

Justiça@

Revista Eletrônica
da Seção Judiciária
do Distrito Federal

Sumário | Expediente | Editorial | Entrevista | Artigos | Atos Jurisdicionais

Vitrine Histórica | Cultura | Agenda | Notícias

Nº 45 • Ano XII • Dezembro/2020

ARTIGOS

- Colaboração premiada e os limites da atuação jurisdicional
- Execução penal provisória após condenação em segundo grau de jurisdição
- A importância da perícia aeronáutica nas demandas jurídicas de ocorrências aéreas
- [+] Entre outros

NOTÍCIAS EM DESTAQUE

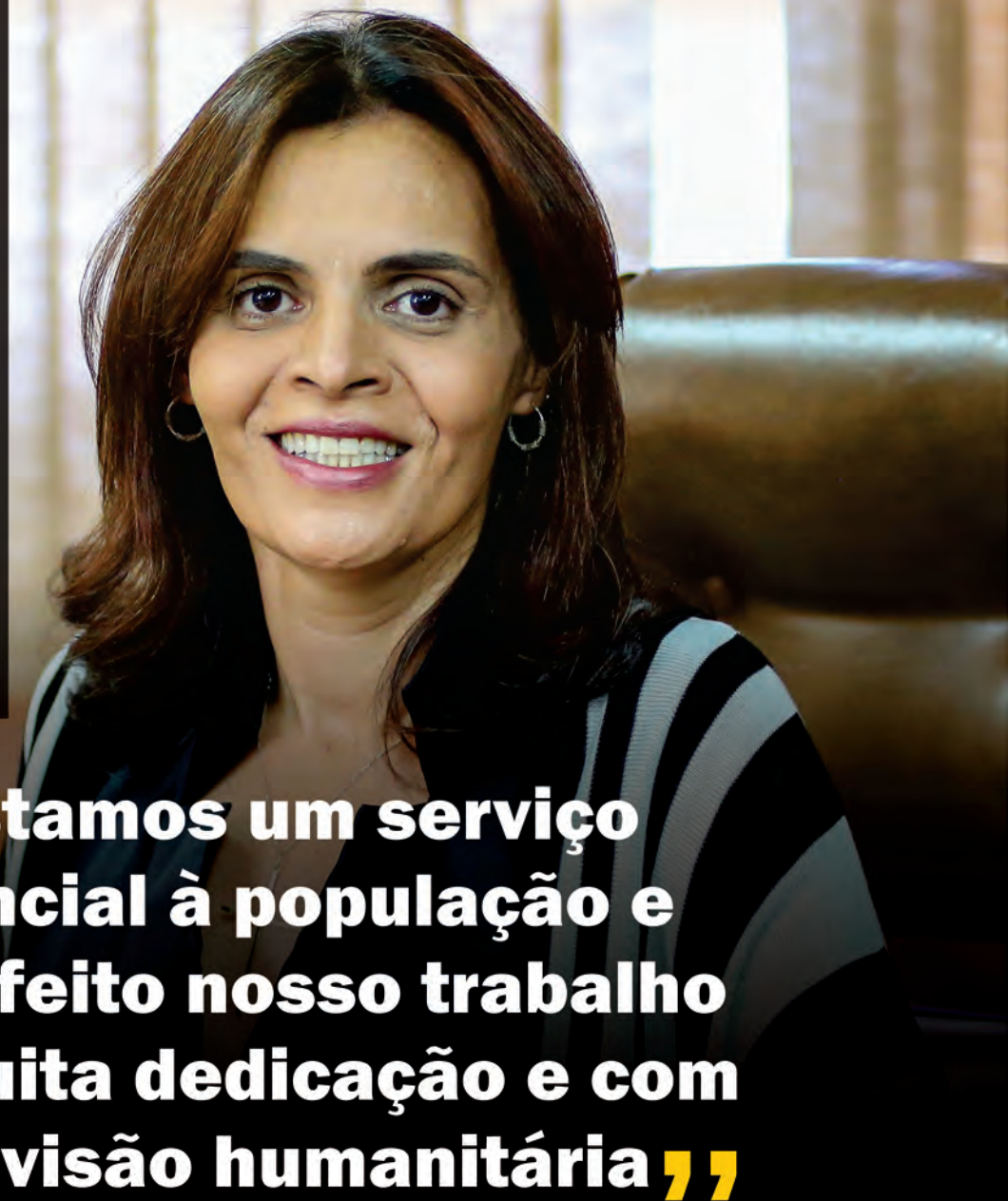
- Semana da Conciliação na SJDF comunica mais de 21 mil partes sobre a possibilidade de acordo em processos de execução fiscal
- Seccional do DF conclui digitalização e migração do acervo físico de processos para o PJe

