da aplicação da lei penal; iv) a garantia da ordem econômica.

Além disso, o artigo 313 dispõe que a medida será imposta somente aos crimes dolosos, condicionando sua decretação, quanto aos crimes punidos com detenção, à existência de prova de ser o indiciado ou denunciado vadio, ou ainda quando se tornar impossível conhecer sua identidade.

Como se percebe, a lei se valeu, na construção dos motivos da custódia, de conceitos cujo conteúdo semântico não é de nenhuma forma unívoco. Coube à doutrina e à jurisprudência o refinamento das expressões. Entende-se, assim, que a ordem pública está sob ameaça quando há a probabilidade de que, em liberdade, se entregue o indiciado ou denunciado à prática de novas infrações penais. O motivo é também por vezes invocado para garantir a manutenção da credibilidade das instituições.

O assecuramento da aplicação da lei penal poderá ser invocado sempre que o denunciado ou indiciado der mostras de que pretende furtar-se à responsabilidade penal, frustrando a execução da pena a ser porventura aplicada. A depuração da expressão conduz à obtenção de seu significado mais importante: a prisão cautelar será necessária para assegurar a aplicação da lei penal em caso de fuga ou de perigo de fuga do denunciado ou indiciado (BONFIM, 2009, p. 419; CAPEZ, 2009, p. 280; MARQUES, 2000, p. 56; NUCCI, 2008, p. 624; PACELLI, 2008, p. 434; RAMOS, 1998, p. 130; RANGEL, 2006, p. 591).

Embora o texto permaneça, a “conveniência da instrução criminal”, ante os imperativos de presunção de inocência, excepcionalidade da prisão cautelar e proporcionalidade, só se mostrará hábil a fundamentar a custódia quando seja esta absolutamente necessária, não apenas conveniente. Será necessária quando o denunciado ou indiciado estiver, por exemplo, destruindo provas, ameaçando ou corrompendo testemunhas ou peritos.

Questão interessante diz com a possibilidade de fuga ou perigo de fuga fundamentarem a custódia também por conveniência da instrução criminal. O escopo principal do processo penal é a obtenção da verdade – sempre respeitando a proporcionalidade dos meios utilizados para o desiderato. Todos os fatos que possam conduzir à obtenção da verdade – inclusive à verdade da inocência do réu – são não só de interesse deste, mas também do Estado. No entanto, socorre o acusado o direito ao silêncio,



gerindo e gerando provas apenas facultativamente. Caso sua ausência da lide não ultrapasse os lindes do direito ao silêncio, nenhuma medida cautelar encontrará justificativa, não subsistindo a conclusão outrora alcançada por Marques (2000, p. 56), ao ver no perigo de fuga uma ameaça ao processo de conhecimento, já que, não comparecendo a juízo, deixaria o réu de “levar esclarecimentos úteis à instrução da causa”.

A rejeição do sistema inquisitivo elevou o réu à condição de sujeito da relação processual. Enquanto sujeito, já se disse, não é obrigado a produzir provas. No entanto, a condição de sujeito não retira o réu da posição concomitante de objeto da coação estatal representada pelo próprio procedimento penal (ROXIN, 2003, p. 124). E nesta posição, haverá por vezes de submeter-se a exames e reconhecimentos, quando sua presença física pode tornar-se indispensável. Na esteira do que leciona Pacelli (2008), o direito ao silêncio diz com a integridade do acusado, com sua capacidade de autodeterminação, bem assim com o controle da qualidade das provas. Não se estende a ponto de tornar meramente facultativa sua participação em qualquer ato hábil a, ainda que potencialmente, produzir prova contra si¹³. Tais razões são suficientes para que se concorde com Nucci (2008, p. 623), quando se vê ameaçada a instrução criminal diante da “fuga deliberada do local do crime, mudando de residência ou de cidade, para não ser reconhecido, nem fornecer sua qualificação”¹⁴.

Nesses moldes, a fuga ou o perigo de fuga denotarão ameaça à aplicação da lei penal e, em algumas hipóteses, poderão mesmo justificar a decretação da custódia por necessidade da instrução criminal.

Foram assim delimitados os conteúdos semânticos dos motivos ensejadores da prisão preventiva, relacionando-os com a fuga e com o perigo de fuga. Permanece, ainda, a necessidade de delimitar o conteúdo semântico do que seja fuga.

¹³ A questão é deveras polêmica. O Supremo Tribunal Federal já decidiu – o exemplo é de Pacelli (2008) – no sentido da impossibilidade de impelir-se o indiciado a fornecer padrões gráficos para a realização de perícia grafotécnica (HC n. 77.135, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8.8.1998, *DJ* 6 nov. 1998, p. 03). Adotamos a linha de Albuquerque (2008), que restringe o direito ao silêncio à não autoincriminação por meios verbais.

¹⁴ O art. 360 do Código de Processo Penal prevê a condução do acusado no caso de, por exemplo, não comparecer ao ato de reconhecimento. A alternativa deverá ser sempre privilegiada, reservando-se a decretação da prisão para a hipótese em que a condução afigurar-se impossível, ante diligências infrutíferas em endereços conhecidos. A prisão decretada por este único fundamento – e outra não poderia ser a conclusão – há de ser revogada tão logo concluído o ato.



3.3 Fuga: delimitação semântica para fins da decretação da prisão preventiva

Como afirmado anteriormente, o termo “fuga” não é empregado expressamente pela lei no delineamento dos motivos ensejadores da prisão preventiva, sendo obtido a partir de uma depuração doutrinária e jurisprudencial dos conceitos indeterminados de que se valeu o Código de Processo Penal. Intuitivamente se reconhece que o termo não conta aqui com os significados que vêm a ostentar, por exemplo, na composição dos artigos 351¹⁵ do Código Penal, 36, *caput*¹⁶, e 50, II¹⁷, da Lei de Execuções Penais – em todas as hipóteses se foge de um lugar. A significação queda por apresentar certa semelhança, mas não identidade, com a presente no artigo 305¹⁸ do Código de Trânsito, que combina afastamento corporal e intenção de subtrair-se a certas responsabilidades. A permanência de ruídos aconselha a que se procure um conceito peculiar à fuga relevante à prisão preventiva.

Para tais fins, permanece a importância da exteriorização de uma conduta, independentemente, contudo, de qualquer afastamento – seja da residência, seja da cidade, seja da comarca –, já que, como lembra Miller (2007), a fuga pode ser compreendida “tanto como evasão quanto como ocultação”. É suficiente que se aja de maneira a impedir ou dificultar a própria localização pelas autoridades públicas de persecução, ainda que, por exemplo, pela ocultação em um cômodo secreto construído na mesma residência onde sempre se habitou. A conduta há de ser potencialmente relevante para frustrar o desenvolvimento do procedimento ou comprometer a aplicação da pena: ausências circunstanciais ou momentâneas não indicam fuga.

A mera exteriorização de uma conduta, ainda que contendo todos os elementos cotejados no parágrafo anterior, também não basta para

¹⁵ Art. 351. Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva: Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

¹⁶ Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

¹⁷ Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: [...] II – fugir;

¹⁸ Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.



que esteja configurada a fuga. Novamente mencionando Miller (2007), “para haver fuga, deve haver intenção de fuga”. A intenção de fuga corresponde à vontade livre e consciente de impedir ou dificultar a própria localização pelas autoridades de persecução penal. A finalidade do agente há de ser perquirida do mesmo modo como se aprecia em geral o dolo, ou seja, a partir da análise de elementos circunstanciais. Entre esses elementos, ganha especial relevância o conhecimento do agente a respeito da existência de inquérito ou processo pendente contra si, mesmo que tal conhecimento não tenha sido adquirido formalmente. Ausências prolongadas por parte de quem, por exemplo, tem ciência de que foi denunciado denotam de modo inelutável o móvel de dificultar a própria localização. Ao contrário, aquele que “viaja a negócios sem comunicar a Justiça, pode receber uma advertência, mas, se comprovar a finalidade profissional, não cabe, em princípio, prendê-lo porque viajou” (MILLER, 2007).

Tudo ponderado, é possível fornecer ao termo “fuga”, para que venha a ser relevante à decretação da prisão preventiva, o seguinte conceito: impedir ou dificultar sua própria localização pelas autoridades públicas de persecução penal, pondo em risco o desenvolvimento do processo (i), a produção de provas para as quais sua presença é concretamente importante e não dispensada pelo direito ao silêncio (ii) ou mesmo o cumprimento da pena a ser eventualmente aplicada (iii).

4 Fuga e prisão preventiva: questões pontuais

4.1 Fuga e suspensão condicional do processo

Questão complexa diz com a suspensão obrigatória do processo, levada a efeito em razão do artigo 366¹⁹ do Código de Processo Penal, nas oportunidades em que, citado por edital, o réu não comparece e deixa de constituir advogado. De acordo com a significação obtida nos termos do item anterior, parece não haver dúvida de que a atitude do réu, nestas hipóteses, pode vir a configurar fuga. No entanto, a jurisprudência domi-

¹⁹ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.



nante não extrai da fuga, nestas circunstâncias, motivo suficiente para a decretação da custódia cautelar.

É difícil imaginar hipótese em que a prisão fosse chamada a cumprir a função cautelar com maior propriedade. Com sua simples ausência, o réu paralisa o procedimento, aniquilando, quiçá perpetuamente, a possibilidade de que o processo venha a atingir seus fins. No entanto, é justificável ao nosso pensamento a negação automática da existência de hipótese de prisão processual que houvesse de ser decretada também automaticamente. Talvez isso se explique pelo gosto amargo que nos vem à boca ante a lembrança da redação original do artigo 312²⁰ do Código de Processo Penal, muito bem alterado pela Lei n. 5.349/1967.

Bem analisada, a hipótese de decretação de custódia ante a ausência do réu, paralisando o processo, nada tem de automática. Que semelhantes circunstâncias concretas venham a se repetir em vários casos não as torna menos concretas. Evidentemente que todas as circunstâncias a gravitar ao redor do caso deverão merecer análise cuidadosa, invertendo-se, porém, o ônus argumentativo. A necessidade da custódia, a emergir da suspensão do feito, haverá de ser desautorizada racionalmente por outros elementos. Elementos que permitam concluir, por exemplo, sobre a ausência de conhecimento, por parte do réu, acerca da existência da demanda penal.

Aventa-se a hipótese: após o retorno da carta precatória expedida em feito cível, apercebendo-se o juiz deprecante da disparidade entre os dizeres isolados e a totalidade das provas coligidas, determina, por ocasião da sentença, a remessa de cópias ao Ministério Público, que requisita a instauração de inquérito para a apuração do crime previsto no artigo 342 do Código Penal. Finalizadas as diligências, no curso das quais não foi possível ouvir-se o investigado, o Parquet, entendendo haver elementos suficientes, oferece a denúncia. O réu, não encontrado, vem a ser citado por edital, deixando de comparecer ao interrogatório. Ora, não há como se afirmar de forma segura que o réu possuía conhecimento de que fora investigado e denunciado.

O que parece difícil de harmonizar é conferir à expressão “se for o caso”, contida no *caput* do artigo 366, o poder de criar um novo regime da prisão preventiva, de modo que requisitos adicionais e mais

²⁰ Eis a redação original do artigo 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.



rigorosos, além dos já exigidos pelo artigo 312 do Codex, devam estar presentes. A expressão “se for o caso” relaciona-se intimamente com os artigos 312 e 313. Por exemplo, ante a prática de um crime meramente culposo, desautorizada estará a decretação da prisão preventiva, ainda que o processo venha a ser suspenso (art. 313, *caput*). Quando não houver elementos que permitam concluir pela ciência do réu a respeito da demanda, a custódia também deverá deixar de ser decretada, conforme debatido nos parágrafos anteriores. Nada além disso pretendeu a lei e, aliás, sequer poderia, sob pena de atuar em prejuízo do dever adequado de proteção exigido pela Constituição.

4.2 Fuga e expectativa da pena a ser aplicada

A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça nega que se possa extrair, da pena a ser eventualmente aplicada, conclusões sobre a probabilidade de fuga. Parcela da doutrina também rechaça a ideia, ao sustentar que “gravidade do fato, quantidade da pena que possa vir a ser imposta etc. são dados abstratos que não se compatibilizam com a (indispensabilidade da) exigência de motivação concreta” (GOMES, 2006).

Creemos que a análise da questão merece desmembramento. Em primeiro plano, a expectativa da pena a ser aplicada, embora não se revista desde a denúncia de ares de certeza aritmética, não passa a pertencer, por isso, ao mundo do imponderável. Os limites estão traçados pela lei, bem assim as causas de aumento e diminuição. Certas instabilidades são mesmo da natureza da lide penal – maior prova disso é o artigo 384 do Código de Processo Penal. No entanto, reafirma-se a todo momento a validade dos juízos provisórios, como na proposta de transação penal, suspensão condicional do processo, definição do rito a ser seguido etc. Se a classificação provisória pode ser fundamentada em fatores concretos, a expectativa de pena, compartilhando desses mesmos fatores concretos, passa a ser um deles, abandonando o terreno do puramente etéreo.

A breve análise do direito comparado, em especial o tratamento dado à matéria na Alemanha e na Espanha, realizada em tópico inicial deste trabalho, revela que há modos outros de abordar o tema, além dos evidenciados na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Para irmos além, e avançarmos sobre o terreno dos números, merece menção a experiência advinda dos Estados Unidos da América.



As decisões sobre a liberdade provisória, no âmbito do Poder Judiciário Federal dos Estados Unidos da América, são pautadas pela natureza e pelas circunstâncias do crime praticado, pelo poder de convencimento das provas, pela história pessoal do acusado, pelos laços e pelo período de residência do acusado na comunidade, entre outros fatores (U.S. Code, título 18, parte II, capítulo 207, § 3142, g). A comprovação dessas circunstâncias é realizada por funcionários lotados nos tribunais (*pre-trial officers*) que confrontam as informações fornecidas pelos próprios processados com dados colhidos pessoalmente. Ao final dos estudos, produzem um relatório, em que se propõe subsidiar conclusões sobre se o acusado tende a fugir (*likely to flee*) ou oferecer risco à comunidade.

Porque esses elementos devem ser objeto de consideração, há uma preocupação cada vez maior, por parte dos tribunais americanos, em estabelecer qual o peso específico de cada um deles e, igualmente, qual a importância de suas interações recíprocas.

VanNostrand e Keebler apresentaram, em 2009, resultados de pesquisa cujo primeiro objetivo era não só identificar, mas formular uma classificação sobre o risco de se conceder liberdade a pessoas acusadas pela prática de crimes federais. Para tanto, analisaram dados de um período que se iniciou em 2001 e se encerrou em 2007. Para se referirem tanto à ausência à sessão de julgamento (*flee*) quanto à reiteração hábil a conduzir à revogação da liberdade provisória (*danger*), utilizaram-se da expressão “*failure*” (falha), indistintamente. Suas conclusões mostraram que os acusados por crimes graves (*felonies*) “falharam” 61% (sessenta e um por cento) a mais que os acusados por crimes leves (*misdemeanors*).

A conclusão do tópico não poderia ser outra: a pena a ser aplicada merece ser valorada, ainda que não exclusivamente, para fins de detectar-se a existência de risco de fuga.

4.3 Fuga e direito natural

O *Habeas Corpus* n. 84.934 (rel. Min. Marco Aurélio Mello), que tramitou no Excelso Supremo Tribunal Federal, buscava desconstituir prisão preventiva fundada, entre outros motivos, na suposta insubmissão dos então indiciados ao cumprimento da pena final. Vale transcrever o trecho da decisão que decretou a custódia:



Ainda quanto à necessidade da decretação da prisão preventiva, anoto que os representados Renato Marini e Nacoça Pio Cinta Larga se encontram foragidos, sendo lícito supor que, em liberdade, os representados não se submeterão voluntariamente às penas eventualmente cominadas pela Justiça, devendo a futura aplicação da lei penal ser resguardada (trecho extraído do voto do Ministro relator Marco Aurélio Mello).

Após relatar o feito, o Ministro Marco Aurélio Mello rechaçou o fundamento, lançando mão do direito natural:

O fato de não se submeterem voluntariamente às penas que vierem a ser aplicadas não é suficiente a respaldar a preventiva. O direito a fuga, sem violência, por aquele que, de forma procedente, ou não, sinta-se alcançado por ato ilícito, à margem da ordem jurídica, surge como inerente ao homem, um direito natural.

O presente tópico jamais pretenderia examinar o acerto de decisões definitivas chanceladas pela mais alta Corte do país. O inegável conhecimento e a experiência de seus membros no exercício da judicatura constitucional desaconselhariam, de imediato, ao autor deste modesto trabalho que desse início a tal empreitada. O máximo a que nos propomos é oferecer uma análise da fundamentação adotada – uma análise entre tantas possíveis.

Com este singelo desiderato, partimos da constatação de que polêmica é a própria existência de um direito dito natural. Que a locução abriga concepções diversas, isso já não se discute. Dos estoicos aos racionalistas, passando pelos escolásticos, variam conteúdo e principalmente a fundamentação do *jus naturae*²¹. Na atualidade, “tornou-se usual falar de ‘um direito natural de conteúdo variável’” (ROSS, 2007, p. 297).

Os positivistas, cujo objetivo sempre foi o de expurgar da ciência do direito os fatores sociais e o poder, tendem a rechaçar o recurso ao direito natural. A pena de Ross (2007, p. 302) não poderia ter sido mais pesada:

O nobre manto do direito natural foi utilizado no decorrer do tempo para defender todo tipo concebível de exigências, que surgem, evidentemente, de uma situação vital específica ou que são determinadas por interesses de classe econômico-políticos, pela tradição cultural da época, por seus preconceitos e aspirações – em síntese: para defender tudo aquilo que constitui o que se chama geralmente de uma ideologia.

²¹ Para um breve relato sobre as diversas concepções do direito natural, conferir Morrison (2006).



Inexistente o consenso, inexistentes as conclusões definitivas a respeito, evitaremos descartar a existência de um direito pressuposto, de supraprincípios imutáveis, a orientar a formação do ordenamento jurídico e guiar, para além de todos os valores já incorporados às Constituições contemporâneas, a interpretação e aplicação do direito posto (o tema do presente trabalho não permite maiores digressões). No entanto, seja qual for a concepção de direito natural de que se parta, parece difícil identificar entre seus postulados algo diretamente relacionado à fuga, sem violência, por alguém que se sinta ameaçado por ato ilícito, levado a efeito à margem da ordem jurídica²². Os requisitos pertinentes à ausência de violência (I), consciência de uma ameaça (II) decorrente de um ato ilícito (III) são por demais específicos, alheios às formulações sempre gerais – característica esta repetidamente presente nas várias concepções do direito natural.

As diversas concepções de direito natural nos levam a concluir que, normalmente, os enunciados que dele provêm se expressam na forma de princípios. Segundo Alexy (2008, p. 90), os princípios conferem direitos *prima facie*, ou seja, direitos que podem ser satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas. Havendo colisão entre princípios, procede-se a uma forma de sopesamento, cujo resultado é uma norma atribuída, a conferir, pelas suas características, a um direito definitivo²³.

Tomada a perspectiva de Alexy e ousando aplicá-la a um suposto direito natural, tem-se que o E. Ministro Marco Aurélio Mello, na fundamentação do voto que proferiu no *Habeas Corpus* n. 84.934, mais que invocar um princípio de direito natural, a ser eventualmente satisfeito em graus variados, pretendeu assentar um enunciado incondicional e portanto definitivo, embora não se possa extrair de seu venerando voto os eventuais sopesamentos. A constatação das especificidades presentes no v. voto (fuga, ausência de violência, consciência da ameaça, resultan-

²² Talvez se pudesse argumentar sobre a existência de um direito natural à liberdade, o que difere muito do enunciado contido no venerando voto. De toda sorte, caso se pretendesse partir do direito à liberdade, desnecessário seria o recurso ao direito natural, uma vez já contemplado pelo texto constitucional brasileiro, elevado ao patamar de direito fundamental.

²³ Alexy parte da realidade dos direitos fundamentais expressos na Lei Fundamental da Alemanha, diferenciando as normas de direito fundamental diretamente estabelecidas pela Constituição daquelas obtidas após um certo refinamento, resultante do julgamento de um caso concreto pelo Tribunal Constitucional, às quais qualifica de “normas de direito fundamental atribuídas”.



te de ato à margem do ordenamento), desaguando na definição de um direito potencialmente incondicional, seria suficiente para retirar-lhe a áurea de direito natural, cujas normas se expressam em princípios de generalidade indiscutível.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 88.673, relatado pelo Ministro Menezes Direito, o E. Ministro Marco Aurélio Mello lançou voto que parece esclarecer definitivamente a questão, apartando-a, apesar do que a primeira vista possa parecer, do direito natural. Eis trecho de seu voto:

“Surge a problemática da preventiva, e o relator ressaltou que o decreto inicial foi robustecido quando da prolação da sentença, tendo em conta a fuga do paciente.

“Disse, e fui mal compreendido, que a fuga é um direito natural do homem para não se submeter às condições subumanas – discrepantes, a mais não poder, da Constituição Federal – de nossos estabelecimentos penitenciários, de nossas delegacias.

“É difícil realmente para o leigo compreender o que é direito posto e o que é direito natural. Mas, para aqueles que são letrados, a compreensão salta aos olhos. Direito posto está em uma norma aprovada pelo Legislativo, enquanto o direito natural é inerente a uma vida civilizada, ao próprio ser humano. Em quem se sentir alvo de um ato ilegal tem o direito de a ele não se submeter, de resistir à submissão a esse ato. Dir-se-á que a prisão visa a aplicação da lei penal. Se assim o fosse, não haveria o que está no artigo 366 do Código de Processo Penal, passando-se a presumir que, bastando a existência de denúncia recebida pelo Estado-Juiz, ocorreria sempre o abandono do distrito da culpa, empreendendo-se automaticamente a fuga.

O artigo 366 do Código de Processo Penal foi alterado, em 1996, com a edição da Lei n. 9.271. Esse artigo, na nova redação, é explícito em revelar que não basta a fuga para ter-se a prisão como necessária, prisão preventiva, que se mostra sempre excepcional. [...]

“Art. 366 – Se o acusado, citado por edital, – por estar, ante até mesmo os fatos existentes, em lugar não sabido, portanto, foragido, tendo abandonado o distrito da culpa – ‘não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso’, a revelar que não basta deixar o distrito da culpa, empreender fuga, senão não teríamos, aqui, a condicionante, a expressão ‘se for o caso’ – ‘decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312’”.



“O que assento com a leitura desse artigo? O fato de o acusado deixar o distrito da culpa, reagindo, como já ressaltai, a um ato que repete ilegal, não resulta, automaticamente, na prisão preventiva.”

Após uma breve menção ao direito natural, o eminente ministro passa a procurar sua materialização no direito posto, encontrando-a no artigo 366 do Código de Processo Penal. A questão já não mais depende da existência, da identificação e do conteúdo de um suposto direito natural, mas, e aqui se tem ponto de curial importância, da interpretação do artigo 366 do Código de Processo Penal.

Sobre a expressão se for o caso, constante no artigo 366 do Código de Processo Penal, fez-se breve análise neste trabalho. Para a conclusão das discussões neste tópico encetadas, basta a constatação de que não pesa contra a prisão preventiva, decretada com fundamento na fuga do indiciado/denunciado, um direito que se pretenda provir do eterno. Restringem-se os debates ao direito posto, cuja interpretação, por si, já reclama constante discurso e consenso.

4.4 Fuga posterior ao decreto de prisão preventiva

No julgamento do mesmo *Habeas Corpus* n. 84.934, o Ministro Cezar Peluso afirmou a inaptidão da fuga posterior à decisão que determinou a custódia para, por si, passar a fundamentá-la. Segundo o eminente ministro, “é legítima a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal, porque não lhe pesa o ônus de se submeter a prisão cuja ilegalidade pretende contestar. Daí, não justificar a decretação da custódia cautelar”.

A ideia já se encontrava presente no voto do Ministro Sepúlveda Perence, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 81.148, ao afirmar que:

o solve et repete – se ainda em voga em outras áreas, particularmente, nas instâncias administrativas –, não pode sem violência a garantias fundamentais – entre as quais avulta a do acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) – ser transplantado para o campo das controvérsias acerca da liberdade pessoal. É dizer, no que interessa ao caso – que ao acusado não se impõe, para questioná-la, o ônus de submeter-se à prisão processual cuja validade pretenda contestar em juízo.



A fundamentação utiliza-se de referências que permitem relacioná-la à exigência, declarada inconstitucional, de depósito prévio de dinheiro ou bens para a admissibilidade de determinados recursos administrativos²⁴. É possível apontar ao menos duas importantes diferenças entre o que se exigia para a admissibilidade dos recursos administrativos e as questões envolvendo a decretação da custódia cautelar: I) a fuga jamais teria o condão de obstaculizar a reanálise, pelo Poder Judiciário, da decisão que decretou a custódia, ao contrário do que se dava nas instâncias administrativas, em que a simples ausência do depósito prévio impedia a admissibilidade do recurso; II) a exigência do depósito prévio, nas instâncias administrativas, se dava de modo *ipso jure*, sem exigências pertinentes à cautelaridade e, portanto, com nítido caráter de antecipação do cumprimento da decisão recorrida; enquanto a prisão preventiva, decretada com fulcro na fuga, ostentava nítida feição cautelar, cuja necessidade era constatada a partir de fatores concretos.

Um parâmetro análogo no âmbito penal existia quando vigente o artigo 594 do CPP, que exigia o recolhimento à prisão ou a prestação de fiança para a admissibilidade do recurso de apelação. Por dissociar prisão provisória e cautelaridade, o dispositivo, antes mesmo de sua revogação, já não mais era aplicado, sendo entendido como não recepcionado pela ordem constitucional de 1988. O dispositivo implicava nítida antecipação do cumprimento da pena, em desrespeito à presunção de inocência. As conclusões não podem ser transferidas à discussão sobre a prisão provisória calcada na fuga, que não pretende antecipar, mas salvaguardar a execução da sanção, ante características concretas de um caso posto sob exame. Tanto é assim que a revogação do artigo 594 não trouxe inovações sobre a interpretação do artigo 312 do Código de Processo Penal.

O momento da fuga, se posterior ou anterior à decretação da prisão, tenderia dogmaticamente a influenciar pouco as consequências da conduta. No Brasil, não existe um rito contraditório a anteceder a decisão sobre a prisão preventiva. O conhecimento da medida, por aquele contra quem é dirigida, deve-se dar apenas com a própria execução da prisão – assim deseja a lei. Somente eventuais disfunções permitem uma ciência prévia à execução; disfunções a serem, sobretudo, combatidas até que não mais existam, já que ameaçam seriamente, para além do cumprimento da ordem, a isonomia entre processados. Por que somente alguns tomam conhecimento prévio sobre a existência de uma ordem de prisão em seu desfavor?

²⁴ Atualmente a questão encontra-se cristalizada pela Súmula Vinculante n. 21.



Se a decisão que decretou a medida cautelar pessoal já se fundamentava no risco de fuga, a consumação desta vem a fortalecer o que se decidiu, jamais o contrário. Há como uma confirmação da prognose e, assim, a necessidade da custódia se evidencia.

Alguma controvérsia pode advir da fuga posterior à decisão que não se referia a seu risco, como, por exemplo, a fundamentada exclusivamente na necessidade de garantir a ordem pública. A jurisprudência brasileira se firmou quanto à impossibilidade de complementação dos fundamentos pelas instâncias superiores. Assim, na análise de eventuais recursos ou ações autônomas de impugnação, a fuga não contará com qualquer peso, já que fato estranho aos lindes da decisão atacada. Entretanto, não se impede que o juiz competente venha a decretar a custódia também com fundamento na fuga, hipótese que não se identifica com a complementação de fundamentos, antes com um novo e autônomo decreto de prisão preventiva.

Atinge-se, ao que nos parece, o cerne da discussão posta neste tópico: qual será a solução se o indiciado ou processado empreender fuga para subtrair-se a um decreto de prisão calcado exclusivamente na garantia da ordem pública, decreto este julgado insubsistente por uma instância superior? A nova prisão, decretada em razão da fuga posterior, seguiria inelutavelmente o mesmo destino?

Nos tópicos anteriores, pôde-se salientar o caráter indeterminado das expressões escolhidas pela lei para compor o artigo 312 do Código de Processo Penal, cada uma delas passível de interpretações e reinterpretções, construções e desconstruções, abrangendo uma miríade de fatos e circunstâncias. Ante as peculiaridades a gravitar ao redor de cada caso concreto, não se deve descartar de imediato que boa parte deles deixe de fornecer uma certeza matemática sobre a necessidade da custódia para fins cautelares. Cada caso é, para usar a expressão de Dworkin, um “caso difícil” (2007, p. 127) e, para discordar dele, admite mais que uma única decisão correta (2007, p. 429). Quanto ao conteúdo dos motivos da custódia, notam-se variações internas na jurisprudência de determinadas cortes, em um dado momento histórico. Com o passar do tempo, natural que o conteúdo semântico de tais locuções indeterminadas venha mesmo a sofrer mutações diversas.

A competência para decretar a custódia foi conferida ao Poder Judiciário pela própria Constituição (art. 5º, LXI). Ao permitir a restrição à liberdade mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária



competente, outorgou-se ao Judiciário o poder de interpretar as leis que disciplinam a prisão preventiva, consciente o texto constitucional da imprecisão das locuções por meio das quais se delineiam seus motivos. Não havendo, por enquanto, vinculação por meio de súmulas, ainda que determinada ordem de prisão seja posteriormente revogada pelas instâncias superiores, não há de se concluir de imediato por um erro grave de interpretação da decisão que decretou a custódia. Melhor formulando: antes que seja revogada, uma decisão que preencha os requisitos do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal não merece ser destituída de todos os seus efeitos, ante a simples insurgência daquele que haveria de se submeter à custódia.

Em suma, se a decisão é escrita e ostenta fundamentos razoáveis, ainda que destoantes da jurisprudência dominante, a fuga posterior do indiciado/custodiado pode ser valorada para fins de decretação de nova custódia, agora para, por exemplo, assegurar a execução da lei penal, mantendo-se esta subsistente mesmo que a decisão pioneira venha a ser revogada. Outra será a solução caso a ordem pioneira não seja escrita ou deixe de apresentar qualquer fundamentação. A solução aqui aventada não é inovadora e, em linhas gerais, é utilizada pelos tribunais para negar o direito à indenização decorrente de absolvição posterior à prisão preventiva. No Agravo Regimental no Recurso Especial n. 945.435, em trâmite no E. Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator Humberto Martins asseverou que “a Corte tem firmado o entendimento de que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas”.

5 Conclusão

Ante as reflexões elaboradas no decorrer do texto, julgamos possíveis as seguintes conclusões:

I) como a proteção dos direitos fundamentais, quando necessária a intervenção do direito penal, depende não apenas da tipificação de condutas, mas da efetiva execução da sanção, incumbe ao Poder Legislativo delinear um sistema efetivo de medidas cautelares pessoais e ao Poder Judiciário aplicá-las;

II) o Poder Legislativo se desincumbiu de seu mister mediante a construção do instituto da prisão preventiva, passível de ser decretada, entre outros motivos, para “assegurar a aplicação da lei penal”;



III) entre todas as demais, a fuga é a conduta potencialmente mais hábil a ameaçar a aplicação da lei penal;

IV) a expectativa de pena eventualmente aplicada há de ser avaliada como um fator concreto, embora não exclusivo, para fins de decretação da custódia cautelar;

V) não há, em favor do réu, direito à fuga;

VI) para fins de aferir eventual ameaça à aplicação da sanção penal, de nenhuma relevância são as considerações pertinentes ao momento da fuga, vale dizer, se anterior ou posterior à decretação da prisão preventiva.

Referências

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALEMANHA. Kammergericht Berlin 1. *Strafsenat*. 1 Ws 146/07, 1 AR 1207/07. Decisão de 31.8.2007. Disponível em: <<http://www.gerichtsentcheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/uq4/bs/10/page/sammlung.psml?doc.hl=1&doc.id=KORE201032008%3Ajuris-r03&documentnumber=6&numberofresults=10&showdoccase=1&doc.part=L¶mfromHL=true#focuspoint>>. Acesso em: 8 jan. 2010.

ALEMANHA. Kammergericht Berlin 4. *Strafsenat*. 4 Ws 72/09, 1 AR. Decisão de 20.7.2009. Disponível em: <<http://www.gerichtsentcheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/uim/bs/10/page/sammlung.psml?doc.hl=1&doc.id=KORE224182009%3Ajuris-r00&documentnumber=8&numberofresults=9&showdoccase=1&doc.part=L¶mfromHL=true#focuspoint>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

ALEMANHA. *Oberlandesgericht Suttutgart*. 2 Ws 164/07. Decisão de 27.6.2007. Disponível em: <http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=OLG+Stuttgart&Art=en&Datum=2007-6&nr=9546&pos=2&anz=12>. Acesso em: 11 jan. 2010.

ALEMANHA. *Strafprozessordnung*. Versão de 7 abr. 1987, atualizada até a Lei de 30 julho de 2009. <Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2010.



ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 81.148*. 1ª Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília. Julgado em 11.9.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78635>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 84.934*. 1ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília. Julgado em 29.11.2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79732>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 21*. É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para a admissibilidade do recurso administrativo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_016>. Acesso em: 2 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 88.673*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Menezes Direito. Brasília. Julgado em 31.10.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515137>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

BUSSE, Ulrike. *Frühestrafverteidigung und Untersuchungshaft: eine empirische studie*. Gottingen: Universitätsverlag Gottingen, 2008.

CALABRICH, Bruno. Fugir de uma prisão decretada não é direito de ninguém. *Sítio Consultor Jurídico*, 2.10.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-out-02/fugir_prisao_decretada_ao_direito_ninguem>. Acesso em: 8.1.2010.

CALABRICH, Bruno. Breves anotações sobre o direito de fugir. *Boletim dos Procuradores da República. Brasília*, n. 77, p. 23-24, nov. 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPAÑA. Ley n. Orgánica 13/2003, de 24 de outubro de 2003. Reforma a Ley de Enjuiciamiento Criminal em matéria de prisão provisional. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 27 out. 2003. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2003/10/27/pdfs/A38241-38246.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Processo Constitucional de Amparo. Sentencia n. 128/1995. Segunda Sala. Relator Don Carles Viver Pi-Sunyer. Julgado em 26.7.1995. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 22 ago. 1995. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1995-0128>. Acesso em: 17 fev. 2010.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Processo Constitucional de Amparo. Sentencia n. 047/2000. Tribunal Pleno. Relator Don Tomás S. Vives Antón. Julgado em 17 fev. 2000. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 17 mar. 2000. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2000-0047>. Acesso em: 17 fev. 2010.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

FRANÇA. *Code de Procédure Pénale*. Versão consolidada em 26.3.2010. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20100409>>. Acesso em: 26 fev. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Exigência de razoabilidade e fuga do agente como motivo (in)suficiente para a decretação da prisão preventiva. *Revista IOB Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Síntese, ano 6, n. 36, p. 41-49, fev.-mar. 2006.

GRECO, Luis. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 89-147, jul.-ago, 2004.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 336 p. Título original: Die Verfassung und die Politik.



- HELLMANN, Uwe. *Strafprozessrecht*. 2. ed. Heidelberg: Springer-Verlag, 2006.
- HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 14, n. 58, p. 64-83, jan.-fev. 2006.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LEROY, Jacques. *Procédure pénale*. 1. ed. Paris: LexTenso-Éditions, 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 4.
- MATHIAS, Eric. *Procédure pénale*. Paris: Bréal, 2007.
- MILLER, Marcelo. Sobre o direito de fugir. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, n. 77, p. 24-25, nov. 2007.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. Bauru: EdPro, 2007.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 1. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.
- SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Organização Leonardo Martins. 1. ed. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança en-*



tre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? Jusnavigandi. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11493&p=2>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

VADEMECUM Compacto Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VANNOSTRAND, Marie; KEEBLER, Gena. *Pretrial Risk Assessment in the Federal Court*. 14 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.luminosity-solutions.com/publications/Pretrial%20Risk%20Assessment%20in%20the%20Federal%20Court%20Final%20Report.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.







VII CURSO DE INGRESSO E VITALICIAMENTO PARA PROCURADORES DA REPÚBLICA

LEONARDO DE FARIA GALIANO

**UMA LEITURA
CONSTITUCIONAL DAS
REPRESENTAÇÕES POLICIAIS**





LEONARDO DE FARIA GALIANO

Sumário: 1 Repartição funcional na persecução criminal segundo a ótica de um processo penal constitucional. 1.1 Função do órgão de investigação e a vinculação procedimental para a formulação da *opinio delicti*. 1.2 Função do Ministério Público: titularidade exclusiva da ação penal e o ônus probatório do órgão legitimado para a acusação. 1.3 Função do Poder Judiciário: garantidor das liberdades públicas durante a investigação e o exercício imparcial da atividade jurisdicional. 2 Justificativa para a adoção do modelo acusatório: harmonia entre as funções estatais e contenção democrática do poder. 3 Breves linhas acerca da representação policial. 3.1 Conceito. 3.2 Previsão normativa. 3.3 Objetivos almejados. 3.4 Significado do *deferimento* sem a postulação do órgão legitimado para o processo penal. 3.5 Imprestabilidade da prova ilegítima obtida. 4 Rito procedimental a ser empregado nas representações policiais. 5 Instrumento de controle revisional contra o exercício abusivo dessa função ministerial. 6 Conclusão.





1 Repartição funcional na persecução criminal segundo a ótica de um processo penal constitucional

A abordagem da temática referente às representações policiais pressupõe a inserção do debate nos atuais parâmetros fixados pela Carta Fundamental de 1988, dada a hegemonia do poder constituinte sobre o direito constituído. Afinal, não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional (NUCCI, 2008, p. 78)¹.

Nesse sentido, no início do estudo a que ora nos propusemos, serão vistos os específicos papéis reservados aos diversos órgãos estatais participantes da persecução criminal (incluindo o órgão investigativo), verificando-se a exata quantidade de poder outorgado pela Constituição aos agentes do Estado para o desenvolvimento de suas funções (atribuição). Desde já vale a advertência de que a *persecutio criminis*, compreendida como o conjunto de atos e meios utilizados para se autorizar uma justa punição estatal como reprimenda ao cometimento de um crime, não se dá apenas na esfera judicial (via processo de conhecimento, execução ou cautelar) (PACHECO, 2006, p. 41), mas também na modalidade *extra iudicio* (investigação).

Nessas palavras introdutórias, cabe ainda asseverar que a estrutura e a organização dos órgãos envolvidos com a persecução criminal estão, segundo a doutrina majoritária, intimamente relacionadas com o sistema processual-penal adotado pelo ordenamento constitucional vigente. Afinal, uma das principais características que distingue o sistema inquisitivo do acusatório é a concentração, naquele, das atribuições de investigar, acusar e julgar em um mesmo sujeito processual, surgindo a figura do juiz acusador, que dá início à ação penal que ele mesmo julgará, colhendo as provas necessárias a fundamentar a decisão já tomada em sua mente. Em contraposição aos inconvenientes de tal estrutura processual arbitrária, incompatível com o regime democrático, o processo penal moderno foi concebido como um *actum trium personarum*².

¹ Oliveira (2008, p. 6) bem registra que “a onda policiaesca do CPP produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras”.

² Nesse sentido, Rangel (2005, p. 197), Badaró (2003, p. 104-105), Jardim (2007, p. 45). A respeito da evolução histórica e das características dos sistemas acusatórios, conferir:





1.1 Função do órgão de investigação e a vinculação procedimental para a formulação da *opinio delicti*

Praticada uma infração penal, surge a necessidade de o Estado exercer o *jus puniendi*, dado que a segurança pública é direito fundamental individual e coletivo, correlato ao dever imposto ao Estado (CRFB, arts. 5º, *caput*, e 144). No entanto, considerando que a simples instauração de um processo penal, pelo *strepus fori*, causa dano psicológico e social irreparável ao réu (JARDIM, 2007, p. 44), exige-se que o exercício da ação penal esteja lastreado em um suporte probatório mínimo (*justa causa*).

Como instrumento destinado a reunir e consolidar esse substrato probatório inquisitorial, surge, de forma precípua (mas não exclusiva), o inquérito policial, vocacionado naturalmente a subsidiar a responsabilização judicial do infrator pelo Ministério Público, verdadeiro destinatário dos seus elementos componentes (JARDIM, 2007, p. 328)³ – mesmo porque o juízo final de seu arquivamento encontra-se reconhecido na legislação e na jurisprudência. Diz-se, assim, que a etapa investigatória da persecução “permite ao titular da ação fazer uma imputação perfeitamente individualizada e certa, evitando-se processos prematuros e absolutamente infundados” (JARDIM, 2007, p. 44).

Em face dessas razões, encontra-se em perfeita sintonia com o figurino constitucional do Ministério Público a atribuição de requisitar diligências investigatórias no bojo de inquérito já instaurado, influenciando e orientando o material probatório sobre o qual deverá debruçar-se, bem como requisitando até mesmo o seu início, dado que o princípio da obrigatoriedade espalha o seu âmbito de incidência para a fase pré-processual, “não podendo a autoridade policial, a seu alvedrio, deixar de instaurar o inquérito” (LIMA, 2006, v. I, p. 50) (princípio da indisponibilidade da persecução penal – alínea d do art. 3º da Lei Complementar n. 75/1993).

Corroborando o que foi afirmado, surge o controle externo da atividade policial, atribuição instrumental do Ministério Público decorrente da titularidade da ação penal pública, que visa resguardar a fiel observância do princípio da legalidade pelas instituições investigadoras

LIMA (2006, v. I, p. 3 e 32), MIRABETE (2003, p. 41-42), OLIVEIRA (2008, p. 6 e 285), TORNAGHI (1997, p. 10).

³ STF, HC n. 87.610, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 27.10.2009.





(coibir o abuso), bem como conferir maior eficácia ao exercício de suas funções (orientar o uso), dado que uma investigação sempre implica dispendio dos recursos públicos das corporações policiais, valores que deverão ser empregados na essência medida da necessidade imposta pela sua finalidade, de acordo com o princípio da economicidade da Administração Pública.

No entanto, devemos frisar que a execução dos atos investigatórios praticados no bojo do inquérito policial deverá ser realizada pela autoridade policial, a quem competirá, com exclusividade, a presidência. A partir daí fica claro que a interação existente entre os órgãos policial e ministerial no curso das investigações não gera qualquer tipo de subordinação administrativo-hierárquica ou disciplinar, mas sim uma vinculação de ordem procedimental ou funcional (JARDIM, 2007, p. 326-327), com a adoção de mecanismos jurídicos que permitam exercer plenamente a atribuição-fim reservada ao Parquet.

O mesmo não se pode dizer da intervenção do Poder Judiciário nessa etapa pré-processual, de cunho nitidamente inquisitorial, na qual não se postula, em regra, qualquer atividade jurisdicional concretizadora do *jus puniendi* estatal. Ora, não tendo ainda havido pelo Estado a reunião de elementos mínimos que possibilitem uma imputação penal clara e precisa acerca do fato investigado, ilógico e precipitado seria imaginar o exercício da demanda, inerente a um processo de partes. Nessa toada, foi regulamentada no âmbito da Justiça Federal a tramitação direta do inquérito policial (Resolução CJF n. 63, de 26 de junho de 2009). Lima (2006, v. I, p. 75) bem define o papel do órgão julgador na fase das investigações:

Ao contrário, na fase inquisitiva preparatória não pode haver ingerência judicial, a não ser em razão de medidas cautelares e controle de legalidade, sendo que o destinatário das investigações criminais, em caso de ação penal pública, conforme a norma constitucional insculpida no artigo 129, I, da Lei Maior, é sempre o Ministério Público.

Assim, diferentemente do que ocorre na instrução processual, revela-se inapropriada qualquer iniciativa probatória do juiz no caderno apuratório, sendo incompatível com o Texto Constitucional qualquer dispositivo que autorize a atuação judicial na fase administrativa do inquérito, “salvo quando for postulada a sua atividade jurisdicional cautelar” (JARDIM, 2007, p. 334). Como ressaltamos, o inquérito se destina



precipuamente à formação do convencimento do órgão detentor de legitimidade ativa para o oferecimento da peça inicial acusatória (*opinio delicti*), conferindo sustentáculo fático à acusação exclusivamente por este formulada. Tanto isso é verdade que os dados informativos colhidos pelo órgão investigatório não se encontram juridicamente aptos a autorizar qualquer condenação criminal (CPP, art. 155)⁴, dando o ordenamento jurídico primazia à fase instrutória do processo penal (conduzida perante o Poder Judiciário), submetida que é ao manto do contraditório e à ampla defesa.

1.2 Função do Ministério Público: titularidade exclusiva da ação penal e o ônus probatório do órgão legitimado para a acusação

Com a publicização do processo penal (subtração do exercício da autotutela pelo particular), tornou-se necessário atribuir a um órgão estatal específico, dotado de garantias e independência, a incumbência de requerer judicialmente a aplicação de sanções penais em face do investigado. Nada mais natural, afinal estão em jogo a liberdade e o patrimônio do indivíduo, o que justifica a concessão de certas prerrogativas, visando evitar que o processo penal seja utilizado como um instrumento particular de vingança ou que pressões externas tragam a omissão da justa responsabilização e punição⁵.

Assim, a legitimidade ativa para a promoção e o desenvolvimento da ação penal é, em regra, privativa do Estado, que age em juízo exclusivamente por intermédio do Ministério Público (CRFB, art. 129, inciso I). E o princípio da demanda ou da iniciativa das partes exige que o processo somente possa ser iniciado com uma postulação nesse sentido, formulada pelo órgão legitimado para tanto: *nemo iudex sine actore*. Ademais, deve-se reservar à iniciativa das partes a definição dos fatos que serão ob-

⁴ É nula a condenação penal com apoio em prova não produzida em juízo e sem observação da garantia constitucional do contraditório, havendo diversos precedentes jurisprudenciais nesse sentido (RANGEL, 2005, p. 95).

⁵ Nessas situações, antes de representar uma garantia da imparcialidade e neutralidade para o réu, a divisão de funções entre os participantes da persecução criminal pode vir a caracterizar autêntica proteção ao órgão julgador (juiz), simbolizando que a atividade repressiva está sendo buscada por diversos agentes do Estado, e não por aquele magistrado individualmente considerado.



jeto do processo e a produção dos meios de prova (princípio dispositivo) (BADARÓ, 2003, p. 70).

Surge, assim, a noção de legitimidade ativa para a causa⁶, inerente que é à própria titularidade do direito de ação. E, para tanto, ao menos no que tange às ações penais públicas, insere-se o conceito no órgão que o próprio Estado (titular do *jus puniendi*) criou para representá-lo. Cabe ressaltar também que as partes apresentem-se em juízo por intermédio de profissionais detentores de capacidade postulatória, característica exclusiva dos advogados e dos membros do Ministério Público (MIRABETE, 2003, p. 344).

Outra incumbência do Parquet merece ganhar relevo no presente estudo: trata-se do ônus de demonstrar a imputação formulada na peça inicial acusatória. Ora, nada mais natural do que atribuir ao órgão titular da ação penal o encargo de buscar direta ou indiretamente a obtenção das provas que justifiquem o seu pedido condenatório. Trata-se de aspecto voltado para as partes (ônus subjetivo), consistente em saber qual delas há de suportar o risco da prova furtada (BADARÓ, 2003, p. 183).