ATOS JURISDICIONAIS

- 2ª Turma Recursal do JEF/DF condena Correios por uso não autorizado de imagem de membro da comunidade Kayapó
- Jornada reduzida por determinação médica não impede fruição do recesso de final de ano a auditores e técnicos federais de finanças e controle
- [+] Entre outros

ENTREVISTA | Juíza federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho

Coordenadora do Centro Judiciário de Conciliação da Seção
Judiciária do DF (Cejud/DF)



“ Prestamos um serviço essencial à população e temos feito nosso trabalho com muita dedicação e com uma visão humanitária ”

EXPEDIENTE

CONSELHO EDITORIAL

Juiz federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz (presidente)
Juiz federal Rafael Paulo Soares Pinto
Juiz federal Marcus Vinicius Reis Bastos

ASSESSORAMENTO TÉCNICO

Jornalista responsável, editor e redator: Gilbson Alencar [DF 3658/ JP – Fenaj]
Redatora: Aline Albernaz
Projeto gráfico e diagramação: Misael Leal
Revisão: Aparecido Moura de Moraes
Fotos: Misael Leal e web

DIREÇÃO DO FORO

Juiz federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz
Diretor do Foro

Juiz federal Rafael Paulo Soares Pinto
Vice-Diretor do Foro

Erico de Souza Santos
Diretor da Secretaria Administrativa

Justiça@ Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal. - ano 12, n. 45 (Dezembro - 2020). - Brasília: SJDF, 2020.

Periodicidade bimestral.
ISSN 1984-6878

Disponível em:
<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao-social/imprensa/publicacoes/revista-justica.htm>

1. Direito - periódico. I. Brasil. Seção Judiciária do Distrito Federal.

CDD 340.05

SUMÁRIO

EDITORIAL	4
ENTREVISTA	5
ARTIGOS	12
Colaboração premiada e os limites da atuação jurisdicional	12
Execução penal provisória após condenação em segundo grau de jurisdição	23
A execução provisória de sentença penal condenatória e o princípio da presunção de inocência	45
A admissibilidade das provas obtidas em aparelho celular durante prisão em flagrante	52
Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas: a inaplicabilidade imediata do direito ao silêncio no âmbito do processo administrativo sancionador	72
A importância da perícia aeronáutica nas demandas jurídicas oriundas de ocorrências aéreas	89
Auxílio-reclusão: um avanço na proteção social no Brasil pós-redemocratização	95
Acesso ao relatório de inteligência financeira e a reserva de jurisdição: uma análise dos requisitos procedimentais estabelecidos no julgamento do RE n. 1.055.941	104
Auxílio-reclusão: uma visão constitucional de proteção a família do segurado	122
ATOS JURISDICIONAIS	139
Justiça Federal nega pedido da Hiper Export Terminais	139
2ª Turma Recursal do JEF/DF condena Correios por uso não autorizado de imagem de membro da comunidade Kayapó	140
9ª Vara Federal determina que Fundação Cultural Palmares retire da internet artigo que desconstruía a figura de Zumbi	141
Estaleiro sediado na Zona Franca de Manaus consegue nulidade de multas punitivas	142
Jornada reduzida por determinação médica não impede fruição do recesso de final de ano a auditores e técnicos federais de finanças e controle	143
Uma das decisões de destaque em 2020 foi a que afastou servidora do Ibama por envolvimento no caso de cativo ilegal de cobras	144
VITRINE HISTÓRICA	145
Em 2010, a Seção Judiciária comemorava 43 anos com o tema "Justiça Federal/DF na Era Digital"	145
CULTURA	146
Poesia - O Casarão	146
Conto Infantil - Colinho de Pai	147
Conto - A morte é uma viagem	148
Fotografia - Vaqueiro	149
AGENDA	150
Série Monografias em 2021: Centro de Estudos Judiciários do CJF abre chamada para seleção de trabalhos	150
Fundação Getúlio Vargas oferece cursos no formato <i>live</i>	150
Assédio moral e sexual no trabalho é tema de curso do ILB	150
NOTÍCIAS	151
Semana da Conciliação na SJDF comunica mais de 21 mil partes sobre a possibilidade de acordo em processos de execução fiscal	151
SJDF conclui digitalização e migração do acervo físico de processos para o PJe	153
Em decorrência da expansão do sistema PJe, estrutura organizacional das 16 varas cíveis da SJDF é alterada	155