Por tais razões, a atuação do Ministério Público deve-se pautar pela constante busca da introdução dos elementos probatórios de convicção nos autos, segundo os meios de prova admitidos em lei, a fim de amparar o juízo de acusação que lhe compete.

No que tange à esfera pré-processual, reputamos indispensável a atuação desse órgão estatal na seleção das provas necessárias à formação do seu convencimento. Por exemplo, a medida cautelar de busca e apreensão, por atingir a inviolabilidade da casa, bem como a intimidade e a vida privada do suposto investigado, deve ser proporcional ao fim almejado, sendo aqueles direitos afastados na estrita medida do indispensável (princípio da subsidiariedade)⁷. Antevendo o órgão ministerial que aquela prova pode ser obtida por outra fonte menos gravosa, tais como a requisição a um órgão estatal ou a oitiva de testemunha presencial, não se justificaria a busca domiciliar pretendida pela autoridade policial, cujo resultado poderia até mesmo vir a ser insignificante após a obtenção da outra prova menos gravosa.

⁶ A *legitimatío ad processum* está relacionada às atribuições legais do órgão ministerial – princípio do promotor natural (NUCCI, 2008, p. 194).

⁷ Segundo Pitombo (2005, p. 91-92): “Não basta a adequação do meio ao fim. Além de ser ‘o meio mais idôneo’, deve ocasionar ‘a menor restrição possível’”.





1.3 Função do Poder Judiciário: garantidor das liberdades públicas durante a investigação e o exercício imparcial da atividade jurisdicional

O exercício da jurisdição penal coloca em evidência a relação de polaridade conflituosa que se estabelece entre o poder-dever de punir do Estado e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu (RANGEL, 2005, p. 94). A fim de compor esse conflito de interesses, outorga-se a um terceiro (*terzietà*, na nomenclatura italiana) (CABRAL, 2008) a incumbência de aplicar a lei penal ao caso concreto.

Considerando que o juiz situa-se na relação processual entre as partes (Ministério Público e acusado) e acima delas (caráter substitutivo), torna-se imperioso o estabelecimento de uma isenção de ânimo para o julgamento, uma alheação ou indiferença à vitória de quem quer que seja. Impõe-se, assim, um “mandado de distanciamento” (CABRAL, 2008, p. 4) (*Distanzgebot*) para certas figuras (como o magistrado), a fim de resguardar a capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, pressuposto inafastável para a constituição de uma relação válida⁸.

E a imparcialidade do órgão jurisdicional guarda nítida correlação com o sistema acusatório, conferindo uma conotação ética ao processo (*fair trial*), bem como evitando o estabelecimento de uma relação linear entre juiz e réu, que passaria a ser reles objeto de investigação, nas precisas palavras de Jardim (2007, p. 83), que assim discorre:

A toda evidência, caiu por terra todo e qualquer resquício da imparcialidade do juiz, a qual partia de um convencimento formado *a priori* e que procurava demonstrar com a posterior prova que colhia. A prova não era fator de convencimento do juiz, mas instrumento para este convencer os outros do acerto da acusação que apresentara liminarmente. Em outras palavras, ao invés de convencer-se através da prova carregada para os autos, inversamente, a prova servia para demonstrar o acerto da imputação antes formulada pelo juiz-inquisitor.

Nessas situações, haveria autêntica incompatibilidade do exercício da função judicante (CPP, art. 112), que deve ser declarada de ofício ou mediante arguição das partes, a fim de se evitar a nulidade absoluta

⁸ A garantia do juiz independente e imparcial encontra expressa previsão no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 1).





do processo, em razão da afetação da liberdade de convencimento judicial (OLIVEIRA, 2008, p. 378-379). Aliás, já declarou o Colendo Supremo Tribunal Federal que a interferência do “juiz de instrução” na realização de diligências investigatórias compromete irremediavelmente a imparcialidade do magistrado em sua esfera psíquica, motivo pelo qual foi declarada a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.034/1995 (ADI n. 1.570). Afinal, o juiz somente deve exercer a função jurisdicional, evitando imiscuir-se precipitadamente na investigação persecutória, agindo somente mediante a provocação da parte legitimada, após o devido exercício do direito de ação, seja esta de conhecimento, de execução ou cautelar (JARDIM, 2007, p. 320).

Assim, ao menos no que tange à etapa investigatória criminal, reserva-se ao Poder Judiciário a relevante função de garantidor das liberdades públicas, controlando a legalidade da atuação do órgão estatal investigador (incluindo o Ministério Público) e o respeito dos direitos fundamentais do investigado. Ao conceder uma medida cautelar de busca e apreensão ou interceptação telefônica, requerida pela parte legitimada para tanto, não está o magistrado promovendo qualquer tutela sobre a atividade investigatória, mas sim exercendo o inafastável “controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal” (OLIVEIRA, 2008, p. 288-289).

E isto se deve exclusivamente em razão de que certas diligências apuratórias (previamente reputadas indispensáveis e compatíveis com o ordenamento jurídico pelo titular da eventual ação penal) exigem, pelo envolvimento de alguns valores resguardados pelo constituinte, o juízo valorativo da conformação casuística dos direitos e garantias fundamentais. Nesses casos, estar-se-ia em jogo o princípio da reserva absoluta de jurisdição, segundo o qual não caberia ao Poder Judiciário dar apenas a última palavra (CRFB, art. 5º, inciso XXXV), mas a primeira (FRANCO; STOCO, 2004, p. 332).

Tais ponderações definitivamente não levam à conclusão de que nas hipóteses acima descritas o juiz esteja autorizado a adotar postura nitidamente acusatória, suprindo qualquer deficiência da atividade desenvolvida pelo Ministério Público (cujos mecanismos de controle serão vistos posteriormente) e desequilibrando as forças tencionadoras da persecução criminal. Nesse estágio procedimental, a atuação da jurisdição cautelar demanda, repita-se, expressa e pontual provocação do órgão



legitimado à causa principal (ação penal), destinatário que será das eventuais provas obtidas mediante autorização judicial.

No que tange à iniciativa probatória do juiz no curso de um processo penal já devidamente instaurado, com a delimitação dos polos processuais, entendemos que a problemática enquadra-se em uma ótica diversa. Como se sabe, o nosso ordenamento não adotou o modelo *adversary* ou de partes, no qual o magistrado aliena-se completamente da produção probatória na instrução processual. No entanto, isso não significa dizer que os sujeitos processuais estejam desincumbidos dos seus respectivos ônus probatórios (CPP, art. 156, *caput*), aguardando passivamente que o juízo processante conduza unilateralmente a obtenção dos elementos de convicção que amparem as pretensões deduzidas pelas partes. Tanto isso é verdade que deverá o autor da ação arrolar, quando necessário, as testemunhas de acusação na peça inicial acusatória, cabendo ao denunciado “especificar as provas pretendidas” em sua defesa preliminar (CPP, arts. 41 e 396-A).

Percebe-se que a atuação do magistrado nessa seara é eminentemente complementar, sobretudo se houver a probabilidade de beneficiar a defesa (princípio da paridade de armas) (PITOMBO, 2005, p. 204; OLIVEIRA, 2008, p. 288-289), esclarecendo dúvida sobre ponto relevante surgida em seu psiquismo a partir do material probatório já apresentado pelas partes (CPP, art. 156, II)⁹. É o que explica a doutrina:

O poder instrutório reconhecido ao órgão julgador não permite que ele se substitua à vontade das partes e venha a se antecipar, determinando a produção de provas antes que as partes tenham a oportunidade de se desincumbirem de seus ônus e optarem pelas provas que lhe pareçam mais aptas a provar suas pretensões e resistências. (SOUZA, 2008, p. 103).

Mesmo nesses casos, haveria a obrigatoriedade de submeter as provas produzidas por determinação do juízo processante ao contraditório das partes, com a ampla possibilidade de participação na sua produção e de oferecimento de qualquer contraprova, já que a concomitante presença de ambos (partes e juiz) é essencial à validade da formação processual da prova (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2006, p. 138).

⁹ “A dúvida somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou idéia. No campo probatório ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sobre o não produzido” (OLIVEIRA, 2008, p. 290).



2 Justificativa para a adoção do modelo acusatório: harmonia entre as funções estatais e contenção democrática do poder

Além da já vista otimização da divisão de funções atribuídas aos diversos participantes da atividade persecutória estatal, com a adoção de mecanismos conferidores de maior eficiência alocativa de certa atribuição àquele que tenha melhores condições de desempenhá-la (o que confere inegável efetividade e operosidade ao processo (JARDIM, 2007, p. 325; CABRAL, 2008, p. 12), outra justificativa para a adoção do modelo acusatório é a necessidade de contenção democrática do poder.

O sujeito processual que se arvora de atribuições alheias e acumula outras funções tende a tornar-se uma super-figura processual, detentora de potestades que permitam a ele transformar-se em um déspota centralizador, censor das liberdades e com abundância de poder (*Machtfülle*), ensejando a configuração do chamado “autoritarismo processual”. Assim, o esquema funcional do processo representaria autêntica garantia orgânica de autorrestrição dos poderes (CABRAL, 2008, p. 12-13), evitando-se a formação de instâncias estatais hegemônicas e inquestionáveis, além de conferir legitimidade democrática ao exercício do poder estatal (CRFB, art. 1º, *caput*).

Nesse ponto surge a correlação existente entre os modelos de Estado e de sistemas processuais adotados pelas diferentes ordens constitucionais¹⁰. Um regime democrático que pretenda vir a ser consolidado materialmente por determinado Estado afasta a recepção de regras tendentes a desvirtuar a indispensável descentralização de funções entre os sujeitos processuais. Os regimes totalitários de outrora mostraram como o direito e o processo podem ser postos à disposição de forças opressoras para fazer valer, manu militari, as suas convicções pessoais. Como bem ressalta Jardim (2007 *apud* RANGEL, 2005, p. 57), “não é valioso punir-se a qualquer preço. O processo é a ‘regra do jogo’, ao qual o Estado de Direito se submete para a tutela de valores outros que lhe são caros”.

Assim, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público (CRFB, art. 129, inciso I) implicou o reconhecimento da incom-

¹⁰ “O processo penal acusatório é expressão de um Estado liberal-democrático, enquanto o processo de tipo inquisitório é ligado a regimes autoritários” (BADARÓ, 2003, p. 107).





patibilidade, com a Carta Fundamental vigente, da adoção de qualquer procedimento penal *ex officio* ou por iniciativa de qualquer outro órgão estatal que não seja o Parquet¹¹, salvo nas estritas exceções previstas pelo próprio constituinte (art. 5º, incisos LIX e LXI). Corroborando essa linha argumentativa, o Pretório Excelso asseverou que se encontra vedado ao juiz até mesmo requisitar de ofício qualquer nova diligência investigatória quando o Ministério Público promover o arquivamento do inquérito (HC n. 82.507/SE, rel. Sepúlveda Pertence), podendo-se apenas devolver a matéria ao órgão ministerial revisional (CPP, art. 28), justamente porque o juízo da *opinio delicti* é exclusivo daquela Instituição. Pertinente é a advertência da doutrina:

Antes de preocupar-se com qualquer questão referente à imparcialidade do juiz, a verdadeira justificativa para o sistema acusatório é a necessidade de contenção de poder do juiz totalitário, que investiga, acusa e julga, congregando todas as funções processuais e se tornando senhor absoluto de seu feudo persecutório. (CABRAL, 2008, p. 23)

Ademais, o princípio da independência entre os Poderes da República (CRFB, art. 2º) exige, para a sua concretização, um equilíbrio sistêmico entre as diversas funções atribuídas a distintos agentes estatais. Em caráter complementar, é de se esperar que a convivência entre os agentes estatais seja pautada pela consciente colaboração, controle (por meio do sistema dos freios e contrapesos) e lealdade recíprocos, a fim de se evitar desmandos arbitrários e a desconsideração institucional (GALIANO, 2006, p. 142; FRANCO, STOCO, 2004, p. 331; LIMA, 2006, v. I, p. 33).

Nesse sentido, a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz no curso do inquérito, sem o prévio requerimento do titular da incerta ação penal a ser proposta (que nem se sabe se virá a ser oferecida), é medida incompatível com o ordenamento vigente. Não bastasse o sistema acusatório expressado pela Carta Maior, não se pode esquecer que, a partir da adoção dessa modalidade de prisão cautelar, começa a correr o prazo legal para o Ministério Público ajuizar a ação penal (independentemente das provas colhidas e do convencimento do membro ministerial a partir da análise delas), pois se estão presentes os graves motivos para a decretação da custódia preventiva, faz-se um juízo (relativo e subjetivo) de que também estariam presentes os requisitos para o oferecimento da denúncia (LIMA, 2006, v. I, p. 36 e 236; FERNANDES, 2007, p. 25; MIRABETE,

¹¹ Nesse sentido, Fernandes (2007, p. 25) e Ferreira (1992, v. V, p. 136).



2003, p. 411). Caso assim se procedesse (prisão *ex officio* sem qualquer acusação ou partes), a aludida desconsideração institucional à atribuição ministerial usurpada restaria patente, atuando o juiz de forma substitutiva à função do titular exclusivo da *opinio delicti*.

3 Breves linhas acerca da representação policial

3.1 Conceito

Fixadas essas premissas conceituais, que irão possibilitar uma exata compreensão das conclusões externadas ao final deste estudo, adentremos ao cerne do seu objeto.

Representação policial é a exposição pormenorizada e encadeada de um fato ou conjunto de fatos, em decorrência de certos elementos de informação já obtidos, sugerindo ao representante (autoridade policial) a adoção de alguma providência submetida à cláusula da reserva absoluta de jurisdição. Em seu bojo, procede-se (ou dever-se-ia proceder) a uma sucinta explanação acerca da necessidade de se ver restringida alguma liberdade pública em um caso concreto (*v.g.*, sigilo telefônico, inviolabilidade do domicílio, liberdade de locomoção), incluindo-se eventuais rotinas procedimentais necessárias a sua efetivação.

Não se confunde com o requerimento judicial apresentado pela parte legitimada para a causa (Ministério Público)¹², nem com a *delatio criminis* postulatória, na qual a vítima ou terceiro comunica a ocorrência de uma infração penal, para a adoção das providências cabíveis pelos órgãos estatais (CPP, art. 5º, inciso II, parte final, e § 3º).

3.2 Previsão normativa

Variados diplomas normativos trazem dispositivos que conferem a possibilidade de a autoridade policial apresentar representação poli-

¹² No que tange a esse aspecto, concordamos com Nucci (2009, p. 764): “a autoridade policial, que parte não é, deve representar pela interceptação, ou seja, expõe ao juiz os fatos e sugere a providência”.



cial¹³. Citemos as principais¹⁴: art. 2º da Lei n. 7.960/1989; art. 3º da Lei n. 9.296/1996; art. 4º da Lei n. 9.613/1998; art. 60 da Lei n. 11.343/2006; e arts. 13, inciso IV, 127, 149, § 1º, e 311, todos do CPP.

Ademais, sempre que o ordenamento infraconstitucional prevê a possibilidade de atuação do juiz de ofício, ainda que no curso da investigação criminal (o que, como vimos, configura autêntica inconstitucionalidade), costumam os delegados de polícia fazer uso do instrumento jurídico ora abordado. Por exemplo, é o que ocorre com o incidente de busca e apreensão (CPP, art. 242) ou com a quebra do sigilo fiscal (CTN, art. 198, § 1º, inciso I).

3.3 Objetivos almejados

Consoante se depura dos dispositivos acima mencionados, a representação policial – que é apresentada no curso de uma investigação criminal – possui o nítido intuito de buscar uma medida de natureza cautelar, por meio da provocação antecipada da jurisdição cautelar.

Entre a prática de um delito e a produção de provas sob o crivo do contraditório judicial – momento adequado para a produção probatória (CRFB, art. 5º, inciso LV; CPP, art. 155) –, poderá haver o risco da ocorrência de eventos que comprometam a existência ou a utilidade da prova a ser obtida no bojo da ação penal, surgindo o perigo de comprometimento da eficácia da persecução criminal. Para amenizar tais inconvenientes, o legislador, ainda que de forma atécnica ou assistemática¹⁵, colocou à disposição do órgão estatal legitimado para a possível

¹³ Embora não esteja inserido no tema ora tratado, devemos consignar que a defesa também tem legitimidade (assim como o Ministério Público e o querelante) para requerer a realização de determinada medida cautelar, embora não conste expressamente dos referidos dispositivos. É o que sustenta Nucci (2009, p. 764), ao lecionar que o defensor poderá pleitear a interceptação telefônica de conversas mantidas por corréu delator, bem como a de terceiro, com o intuito de provar a inocência do acusado.

¹⁴ Dadas as limitações de espaço definidas no art. 10, *caput*, do Regulamento do Curso de Ingresso e Vitaliamento do MPU, suprimos a já realizada transcrição dos textos legais em questão e outros trechos deste trabalho.

¹⁵ “As medidas cautelares no Código de Processo Penal pátrio estão elencadas de forma atécnica, sem nenhuma preocupação sistêmica. Assim, tanto poderemos ver medidas cautelares dispostas na parte que trata das provas, como no capítulo referente à prisão e liberdade, ou mesmo, ainda, dentre os chamados incidentes relativos às medidas assecutorias” (LIMA, 2006, v. II, p. 199-200).



ação principal de cunho condenatório certas providências de cunho acautelatório. Dediquemos algumas linhas ao estudo de tão tormentosa questão¹⁶, adaptando as noções da teoria geral do processo às peculiaridades do processo penal.

Apesar dos inúmeros debates acerca da autonomia de um específico processo penal cautelar (ao lado das outras espécies de processo penal – de conhecimento com feição condenatória e de execução penal), a doutrina majoritária tem admitido a sua existência autônoma (LIMA, 2006, v. II, p. 197 e v. I, p. 198; FERNANDES, 2007, p. 323-324), ainda que o ligando a estas outras espécies de processo penal. Afirma-se, assim, a característica instrumental do processo penal cautelar, destinado a evitar o prejuízo que adviria do aguardo da reunião do substrato probatório mínimo necessário ao início do processo principal (*periculum in mora*), protegendo-se a efetividade da persecução criminal e a possível aplicação do direito penal, se for o caso (*fumus boni iuris*). Nas palavras do mestre Calamandrei, o processo cautelar é o “instrumento do instrumento” (FERNANDES, 2007, p. 323-324; MIRABETE, 2003, p. 249).

Em face da aludida característica instrumental, nada mais natural que a parte legitimada a postular judicialmente uma determinada providência cautelar seja a mesma que tenha legitimidade para a causa principal (ação penal), dado que, para o exercício de ambas, demanda-se o concreto exercício do direito de ação. Não é demais lembrar que aquela prova vislumbrada a uma investigação policial com a medida cautelar incidental (assim como o próprio inquérito policial) terá como destinatário o Ministério Público, que poderá já ter formado sua opinião delicti no sentido da atipicidade da conduta ou do suficiente amadurecimento das investigações policiais para o oferecimento da peça inicial acusatória com base em elementos de prova já colhidos.

Com a lucidez que lhe é habitual, Fernandes (2007) discorre sobre a classificação das medidas cautelares no sistema processual penal brasileiro, que poderiam ser de 3 (três) espécies: de natureza pessoal (relacionadas ao investigado ou acusado), real (ligadas à reparação civil do dano causado pela infração penal ou aos efeitos de uma futura sentença condenatória) e probatória, antecipando-se o estágio procedimental reservado para a realização da prova (instrução processual), em razão de certas peculiaridades da prova a ser obtida.

¹⁶ Para aprofundar na matéria, José Frederico Marques, em sua obra *Elementos de direito processual*, dedica um capítulo à referida temática (*apud* LIMA, 2006, v. II, p. 197).





Acerca da natureza jurídica subjacente à medida cautelar, por exemplo, de interceptação telefônica ou prisão cautelar, vejamos a doutrina nacional:

Corretamente, a lei qualifica o provimento autorizatório da interceptação como cautelar, exigindo, para a ordem, o *fumus boni iuris* (a presença de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal: inc. I do art. 2º) e o *periculum in mora* (insito na necessidade de conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, sob pena de perder-se a prova). (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2006, p. 208).

Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como *instrumento* de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real (*periculum in mora*) devidamente previstas em lei. [...] A *aparência do delito (fumus delicti)* deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar) como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória. (OLIVEIRA, 2008, p. 416 e 433-434).

3.4 Significado do *deferimento* sem a postulação do órgão legitimado para o processo penal

Inquietante indagação surge quando se presencia alguma intervenção judicial no curso das investigações policiais, concedendo a sugestão apresentada pela autoridade policial, sem qualquer manifestação prévia do órgão legitimado para o processo penal principal (ação penal)¹⁷, ou, o que é pior, em desconformidade com o posicionamento institucional assumido pelo *dominus litis* no caso vertente. Juridicamente, o que representaria aquela decisão judicial?

¹⁷ Causa perplexidade a existência de investigações policiais manejadas em conluio exclusivo estabelecido tacitamente entre o juiz e o delegado de polícia: parece óbvio que o sigilo das ações estatais somente possa ser oposto, nas restritas hipóteses previstas em lei, ao investigado e ao público em geral, nunca ao titular da ação penal (LIMA, 2006, v. I, p. 99). Pior ainda – e tal atuação concertada e oculta entre os referidos órgãos estatais também parece aqui ocorrer – é quando o juiz resolve assumir o papel acusatório, “deferindo” a medida apesar da divergência do *dominus litis*, sem promover a indispensável e imediata intimação formal da parte originariamente detentora da legitimidade ativa, inviabilizando, ainda que por certo tempo, o questionamento daquele *decisum* nas instâncias adequadas.



Indubitável dizer que a autoridade policial não tem iniciativa (legitimidade) para a ação penal (pública ou privada), dado que sua promoção foi outorgada com privatividade a outro órgão do Estado, dedicando-se a corporação policial exclusivamente às atribuições administrativas (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – art. 144, *caput*, da CRFB). Não é demais lembrar que, não obstante a relevância e qualidade do trabalho normalmente desenvolvido pelo órgão policial, não será este um sujeito processual, dado não ser ele quem deduz judicialmente (autor), ou em face de quem é deduzido uma pretensão de direito material-penal.

Tanto isso é verdade que, havendo representação isolada (sem o reforço do *dominus litis*) para a decretação da prisão preventiva de certo investigado, entendendo o magistrado que não se encontram presentes os requisitos necessários à prisão cautelar daquele, nada poderá fazer o delegado de polícia, a não ser tardiamente procurar o órgão com legitimidade recursal para interpor o competente recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, inciso V) (NUCCI, 2008, p. 604), mais uma vez, se for o caso.

Assim, não sendo aquela uma iniciativa da autoridade policial (que sequer é parte) ou do Ministério Público (que não deduziu qualquer requerimento nesse sentido), a única opção que nos resta, caso não se admita a gênese espontânea do processo, é que aquela providência foi introduzida nos autos, requerida, apreciada e decidida (se é que existe algum espaço decisório no sentido do indeferimento) pelo mesmo órgão estatal (pessoa física do juiz), em nítida incompatibilidade com as funções reservadas ao magistrado na etapa investigatória, o que ostenta nítida probabilidade de comprometimento do mandado de distanciamento que a sociedade espera do Poder Judiciário. E não parece existir verdade real que possa justificar a busca, a qualquer preço e à margem da lei e da Constituição, de um culpado que aquele próprio juiz deveria processar e julgar com equilíbrio e serenidade¹⁸.

¹⁸ Oliveira (2008, p. 286) ainda adverte que o famigerado princípio da verdade real tinha a incumbência de tentar legitimar eventuais desvios das autoridades públicas de outrora.

Vale a pena outra citação: “A razão já estava com Pimenta Bueno, quando aduzia a seguinte consideração em época passada: ‘Que faz o juiz quando procede *ex officio*? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinquente; dá denúncia a si próprio; escolhe as testemunhas e inquire-as, perguntando o que julga conveniente; e, por fim, avalia as provas que ele criou, e pronuncia ou não, como entende. Há nisto garantia alguma?’” (FERREIRA, 1992, p. 135-136).





3.5 Imprestabilidade da prova ilegítima obtida

Uma das finalidades precípua da representação policial é sugerir ao *dominus litis* a possibilidade de obtenção do acervo probatório protegido pela cláusula da reserva absoluta de jurisdição. Nessa seara, a inobservância das regras processuais disciplinadas em nosso ordenamento geram consequências nefastas ao correto desenvolvimento da *persecutio criminis* estatal. Afinal, os preceitos constitucionais de relevância processual possuem a natureza de normas de garantia voltada às partes e à regularidade do próprio processo, surgindo aqui a noção do postulado do devido processo penal legal.

Como vimos, a estruturação do atual modelo processual penal brasileiro destinou a função estatal acusatória ao Ministério Público. Significa dizer que qualquer atividade investigatória – promovida, em regra, pelo órgão policial – será acompanhada permanentemente e supervisionada pelo Parquet, que será o destinatário desta etapa preliminar ao processo principal. A inobservância desse preceito de status constitucional, por desviar-se com intensidade da forma estabelecida pela Carta Republicana, causando prejuízo presumido não só às partes, mas também ao processo penal enquanto função judicante, traz consigo a pecha de nulidade absoluta, não sujeita a qualquer fórmula de preclusão, despindo o material probatório eventualmente obtido de qualquer eficácia jurídica (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2006, p. 20-21; FRANCO, STOCO, 2004, p. 367).

Surge, assim, um preceito de dupla feição: um deles direcionado ao Estado, dissuadindo-o de exercer a atividade persecutória, por qualquer atividade pública (judicial, ministerial ou policial) em desconformidade com o ordenamento; e outro voltado ao indivíduo, no sentido de ter o direito de apenas se ver processado com base em prova legitimamente obtida ou produzida¹⁹ (FRANCO, STOCO, 2004, p. 839; FERNANDES, 2007, p. 81 e 97).

A prática forense demonstra as consequências desastrosas que a teoria das nulidades pode acarretar na repressão a determinado delito, por mais grave que este seja. Como se sabe, os diversos atos integrantes de um procedimento não têm existência apartada, independentes, constituindo elos de um encadeamento lógico voltados à finalidade de sua realização: surge a noção de causalidade entre os diversos atos in-

¹⁹ A respeito da repercussão de tal garantia no equilíbrio da relação de forças do processo, conferir Oliveira (2008, p. 295).





investigatórios que se sucedem no procedimento administrativo (inquérito policial)²⁰.

Sendo assim, a título de exemplo, a nulidade da prova ilegalmente obtida a partir de interceptação telefônica poderá ser absolutamente imprestável a embasar qualquer acusação penal ao investigado caso seja feita ao alvedrio do titular da ação penal pública, salvo se este conseguir realizar a imputação que o constituinte lhe reservou a partir de provas autônomas (*independent source*) ou em face de descoberta inevitável (*inevitable discovery*) – exceções à proibição do uso da prova derivada da ilícita (CPP, art. 157, §§ 1º e 2º). A respeito da prova ilícita por derivação, cabe registrar uma clássica decisão do Pretório lembrada por Pitombo (2005, p. 101):

Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória, do *fruit of the poisonous tree*, é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria *degravação* das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela contidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilícitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir, a atividade ilícita da escuta telefônica e da gravação clandestina de conversas privadas.

Diante de tais razões, havendo inobservância pelo magistrado da estrutura processual penal acusatória prevista em nosso Texto Maior, o investigado, o Ministério Público, bem como qualquer pessoa, e até mesmo o órgão jurisdicional revisor (CPP, art. 654, *caput*, e § 2º) poderão fazer uso do remédio constitucional do *habeas corpus* para restabelecer a ordem jurídica violada²¹, promovendo-se o completo desentranhamento do conjunto probatório obtido a partir da “decisão” viciada dos autos (CPP, art. 157, *caput*, e § 3º), o que poderá trazer a indesejável (mas inevitável) impunidade daquele que praticou o delito, algo que não ocorreria se fosse observado o *due process of law* (cuja ritualística, de simples observância, será proposta a seguir).

²⁰ Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2006, p. 32) fazem a importante indagação acerca da extensão de quando se decreta uma nulidade originária e suas implicações (nulidade derivada). O seguinte entendimento também é bastante apropriado: “É preciso ter presente que, em tal hipótese, as provas subsequentes – considerado o vício de origem – revestem-se de ilicitude por derivação”.

²¹ STF, HC n. 80.949, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 30.10.2001.



4 Rito procedimental a ser empregado nas representações policiais

A complexidade técnica e a vasta quantidade dos inúmeros procedimentos investigatórios (e das mais variadas matérias) que transitam concomitantemente nos gabinetes dos membros do Ministério Público inviabilizam que este vislumbre, em todos os casos e em curto espaço de tempo, os atos investigatórios necessários à elucidação da materialidade e autoria delitivas. Reputamos pertinente a participação da autoridade policial na condução das investigações (dado ser ela a presidente do inquérito policial), sem prejuízo do constante diálogo institucional convergente que deve haver entre esta e o destinatário do caderno processual, conferindo-se eficácia e otimização à persecução criminal *extra judicio*.

Logo, detectando a autoridade policial a necessidade de adoção de alguma diligência investigatória cuja obtenção válida demandaria a autorização judicial, proceder-se-á ao relato objetivo do conjunto de fatos e circunstâncias que justificariam a medida vislumbrada, apontando-se precisa e especificamente os elementos de convicção já coletados que permitam concluir pelo preenchimento dos requisitos legais exigidos à espécie, sugerindo-se, se for o caso, as formalidades necessárias a serem observadas caso venha a ser adotada (exemplo, formato das planilhas de uma quebra do sigilo bancário a fim de facilitar a avaliação pelos peritos criminais).

Pensamos que essa exposição possa ser realizada no bojo do próprio inquérito policial ou mediante solicitação de autuação em apartado (tal como se impõe para a interceptação telefônica – art. 8º da Lei n. 9.296/1996), ao prudente critério da autoridade policial. Caso opte pela segunda modalidade, deverá juntar na representação policial todos os elementos de convencimento necessários ao completo entendimento do fato investigado (ainda que mediante cópia integral do inquérito policial).

De fato, algumas medidas cautelares no âmbito do processo penal ostentam certo grau de complexidade em sua apreciação judicial, levando-se ao conhecimento do magistrado – agora, quase sempre de forma inédita – um vasto conjunto de provas até então desconhecidas (dado que, como vimos, a função jurisdicional não deve ser provocada pela simples instauração de uma investigação criminal). E o tempo necessário à



compreensão judicial daquela questão poderá prejudicar o normal andamento dos demais atos investigatórios (exemplo, oitivas de testemunhas relacionadas a crimes conexos, expedição de ofícios), paralisando, desnecessariamente, o inquérito policial. Vale ressaltar que ao investigado também é assegurada a razoável duração do processo, impondo-se a adoção de todos os meios legítimos que permitam o alcance da celeridade de sua tramitação, inclusive na esfera administrativa persecutória (CRFB, art. 5º, inciso LXXVIII).

Não custa lembrar, ademais, que a própria apuração do fato criminoso poderá, em alguns casos, tornar-se inviabilizada caso o investigado tenha alguma suspeita que esteja sendo monitorado. Um simples afastamento do sigilo fiscal, com a obtenção da última declaração de ajuste anual do imposto de renda da pessoa física entregue à Administração, poderá trazer elementos desconhecidos que orientem a investigação para um novo rumo, justificando-se, a partir daí, uma medida constritiva mais gravosa. E, não obstante o contraditório diferido seja algo comum nas ações cautelares, bem se sabe os inconvenientes práticos que a introdução abrupta das provas colhidas cautelarmente ocasionam à marcha investigatória (Súmula Vinculante n. 14). Não é por outra razão que a lei determinou que o apensamento dos autos apartados da interceptação telefônica (realizada em sede inquisitorial) “somente poderá ser realizad[o] imediatamente antes do relatório da autoridade” (Lei n. 9.296/1996, art. 8º, parágrafo único).

Redigida a representação policial, deverá ser encaminhada ao juízo competente para a apreciação de um futuro requerimento da parte legitimada, se for o caso. Nesse instante procedimental, ganhará a representação autuação própria e numeração de controle, realizando-se a distribuição livre ou por dependência a eventual juízo prevento. A partir disso, será dado vista dos autos ao titular da possível ação vislumbrada, ato de mero expediente que poderá ser realizado por servidor especialmente designado para esse fim, dado que estará inviabilizado, até esse estágio procedimental, a prolação de qualquer ato judicial de caráter decisório (CRFB, art. 93, inciso XIV).

Chegando os autos ao *dominus litis*, formará o membro do Parquet a sua convicção ministerial acerca da pertinência e legalidade da medida sugerida, podendo inclusive este entender pela necessidade de ampliação, de alguns ajustes ou de supressão parcial. Ser-lhe-á facultado, ainda, requisitar a realização de qualquer diligência investigatória não submetida ao



controle jurisdicional ou esclarecimento adicional (CRFB, art. 129, inciso VIII) antes de se posicionar acerca da matéria, sempre indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações (postulado da motivação), o que permitirá um adequado trato da matéria jurídica e julgamento do detentor único de imparcial poder decisório nessa matéria: o Poder Judiciário – que será formalmente provocado com um requerimento do órgão legitimado para a acusação para a restrição do direito fundamental²², ou com uma manifestação fundada em razões de fato e de direito que justifiquem, na livre convicção daquele promotor ou procurador da República (CRFB, art. 127, § 1º – independência funcional), o desatendimento da medida sugerida.

Na hipótese de ser deferido o requerimento de interceptação das comunicações telefônicas formulado pelo único órgão legitimado para promover judicialmente a acusação (Ministério Público), deverá a autoridade policial dar imediata ciência dessa decisão àquele órgão (ainda que pessoalmente ao membro que formulou o ato postulatório), no intuito de possibilitar o exercício do controle externo da atividade policial (CRFB, art. 129, inciso VII), com acompanhamento e fiscalização do estrito cumprimento da interceptação autorizada (Lei n. 9.296/1996, art. 6º, *caput*)²³, resguardando-se a higidez e a licitude do proceder estatal.

Essa é a única interpretação que reputamos admissível – e compatível com o Texto Constitucional – das normas alusivas à representação policial, encontrando-se uma alternativa legítima para o conteúdo das

²² Esse é o entendimento que parece ter sido adotado pelo órgão superior do Ministério Público Federal:

“Art. 4º Quando a autoridade policial deduzir requerimento que demande decisão judicial, o membro do Ministério Público Federal, concordando com o pedido, dirigirá petição à autoridade judiciária competente, para análise e deliberação” (Anteprojeto de Resolução CSMPF n. 21, de 28 de setembro de 2009, recentemente aprovado na 3ª Sessão Ordinária de 2010 do Conselho Superior do MPF, ocorrida em 6.4.2010. Áudio disponível em: <<http://csmpf.pgr.mpf.gov.br/audio-das-sessoes/indice-de-audios>>, entre 36’ 56” a 38’ 18”. Acesso em: 7.4.2010).

²³ “Infelizmente, ainda é comum que autoridade policial não dê ciência ao Ministério Público, o que pode colocar em dúvida a licitude da diligência de interceptação” (PACHECO, 2006, p. 617). Embora concordemos que a efetiva participação física do procurador da República não seja obrigatória à validade do ato (faculdade), não podemos assentir com o *obiter dictum* do julgado citado ao final, no sentido de que a decretação da interceptação telefônica não exige prévia manifestação do Ministério Público (Ementa), dado que a leitura do voto revela que o ponto questionado foi justamente a obrigatoriedade de efetiva participação do procurador na realização da interceptação já requerida e deferida (TRF-1, ACR 2009.35.00.000329-0/GO, rel. Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, publicado em 27.11.2009).



normas infraconstitucionais que se apresentavam de suspeita constitucionalidade (BARROSO *apud* RANGEL, 2005, p. 32). Para finalizar este tópico, cabe o arremate da doutrina:

Pensamos que se deva dar uma interpretação coerente e harmoniosa ao sistema vigente entre nós, adotando o princípio da interpretação conforme a Constituição. Ou seja, o juiz somente poderia, nos termos do art. 3º em comento, determinar, *ex officio*, a interceptação telefônica durante a fase judicial, e não durante o inquérito policial, pois deste ele está definitivamente afastado para manter intacta sua imparcialidade. Assim, há que se interpretar a regra do art. 3º da Lei 9.296/96 de acordo com o sistema acusatório vigente, sob pena de o afrontarmos. (RANGEL, 2009, p. 58).

5 Instrumento de controle revisional contra o exercício abusivo dessa função ministerial

Tendo em vista os relevantes valores da sociedade afetados com a prática de certas infrações penais, não podemos defender que o juízo censório acerca da representação policial possa ficar isoladamente incorrível na mente de qualquer pessoa participante da persecução penal. O processo penal de cunho democrático traz implícita a necessidade de adoção de mecanismos de autorrestrição, contenção e fiscalização do poder²⁴ (dado que até mesmo qualquer decisão judicial pode ser questionada pelos instrumentos recursais ou modalidades autônomas).

Deve-se ter em mente também que a prerrogativa de promover a ação penal pública trouxe ao Ministério Público (como Instituição) o dever de assim o fazer quando estiverem reunidos os requisitos legais²⁵, não podendo o órgão ministerial pautar suas decisões com base em critérios discricionários (conveniência e oportunidade) ou de oportunidade, vinculado que é – como todo órgão estatal – ao princípio da legalidade²⁶.

²⁴ “Para garantir que o Ministério Público, em defesa da sociedade, exercesse seu mister constitucional, diversas garantias de independência e autonomia foram previstas, bem como diversos sistemas de controles” (MORAES, 2004, p. 1566).

²⁵ “O dever de agir somente surge para o Ministério Público quando os pressupostos legais se encontram preenchidos, se encontram presentes” (JARDIM, 2007, p. 105).

²⁶ Com fundamento em Lima (2006, v. I, p. 49), Oliveira (2008, p. 110), Pacheco (2006, p. 175), Mirabete (2003, p. 47), Jardim (2007, p. 108) e Tornaghi (1997, p. 12 e 43): “a esperança da impunidade é o acicate do criminoso; ela o açula para o delito”.



No entanto, considerando que o juízo mental sobre o dever de agir deve ser pautado exclusivamente pela convicção formada pelo membro no diálogo interno permeador do Parquet²⁷ – imune que deve estar a qualquer ingerência externa –, o único meio que vislumbramos para distinguir a decisão legítima da arbitrária é a idoneidade da fundamentação. Assim, discordando da sugestão contida na representação formulada no exercício da atividade estatal investigatória, deverá o membro do Ministério Público externar, ainda que sucintamente, as suas razões de convencimento.

E o questionamento final que colocamos no presente estudo diz respeito à figura reservada à averiguação do atendimento ao compromisso assumido pela Instituição do Ministério Público com a Carta Republicana e com a sociedade (dever de transparência).

Enquanto não for objeto de alteração legislativa o Código de Processo Penal de 1941 (e bons ventos democráticos estão soprando nessa direção)²⁸, não vemos outra opção a não ser permitir a devolução da *quaestio juris* às instâncias revisionais do próprio Parquet, mediante o exercício da função anômala ainda remanescente no art. 28 do CPP, em autêntica aplicação analógica²⁹ – muito embora tal posicionamento assumido pelo juiz gere, ao nosso sentir, a incompatibilidade daquele específico magistrado para eventualmente apreciar o pedido formulado pelo órgão ministerial superior, caso não ocorra a homologação da manifestação do órgão ministerial *a quo*.

6 Conclusão

Diante de todas as razões expostas anteriormente, vislumbramos que a representação policial mereça ser preservada no cenário investiga-

Digno de realce é que o próprio constituinte criou um mecanismo de controle da omissão ministerial: a ação privada subsidiária da pública (art. 5º, inciso LIX).

²⁷ Aqui ressaltamos a necessidade do estabelecimento de canais de participação internos para a consecução de um mínimo de atuação unitária institucional, cuja finalidade não é outra senão a prestação, com qualidade, do serviço de interesse público delegado pela sociedade ao Ministério Público. No mesmo sentido, Oliveira (2008, p. 390).

²⁸ É o que se observa do anteprojeto do novo Código de Processo Penal ora em tramitação no Congresso Nacional, que prevê a possibilidade, em seu art. 38, de a vítima, ou seu representante legal, submeter a decisão de arquivamento adotada pelo Ministério Público “à revisão da instância competente do órgão ministerial”.

²⁹ Urge lembrar que, pela literalidade desse dispositivo, foi atribuída ao juiz a chancela do arquivamento de todo e qualquer conjunto indiciário resultante das atividades desenvolvidas fora do inquérito policial (peças de informação) (idem, p. 41).



tório criminal, dado que pode vir a simbolizar o passo preparatório para a postulação, perante o órgão garantidor das liberdades públicas, de um ato investigatório compreendido como indispensável pelo outro órgão estatal destinatário do material probatório obtido no curso das apurações policiais.

Para a realização de tal desiderato, sem a violação dos direitos e garantias fundamentais conquistados com a Carta Republicana de 1988 após décadas de resistência, torna-se necessário que os diversos participantes da persecução penal (autoridade policial, membro do Ministério Público e juiz) tenham a exata consciência de que os diferentes órgãos estatais possuem variados papéis na estruturação de um processo penal democrático, de modo que este não sirva como instrumento de arbítrio do juiz, mas sim como um poderoso meio de contenção de forças comprometidas do Estado, com a indispensável delimitação dos poderes outorgados pela Constituição aos diferentes órgãos integrantes da República. Assim, a representação terá como destinatário o órgão do Ministério Público com atribuição de atuar no caso, que fará o juízo inicial (filtro) sobre a indispensabilidade e conformidade ao ordenamento jurídico da medida sugerida, sem prejuízo da reapreciação da matéria pelo órgão ministerial revisional.

Compatibilizam-se, dessa forma, diferentes valores de envergadura constitucional, preservando a consciência jurídica do promotor/procurador da República exercida na atividade funcional (que não será compelido pelo magistrado ou outrem a acusar em desrespeito a sua convicção), bem como a legitimidade exclusiva para a adoção de providências judiciais instrumentais relacionadas à ação penal pública (sistema processual de feição acusatória)³⁰, criando-se mecanismos de abertura do debate inerente à Instituição Ministerial acerca das melhores estratégias para uma eficiente investigação e acusação criminal, com o indispensável e inafastável respeito aos preceitos de envergadura constitucional.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁰ Assim como ocorre no rito do arquivamento da investigação estatal como um todo (*plus*), a última, definitiva e irrecusável palavra caberá ao Ministério Público. No mesmo sentido: Jardim (2007, p. 191), Ferreira (1992, p. 137), Lima (2006, v. I, p. 133).





CABRAL, Antonio do Passo. *Imparcialidade e imparcialidade*. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. 2008. Disponível em: <http://ead.esmpu.gov.br/file.php/76/Biblioteca/INVESTIGACAO_CRIMINAL/_07_imparcialidade_e_imparcialidade_complementar_-_q_03_.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. V.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. I.

GALIANO, Leonardo de. *As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. I.

_____. *Curso de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. II.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.





_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I.





VII CURSO DE INGRESSO E VITALICIAMENTO PARA PROCURADORES DA REPÚBLICA

LUÍS CLÁUDIO SENNA CONSENTINO

**O PAPEL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO NO PROCEDIMENTO
DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**





LUÍS CLÁUDIO SENNA CONSENTINO

Sumário: 1 Introdução. 2 O modelo acusatório de processo penal. 3 A interceptação telefônica como medida cautelar. 4 A legitimidade exclusiva do Ministério Público para requerer a interceptação telefônica. 5 Crítica da jurisprudência. 6 A importância do acompanhamento da execução da interceptação telefônica. 7 Acompanhamento do procedimento de interceptação como medida de controle externo da atividade policial. 8 Possibilidade de o Ministério Público realizar diretamente a interceptação telefônica. 9 Finalização do procedimento: prova e denúncia. 10 Conclusões.



1 Introdução

Desde a regulamentação do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, com a edição da Lei n. 9.296, em 24 de julho de 1996, que estabeleceu as balizas para o procedimento de interceptação das comunicações telefônicas em tempo real, esse instrumento de investigação, em pouco tempo, tornou-se um dos mais importantes para o desbaratamento de organizações criminosas e para a obtenção de provas dos crimes praticados por seus membros.

O Poder Executivo, seja no âmbito federal, seja no dos estados, talvez como resposta à crescente violência, à sofisticação e ao abuso cada vez maior do crime organizado, não tardou em disponibilizar aos órgãos policiais responsáveis pela investigação criminal os meios necessários para que a citada Lei fosse posta em prática, dotando as delegacias de polícia de ferramentas tecnológicas aptas a interceptar simultaneamente um sem número de linhas telefônicas, ao passo que incentivou o treinamento de delegados e agentes policiais para manusear tais aparelhos e analisar as conversas de modo que fossem capazes de montar um mapa do funcionamento da organização criminosa investigada, isso quando não criou núcleos de investigação ou forças-tarefa com o objetivo exclusivo de especializar e centralizar o trabalho com interceptações telefônicas.

O investimento logo se transformou em resultados. Nos últimos anos, não foram poucas as vezes em que o noticiário nacional exibiu como manchete o sucesso das chamadas operações da Polícia Federal (ou de outra polícia), geralmente culminando com a execução de medidas de busca e apreensão e a prisão em flagrante dos supostos chefes da organização criminosa, muitos deles componentes das classes mais abastadas da sociedade brasileira.

Embora instrumento de capital importância na investigação do crime organizado nos dias de hoje, o procedimento de interceptação telefônica não deve ser o único meio de prova utilizado, assim como deve ser iniciado e executado com respeito aos direitos fundamentais do investigado e com vistas a eficiência na obtenção de elementos que indiquem, com segurança, a sua autoria e participação na prática criminosa, sob pena do insucesso da ação penal futuramente proposta pelo Ministério Público.

É exatamente neste panorama, de grande utilização pela polícia, do procedimento de interceptação telefônica como principal instrumento





investigatório em face das ações do crime organizado que objetivo traçar algumas linhas sobre a função e o papel do órgão do Ministério Público nesse contexto, órgão este constitucionalmente vocacionado a figurar como principal ator da persecução criminal, seja como destinatário final dos trabalhos investigativos da polícia, seja como único titular da opinião delicti na ação penal pública.

2 O modelo acusatório de processo penal

É sabido que o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 foi inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, daí por que, originalmente, tratava o acusado como potencial e virtual culpado e, na balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalecia a preocupação quase que exclusiva com a primeira.

A Constituição Federal de 1988 trouxe novas luzes a essa temática, consagrando, entre nós, a adoção do sistema acusatório de processo penal.

Nesse sentido, pontua Eugênio Pacelli de Oliveira (2008), *in verbis*:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional institui um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado.

[...]

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo da aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

Assim, bem ao contrário do que preceitua a atual Constituição brasileira, o sistema inquisitivo era aquele em que as três funções (acusar, defender e julgar) concentravam-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação e quebrando toda sua imparcialidade para julgar; o processo era regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo; não havia o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado era mero objeto do processo e não sujeito de direitos; o sistema de provas





era o da prova tarifada ou prova legal, considerando-se a confissão como a rainha das provas e na qual o juiz pautava sua decisão na íntima convicção, não necessitando motivá-la nas provas dos autos.

Já no sistema acusatório há nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Vale dizer que o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei e somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação, assumindo o ônus probatório da acusação; e o réu exerce todos os direitos inerentes a sua personalidade, uma vez que sujeito de direitos, utilizando-se de todos os meios e recursos garantidos pela lei para ampla e efetiva defesa.