EDITORIAL



Prezado leitor,

O ano de 2020, sem sombra de dúvidas, tem sido um dos mais desafiadores dos últimos tempos, em virtude da pandemia da Covid-19. Doença, isolamento social, sobrecarga dos sistemas de saúde, impacto nas atividades econômicas e, como consequência desse contexto, necessidade de nos reinventarmos como pessoas e instituições. Claro que essa realidade tem acarretado muito sofrimento. Mas não se pode esquecer de alguns avanços relevantes na seara comportamental, incluindo a implementação mais comum do teletrabalho, das reuniões remotas e também a redução no consumo de recursos naturais, com manutenção de níveis bastante expressivos de produtividade nas atividades judiciárias. E, como legado mais positivo desse momento difícil, estamos reaprendendo a valorizar a vida, a cultivar os

relacionamentos, a praticar a solidariedade e a reconhecer a importância do trabalho que temos a honra de executar. Enfim, apesar de tudo, espera-se que possamos prosseguir com reflexões cada vez mais profundas, valorizando aquilo que, de fato, é mais importante em nossa vida.

Nesta edição, a Revista Justiça@ traz uma entrevista com a juíza federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, coordenadora do Centro Judiciário de Conciliação da Seção Judiciária do Distrito Federal (Cejud/DF), na qual a magistrada fala dos desafios enfrentados pela área da conciliação nesse período de pandemia.

Destaco ainda a notícia "*Semana da Conciliação na SJDF comunica mais de 21 mil partes sobre a possibilidade de acordo em processos de execução fiscal*". Nesse projeto, as varas de execução da Seccional do DF disponibilizaram à Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) a lista de seu acervo de execuções fiscais com indicação dos dados do executado. Em seguida, a PFN apontou quais processos tratam de débitos passíveis de acordo. Na etapa seguinte, o Cejud/DF e o Nucju/DF encaminharam correspondência aos interessados, conclamando-os a dialogar com a Fazenda Nacional, com o objetivo de resolverem suas pendências tributárias.

Outra notícia diz respeito à conclusão da digitalização e migração do acervo físico de processos para o PJe. Esse projeto, iniciado em 2019, mostrou-se muito importante para modernizar a atuação da Seção Judiciária do DF. Esse conteúdo dialoga com o registro feito na "Vitrine Histórica" desta edição n. 45 da revista, pois, em 2010, o evento que comemorou os 43 anos da SJDF teve como tema "Justiça Federal/DF na Era Digital". A escolha dessa temática, há uma década, pretendeu destacar o pioneirismo da Seccional do DF e o seu vanguardismo. Em janeiro daquele ano, a SJDF foi a primeira seção judiciária da 1ª Região a implantar o processo virtual.

Além desses conteúdos, confira *releases* e a íntegra de decisões proferidas por juízas e juízes da Justiça Federal em Brasília, bem como artigos jurídicos de operadores do direito que colaboraram com esta edição de dezembro.

Na seção "Cultura", contos, poesias e fotografia. Na "Agenda", dicas de cursos e eventos para 2021.

Boa leitura.