Perceba que no sistema acusatório não é dada ao juiz a faculdade de iniciar, *ex officio*, a persecução criminal *in iudicium*. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para a execução da tarefa da propositura da ação penal. No fundo, a última razão do processo acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz, para que seja o autêntico julgador suprapartes.

Hélio Tornaghi (1990), tratando sobre o tema, deixa consignado que, *in verbis*:

O que distingue a forma acusatória da inquisitória é o seguinte: na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão.

O ilustre professor Afrânio Silva Jardim (2007) deixa claro a importância e a necessidade do órgão acusador oficial para a existência de um justo processo, *in verbis*:

Para o sucesso deste sistema processual, desempenha o Ministério Público uma função de maior importância, assumindo a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse da verdade, deixando o juiz equidistante do conflito de interesses que, porventura, surja no processo.

Por sua vez, o professor Paulo Rangel (2003) cita algumas características do sistema acusatório, *in verbis*:

a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu (*ne procedat iudex ex officio*); b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX, da CRFB c/c art. 792, § 1º c/c art. 481, ambos do CPP); c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o



processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas; d) o sistema de provas adotado é o do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 157 do CPP c/c art. 93, IX, da CRFB); e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesses instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórios (cf. art. 130 do CPC).

Em que pese a opção da Constituição Federal de 1988 pelo sistema acusatório, o legislador ordinário, vez por outra, ainda insiste em algumas fórmulas que o violam, tais como aquelas que facultam ao juiz imiscuir-se na atividade investigatória pré-processual, maculando sua imparcialidade e demandando uma interpretação sistemática e conformadora de modo a adequá-la às diretrizes constitucionais.

O art. 3º da Lei n. 9.296/1996 assim reza: “A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: [...]”.

No artigo citado, percebe-se que o legislador ordinário coloca o juiz colhendo provas durante a fase do inquérito policial, em verdadeira afronta ao sistema acusatório. O melhor, partindo de uma interpretação coerente e harmoniosa com o sistema vigente, é adotar uma interpretação conforme a Constituição. Assim, o juiz somente poderia determinar, *ex officio*, a interceptação telefônica durante a fase judicial e não durante o inquérito policial, pois neste ele deve estar afastado com vistas a manter incólume a sua imparcialidade. Essa imparcialidade é um elemento integrante e indispensável da estrutura do sistema acusatório, pois o juiz não deve e não pode imiscuir-se na atividade de colheita de material de prova antes de ter sua jurisdição provocada.

Vale mencionar que o Tribunal Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a impossibilidade de o juiz ser dotado de poder investigatório na fase pré-processual, quando julgou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/1995):

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.034/1995. LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. *JUIZ DE INSTRUÇÃO*. REA-



LIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei n. 9.034/1995. Superveniência da Lei Complementar n. 105/2001. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, arts. 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte¹.

No mesmo sentido, tratando da inarredável imparcialidade da figura do juiz, são as palavras do mestre Geraldo Prado (1999, p. 153), *in verbis*:

A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório, de sorte a avaliar imparcialmente, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou queixa, se há justa causa para a ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado.

E, por fim, arremata Lenio Luiz Streck (2001, p. 81), *in verbis*:

[...] ora, tal previsão ofende os mais comezinhos princípios processuais. Aliás, registre-se que equívocos deste quilate – juiz que toma a iniciativa da prova – já tinha sido cometido pelo mesmo *legislador* quando, de afogadilho, aprovou a lei do combate ao crime organizado, circunstância que a levou a absoluta ineficácia. Desnecessário lembrar que, mesmo sendo o princípio da imparcialidade uma ficção, tem esta a função de garantir às partes que o juiz não se compromete, de antemão, com nenhum dos contendores.

¹ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 12.2.2004, *DJ* de 22 out. 2004, p. 00004.





3 A interceptação telefônica como medida cautelar

A interceptação telefônica é a captação feita por terceira pessoa, previamente autorizada pela Justiça, de comunicação entre dois (ou mais) interlocutores, sem o conhecimento de qualquer um deles. É um instrumento posto à disposição dos órgãos de repressão ao crime para obter prova apta a subsidiar a propositura de ação penal e embasar eventual condenação.

Vale não confundir a medida de interceptação telefônica em sentido estrito com outras, que não são objeto da Lei n. 9.296/1996, tais como a escuta telefônica, que é a captação da conversa com o consentimento de apenas um dos interlocutores; a interceptação ambiental, que é a captação da conversa entre dois ou mais interlocutores por um terceiro que esteja no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio; e a escuta ambiental, que é essa mesma captação feita com o consentimento de um ou alguns interlocutores.

De acordo com a doutrina processual penal moderna, sendo a ação um direito instrumental conexo a uma pretensão, pode ser dividida em categorias. Assim, é admitido que à ação penal pode-se aplicar a divisão existente no direito processual civil, a saber: ação de conhecimento, ação cautelar e ação executiva².

Segundo o ilustre Júlio Fabbrini Mirabete (1995, p. 111): “A ação penal de conhecimento é aquela em que a prestação jurisdicional consiste numa decisão sobre situação jurídica disciplinada no direito penal”.

Por sua vez, Marcellus Polastri Lima (2007, p. 108) complementa:

Dentre as ações penais de conhecimento, temos a declaratória, que visa a declaração de um direito (ex.: *habeas corpus* preventivo e pedido de extradição passiva); constitutiva, que procura a criação, extinção ou modificação de uma situação jurídica (ex.: revisão criminal e homologação de sentença estrangeira); e a ação penal condenatória, que é dirigida para o reconhecimento da pretensão punitiva, impondo-se ao imputado a sanção penal de direito objetivo.

Outras espécies de ação penal são: a executória (execução da penal imposta) e a ação cautelar, que antecipa provisoriamente as

² No mesmo sentido, José Frederico Marques, em sua obra *Tratado de direito processual penal*, e Hélio Tornaghi, em sua obra *Instituições de processo penal*, entre outros.





consequências da ação principal, existindo *periculum in mora*, assegurando a eficácia da decisão final.

A Lei n. 9.296/1996, que regulamentou o procedimento de interceptação telefônica, definiu critérios para pautar a viabilidade da interceptação, estabelecendo requisitos que decerto atribuem um caráter eminentemente cautelar ao referido procedimento. Vejamos:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

[...]

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Como é cediço, o processo cautelar é aquele instrumento de que se vale o Estado-juiz para prestar um tipo de tutela jurisdicional não satisfativa, consistente em assegurar a efetividade de um futuro provimento judicial, a ser prestado, em geral, em outro processo (o chamado processo principal). Assim, não é difícil perceber que a produção antecipada de provas (como sói ser o procedimento de interceptação telefônica) se destina a assegurar a efetividade de um futuro processo cognitivo, na medida em que instrumentaliza a pretensão punitiva do Estado no sentido de buscar a verdade real e investigar a prática criminosa de modo que sirva de base para a futura ação penal (processo principal).

Conforme leciona Paulo Rangel (2003, p. 896), quando trata da natureza jurídica da interceptação telefônica, a Lei n. 9.296/1996 deixa clara a necessidade da existência dos pressupostos típicos de toda medida cautelar para fins de seu deferimento, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, *in verbis*:



A exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (cf. art. 2º, I) deixa clara a presença do *fumus boni iuris* como primeiro pressuposto da medida, cumulada com a inexistência de outros meios de prova disponíveis para a obtenção das informações necessárias, representando, assim, o *periculum in mora*. Neste último caso, evidenciam-se a necessidade e a urgência da medida.

Posto isto, não temos dúvida em afirmar que a natureza jurídica da medida de interceptação telefônica é Cautelar. Portanto, de índole normativa processual penal.

A medida cautelar poderá ser deferida para a colheita de informações necessárias a viabilizar a propositura de ação penal e a chamaremos de medida cautelar preparatória (art. 3º, I), ou deferida no curso da instrução criminal, surgindo a medida cautelar incidental (art. 3º, II), porém, em ambos os casos *inaudita altera pars*.

No mesmo sentido, Denise Neves Abade (2005, p. 169), quando discorre sobre a natureza jurídica do procedimento de interceptação telefônica, *in verbis*:

Trata-se de medida cautelar judicial *inaudita altera pars*, com contraditório diferido ou *a posteriori*, em qualquer fase da persecução (inquérito ou ação penal). Como medida cautelar somente poderá ser concedida se presentes os pressupostos de qualquer medida cautelar de natureza penal: indícios da autoria e da existência do delito e indispensabilidade da prova.

Em complementação, arremata Fernando Capez (2007, p. 502), *in verbis*:

Convém, antes de mais nada, assinalar que o procedimento da interceptação telefônica é de natureza cautelar, cuja medida poderá ser preparatória, se realizada antes da propositura da ação penal, ou incidental, quando realizada durante a instrução processual penal.

4 Legitimidade exclusiva do Ministério Público para requerer a interceptação telefônica

Uma vez firmado que o procedimento de interceptação telefônica possui notória natureza de processo cautelar e vigente o princípio



processual da inércia da jurisdição, consagrado pelo brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*, cristalina a conclusão de que, se cabe ao órgão acusador oficial do Estado, qual seja, o Ministério Público, a privatividade da propositura da ação penal pública (vide inciso I do art. 129 da Carta Magna de 1988), também a ele cabe, com exclusividade, o poder de iniciar o processo cautelar.

Contraditoriamente, não obstante a adoção do sistema acusatório pela Constituição da República de 1988, a Lei n. 9.296/1996, por seu art. 3º, *caput*, reza que “a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: [...]”, permitindo assim a iniciativa judicial para o procedimento de interceptação telefônica, ainda que para instruir investigação pré-processual.

Como já dito, não é compatível com o sistema acusatório adotado por nosso processo penal que o juiz participe da colheita de provas, mormente na fase pré-processual, na qual o ideal é mantê-lo afastado para garantia de sua imparcialidade. Ressalte-se que a imparcialidade do juiz, assegurada pelo sistema acusatório, constitui verdadeiro pressuposto da própria atividade jurisdicional.

Nesse exato sentido é a lição sempre lúcida da já citada Denise Neves Abade (2005, p. 170), *in verbis*:

De fato, a adoção *ex officio* da medida cautelar de interceptação das comunicações telefônicas não se coaduna com a imparcialidade judicial. Não se pode considerar legítima a possibilidade de o juiz determinar que se faça a diligência, direcionando as investigações e assim o futuro do processo.

A Constituição Federal de 1988, por meio de seu art. 129, inciso I, de inspiração garantista, ao separar as funções de julgar e acusar, cometeu ao Ministério Público a titularidade exclusiva da persecução criminal, mormente tratando-se de crimes em que se procede mediante ação penal pública.

Apesar de ainda remanescerem normas inferiores (notadamente no Código de Processo Penal), práticas e, sobretudo, uma cultura jurídica que atribui à polícia judiciária o poder de iniciar processo cautelar penal (como sói ser a medida de busca e apreensão, a interceptação telefônica, entre outras), é certo que, em face disso, nunca é demais lembrar a lição do mestre luso José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 1106), no sentido de que “as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da





Constituição, e não o inverso (a interpretação da Constituição conforme as leis – *gesetzconform Verfassungsinterpretation*)”.

A ação penal condenatória é apenas uma das formas possíveis de exercício do direito de ação no processo penal. Corretamente lembra Marcellus Polastri Lima (2007) ser dominante hoje na doutrina que à ação penal se aplica a divisão do Processo Civil³: ação de conhecimento, cautelar e executiva⁴, e a de conhecimento pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória.

Assim, sendo o Ministério Público o único legitimado para a ação principal (condenatória), conforme quer e manda a Constituição, também o é para a ação cautelar penal. Perceba que seria incongruente, ilógico, pouco razoável, ineficiente, nessa perspectiva, que pudesse haver autores distintos legitimados para a ação penal condenatória e para a ação cautelar, dado o caráter finalisticamente orientado da segunda, que é processualmente autônoma, mas voltada à preservação da utilidade da ação dita principal. Portanto, não há como aceitar, posto que inconstitucional, que um processo cautelar (como a busca e apreensão e a interceptação telefônica por exemplo) seja iniciado por mera representação da autoridade policial, sem a chancela do titular da ação (o MP) ou, pior, contra a sua estratégia de atuação⁵.

Em consequência do princípio acusatório adotado pela CRFB/1988, compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, não no sentido de presidir o inquérito policial (quando este for necessário), mas no sentido de definir quais provas considera relevantes para subsidiar futuro oferecimento de ação penal. Esse juízo de valor sobre quais provas buscar durante a investigação não cabe à polícia nem tampouco ao Judiciário, mas apenas ao órgão acusador oficial, porquanto deve ser feita de acordo com a linha de pensamento e estratégia traçada pelo membro do Parquet. Como pondera Luigi Ferrajoli (1995, p. 564):

a titularidade da acusação implica a atribuição do ônus da imputação (*nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*) e do ônus

³ Nesse exato sentido, conferir Gama e Gomes (1999).

⁴ Nesse sentido também já decidiu o Eg. STF: HC n. 81.260/ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 1, 19 abr. 2002, p. 48.

⁵ Perceba que a exclusividade da ação penal nas mãos do Ministério Público é tão intensa que nem mesmo o assistente de acusação, mesmo após admitido a postular (com a prévia concordância do MP, vide art. 272, CPP), poderia exercer a prerrogativa de modificar, ampliar ou corrigir a atividade do titular da ação penal. Nesse sentido, vide STF, Pet. n. 1.030/SE, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 1, 1º jul. 1996.





probatório (*carga probandi*) ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório.

Nesse mesmo sentido são as palavras de Wellington Cabral Saraiva (In: CALABRICH; FISHER; PELELLA, 2010, p. 162 e 165), em obra coletiva denominada Garantismo penal integral, que, pela clareza, é transcrita, *in verbis*:

Em todos os casos de cautelares probatórias no Processo Penal, quando se trata de ação penal de iniciativa pública, o órgão legitimado a ajuizar a ação principal (isto é, a ação penal condenatória) é o Ministério Público, em caráter privativo, por força de norma constitucional expressa. Logo, parece evidente que nenhuma dessas cautelas possa ser promovida a não ser por provocação do titular da ação principal, ou seja, o Ministério Público. A polícia judiciária não possui capacidade postulatória nem legitimidade para promover ação penal de espécie alguma, seja condenatória, executória, seja cautelar. Por outro lado, o juiz não pode agir de ofício na fase pré-processual da persecução penal, por força do princípio dispositivo ou da ação (*ne procedat iudex ex officio*) e do princípio acusatório de que já se tratou. A consequência lógica e jurídica dessas premissas é que toda medida cautelar precisa de impulso prévio por parte do órgão legitimado ao Processo Penal, que é o Ministério Público.

E continua o mesmo autor supracitado, agora se referindo aos componentes da relação jurídico-processual no processo penal:

A polícia judiciária tem papel relevantíssimo na investigação, mas não integra aquela relação processual. Por conseguinte, não se lhe pode reconhecer capacidade postulatória nem iniciativa probatória sem a chancela do Ministério Público, a quem se destinam as provas por ela colhidas. [...] A consequência jurídica de tudo quanto se expôs é que o polo ativo processual das medidas cautelares deve ser ocupado pelo Ministério Público, não pela polícia judiciária, que não tem capacidade postulatória. Devem ser considerados inconstitucionais os dispositivos legais que prevejam iniciativa processual à polícia, por incompatibilidade com os princípios do devido processo legal e acusatório, em face do disposto no art. 129, I, da Constituição da República (no caso de normas pré-constitucionais, devem ser tidas por não recepcionadas)⁶.

⁶ A única exceção à possibilidade de medidas cautelares de iniciativa policial deve consistir exclusivamente na medida cautelar processual penal da prisão, quando se tratar de flagrante delito, e, mesmo assim, como manda a lei, este deve ser imediatamente comunicado ao juiz e ao Ministério Público.



O sempre citado Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 115), quando explica o significado do termo representação, quando formulada pela autoridade policial, assevera, *in verbis*:

o termo representar, fora do contexto da vítima em crimes de ação privada, tem, no processo penal, o significado de apresentar uma exposição de motivos, sustentando algum ponto de vista, a quem de direito. No caso da autoridade policial, não se fala em requerer, pois ela não é parte na relação processual, logo, nada tem a pleitear em nome próprio, embora possa representar, ou seja, dar suas razões⁷.

Ademais, como se não bastasse o aqui exposto, ainda que não coubesse ao Ministério Público a titularidade da ação penal condenatória (e, por consequência, da ação cautelar penal), toda e qualquer diligência policial com implicações nos direitos fundamentais dos cidadãos deveria passar previamente pelo crivo atento do membro do MP, a uma porque a ele compete o controle externo da atividade policial, a duas porque também possui o dever de zelar pelo efetivo respeito, por parte dos poderes públicos, dos direitos e garantias esculpidos na Constituição Federal.

No que toca à postura do magistrado durante a fase da investigação criminal, vale ressaltar a opinião sempre lúcida de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 288), para quem, *in verbis*:

O juiz não tutela nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal só se inicia com a apreciação da peça acusatória (art. 395 e art. 396, CPP). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal.

⁷ Sobre a necessidade da prévia manifestação do Ministério Público ante a representação da autoridade policial equivocadamente dirigida ao juiz, elucidativo é o art. 6º, inciso XVIII, alínea a, da LC n. 75/1993: “Art. 6º Compete ao Ministério Público da União [...] XVIII – *representar*; a) *ao órgão judicial competente* para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, *bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins*”;



Destarte, não cabe ao magistrado formular juízo de valor sobre a pertinência da prova que a polícia judiciária deve buscar, e por uma razão muito simples: o magistrado funciona na fase pré-processual apenas como juiz de garantias, para proteger e fiscalizar as pretensões do Estado em intervirm nas liberdades individuais. Razão pela qual cabe unicamente ao órgão do Ministério Público escolher ou selecionar as provas que futuramente servirão de base para propositura da ação penal pública.

Corroborando esta linha de pensamento, como não poderia deixar de ser, temos precedentes na jurisprudência:

Indeferimento de diligência requerida pelo Ministério Público Federal em inquérito policial. Impossibilidade. Descabe ao juiz, na fase inquisitorial, indeferir diligência requerida pelo agente do MPF⁸.

Não pode o juiz indeferir diligências requeridas pelo Ministério Público em inquérito policial, exceto se manifesta a ilegalidade, hipótese em que ele, juiz, poderá tornar-se autor de abuso de poder⁹.

É vedado ao juiz indeferir diligência requerida pelo Ministério Público Federal, na fase de inquérito, se esta for indispensável para possível oferecimento da denúncia. Cabível a correção parcial, quando negado deferimento ao requerido pelo promotor e o juiz determinar e o juiz determinar arquivamento do inquérito policial¹⁰.

Voltando ao pensamento de Luigi Ferrajoli, não há como escapar do fato de que a única conclusão compatível com o modelo acusatório e garantista de processo penal é realizar que o titular da ação penal condenatória deve ser também o detento da legitimidade exclusiva para a ação penal cautelar (por exemplo, busca e apreensão, interceptação telefônica, sequestro etc.). Fere a lógica do sistema e os princípios da finalidade, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade que medidas cautelares sejam requeridas por quem não possui legitimidade para a ação principal.

⁸ TRF da 4ª Região, Correção Parcial n. 96.04.09657-5, rel. Juiz Carlos Sobrinho, un., *DJ2*, 26 jul. 1996.

⁹ TRF da 4ª Região, Correção Parcial n. 97.04.09437-0, rel. Juiz Vladimir Freitas, un., *DJ2*, 11 jun. 1997.

¹⁰ TRF da 4ª Região, Recurso Criminal n. 89.0411635-0/RS, rel. Juiz Osvaldo Álvares, un., *DJ2*, 1º ago. 1990.



5 Crítica da jurisprudência

Ao contrário do que defendido neste trabalho, os tribunais superiores já se manifestaram no sentido de que a ausência de vista prévia ao Ministério Público nos pedidos de prorrogação não é apta a ensejar nulidade, assim como reconhece como válida interceptação telefônica deferida pelo juiz mediante representação da autoridade policial, excluindo a participação do Ministério Público.

Nesse sentido:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, *caput*, da L. 9.296/1996. [...] 4. Na linha do art. 6º, *caput*, da L. 9.296/1996, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. [...]. *Habeas corpus* indeferido¹¹.

Ementa: CRIMINAL. RHC. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. A SAÚDE PÚBLICA, O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, AGIOTAGEM, LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADES. PRAZO DE DURAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO, QUANDO DA AUTORIZAÇÃO DAS RENOVAÇÕES. AUTORIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO

ANTES DA EFETIVAÇÃO DE QUALQUER OUTRO MEIO DE PROVA. CONFIABILIDADE QUESTIONÁVEL DAS DEGRAVA-

¹¹ STF, *Habeas Corpus* n. 83.515/RS, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 16.9.2004, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 4 mar. 2005, p. 00011.



ÇÕES. IMPROPRIEDADE DO *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÕES DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS DA POLÍCIA AO JUÍZO. CIENTIFICAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE AS MEDIDAS INVESTIGATÓRIAS. GRAVAÇÕES ENTRE INVESTIGADO E ADVOGADO. DELITOS APENADOS COM DETENÇÃO. LICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

VII. Não procede a alegação de nulidade nas interceptações pelo fato de o Ministério Público não ter sido cientificado do deferimento das medidas investigatórias, se sobressai que o *Parquet* acompanhou toda a investigação dos fatos, inclusive a interceptação das comunicações telefônicas dos pacientes, não sendo necessário que fosse formalmente intimado de cada prorrogação das escutas.

[...]

XIV. É lícita a interceptação telefônica deferida por Autoridade Judicial, atendendo representação feita pela Polícia, de maneira fundamentada e em observância às exigências legais.

XV. Recurso desprovido¹².

Data venia, não podemos concordar com este entendimento.

Conforme já exposto no item anterior, adotar essa linha de pensamento significa fazer uma leitura da Lei n. 9.296/1996 sem tomar em consideração a opção do constituinte originário pelo modelo acusatório de processo penal. A Lei n. 9.296/1996 deve ser interpretada à luz da Constituição Federal de 1988, e não ao contrário.

Por outro lado, ao que parece, as decisões judiciais anteriormente citadas podem revelar também uma tentativa do Poder Judiciário em salvar toda a prova produzida, de modo a manter incólume a condenação dos membros da organização criminosa, haja vista que o reconhecimento da nulidade da interceptação pelo Tribunal Superior, provavelmente, acarretaria a nulidade de praticamente todo o processo.

Sábias são as palavras da professora Ada Pellegrini Grinover (*et al.*, 2006, p. 212-213) quando aponta as inconstitucionalidades da lei e assevera, *in verbis*:

¹² STJ, RHC n. 13.274/RS, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 2002/0104866-6, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. em 19.8.2003, *DJ* de 29 set. 2003, p. 276.



Colhem-se, aqui, diversas falhas da lei, algumas de índole constitucional. Em primeiro lugar, o Ministério Público, a quem as diligências se destinam, por incumbir-lhe a formulação da acusação e sua condução ao longo do processo, não deveria ser simplesmente cientificado da ocorrência e do resultado da interceptação já consumada, cabendo-lhe, em função de suas tarefas institucionais, papel mais ativo, seja no tocante ao pedido de interceptação formulado pela polícia – sobre o qual deveria manifestar-se previamente – seja no que tange ao seu acompanhamento. Mais um ponto em que o juiz deverá recorrer aos princípios constitucionais para superar as deficiências da lei.

Perceba que, considerando o modelo acusatório insculpido no art. 129, inciso I, da Carta de 1988, bem como o fato de o Ministério Público ser o destinatário das provas colhidas durante a fase da investigação policial, o Parquet deve sempre ter vista prévia dos autos, além de manifestar-se antes da decisão judicial que defere a interceptação ou mesmo que a prorroga, nos termos do art. 6º, inciso XVIII, alínea a, *in fine*, da Lei Complementar n. 75/1993, sob pena de nulidade do procedimento.