Juiz federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz
Diretor do foro da SJDF
Diretor da Revista Justiça@

ENTREVISTA

Juíza federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho

Coordenadora do Centro Judiciário de Conciliação
da Seção Judiciária do DF - Cejud/DF

“Prestamos um serviço essencial à população e temos feito nosso trabalho com muita dedicação e com uma visão humanitária ”



A entrevistada desta edição da Revista Justiça@ é a juíza federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, coordenadora do Centro Judiciário de Conciliação da Seção Judiciária do DF (Cejud/DF). A magistrada fala sobre os desafios enfrentados durante a pandemia e como o Cejud precisou recriar rotinas para a manutenção das atividades. “O maior desafio foi sair de um sistema 100% presencial para uma realidade totalmente virtual”, disse a coordenadora, acrescentando: “Fomos conduzidos a um recomeço no meio do caos, sem muito tempo para mudar todo nosso funcionamento, pois não pode haver solução de continuidade em uma atividade essencial como a jurisdicional”. De acordo com Rosimayre, o Cejud trabalhou intensamente nessa remodelagem com vistas a firmar a filosofia da conciliação como instrumento eficaz, mesmo diante da impossibilidade das audiências presenciais. A magistrada afirma que a “conciliação e a mediação são os melhores caminhos para a realização da justiça em qualquer tempo, de forma que elas têm especial função em uma situação de elevada comoção social, como a pandemia”. Confira, a seguir, este e outros assuntos abordados nessa conversa. Com a palavra, a juíza federal Rosimayre Gonçalves:



Dra. Rosimayre, qual foi o seu maior desafio à frente do Cejud/DF nesse período de pandemia da Covid-19?

A pandemia foi e está sendo um grande desafio em todos os sentidos e campos. No Cejud, como de resto em todo o sistema judiciário, o maior desafio foi sair de um sistema 100% presencial para uma realidade totalmente virtual. Assim, passado o primeiro momento de perplexidade, tão logo adotado o regime de trabalho extraordinário, a equipe começou a pensar em como recriar rotinas para a manutenção das atividades do Cejud, até aquele momento com números expressivos de conciliação e solução rápida e adequada das demandas. O Cejud atua em diversas áreas, entre as quais, a mais urgente é a previdenciária. Trabalhamos com processos de aposentadoria, auxílio-doença e assistenciais, que indicam a imprescindibilidade de uma prestação jurisdicional urgente. Nesse contexto, buscando preservar os princípios

regentes da conciliação, como o atendimento humanizado e a plena participação das partes, passamos a estudar formas de mudança das rotinas de trabalho ao ambiente virtual cientes das limitações do jurisdicionado hipossuficiente, especialmente a da exclusão digital. Outro desafio era a necessidade de treinamento dos servidores, terceirizados e conciliadores voluntários.

Nesse quadro, ainda tivemos a expectativa de uma grande demanda referente ao auxílio emergencial. Assim, não paramos. Realizamos muitas reuniões virtuais para restabelecer as conexões com os órgãos públicos e advogados. Portanto, trabalhamos intensamente durante todo o período nessa remodelagem com vistas a firmar a filosofia da conciliação como instrumento eficaz mesmo diante da impossibilidade das audiências presenciais, até então nosso único meio de atuação.

Ao retroagir àquele momento, percebo que fomos obrigados a lidar com a circunstância de uma doença altamente contagiosa que deixou toda a equipe emocionalmente abalada, gerou a suspensão do atendimento presencial e de toda nossa rotina de trabalho, construída por meio de fluxogramas trabalhados arduamente com todos os órgãos envolvidos na conciliação. Fomos conduzidos a um recomeço no meio do caos, sem muito tempo para mudar todo nosso funcionamento, pois não pode haver solução de continuidade em uma atividade essencial como a jurisdicional.

Desde o início do plantão extraordinário, em março deste ano, quantos mutirões foram realizados pelo Centro Judiciário de Conciliação da SJDF? Todas as audiências ocorreram na modalidade a distância? Quais os números dos mutirões: audiências realizadas, acordos feitos e valores totais?

Inicialmente, como afirmado acima, concentramo-nos nas causas previdenciárias. De forma que, por meio de reuniões virtuais, conseguimos a adesão das dedicadas procuradoras e dos zelosos prepostos do INSS para



A própria instabilidade causada pela pandemia mudou o comportamento do jurisdicionado e deixou o ambiente pouco propício à conciliação, o que tem exigido do conciliador o uso de diversos recursos e técnicas para condução dessas audiências



analisar os processos e viabilizar os acordos, independentemente de audiências. Após esse diálogo com os representantes da autarquia previdenciária, foi apresentado grande volume de propostas de acordo, os quais contaram com aceitação da parte autora e, em seguida, foram homologados e tiveram o benefício implantado, sem atrasos.

Em outra frente, realizamos dois mutirões em ações de danos morais e materiais da Caixa. Contudo, logo percebemos que pautas concentradas de audiências virtuais não são viáveis, pois as partes e os advogados demonstram dificuldade em acessar o sistema em razão de instabilidade na conexão e algumas vezes por desconhecimento da ferramenta. Essa dificuldade refletia no tempo de duração de cada audiência, gerando atrasos e, conseqüentemente, alterando o ânimo das pessoas e reduzindo o número de acordos. Além disso, a própria instabilidade causada pela pandemia mudou o comportamento do jurisdicionado e deixou o ambiente pouco propício à conciliação, o que tem exigido do conciliador o uso de diversos recursos e técnicas para condução dessas audiências, como *rapport*, a escuta ativa, o afago e o reforço positivo, de forma a garantir a participação efetiva das partes e dos advogados na construção da solução para o conflito. Concluímos então, que o ideal era reduzir o número de audiências.

Por essa razão, adaptamos o tempo das audiências diárias em processos previdenciários,

habitacionais, políticas públicas e contratos diversos, reduzindo o número de audiência por dia. Com isso, tivemos que separar as causas que deveriam ser tratadas em audiência com urgência daquelas que poderiam esperar um pouco mais. Assim, suspendemos as audiências em ações que tratam de recuperação de créditos, como as monitórias e as cobranças de anuidades de conselhos profissionais, até porque não mostram um número significativo de acordo. Entretanto, buscamos disponibilizar formas alternativas para que os requeridos pudessem negociar a forma de pagamento com o credor, dando orientação para fazer uso das vias digitais, como o *e-mail*.

Mesmo com essa remodelação e com o aumento do tempo de duração de cada audiência, conseguimos realizar, durante a pandemia, 2.285 audiências virtuais, com índice médio de 72% em acordos. Além disso, foram homologados por sentença 1.543 acordos diretamente no processo. Foram movimentados R\$15.379.459,31 até outubro de 2020.

Em relação aos cursos de Atualização de Audiências Virtuais para Conciliadores, os treinamentos alcançaram seu objetivo de capacitar os conciliadores voluntários? Qual o feedback dos participantes a respeito dessa nova realidade de audiências a distância?

Sem dúvida, os cursos atingiram o objetivo, pois não seria possível refazer nossas rotinas sem a plena participação dos nossos valerosos conciliadores voluntários, os quais, mesmo no clima de medo instalado pela Covid-19, não mediram esforços para se adaptarem ao sistema virtual de audiências. Assim, os cursos de atualização e treinamento do uso da



Não seria possível refazer nossas rotinas sem a plena participação dos nossos valerosos conciliadores voluntários



plataforma *Teams* foram imprescindíveis para a preparação e atualização dos nossos 48 conciliadores voluntários que atuam no Cejud. Nos dois cursos, foi ensinado o uso dos aplicativos de videoconferência, e realçados os possíveis problemas que poderiam surgir durante as audiências virtuais e quais as soluções.

Ressalto que a formação contínua no Cejud/SJDF é essencial para que os conciliadores exerçam com qualidade o trabalho nas audiências, de forma que, além da participação nos cursos de atualização, são realizadas reuniões quinzenais para unificação de procedimentos e troca de experiências.

Posso atestar que, após esses meses de implantação das audiências virtuais, os conciliadores estão adaptados, tendo, inclusive, disponibilizado o próprio equipamento para realizar as atividades. Os conciliadores demonstram grande entusiasmo diante dessa nova modalidade e defendem a manutenção das audiências virtuais após o retorno ao trabalho presencial com o fim ou controle da pandemia.

De fato, as audiências virtuais vieram para somar e, certamente, serão de nosso uso mesmo após o retorno à normalidade de nossos trabalhos.