6 A importância do acompanhamento da execução da interceptação telefônica

Inicialmente cabe dizer que as medidas de interceptação telefônica são formas invasivas e mitigadoras dos direitos fundamentais (direito à intimidade) do cidadão objeto da investigação (alvo), bem como daqueles que com ele eventualmente mantêm contato, e, em virtude disso, devem merecer tratamento prioritário e efetivo acompanhamento do membro do Ministério Público, sob pena de se favorecer a utilização indevida e ilegal das informações sensíveis colhidas durante a investigação.

Pois bem, o art. 6º da Lei n. 9.296/2006 determina que a medida de interceptação de comunicações telefônicas, ao ser executada pela autoridade policial, deve ser sempre previamente informada ao Ministério Público, que poderá, inclusive, acompanhar a sua realização.

Assim sendo, o primeiro ponto relevante é o membro do Ministério Público, desde o início do procedimento, saber exatamente onde o trabalho de interceptação está sendo realizado (se na própria delegacia, se em um núcleo de investigação etc.), para que possa, caso queira ou caso seja necessário, acompanhar pessoalmente o desenrolar da interceptação.



Outrossim, não é sem importância que o membro conheça o momento exato em que se iniciou o procedimento.

Vale ressaltar que as medidas de interceptação telefônica, mormente nos casos em que investigam atuação de grandes organizações criminosas, costumam estender-se por longos períodos de tempo (meses, anos), haja vista serem indispensáveis para a identificação dos responsáveis e para o cabal esclarecimento dos fatos criminosos. Com isso, ao final do procedimento, sempre resulta grande quantidade de material probatório, de alta complexidade, que será submetido ao membro do Ministério Público para que forme sua opinião delicti, no prazo que dispõe para oferecer a denúncia.

Neste momento, a tarefa do órgão ministerial não é simples. Ante a quantidade de diálogos transcritos nos relatórios policiais, ante a quantidade de envolvidos e diversidade de fatos que podem caracterizar uma infinidade de infrações penais, com a incidência de qualificadores ou causas de aumento, exige superior esforço e elevada concentração decidir pelo arquivamento, pelo oferecimento da denúncia ou pela baixa dos autos para realização de diligência imprescindível. Assim, o tempo despendido durante o acompanhamento da medida de interceptação telefônica, com efetiva análise prévia do material enviado pela autoridade policial em cada prorrogação de prazo da interceptação, terá papel decisivo e decerto tornará mais simplificada a análise do relatório final do procedimento, quando concluído.

Durante o desenrolar do procedimento de interceptação, o membro do Ministério Público deve manter atenção a cada pedido de prorrogação de prazo, de inclusão ou exclusão de terminais telefônicos do procedimento, formulados em representação da autoridade policial, manifestando-se prévia e fundamentadamente, sempre antes da decisão judicial, como manda a alínea a do inciso XVIII do art. 6º da Lei Complementar n. 75/1993.

O membro do Ministério Público deve assumir não uma posição passiva, de mero espectador da medida de interceptação telefônica, mas sim uma posição de verdadeiro protagonista da investigação, apontando, redirecionando, conduzindo a linha de investigação a ser trilhada pela autoridade policial no bojo do procedimento. Isso abrange a manifestação sobre a formação da prova, da qual é o destinatário natural, a decisão sobre o rumo que a investigação deve tomar, alvos que devem ser interceptados (incluídos no procedimento), bem como quando deve iniciar e





terminar a medida de interceptação, sempre tendo em vista a formação da prova e os suficientes indícios de autoria.

É aconselhável, para facilitar o protagonismo do Ministério Público na investigação, que o órgão ministerial tenha cuidado para evitar solução de continuidade entre os períodos de prorrogação da interceptação. Para isso, objetivando conferir agilidade em cada manifestação, é recomendável manter sempre em arquivo extrato dos relatórios da interceptação e dos relatórios de inteligência policial, a fim de subsidiar as futuras manifestações sobre a prorrogação, bem como sua extensão a novos alvos.

Por fim, outro ponto que merece destaque e que revela a necessidade do controle cuidadoso do procedimento de interceptação telefônica por parte do membro do Ministério Público diz respeito ao envolvimento de autoridade com prerrogativa de foro. Nem sempre resta evidenciado nos autos do procedimento, por meio das conversas interceptadas, o grau de envolvimento da pessoa que possui foro especial por prerrogativa de função. Identificar precisamente o momento quando o fato deixa de ser uma mera referência sem relevância probatória e passa a ser um indício concreto do envolvimento da autoridade com a organização criminosa investigada é tarefa complicada, razão pela qual a delegação deste mister para a autoridade policial deve ser de pronto descartada. Tal análise deve ser realizada pelo membro do Ministério Público e submetida ao juiz natural da causa tão logo seja possível aferir esta ocorrência, sob pena de correr o risco da decretação da nulidade da medida por retardamento da declinação de competência ao foro competente.

7 Acompanhamento do procedimento de interceptação como medida de controle externo da atividade policial

A Constituição da República de 1988, em seu art. 129, inciso VII, estabeleceu que é função institucional do Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar de regência da instituição. O dispositivo legal está assim redigido, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]





VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.

A Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), cuidou do tema do controle externo da atividade policial em seus arts. 3º, 9º e 10. Posteriormente, visando unificar o exercício do controle externo da atividade policial no âmbito do Parquet, o Conselho Superior do Ministério Público Federal – CSMPF editou a Resolução n. 88/2006, assim como o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 20/2007. E nos termos do art. 2º do último ato normativo citado temos que:

o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público.

Nesse contexto, no que concerne aos procedimentos de interceptações telefônicas, a atividade ministerial de controle externo da atividade policial se revela de suma importância. Considerando que é indispensável compatibilizar a necessidade e a adequação da medida, manter seu caráter sigiloso, bem como resguardar os direitos fundamentais dos supostos envolvidos com o crime em investigação, o controle, seja na modalidade difusa, seja na modalidade concentrada, revela-se imprescindível.

Pedro Roberto Decomain (1996, p. 184) define, com acerto, tão importante função ministerial afirmando que, *in verbis*:

o termo controle tem aqui o sentido de acompanhamento, observação, orientação, e não de subordinação hierárquica. Cuida-se de possibilitar o acesso do Ministério Público a todas as atividades-fim exercidas pela polícia, em especial as de polícia judiciária, na medida em que antes de tudo são para ele voltadas. Naturalmente que, no exercício desse controle, cabe também ao Ministério Público verificar a ocorrência de eventuais desvios no exercício das funções da polícia, quer representem prejuízos para a coletividade (porque eventualmente não se apura crime ocorrido), quer para algum indivíduo em particular (que se torne vítima de alguma forma de abuso de poder ou autoridade), tomando as providências que a hipótese possa recomendar para que tal situação tenha fim.

Na mesma linha de pensamento, Paulo Rangel (2007, p. 185) leciona que, *in verbis*:



Não se trata de controle *interna corporis* como se corregedor fosse dos atos administrativos (in)disciplinares dos servidores policiais. Não. A palavra controle nos é definida como sendo: 1. Ato de dirigir qualquer serviço, fiscalizando-o e orientando-o do modo mais conveniente. [...] 4. Fiscalização é domínio de alguém ou alguma coisa [...]. Portanto, a fiscalização, o domínio, que exerce o Ministério Público é sobre a atividade fim da polícia, qual seja: a investigação policial com o escopo de apurar a prática de uma infração penal. [...] o destinatário final das investigações policiais é o Ministério Público e, por isso, tem ele que exercer o controle sobre as diligências que serão desempenhadas pela polícia no sentido de determinar as que são imprescindíveis para a formação de sua *opinio delicti*.

O controle difuso é aquele exercido por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, por meio do acompanhamento de fiscalização do inquérito e outros procedimentos de investigação policial. Por sua vez, o controle concentrado é exercido pelos grupos de membros com atribuição específica, que devem também realizar inspeções periódicas nas unidades de polícia.

No que tange ao controle concentrado, é importante que o grupo de controle externo, ao realizar as visitas periódicas às delegacias de polícia, sempre faça um levantamento dos aparelhos utilizados pela delegacia na operacionalização da interceptação, bem como quais delegados e agentes policiais têm acesso aos áudios interceptados, de modo que, desde já, conheça aqueles que têm contato direto com as conversas e, posteriormente, terão que confeccionar o relatório quinzenal.

Por outro lado, vale também ter acesso à quantidade de procedimentos de interceptação abertos e em curso na delegacia de polícia, à quantidade de pessoas investigadas no procedimento, ao número de terminais interceptados, anotando ainda o número do procedimento criminal diverso respectivo e do inquérito policial correspondente. Por fim, não se pode olvidar de como a delegacia se organiza para preservar ao máximo o sigilo do procedimento, mormente o transporte dos autos quinzenalmente ao Ministério Público e ao Poder Judiciário local, recomendando que seja designado um ou alguns poucos servidores para tal tarefa de rotina, recaindo a designação preferencialmente entre aqueles agentes de polícia que já participam da interceptação.

No que toca ao controle difuso, ou seja, aquele realizado por todo membro com atribuição criminal, além da natural conferência dos requisitos legais para o deferimento da medida, por ocasião da manifestação



prévia, no caso de iniciava da autoridade policial em representar pela interceptação telefônica, o importante é acompanhar o procedimento apenso de interceptação a cada pleito quinzenal de prorrogação, analisando minuciosamente os relatórios policiais sobre o andamento das investigações e os extratos das principais conversas de interesse criminal.

Essa análise permitirá que o membro não seja surpreendido ou mesmo concorde com a prorrogação ou inclusão desnecessária de novos terminais ou novos supostos membros da organização criminosa investigada, dando-lhe segurança para, até mesmo, dirigir a investigação, requerendo outras medidas cautelares que surjam como necessárias e adequadas no transcorrer da interceptação, tal como a medida de busca e apreensão. Também pode redirecionar o enfoque da investigação, que pode estar tomando rumo indevido ou pouco eficiente em relação à produção da prova.

Destarte, podemos concluir com Carlos Roberto de Castro Jatahy (2004, p. 109) aduzindo que, *in verbis*:

o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo a constatação da regularidade e adequação de procedimentos empregados na realização da atividade de polícia judiciária, bem como a integração das funções do Ministério Público e da polícia judiciária voltada para a persecução penal e o interesse público, devendo o *Parquet* atentar, nesta atividade, para a prevenção da criminalidade; a finalidade; a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal; a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou abuso de poder relacionados com a atividade de investigação criminal; e buscar superar as falhas na produção da prova, inclusive técnica, para fins de investigação criminal.

8 Possibilidade de o Ministério Público realizar diretamente a interceptação telefônica

É tendência nos tribunais superiores a pacificação do entendimento de que o Ministério Público pode realizar investigações diretamente, sem necessidade de auxílio policial nem de instauração de inquérito policial. Embora ainda não pacificado no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a questão está posta e é provável que o Pretório Excelso, por seu órgão plenário, decida, em breve, sobre a compatibilidade com a



Constituição da investigação direta pelo Ministério Público. Nesse sentido, ilustrativo é o recente acórdão da Segunda Turma no HC n. 94.173/BA, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, o qual peço vênha para transcrever a ementa:

EMENTA:

HABEAS CORPUS – CRIME DE PECULATO ATRIBUÍDO A CONTROLADORES DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS, DENUNCIADOS NA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOTADAMENTE PORQUE OCORRIDA, NO CASO, SUPOSTA LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO *PARQUET* – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS – CASO *McCULLOCH v. MARYLAND* (1819) – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, *v.g.*) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. [...] É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. – O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de sub-



sídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes: RE n. 535.478/SC, rel. Min. Ellen Gracie – HC n. 91.661/PE, rel. Min. Ellen Gracie – HC n. 85.419/RJ, rel. Min. Celso de Mello – HC n. 89.837/DF, rel. Min. Celso de Mello. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O PONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO *PARQUET*, O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL. – O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intraorgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei n. 8.906/1994, art. 7º, *v.g.*). – O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o *Parquet*, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. – O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevacente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório^{13,14}.

¹³ STF, *Habeas Corpus* n. 94.173/BA, rel. Min. Celso de Mello. J. em 27.10.2009, Órgão Julgador: 2ª Turma, Publicação *Dje*-223, divulgado em 26.11.2009, publicado em 27.11.2009.

¹⁴ No mesmo sentido é a jurisprudência reiterada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, vide acórdão no Recurso Especial n. 331.903/DF da relatoria do Ministro Jorge Scartezzi, julgado em 25.5.2004 e publicado no *DJ* de 1º jul. 2004.





Sem adentrar no mérito da discussão sobre a possibilidade ou não de o Ministério Público realizar investigações criminais diretamente, sem o auxílio da polícia judiciária, uma vez que este não é o foco do trabalho, mas já pressupondo tal faculdade, visto que compatível com sua prerrogativa constitucional de titular exclusivo da ação penal pública, bem como com sua função de exercer o controle externo da atividade policial (CRFB/1988, art. 129, incisos I e VII), não há que se falar em empecilhos legais ou constitucionais para que o Parquet realize, por ele mesmo, o procedimento de interceptação telefônica, sempre após prévia autorização judicial.

Por oportuno, nunca é demais lembrar o verbete n. 234 da Súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Perceba que, se o constituinte originário dotou o Ministério Público da privativa promoção da ação penal e forneceu-lhe a faculdade, de quando entender necessário, requisitar informações ou expedir notificações, por que haveria ele (o MP) de se manter inerte diante de casos em que a polícia judiciária se fizesse inoperante, ineficiente ou mesmo não dispusesse de estrutura física ou de pessoal para realizar interceptações telefônicas?

Considerando a privatividade da promoção da ação penal pública e lembrando o ilustre Pinto Ferreira, Carlos Roberto de Castro Jatahy (2004, p. 186) leciona que:

Valendo-se da máxima de “quem pode o mais pode o menos”, Pinto Ferreira, invocando a Teoria dos Poderes Implícitos, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *McCulloch X Maryland*, sustenta que, se o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu objetivo, sob pena de ser frustrado o exercício do múnus constitucional que lhe foi cometido.

Em paralelo com a prerrogativa constitucional do controle externo da atividade policial, Paulo Rangel (2007), em obra sobre a investigação direta pelo Ministério Público, conclui, *in verbis*:

Destarte, o Ministério Público, se exerce o controle externo da atividade policial-fim, que é a investigação criminal, como es-





copo de se apurar a prática de infração penal, claro nos parece, mais uma vez, que pode (e se necessário for, deve) realizar diretamente quaisquer diligências investigatórias a fim de formar sua *opinio delicti*.

Assim, dispondo o órgão ministerial de tecnologia capaz de interceptar conversas telefônicas, ou caso não disponha, e sendo a hipótese de máxima relevância, não há óbice ao membro do Parquet requisitar um aparelho (*v.g.*, guardião, sombra etc.) a fim de proceder a interceptação (Lei Complementar n. 75/1993, art. 8º, inciso III¹⁵), sempre após prévia autorização judicial (CRFB/1988, art. 5º, inciso XII). O problema que se apresenta é mais de ordem estrutural que de ordem conjuntural, uma vez que a falta de servidores especializados no âmbito dos vários Ministérios Públicos (da União e dos Estados) para manusear tal tecnologia é notória.

9 Finalização do procedimento: prova e denúncia

Inicialmente, pode-se dizer que, considerando o papel ativo que o Ministério Público deve desempenhar no procedimento de interceptação telefônica, não apenas deve concordar com a autoridade policial e prorrogar indefinidamente o procedimento, ao contrário, o membro do Parquet, ao perceber a existência de provas suficientes que indicam a autoria e a participação dos membros da organização criminosa aptas a subsidiar o oferecimento de ação penal, pode e deve ter a iniciativa de requerer a conclusão do procedimento, requisitando que a autoridade policial lavre relatório conclusivo das investigações.

O momento da conclusão do procedimento é o mais delicado no que diz respeito ao perigo de vazamento de informações, o que pode acarretar a violação do sigilo da medida e prejudicar de forma irreversível todo o trabalho de investigação desenvolvido ao longo de meses, mormente quando ao final do procedimento de interceptação se segue um pleito de prisão preventiva e de busca e apreensão.

Tornou-se comum a divulgação na imprensa televisiva do momento da prisão ou da execução da busca domiciliar de investigados de reno-

¹⁵ “Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] III – requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas.”



me na sociedade, que são filmados e entrevistados tão logo detidos pela polícia. Assim, é conveniente que o membro do Parquet requeira ao juiz natural da causa que defira ordem judicial que vede tal comunicação ou, ao menos, restrinja-a para momentos antes da deflagração da operação, sempre tendo em vista a proteção aos direitos fundamentais dos investigados, que não devem ser expostos à execração pública mais que o necessário para a execução da medida.

Com a finalização do procedimento, e após eventual execução de medida de busca e apreensão, a autoridade policial confeccionará relatório em que exporá todas as provas colhidas durante a investigação, incluindo análise dos principais trechos das conversas telefônicas, bem como demais provas obtidas em atividades de inteligência policial, as advindas da busca e apreensão, dos depoimentos de testemunhas e dos interrogatórios dos investigados eventualmente presos. Com esse material em mãos, incumbe ao membro do Ministério Público a nem sempre fácil tarefa de entender a sistemática em que operava a organização criminosa, para identificar quem são seus líderes e seus colaboradores, assim como os crimes que cometeram, e sintetizar tudo na peça acusatória inicial (a denúncia) que, segundo recomenda a boa técnica, não deve ser tão extensa a ponto de ser confusa e cansativa nem deve ser por demais resumida a ponto de ser incompleta.

Outrossim, relevante que o membro do Ministério Público, atento à qualidade da prova capaz de sustentar uma condenação, na cota de oferecimento da denúncia, caso entenda necessário, requeira outras provas complementares que ainda não foram produzidas durante a investigação policial, tais como, por exemplo, laudos definitivos em drogas, armas, munições, veículos etc.

Na denúncia, deve o membro do Parquet descrever as condutas de cada participante da organização criminosa de forma individualizada, de modo que seja evidenciada com clareza qual a conduta criminosa imputada a cada um e com base em que indícios e provas é imputada. No caso de grandes operações realizadas pela polícia judiciária, em que o procedimento de interceptação telefônica se estende por meses a fio e é imenso o material de prova coletado, é interessante que, antes de individualizar as condutas de cada denunciado, por questão de ordem, a denúncia apresente um prólogo no qual seja descrito, com generalidade, o modo pelo qual a organização criminosa agia para executar seus crimes, expondo, desde já, a hierarquia de sua formação.



Assim agindo, zelando pela condução técnica do procedimento desde o início, bem como cuidando para que a prova produzida seja a de melhor qualidade possível, o Ministério Público terá papel decisivo no desbaratamento de organizações criminosas que aterrorizam a população brasileira diuturnamente, logrando ainda maior respeitabilidade entre os operadores do direito e a sociedade.

10 Conclusões

Ante o exposto, podemos finalizar com as seguintes conclusões:

1. Após a edição da Lei n. 9.296/1996, o procedimento de interceptação telefônica tornou-se um dos meios de investigação mais utilizados para se buscar provas e desbaratar organizações criminosas, mormente nas denominadas operações policiais.

2. Apesar do grande sucesso da Lei n. 9.296/1996, é preciso interpretar seus dispositivos conforme a Constituição de 1988, adequando-a ao sistema acusatório então adotado, corrigindo-lhe os erros, tais como a permissão do juiz para determinar a interceptação *ex officio*.

3. O procedimento de interceptação possui natureza jurídica de autêntica medida cautelar penal, uma vez que estampa como requisitos autorizadores o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*, bem como serve de instrumento na busca de prova que será útil no processo principal.

4. Como a ação cautelar é uma espécie de ação, e considerando que pertence ao Ministério Público, com exclusividade, a titularidade da ação penal (CRFB/1988, art. 129, inciso I), pela mesma *ratio*, forte no princípio acusatório, pertence também ao órgão ministerial, com exclusividade, a legitimidade para requerer a interceptação telefônica, uma vez que, nesta fase, é o destinatário da prova.

5. Tendo em vista que a autoridade policial não é parte no processo penal e, por isso, não possui capacidade postulatória, deve a representação policial pela interceptação telefônica passar pelo crivo do Ministério Público antes de ser apreciada pelo juízo competente.

6. A jurisprudência ainda é vacilante e, por vezes, adota uma interpretação literal da Lei n. 9.296/1996 (que possibilita à autoridade policial requerer a interceptação diretamente ao juiz), desconsiderando o modelo acusatório consagrado na Carta de 1988 para, talvez, manter incólume



a condenação baseada em provas colhidas na interceptação telefônica e salvar o processo de uma nulidade.

7. Malgrado a jurisprudência vacilante, é dever do membro do Ministério Público acompanhar de perto todo o desenrolar das investigações baseadas em procedimento de interceptação telefônica, possibilitando que desempenhe um papel ativo durante toda a investigação, opinando conscientemente sobre cada prorrogação, inclusão ou exclusão de terminais telefônicos interceptados, bem como sobre outras eventuais medidas cautelares.

8. O acompanhamento cuidadoso do procedimento de interceptação telefônica também se faz necessário como autêntico exercício do controle externo da atividade policial, seja na forma concentrada, seja na forma difusa, uma vez que objetiva evitar abusos da polícia e preservar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

9. Sendo o titular exclusivo da ação penal pública, com base na teoria dos poderes implícitos, não há óbices para que o Ministério Público investigue diretamente, podendo, até mesmo, executar a interceptação telefônica para os fins de investigação criminal, sempre após prévia autorização judicial.

10. Ao final do procedimento o cuidado deve ser redobrado, de modo que preserve o sigilo da medida e garanta o sucesso de eventual pleito de prisão preventiva e ação de busca e apreensão.

11. Concluído o inquérito com o relatório final da autoridade policial, compete ao membro do Ministério Público analisar todo o material de prova colhido e, caso desnecessária diligência imprescindível, oferecer denúncia na qual narre, de forma individualizada e clara, a conduta criminosa de cada membro da organização criminosa, com o fim de viabilizar, ao final, um julgamento justo e de acordo com o devido processo legal.

12. Destarte, exsurge como verdadeira missão institucional intervir ativamente no procedimento de interceptação telefônica, não podendo o órgão ministerial negligenciar, uma vez que é o destinatário final de todo o material colhido em seu bojo, sempre com vistas a qualificar a investigação criminal, combater o crime organizado, controlar a atividade policial, proteger a sociedade e garantir o respeito aos direitos fundamentais.



Referências

ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo Penal Integral*. Salvador: Juspodivm, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Legislação Penal Especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*. Curitiba: Juruá, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites Constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentário à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*. Madri: Trotta, 1995.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. *Temas de direito penal e processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Roma Victor Editora, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 4. ed. rev., atual. e acresc. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JUNIOR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. I.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.







VII CURSO DE INGRESSO E VITALICIAMENTO PARA PROCURADORES DA REPÚBLICA

MARCIAL DUARTE COELHO

**O PROJETO DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

breves anotações ligadas ao
Ministério Público





MARCIAL DUARTE COELHO

Sumário: Introdução. 1 O nascimento (e andamento) do Projeto de Lei do Novo Código. 2 As principais alterações propostas. 2.1 A atuação probatória do juiz e a acusação. 2.2 O registro dos atos do inquérito policial por meio audiovisual. 2.3 A dilação de prazo nos inquéritos policiais. 2.4 O arquivamento de investigações com base na *prescrição antecipada*. 2.5 O desaparecimento das ações penais privadas. 2.6 A nova forma do interrogatório. 2.7 As disposições sobre a competência federal. 2.8 A disponibilidade no procedimento sumário: a chegada do *plea bargain*. 2.9 Algumas outras alterações de interesse. 3 Conclusão.