Quanto ao jurisdicionado, temos depoimentos emocionantes! Havia pessoas com dificuldade de locomoção (como uma senhora que necessitava transportar um cilindro enorme de oxigênio – depoimento no *Instagram* do Cejud), outros com longo tempo de espera pela aposentadoria e sofridos demasiadamente com a privação alimentar diante da recusa injustificada por parte do INSS. Essas pessoas, em meio a uma pandemia e à paralisação geral dos serviços, receberam a Justiça Federal em sua casa, por meio de uma plataforma digital, o que lhes devolveu o sorriso e a tranquilidade. Aliás, insistimos em realizar audiências exatamente para dar voz a essa população que, com direito a benefício previdenciário ou assistencial, sofre

imensamente para ver reconhecido seu direito. Assim, compartilhar da decisão dá dignidade e devolve a confiança na Justiça. Tem sido muito gratificante e estimulante o resultado dessas audiências virtuais quando a parte vê reconhecido seu direito, que lhe garantirá o mínimo para subsistência.

Quais as ferramentas tecnológicas usadas pelo Cejud/DF para garantir a continuidade das audiências de conciliação?

Usamos o *Microsoft Teams* como ferramenta principal, uma vez que foi adotada pelo TRF-1ª Região. Em casos excepcionais, utilizamos também o *WhatsApp*. Também foram testados outros aplicativos de videoconferência como o *Cisco Webex* e o *Zoom*. Enfim, utilizamos qualquer forma disponível para acessar o jurisdicionado.

De que modo o sistema de "Agendamento automático das audiências virtuais" ajudou no trabalho do Cejud/DF?

Como é sabido, o Cejud sofre com a sua reduzida força de trabalho, diante da magnitude de sua missão. Aliás, na Seção Judiciária do DF, é um problema que atinge todas as varas e turmas recursais, pois estamos com um quadro muito inferior ao necessário. Diante desse cenário, o Cejud/DF tem buscado formas de maximizar sua atuação com uso dos recursos tecnológicos. O trabalho empreendido pelo Cejud inclui, além do serviço ordinário de uma secretaria de vara, a orientação das partes quanto à participação nas audiências, o treinamento de conciliadores, a construção do desenho da resolução do conflito, participação nas tratativas com entidades públicas, formatação de projetos, entre outras. Diante dessa gama de funções, o projeto de Agendamento Automático de Audiências Virtuais, proposta da desembargadora federal Gilda Sigmaringa Seixas, que contou com a pronta adesão do diretor do foro, Dr. Marcelo Albernaz, e da Coger, veio para reduzir algumas delas. A inclusão de processos em pauta e as intimações das



partes são procedimentos repetitivos que sobrecarregam os poucos servidores do Centro. Assim, com o agendamento automático esperamos que os servidores sejam liberados dessas atividades para se dedicarem a outras, ampliando nossa força de trabalho. Ainda estamos em fase inicial de implantação, mas já percebemos suas vantagens para nosso serviço, além do conforto que certamente vai gerar para as partes que terão conhecimento, no momento do ajuizamento, da data de sua audiência.

Fale um pouco sobre o acordo de cooperação com o INSS em processos de segurados especiais e benefícios assistenciais. Quais os resultados?

Após o sucesso do Acordo de Cooperação nos processos de benefícios por incapacidade, o Cejuc/DF, as varas dos juizados especiais e o INSS adotaram nova sistemática para os processos de benefícios assistenciais e

de segurados especiais, como já ocorria na Seção Judiciária da Bahia. O INSS, por sua equipe especial regionalizada, denominada Coordenação do Núcleo Previdenciário da PRF, passou a fazer análise detalhada dos processos e a adotar uma postura conciliatória bem consistente, o que tem gerado o aumento significativo no número de propostas de acordo.

Esse é um dos eloquentes exemplos de que o constante diálogo com as entidades públicas que atuam perante a Justiça Federal do DF gera o aumento significativo na solução dos conflitos de forma adequada e em tempo razoável.

Em termos numéricos, o Cejuc/SJDF encaminhou para essa equipe especializada 1.872 processos, sendo que foram propostos acordos em 58% dos casos. Houve a concordância da parte autora em 78% dos processos com propostas de acordo.

Como foi para a senhora receber o Prêmio Selo CNJ de Desburocratização pelo projeto "Descomplica INSS – Inversão de Fluxo de Processos e Automação de Cálculos de Acordos Previdenciários"?