Introdução

O atual Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941) é um diploma prestes a completar 70 anos. Nasceu em um ambiente sabidamente fascista e autoritário, período que ficou conhecido como Estado Novo, no qual o país estava sob um regime ditatorial comandado por Getúlio Vargas, após um exitoso golpe de Estado que fora realizado com a argumentação de conter movimentos comunistas.

Àquela época, Vargas havia determinado o fechamento do Congresso Nacional e a extinção dos partidos políticos de então. A Constituição do período ficou conhecida como Polaca (1937), em razão da ampla influência sofrida pela Carta autoritária da Polônia. Na prática, Vargas governou durante todo o período mediante os famigerados decretos-leis, expressões da hipertrofia do Poder Executivo.

Desse modo, considerando que o atual Código de Processo Penal (CPP) nasceu nesse contexto, basta visualizar esse cenário para notar seu completo distanciamento da realidade vivida após a Constituição cidadã de 1988. Para ilustrar, destaquemos trecho da Exposição de Motivos¹ do CPP de 1941, que informava, então, que as “[...] vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária [...]”. E continuava a Exposição: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social”.

De fato, em tempos em que se pretende a supremacia dos direitos e garantias fundamentais, do princípio maior da dignidade da pessoa humana e do estado de inocência, não cabe mais admitir práticas autoritárias.

Em parte motivado por isso, tramita no Congresso Nacional projeto de lei que pretende converter-se na nova legislação processual penal, substituindo na totalidade o atual CPP. Por outra parte, o projeto visa à criação de uma justiça penal mais célere em suas respostas e eficaz no combate à impunidade. É inconteste que a criminalidade aumenta a passos largos no país e os operadores do direito que labutam nessa seara

¹ A Exposição foi subscrita pelo então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campo, e publicada no DOU em 13 de outubro de 1941.





encontram-se cada dia mais sobrecarregados de trabalho, necessitando de instrumentos processuais modernos e eficientes.

Assim, partimos do ponto mais avançado do atual projeto de lei ora em tramitação para ressaltar a sua importância em relação à Instituição do Ministério Público e aos seus membros. Fácil é perceber que uma nova legislação processual penal tem reflexos diretos na atuação do Parquet, e foi com o objetivo de destacar as principais alterações que nasceu este trabalho.

Entretanto, alertamos ao leitor que outros pontos para os quais também estão previstas grandes mudanças deixaram de ser tratados no presente trabalho, uma vez que não se relacionavam (pelo menos não tão diretamente) com a figura do Parquet. Um desses principais pontos, por exemplo, é o da instituição do Juiz das Garantias, magistrado que se pretende dedicado ao controle da legalidade na fase da investigação, sendo obrigatoriamente diverso do juiz que apreciará, em um momento posterior, a ação penal.

Esperamos que a leitura seja proveitosa, em especial para aqueles que, como nós, labutam no dia a dia da seara criminal.

1 O nascimento (e o andamento) do Projeto de Lei do Novo Código

O projeto de lei que se pretende um novo diploma processual penal encontra-se, atualmente, em sua Casa iniciadora, o Senado Federal, tendo recebido a denominação de PLS² n. 156/2009. Consta como de autoria do Senador José Sarney (PMDB/AP), atual Presidente da Casa, e que, no desempenho de seu mister, apresentou-o a seus pares em abril de 2009.

Em verdade, o anteprojeto da lei foi criação de uma Comissão de Juristas criada por iniciativa do Senador Renato Casagrande (PSB/ES)³ e efetivada na presidência do Senador Garibaldi Alves Filho (PMDB/RN). Instalada em 9 de julho de 2008, a Comissão realizou 11 reuniões, até concluir o anteprojeto que apresentou ao Senador Sarney, em 23 de abril de 2009.

² As siglas correspondem às iniciais de Projeto de Lei iniciado no Senado.

³ Por meio do Requerimento n. 227/2008, apresentado à Presidência do Senado.





Integraram a Comissão as seguintes pessoas: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Avelar, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. A coordenação dos trabalhos foi do Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, e a relatoria-geral ficou a cargo de Eugênio Pacelli, Procurador Regional da República da 1ª Região.

Durante a tramitação do projeto na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, houve a apresentação de uma série de emendas. Ao final, aprovou-se o substitutivo do relator da matéria, Senador Renato Casagrande (PSB/ES). Tal aprovação deu-se, exatamente, no dia 17 de março de 2010, e é o ponto mais avançado da tramitação do projeto de um novo CPP até então⁴.

O presente trabalho parte, então, da análise deste último texto, do substitutivo do Senador Renato Casagrande, que foi há pouco aprovado na CCJ do Senado. A partir de um detalhado exame, destacaram-se os pontos de maior interesse do Ministério Público, sendo sobre eles que escrevemos algumas linhas, quer apenas para ressaltar as mudanças, quer para perfazer um juízo crítico sobre a eventual mudança da legislação, se ela efetivamente vier a ocorrer.

2 As principais alterações propostas

Como dito alhures, os pontos que destacamos como principais alterações têm por ângulo de visão sempre o Ministério Público e a sua atuação. Com isso, queremos deixar claro que há, assim, outras mudanças de grande envergadura no novo projeto de lei, mas que não são objetos deste trabalho, uma vez que não tinham – tão diretamente quanto os outros pontos – ligação intrínseca com o Parquet.

Desse modo, por exemplo, podemos citar alterações como a que cria o Juiz das Garantias, ou a que disciplina um extenso rol de medidas acautelatórias pessoais (passando a prever institutos como o do recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico de presos, bloqueio eletrô-

⁴ A tramitação pode ser diretamente acompanhada pelo sítio eletrônico do Senado Federal, em <www.senado.gov.br>.



nico da Internet etc.), ou ainda o revisitado tema das prisões processuais; no entanto, esses temas, ressaltamos, não serão aqui cuidados.

Partamos, então, sem mais delongas, para as alterações sugeridas e suas imbricações com o Ministério Público.

2.1 A atuação probatória do juiz e a acusação

Uma das alterações mais polêmicas propostas pelo projeto do novo CPP é a que cuida dos limites da atuação probatória da figura do juiz. Seguindo a proposta de dar à legislação processual penal um caráter de modelo acusatório puro⁵, o projeto de lei prevê que, na seara probatória, o juiz jamais poderá substituir-se ao órgão de acusação, muito embora o possa fazer em prol da defesa. Vejamos os principais artigos do projeto que dispõem sobre o tema:

Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

[...]

Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º. [grifo nosso]

Sem maiores dificuldades, nota-se a virada copernicana que os dispositivos, embora singelos, ocasionam. Passaremos a ter o que se conhece como juiz-espectador, que assistirá inerte ao espetáculo, com exceção feita à possível atuação em prol da defesa.

Em nossa análise, ao contrário do que se propõe (tornar o juiz mais imparcial), o projeto estará criando e validando a figura do Estado-Juiz parcial, já que ele, quando puder atuar, sempre o fará em prol da defesa. A matemática é exata. Serão 2 contra 1, e aí está patente o desequilíbrio criado. Será que só se pode falar em paridade de armas em prol da defe-

⁵ Proposta defendida, entre outros, pelo próprio relator-geral do anteprojeto, Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 6), e por autores como Denilson Feitoza (2009, p. 63-67), Aury Lopes Junior (2005) e Paulo Rangel (2009, p. 460).



sa? Por certo não. E se o promotor/procurador for displicente, ou apenas esquecido, e deixar de requerer tal ou qual prova importante ao deslinde da causa? Por mais que o juiz perceba o equívoco, não poderá atuar, deixando a sociedade desguarnecida⁶, em benefício de um único sujeito (no caso, o réu de então), e, pior, faltando com a justiça.

Não bastasse o desequilíbrio de forças gerado, destaca-se o paradoxo em que passa a incorrer. De fato, embora tenha o julgador (como sempre teve) a árdua tarefa de se desincumbir do dever de julgar (não podendo aplicar o *non liquet*) e, mais, sendo cobrado pela sociedade e pelos demais operadores do direito de o fazer com justiça, ele não poderá, ainda que legítimo e principal endereçado da prova a ser produzida, livremente deliberar sobre quais meios e objetos de prova pode lançar mão para melhor desempenhar o seu mister.

A atividade do juiz será resumida em apenas poder esclarecer dúvida sobre a prova já produzida, mesmo que sua intuição, ou sua experiência, lhe indique, à evidência, tal ou qual providência probatória, como forma de melhor reconstruir o processo histórico⁷ do que realmente ocorreu.

As associações e órgãos representativos da magistratura já se manifestaram expressamente contrários às referidas mudanças⁸. Igualmente, o Grupo Jurídico conhecido pela sigla ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro), movimento formado por representantes de órgãos de fiscalização, controle e inteligência do Executivo, Judiciário e Ministério Público, destacou em uma Nota Técnica expedida sobre as alterações propostas que: “há o risco de transformar o processo em mera disputa entre Acusação e Defesa, com a vitória do melhor profissional e com possíveis prejuízos à descoberta da verdade e à correta aplicação da lei penal”.

Também não vemos muitas vantagens nessa mudança, quer por engessar a figura do juiz (abstraindo o fato de que ele também pode/deve contribuir com sua experiência processual), quer pelo desequilíbrio que ela gerará entre as partes do processo. Outrossim, serão muitas as pos-

⁶ Confira, nesse sentido, a Nota Técnica do Grupo ENCCLA.

⁷ No sentido de que a tarefa probatória é, em última análise, um processo de reconstrução histórica, confira Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar (2009, p. 307) e Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 289).

⁸ Confira, por exemplo, opiniões da AJUFE e da AMB, disponíveis em seus respectivos sítios.



sibilidade, abertas à defesa, de arguição de nulidades, já que se poderá questionar – mesmo sem razão – uma postura x ou y do juiz em determinado caso, taxando-o de substituto do órgão de acusação. Por certo, isso apenas trará mais entraves à persecução penal.

2.2 O registro dos atos do inquérito policial por meio audiovisual

Uma mudança que aplaudimos e que deverá, de modo geral, trazer benefícios à transparência e à credibilidade da fase investigatória policial é a que passa a oferecer a possibilidade (torcemos para que se transforme na regra geral) de os depoimentos, declarações e interrogatórios realizados na Polícia serem registrados em meio audiovisual. Senão vejamos:

Art. 29. No inquérito, as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível, sendo que as informações ou declarações poderão ser tomadas em qualquer local, cabendo ao delegado de polícia resumi-las nos autos com fidedignidade, se colhidas de modo informal.

§ 1º *O registro do interrogatório do investigado, das declarações da vítima e dos depoimentos das testemunhas poderá ser feito por escrito ou mediante gravação de áudio ou filmagem, com o fim de obter maior fidelidade das informações prestadas.*

§ 2º *Se o registro se der por gravação de áudio ou filmagem, fica assegurada a sua transcrição a pedido do investigado, de seu defensor ou do Ministério Público. [grifo nosso]*

Deveras, o benefício será indiscutível, em especial para o Estado-Acusação, que se vê, não raras vezes, diante de testemunhas (e/ou réus) que alteram por completo a versão de suas declarações, comparando-se o dito na Polícia com o afirmado em juízo. De modo geral, as alterações só vêm em malefício da verdade, uma vez que essas mudanças são feitas por temor, em troca de algum benefício, por orientação dos advogados ou, simplesmente, por mero esquecimento.

Não é incomum, ainda, réus e testemunhas alegarem que a autoridade policial “o colocou para assinar aquilo”, ou “distorceu o que foi dito”, ou, pior, “obteve sob tortura/ameaças” a revelação. Assim, o registro, antes de imiscuir-se na atividade policial, garantirá uma segurança extra aos seus trabalhos.



2.3 A dilação de prazo nos inquéritos policiais

Outra importante alteração sugerida pelo novo CPP dá-se quanto à sistemática dos pedidos de dilação de prazo dos inquéritos policiais (IP) ainda não encerrados pela autoridade policial.

Com efeito, dispõe o projeto:

Art. 31. O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto.

§ 1º Decorrido o prazo previsto no caput deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, o delegado de polícia comunicará as razões ao Ministério Público com o detalhamento das diligências faltantes, permanecendo os autos principais ou complementares na polícia judiciária para continuidade da investigação, salvo se houver requisição do órgão ministerial.

§ 2º A comunicação de que trata o § 1º deste artigo será renovada a cada 30 (trinta) dias, podendo o Ministério Público requisitar os autos a qualquer tempo. [...] [grifo nosso]

Como se observa, o pedido de dilação deixa de ser, na verdade, um pedido. A autoridade policial agora apenas “comunicará as razões ao Ministério Público” da necessidade de diligências faltantes, sendo – e aqui vem a grande alteração – isso feito, ao que tudo indica, por mero ofício, já que os autos do inquérito permanecerão “na polícia judiciária para continuidade das investigações”.

O Ministério Público só terá vista dos autos da investigação se e quando expressamente requisitar, um a um, o inquérito policial que desejar ver.

As mudanças ainda continuam. Após a primeira comunicação por parte da Polícia, feita após os 90 primeiros dias de investigação (estando o investigado solto), a autoridade policial deverá, a cada 30 dias, renovar o ofício de comunicação, no qual supostamente deverão ser elencadas as diligências faltantes com detalhamento. Questionamos até que ponto esta nova disciplina é salutar.

Em princípio, o “tiro pode sair pela culatra”, uma vez que há a possibilidade de o membro do Parquet requisitar vistas dos autos do inquérito a todo tempo, um ou vários, ou alguns poucos a cada dia, ou mesmo todos eles (por certo não faltarão membros que irão desejar que tudo continue como antes). Com isso, será desfeita a rotina policial de entrega/recolhimento dos



inquéritos em bloco, muito utilizada especialmente em delegacias que se encontram fisicamente longe do Ministério Público a que é funcionalmente ligada. E o desfazimento da rotina gerará, ao invés de celeridade, atrasos.

Ademais, o controle externo da atividade policial, de assento constitucional (CF/1988, art. 129, VII), seria inegavelmente abalado, visto que, de regra, o membro do Parquet ficaria ciente do andamento das investigações apenas se e quando houvesse seu encerramento. Dificilmente poderia ser efetivado qualquer controle tendo por base o mero documento de “comunicação das diligências faltantes”, até porque este pode estar redigido de uma forma e a investigação em si estar sendo produzida de outra.

Outrossim, cremos que, na prática, o documento pelo qual a autoridade policial fará a comunicação com detalhamento da diligência tende a virar um ofício padrão, modelo único para todo e qualquer caso. Entretanto, considerando que, pelo menos na primeira comunicação, haja efetiva diligência do delegado e ele descreva, com o detalhamento, a sua linha de investigação, é provável que nos próximos comunicados a mesma informação apenas se repita, uma vez que a cada 30 (trinta) dias deverá haver um novo contato.

Ora, sabe-se que nos dias atuais a polícia judiciária também trabalha sobrecarregada de atividades, não sendo raro que IP menos prioritários fiquem meses sem serem desenvolvidos. A nova disciplina – que prescreve a comunicação com detalhes das diligências faltantes de 30 em 30 dias – deverá, tão somente, burocratizar o procedimento, sem maiores vantagens práticas em sua implementação.

Ao que parece, seria melhor que o Legislativo abrisse os olhos para a realidade das coisas e passasse a disciplinar que os inquéritos (com investigado solto) tivessem, regra geral, prorrogação de 90 ou 120 dias, concedidas e fiscalizadas pelo órgão ministerial (pelo simples fato de ser este o órgão a quem a investigação será endereçada), estando a autoridade policial obrigada a empreender ao menos uma diligência efetiva nesse período. Isso já seria suficiente e as consequências práticas seriam sentidas de imediato.

2.4 O arquivamento de investigações com base na chamada *prescrição antecipada*

Outro ponto de destaque do projeto do novo CPP – e de grande influência no trabalho do órgão ministerial público – é a previsão, agora expres-



sa na lei, da possibilidade do reconhecimento de futura prescrição levando-se em conta uma possível pena a ser aplicada em eventual condenação.

É a adoção do que a doutrina conhece como prescrição “antecipada”, ou “pela pena em perspectiva”, “em prognose” ou “virtual”⁹.

Dois são os dispositivos que se referem a essa mudança:

Art. 37. O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena. [grifo nosso]

[...]

Art. 260. A peça acusatória será desde logo indeferida:

I – quando for inepta;

II – quando faltar interesse na ação penal, por superveniência provável de prescrição;

III – quando ausentes, em exame liminar, quaisquer das demais condições da ação ou de pressupostos processuais; [grifou-se]

Como se observa, há a previsão tanto pelo lado do Ministério Público (art. 37), que poderá requerer o arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação com base na “provável superveniência de prescrição”, como pelo do juiz (art. 260), que poderá indeferir a petição inicial com base no mesmo motivo, mesmo que assim não o tenha solicitado o órgão ministerial.

Como é cediço, o arquivamento e/ou o indeferimento acima referidos seriam possíveis quando se vislumbrasse, em face dos elementos objetivos e subjetivos já trazidos até então à fase investigativa, que se fosse o caso de – no futuro, após o desenrolar por completo da instrução processual – o denunciado sofrer uma condenação, esta estaria fatalmente atingida pelo fenômeno que se conhece como prescrição retroativa, que não mais leva em conta a maior pena em abstrato prevista para o delito,

⁹ Confira, por exemplo, os livros de Antonio Lopes Baltazar (2003) e Francisco Afonso Jawsnicker (2004), específicos sobre o tema.



mas sim a efetiva pena a ele cominada – em concreto – pela sentença (cf. art. 110 do Código Penal).

Pensa-se, então, em qual seria a lógica de se despender recursos humanos e materiais dos já tão assoberbados órgãos judicial e ministerial com um processo estéril, fadado ao reconhecimento futuro de uma prescrição retroativa. Outrossim, a manutenção de um processo inútil vai de encontro ao postulado principiológico da instrumentalidade do processo, uma vez que aquele estaria tornando-se um fim em si mesmo, e não um mero instrumento de realização do direito material¹⁰.

Em verdade, a melhor doutrina¹¹ já assinalou que o que se conhece como prescrição antecipada não é, de fato, uma espécie de prescrição, mas sim o reconhecimento da ausência de uma das condições da ação para a instauração de uma ação penal que se sabe, desde o início, inservível. Tal condição da ação – que se considera ausente – tanto pode ser, a depender do ângulo de observação do fenômeno, a da justa causa, ou a do interesse de agir, parecendo-nos que o projeto do novo Código optou pela segunda visão, tendo em vista a redação do citado inciso II do art. 260 (“quando faltar interesse na ação penal, por superveniência provável de prescrição”). Não levantaremos aqui os argumentos contra e a favor da utilização da conhecida prescrição antecipada em todos os seus pormenores.

Nada obstante, posicionando-nos rapidamente sobre o tema, entendemos que a possibilidade de utilização do instituto é salutar, desde que com muita cautela e moderação. Um sábio ditado popular já diz que a diferença entre o remédio e o veneno é a dose. Desse modo, usado com parcimônia, para os casos efetivamente gritantes de futura ocorrência da prescrição retroativa, o arquivamento do inquérito pela ausência de interesse de agir é medida que se impõe.

É de se ter em conta que é direito do réu ter sua pena fixada no mínimo legal, desde que não haja nada a acrescentar ou majorar seguindo o critério trifásico de aplicação da reprimenda penal. Com isso, o que ocorre na expressa maioria dos casos (a prática bem demonstra isso) é

¹⁰ Confira, nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra (2009).

¹¹ Nesse sentido, Francisco Afonso Jawsnicker (2004, p. 82) e Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 96).



que ou o réu é condenado ao mínimo previsto ou a sua pena fica muito próxima disso.

Assim, os casos em que a ocorrência do instituto se mostra mais plausível são para aqueles delitos que preveem um grande intervalo entre suas penas mínimas e máximas, tais como nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967 (2 a 12 anos), o de moeda falsa (3 a 12 anos), o de peculato (2 a 12 anos), o de corrupção ativa e passiva (2 a 12 anos) etc., já que, entre a possibilidade de o réu sofrer uma condenação entre 2 e 4 anos e de uma maior que 8 anos, há uma distância grande. Observemos que, no primeiro caso, a prescrição se daria em 8 anos e no segundo, em 16, conforme prescrições do art. 109 do CP.

O operador do direito, todavia, não pode perder de vista a possibilidade de, durante a instrução processual, surgirem fatos novos que possam incrementar a reprimenda penal, desde uma circunstância judicial até uma *mutatio libelli*, passando por agravantes e causas de aumento de pena.

Vale deixar registrado, contudo, que até o momento os Tribunais Superiores de nosso país, nomeadamente STF e STJ, não reconhecem o fenômeno da prescrição antecipada, em especial pela ausência de sua previsão legal¹². A chegada do novel Código, com as alterações propostas, por certo forçaria a mudança da jurisprudência.

Nada obstante o posicionamento dos mencionados tribunais, muitos juízes e membros do Ministério Público de 1ª Instância já lançam mão do instituto, em geral jungidos que são pela necessidade de priorizar suas atuações para os casos que realmente tenham probabilidade de êxito.

Melhor mesmo seria, em nossa visão, uma profunda revisão do instituto da prescrição como um todo, atualmente incrustado no Código Penal. Em especial, para acabar com a chamada prescrição retroativa, deixando apenas a prescrição com base na pena em abstrato, já que esta é desde o princípio auferida com precisão, sem causar surpresa ou ter probabilidades em seu cálculo.

O fato é que, se a mudança ocorrer, não há dúvida da enorme utilização que será feita desses dispositivos, quer pelos promotores e procuradores do país, quer principalmente pelo Judiciário, notadamente

¹² Confira, por exemplo, as seguintes decisões do STF: HC n. 94.338 (em 31.3.2009), HC n. 94.729 (em 2.9.2008); e STJ: HC n. 200900061271 (5ª Turma, em 28.9.2009).



em tempos de preocupação com a celeridade processual e orientações e fiscalizações dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e da Justiça, que reclamam por metas e finalizações de feitos mais antigos.

2.5 O desaparecimento das ações penais privadas

Com uma série de alterações promovidas, simultaneamente, no direito processual penal e no direito penal (o art. 686 do projeto altera 22 artigos do Código Penal atual), o projeto de lei pretende acabar com o instituto das ações penais privadas, deixando apenas aquelas que são privadas subsidiárias da pública, até porque de índole constitucional (CF/1988, art. 5º, LIX).

Se o projeto for aprovado da forma como está, todos os crimes que outrora eram movidos por ações privadas passarão a ser de iniciativa pública, condicionada a representação do ofendido, o que refletirá em um incremento da atuação do órgão ministerial. Os artigos que demonstram essa alteração são os elencados a seguir:

Art. 44. A ação penal é pública, de iniciativa do Ministério Público, podendo a lei, porém, condicioná-la à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la, segundo dispuser a legislação civil, no prazo decadencial de seis meses, contados do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.

Parágrafo único. No caso de morte da vítima, o direito de representação passará ao cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, observado o prazo decadencial previsto no *caput* deste artigo.

[...]

Art. 45. Será pública, condicionada à representação, a ação penal nos crimes contra o patrimônio previstos no Título II da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, quando atingirem exclusivamente bens do particular e desde que praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

[...] [grifo nosso]

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código apresentou, na Exposição de Motivos, interessante justificativa para a mudança, vejamos:



Seria possível classificar os delitos, segundo o respectivo interesse na persecução, em públicos, semi-públicos e privados? O estágio atual de desenvolvimento do Direito Penal aponta em direção contrária a uma empreitada em semelhantes bases conceituais. Basta atentar para as reflexões e investigações mais recentes ao nível da política criminal, e já também no âmbito da própria dogmática, no que se refere às bases de interpretação, todas no sentido de um minimalismo interventivo, justificado apenas para a proteção penal dos direitos fundamentais, contra ações e condutas especialmente graves. Nesse contexto, não nos parece haver lugar para uma ação penal que esteja à disposição dos interesses e motivações do particular, ainda que seja a vítima. Eventual necessidade de aplicação de sanção penal somente se legitima no interesse público. [...] A justificativa do escândalo do processo, normalmente alardeada em latim, não parece suficiente para justificar a ação privada. Se o problema é a necessidade de proteção da intimidade da vítima em relação à publicidade do fato, basta condicionar o exercício da ação pública à autorização dela¹³.

Concordamos com os motivos apresentados pela Comissão. De fato, o direito penal lida com os interesses mais caros à sociedade, para exemplificar, dignidade da pessoa humana e liberdade. Em razão do potencial de se atingir interesses como esses é que a hodierna doutrina anota os postulados da *ultima ratio* e da intervenção mínima¹⁴, em uma evidente intenção de cada vez mais diminuir o campo penal.

Tendo isso em conta, mostra-se razoável a alteração da conjuntura atual, haja vista que a seara penal não deve ficar à mercê de interesses privados. A melhor saída é realmente transformar delitos nos quais a vítima pode entender que seria mais adequado evitar o *strepitus iudici* (dito “escândalo do processo”) em ações condicionadas à representação. Estar-se-á, assim, obedecendo aos dois valores, quer preservando a intimidade/privacidade do ofendido, quer deixando a atuação penal – atuação essa de cunho notadamente público, pois de interesse de toda a sociedade – para o órgão estatal competente para tanto, no caso, o Ministério Público.

Por fim, destaca-se que o art. 699 do projeto traz uma regra de transição, ao prescrever que as ações penais privadas já iniciadas antes da publicação do Código continuam regidas pela legislação anterior.

¹³ O inteiro teor da exposição de motivos e do anteprojeto pode ser consultado em: <www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf>.

¹⁴ Nesse sentido, confira Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 49-60).





2.6 A nova forma do interrogatório

Rendendo homenagens ao princípio *nemo tenetur se detegere*¹⁵ e ao sistema puramente acusatório, o projeto de lei também prevê modificações no instituto do interrogatório realizado pelo acusado, na fase policial ou em juízo. Vejamos as principais alterações, tendo como foco, direta ou indiretamente, o órgão ministerial:

Art. 63. O interrogatório constitui meio de defesa do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor.

§ 1º No caso de flagrante delito, se, por qualquer motivo, não se puder contar com a assistência de advogado ou defensor público no local, o auto de prisão em flagrante será lavrado e encaminhado ao juiz das garantias sem o interrogatório do conduzido, aguardando o delegado de polícia o momento mais adequado para realizá-lo, salvo se o interrogando manifestar livremente a vontade de ser ouvido naquela oportunidade.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, não se realizando o interrogatório, o delegado de polícia limitar-se-á a qualificar o investigado.

§ 3º A ressalva constante da parte final do § 1º deste artigo também se aplica ao interrogatório realizado no curso do inquérito.

[...]

Art. 65. Antes do interrogatório, o investigado ou acusado será informado:

I – do inteiro teor dos fatos que lhe são imputados ou, estando ainda na fase de investigação, dos elementos informativos então existentes;

II – de que poderá entrevistar-se, em local reservado e por tempo razoável, com o seu defensor;

[...]

Art. 70. No interrogatório realizado em juízo, caberá à autoridade judicial, depois de informar o acusado dos direitos previstos no art. 65, proceder à sua qualificação.

¹⁵ “Ninguém é obrigado a se descobrir” ou princípio da não autoincriminação.





Parágrafo único. Na primeira parte do interrogatório, o juiz indagará ainda sobre as condições e oportunidades de desenvolvimento pessoal do acusado e outras informações que permitam avaliar a sua conduta social.

Art. 71. As perguntas relacionadas aos fatos serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa.

[...]

Art. 72. Ao término das indagações formuladas pelas partes, o juiz poderá complementar o interrogatório sobre pontos não esclarecidos, observando, ainda, o disposto no § 3º do art. 66.

De início, o projeto ressalta com veemência o caráter de meio tão somente de defesa do interrogatório, terminando de fazer um giro de 180 graus na legislação brasileira sobre a matéria. De fato, até a Lei n. 10.792/2003, o interrogatório era visto apenas como meio de prova e, após, passou-se a dizer que teria, na verdade, caráter dúplice: meio de defesa e de prova, a um só tempo.

Na prática, a principal alteração que isso acarreta está disposta nos parágrafos seguintes à enunciação inaugural do *caput* do art. 63. E qual é essa alteração? Como se trata, agora, de um veículo que somente deverá (pelo menos em princípio) trazer material em prol da defesa, só será realizado – mesmo perante a autoridade policial – na presença do advogado do interrogado, e após entrevista reservada e “por tempo razoável” com seu defensor.

Registra-se que essa regra vale, até mesmo, para as prisões em flagrante, bem como para qualquer interrogatório realizado no decorrer de um inquérito policial.

Certamente, nota-se que tal regra gerará maiores atrasos na conclusão dos inquéritos, visto que a realização de oitiva de presos em flagrante passará a ser exceção, já que não se encontrará advogado para, às pressas, se prontificar para o ato. Aliás, os advogados mais espertos, especialmente os de clientes poderosos, preferirão mesmo não comparecer ao ato, prolongando tanto quanto possível a ida, ao mesmo tempo em que prorrogam a oitiva de seu cliente.

Da forma como está posto, o ato será realizado tão somente se e quando o investigado comparecer com o seu advogado. Talvez passe a ser comum a ocorrência, nas delegacias, de cena já frequente no meio judi-



cial, qual seja, advogados sendo convocados, de supetão, para assumir, ad hoc, a defesa de alguém que irá depor.

Aos olhos mais atentos, há de se constatar um grande interesse da classe advocatícia na manutenção desses dispositivos, o que gerará uma substancial dose extra de serviços – obviamente remunerados – a um sem número de advogados, pagos, agora, para atuarem também na fase pré-processual. Nada contra, não fosse essa fase voltada, precipuamente, a fornecer elementos para a acusação, mostrando-se, assim, uma grande contradição.

No que tange ao interrogatório em juízo, continua havendo a fase preambular, na qual o magistrado esclarece os direitos do acusado, qualifica-o e questiona-o sobre suas condições sociais, pretéritas e presentes. Em seguida, passa-se às perguntas relativas ao(s) fato(s) em si, ponto onde estão as maiores mudanças.

Deveras, trilhando as orientações advindas do modelo acusatório de processo penal, as partes perguntarão diretamente ao réu, primeiro a acusação e depois a defesa. O juiz vem, apenas, em um momento posterior, para, segundo o projeto, tão só “complementar o interrogatório sobre pontos não esclarecidos”, sem esquecer da impossibilidade de se colocar em substituição ao órgão de acusação (conforme exposto anteriormente).

Já imaginamos a quantidade de impugnações e pedidos de nulidade que os advogados levantarão sob o argumento de que, com essa ou aquela pergunta, o juiz estaria substituindo o órgão de acusação. Em última análise, possuirá a defesa uma espécie de poder presidencial da audiência, fiscalizando e indeferindo perguntas formuladas pelo juiz por, mesmo que supostamente, poderem prejudicar seu cliente. E não há de se esquecer o temor dos juízes nesse momento, que, se desejarem continuar com sua indagação taxada de prova acusatória, terá de arcar com os riscos de ver o processo judicial anulado pela instância superior.

2.7 As disposições sobre a competência federal

De forma até certo ponto surpreendente, o projeto de lei para um novo diploma processual penal traz algumas previsões sobre a competência penal em matéria federal. Tais disposições estão todas concentradas em um único artigo, o de número 94, albergado no capítulo



Disposições Gerais da matéria Competência (Título VI). Vejamos as modificações propostas:

Art. 94. Considera-se praticada em detrimento dos interesses da União ou de suas autarquias e empresas públicas, além das hipóteses expressamente previstas em lei, a infração penal lesiva a bens ou recursos que, por lei ou por contrato, estejam sob administração, gestão ou fiscalização destas entidades.

§ 1º Inclui-se na competência jurisdicional federal a infração penal que tenha por fundamento a disputa sobre direitos indígenas, ou quando praticada por índio.

§ 2º Considera-se praticada em detrimento dos serviços federais, a infração penal dirigida diretamente contra o regular exercício de atividade administrativa da União, autarquias e empresas públicas federais. [grifo nosso]

Em primeira análise, nota-se que todas as normas embutidas no art. 94 e em seus parágrafos são regras que ampliam a competência federal, o que nos leva a refletir sobre a constitucionalidade dessas disposições.

Como é cediço, a competência federal é – pelo menos até o momento – taxativamente prevista nos arts. 108 e 109 da Constituição Federal de 1988. Poderia a mera legislação ordinária ampliar esse rol? Parece-nos que não¹⁶, nada obstante reconhecermos a boa vontade do legislador em explicitar a competência federal com a criação do artigo acima citado.

Pode-se dizer que o *caput* do dispositivo cuida de mera regra explicativa, uma espécie de interpretação autêntica¹⁷ a disciplinar se determinada infração penal atinge, ou não, interesses da União ou de suas autarquias e empresas públicas.

Parece-nos que a explicitação de que também seria da competência federal as infrações penais “lesivas a bens ou recursos que, por lei ou por contrato, estejam sob administração, gestão ou fiscalização” de entidades federais cuida apenas de apontar o óbvio, talvez com a boa intenção de salvaguardar-se de interpretações contrárias. Com efeito, a leitura do inciso IV do art. 109 da CF/1988 deixa claro, a nosso sentir, que tais infrações já estão ali albergadas. Para ilustrar, destaques o texto constitucional:

¹⁶ No sentido de que se cuida de uma competência taxativamente prevista, sem possibilidades de ampliação via lei ordinária, confira Vladimir Souza Carvalho (2006, p. 20).

¹⁷ Que é aquela feita pelo próprio legislador.



Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Em igual sentido parece ser a previsão do § 2º, que meramente explicita que seriam da alçada federal as infrações penais praticadas em detrimento dos serviços federais, entendidos esses como os relativos ao “regular exercício de atividade administrativa da União, autarquias e empresas públicas federais”. Assim, mais uma mera regra explicativa já abrangida pela redação do inciso IV do art. 109 da CF/1988, e que, em última análise, seria de desnecessária citação.

Alteração mesmo é a que pode advir com a disciplina do § 1º do art. 94 (caso seja considerado constitucional). É que, para além da competência prevista no inciso XI do art. 109 da Carta Maior (“Aos juízes federais compete processar e julgar [...] a disputa sobre interesses indígenas”), a norma passa a incluir, também sob a alçada federal, todas as infrações penais praticadas por índios, independentemente do aspecto coletivo da infração, ou seja, independentemente de cuidar de infração motivada por direito indígena em sentido lato.

Sem maiores dúvidas, vê-se que a novel disposição vai de encontro à praxis jurisprudencial nacional, notadamente aquela sedimentada na Súmula n. 140 do E. Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”¹⁸.

Observa-se que a doutrina pátria também leciona no mesmo sentido da súmula acima citada¹⁹, ou seja, nos crimes em que não haja motivação calcada em interesse indígena coletivamente considerado, a competência é da Justiça Comum Estadual.

Haveria, sem dúvidas, um incremento na competência federal penal, o que nos soa como provável inconstitucionalidade, diante da redação restritiva do inciso XI do art. 109 da CF/1988.

¹⁸ Súmula de 18.5.1995 (*DJ* de 24 maio ‘1995), disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0140.htm> .

¹⁹ Nesse sentido, entre outros: Norberto Avena (2009, p. 625) e Vladimir Souza Carvalho (2006, p. 398-400).



2.8 A disponibilidade no procedimento sumário: a chegada do *plea bargain*

Mudança de grande magnitude é a que pretende flexibilizar o princípio da indisponibilidade da ação penal para os delitos que se enquadrarem no rito do procedimento sumário, ou seja, para crimes de pena máxima de até 8 (oito) anos.

Assim, como anteriormente feito com a criação da transação penal (para delitos de pena máxima de até 2 anos) e da suspensão condicional do processo (para delitos de pena mínima de até 1 ano), a novel previsão tenta evitar o processo, em especial todo o desenrolar da instrução processual. Entretanto, as semelhanças param por aí.

Ao contrário da transação penal e da suspensão condicional do processo, em que não há assunção da culpabilidade pelo delito por parte do beneficiário (tanto que ele permanece primário para os efeitos penais), o caso agora requer a assunção da culpa, com a confissão em relação aos fatos imputados na inicial, sendo a homologação do acordo considerado sentença condenatória, inclusive com aplicação imediata (sem processo) de pena privativa de liberdade de até 8 (oito) anos(!).

Em troca, o sentenciado (e não cabe agora falar apenas em beneficiado) ganharia alguns interessantes benefícios: pena privativa de liberdade aplicada no mínimo legal (o que deixa claro que jamais o sentenciado alcançaria 8 anos, e nem próximo disso), podendo ainda ser diminuída 1/3 abaixo desse mínimo; isenção das despesas e custas processuais.

Não há dúvidas, é a chegada do que se conhece como *plea bargain* ao Brasil, tão popular em países como, por exemplo, os Estados Unidos. Vejamos as suas disposições:

Art. 264. O procedimento será comum ou especial, aplicável ao Tribunal do Júri e nos tribunais.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumariíssimo.

I – ordinário, quando no processo se apurar crime cuja sanção máxima cominada for superior a 8 (oito) anos de pena privativa de liberdade;

II – sumário, quando no processo se apurar crime cuja sanção máxima não ultrapasse 8 (oito) anos de pena privativa de liberdade;



III – sumariíssimo, quando no processo se apurar as infrações penais de menor potencial ofensivo.

[...]

Art. 278. *Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 271, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.*

§ 1º *São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:*

I – *a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;*

II – *o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo;*

III – *a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.*

§ 1º *Aplicar-se-á, quando couber, a substituição de pena privativa da liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.*

§ 2º *Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser ainda diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.*

§ 3º *Não se aplica o disposto no § 2º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.*

§ 4º *Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.*

§ 5º *O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.*

§ 6º *Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.*



§ 7º *Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.*

§ 8º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 279. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

[grifo nosso; a presença de dois §§ 1ºs consta no texto original]

Ainda não batizado no Brasil, o *plea* (apelo, alegação, pleito) *bargain* (barganha, pechincha, ajuste, negócio) poderia ser livremente traduzido como o pedido (ou a proposta, ou o acordo) de uma barganha. Isso faz sentido, uma vez que o réu, com a assunção da culpa, troca o desenrolar do processo penal – que poderia resultar em uma grande ou, ao menos, média condenação em seu desfavor – pela singela pena mínima (ou de até 1/3 abaixo dela, conforme mencionado anteriormente), ganhando ainda a isenção de custas e despesas processuais.

É, de fato, uma barganha, uma pechincha. Resta ver se os advogados orientarão seus clientes a aceitar o acordo, haja vista o alto índice de processos fulminados pela prescrição (em especial a retroativa) em nosso país, no qual o preço a pagar é zero (extinção da punibilidade), sendo a barganha ainda melhor.

Como as palavras barganha e pechincha têm, no Brasil, significados um tanto quanto arditos ou informais²⁰, cremos que o instituto será chamado meramente de acordo, ou, apoderando-se da denominação já usada na Lei n. 8.884/1994 (arts. 34-B e 35-C), um “acordo de leniência”, embora tenha características bem diferentes daquele.

Realmente, no acordo previsto na Lei n. 8.884/1994, a proposta é feita pela União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Se houver o ajuste, a suspensão do prazo prescricional e o impedimento da denúncia pelos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei n. 8.137/1990 ocorrem automaticamente.

²⁰ O termo *barganha* pode ser definido como “transação fraudulenta, trapaça”, sendo desaconselhável seu uso coligado à legalidade exigida na seara criminal. Já o termo *pechincha* é definido como “lucro inesperado ou imerecido”, ou “qualquer coisa muito barata”, também não casando com a nobreza do instituto e das instituições que com ele tratarão. As definições foram retiradas do *Dicionário Eletrônico Aurélio*, v. 5.0.



Em razão dessas diferenças, propomos a denominação singela de acordo penal para o novel instituto, alinhando-o ao seu “irmão” (ou melhor seria dizer “primo”?), o instituto da transação penal.

Quanto à sua utilização, resta-nos destacar que vai de encontro aos atuais postulados da doutrina do Brasil, que sempre anotou que seria impossível a aplicação de pena – com a assunção expressa da culpa – sem processo. É mais uma virada de Copérnico, com a legislação brasileira tomando novos rumos.

Em virtude da larga possibilidade de utilização, o acordo tende a ser bem recepcionado pelo Judiciário e pelo Ministério Público, nesses tempos de sobrecargas de trabalho. Resta saber, como dito anteriormente, se a defesa também o achará válido, ou permanecerá apostando suas fichas nas brechas da legislação penal e/ou na burocracia própria do sistema.

2.9 Outras alterações de interesse

Outros pontos de mudança previstos no projeto em tramitação merecem destaque, em especial por se relacionarem com o dia a dia da atividade forense do Parquet. São eles:

a) juiz perde o poder de requisitar inquérito policial

Art. 20. O inquérito policial será iniciado:

I – de ofício;

II – mediante requisição do Ministério Público;

III – a requerimento, verbal ou escrito, da vítima ou de seu representante legal.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos I e III deste artigo, a abertura do inquérito será comunicada imediatamente ao Ministério Público.

§ 2º A vítima ou seu representante legal também poderão solicitar ao Ministério Público a requisição de abertura do inquérito policial.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento formulado nos termos do inciso III deste artigo, ou sobre ele não se manifestar o delegado de polícia em 30 (trinta) dias, a vítima ou seu representante legal poderão recorrer, no prazo de 5 (cinco) dias, à



autoridade policial hierarquicamente superior, ou representar ao Ministério Público, na forma do § 2º deste artigo. [grifo nosso]

b) previsão expressa da utilização de provas emprestadas

Art. 166. *Admite-se no processo penal a prova emprestada, mediante requerimento da parte e desde que tenha sido colhida em processo judicial ou administrativo com observância do contraditório e da ampla defesa.*

§ 1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou remessa de cópia autenticada.

§ 2º Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar. [grifo nosso]

c) prazo em dobro para a apresentação das alegações finais por memoriais

Art. 273. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

[...]

§ 5º *O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 10 (dez) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais.* Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença. Encerrada a instrução, as partes serão intimadas para apresentarem alegações finais no prazo sucessivo de 10 (dez) dias. [grifo nosso; a repetição do texto sobre a apresentação das alegações finais consta no original]

d) recursos deverão ser interpostos com as suas razões, a um só tempo

Art. 457. *O recurso será interposto por petição dirigida ao órgão recorrido, acompanhada de razões,* que compreenderão os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão. [grifo nosso]

e) prescrição penal passa a ser interrompida pela propositura da denúncia, e não mais pelo seu recebimento

Art. 686. *O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes modificações e acréscimos:*





“Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I – pela propositura da ação penal, desde que recebida a denúncia;

.....” (NR)²¹ [grifo nosso]

3 Conclusão

Embora apresente interessantes propostas de mudança, não vemos esse projeto de lei para um novo Código de Processo Penal, da forma como atualmente está posto, como um grande avanço para a sociedade.

Deveras, não acreditamos que o projeto tenha inovado suficientemente a ponto de justificar a feitura de um novo Código, em especial após a atualização do atual CPP promovida pelas recentes Leis n. 10.792/2003, 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008.

Não que as alterações não sejam bem-vindas. No âmbito de nosso trabalho, ou seja, no que tange ao Ministério Público, é de se comemorar, por exemplo, as seguintes novidades: o sistema de registro de atos no inquérito policial, por intermédio de meios audiovisuais; a possibilidade de arquivamento, por falta de interesse de agir, com base na prescrição antecipada; o desaparecimento das ações penais privadas; a chegada do *plea bargain* (acordo penal); entre outras. De outra parte, a proposta da criação de juízes diferentes para as fases investigatória e judicial é, no mínimo, interessante.

Nada obstante, no fundo, o sentimento é de que é pouco, o que gera frustração, porque sempre se tem grande expectativa de um novo Código. A bem da verdade, há até uma desconfiança de que, no conjunto da obra, as alterações, antes de celeridade e eficiência à legislação penal, somente tragam maiores entraves à persecução penal.

De fato, é de se duvidar da utilidade e eficiência, por exemplo, de alterações como as que limitam a atuação probatória do juiz ou da nova sistemática de dilação de prazo dos inquéritos policiais.

Esclarecemos ao leitor de que com isso não estamos a defender a persecução penal a qualquer custo. Não, longe disso. O respeito aos direitos e às garantias fundamentais do indivíduo e a preservação das liberdades

²¹ A alteração, embora esteja no corpo do projeto do novo CPP, é voltada expressamente ao Código Penal.



públicas são matérias inegociáveis, mas não podemos esquecer que há limite. O sistema penal atual, especialmente na sua fase investigativa, mostra-se cada vez mais incapaz de lidar com a criminalidade, que cresce veloz e maciçamente em praticamente todos os cantos do país.

A conclusão, hoje, é clara: a sociedade está desprotegida, e o indivíduo, parte intrínseca dela, termina por pagar diretamente o preço dessa falta de proteção, muito embora o pague sob a justificativa de lhe ser concedido maiores resguardos contra uma suposta tirania estatal. Ora, não se desconhece que isso já atemorizou essas bandas (v.g. período ditatorial), mas, e aqui comecemos, esse tempo passou, e há que se adequar a legislação às novas necessidades sociais.

O jogo processual penal está correndo sérios riscos de se tornar – ainda mais – desequilibrado, nesses tempos de ufanismos pela intocabilidade do sagrado réu. O Projeto de Lei do novo Código Penal corre o risco de cair nessa cilada, outrora chamada de garantismo monocular²², por apenas destacar os direitos do réu, olvidando-se dos direitos e das garantias da sociedade (um garantismo integral). Apressamo-nos, ainda há tempo de modificar o Projeto.

Referências

AJUFE. Associação dos Juízes Federais do Brasil. *Ajufe leva ao ministro da Justiça preocupação com a reforma do CPP*. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1804:audiencia&catid=40:noticias&Itemid=79>. Acesso em: abr. 2010.

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. *A reforma do processo penal*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=mostranoticia&mat_id=20403>. Acesso em: abr. 2010.

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

BALTAZAR, Antonio Lopes. *Prescrição penal*: prescrição da pretensão punitiva, retroativa, intercorrente, antecipada, da pretensão executória, da pena de multa, das penas restritivas de direito e direito comparado. Bauru: Edipro, 2003.

²² A nomenclatura é referida por Douglas Fischer (2009).



BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009.

BRASIL. Senado Federal. *Diário Oficial do Senado Federal*. Brasília, DF, 23 abr. 2009, p. 12239. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: mar./abr. 2010.

CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTANHO, Valéria. *Agência Senado: reforma do Código de Processo Penal é aprovada na CCJ*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?-codNoticia=100167>>. Acesso em: mar. 2010.

ENCCLA. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. *Nota Técnica do Grupo Jurídico da ENCCLA sobre o PLS 156/2009*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7AE041E8ITEMID3239224CC51F4A299E5174AC98153FD1PTBRIE.htm>>. Acesso em: abr. 2010

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não garantismo hiperbólico monocular). *Combate ao Crime – Revista do Núcleo Criminal da Procuradoria Regional da República da 1ª Região*, Brasília, [s.n.], ano 2, n. 4, p. 16-17, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. São Paulo: Juruá, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. Não estamos aqui para promover a erradicação do direito penal. *Combate ao Crime – Revista do Núcleo Criminal da Procuradoria Regional da República da 1ª Região*, Brasília, [s.n.], ano 2, n. 4, p. 05-13, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. Salvador: Editora Jus Pudivm, 2009.

WIKIPEDIA. *Estado Novo (Brasil)*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_\(Brasil\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_(Brasil))>. Atualização: em 2 abr. 2010.