O descomplica INSS é uma ferramenta desenvolvida por servidores do Cejuc em conjunto com representantes do INSS, que serve para facilitar o cálculo das parcelas vencidas devidas ao autor. Tão logo assumi o Cejuc/SJDF, percebi que o tempo do processo estava fortemente influenciado pela demora nos cálculos durante as audiências ou após, bem assim que propostas ilíquidas transferiam o problema da liquidação para as varas e resultava em demora significativa para expedição da RPV. A parte, entusiasmada com o acordo, não via realizar seu direito no tempo esperado e, diante de propostas ilíquidas, não podiam tomar decisão devidamente informada, um dos princípios sustentadores da Conciliação. Assim, percebi que nesse ponto os conflitos não estavam sendo adequadamente solucionados.

“
Receber o prêmio (Selo CNJ de Desburocratização) foi o reconhecimento público de um trabalho cooperativo e comprometido das equipes do Cejud/SJDF e do Núcleo de Audiências da Coordenadoria do Nuprev/PRF, o que nos deu grande alegria
”

Os servidores do Cejud/SJDF dedicaram tempo para, sob a orientação das procuradoras do INSS, entenderem o sistema de cálculo e, então, criaram uma forma de calcular a partir de planilha *Excel*. Os impactos diretos do desenvolvimento de tal ferramenta foram a redução do tempo de duração da audiência e do tempo de tramitação do processo em no mínimo um ano, uma vez que eliminada a fase de execução. O maior benefício foi garantir ao jurisdicionado clareza para optar ou não pelo acordo proposto, bem assim usufruir do resultado final de seu processo em tempo hábil.

Dessa forma, receber o prêmio foi o reconhecimento público de um trabalho cooperativo e comprometido das equipes do Cejud/SJDF e do Núcleo de Audiências da Coordenadoria do Nuprev/PRF, o que nos deu grande alegria e motivou a equipe que se viu envolvida no projeto a pensar outras formas de qualificar nosso trabalho.

Como a senhora avalia a efetividade da conciliação no sistema de justiça em tempos pandemia?

Avalio como primordial. Aliás, posso responder com uma frase de Howard Zehr: *A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós*. A conciliação e a mediação são os melhores caminhos para a realização da justiça em qualquer tempo, de forma que elas têm especial função em uma situação de elevada comoção social, como a pandemia.

Com efeito, são formas de resolver adequadamente demandas de qualquer natureza e em qualquer tempo, num sistema que busca oferecer sistema multiportas e, assim, levar o cidadão a participar efetivamente da

tomada de decisão. Sem dúvida, são ferramentas efetivas na realização da justiça, de modo que o Judiciário tem investido fortemente na consolidação dessas técnicas diante de um cenário de sucateamento e litigiosidade em grande escala. Há a compreensão generalizada de que não é possível insistir na exclusividade da forma adversarial, que se esgotou no volume de processos paralisados nas escriturarias (nos sistemas) e, há muito, deixou de cumprir o dever de entregar à população Justiça célere e efetiva. Precisamos, como integrantes do Poder Judiciário, ficar atentos ao fato de que nossa credibilidade e legitimação como poder depende de nossa atuação eficaz.

No caso da Justiça Federal, posso afirmar que os frequentes diálogos e tratativas com as entidades públicas têm sido primordiais para dar efetividade a essa importante forma de jurisdição. Sem dúvida, as entidades públicas tem caminhado com passos firmes no sentido de aderir a essa política judiciária. Isso tem ocorrido, aqui na SJDF, por meio da construção conjunta dos fluxos de tramitação processual, acordos por adesão, pautas concentradas, e, também, por meio da construção conjunta de solução para tratar litígios de massa. Portanto, a mediação e a conciliação apresentam-se como novos paradigmas para a efetivação da justiça, inclusive para a concretização de políticas públicas voltadas a garantir a cidadania plena.

A meu ver, uma política judiciária voltada a dar o adequado tratamento ao conflito tem como linha norteadora o diálogo e a boa comunicação, de modo a incentivar a criatividade e a autocrítica, que, aliás, são as vertentes desafiadoras do ser humano do século XXI.

Sabemos que o ser humano vive em busca da felicidade e, como dizia Platão, "Onde houver justiça, aí está a felicidade." Portanto, somos responsáveis pela felicidade de milhões de brasileiros que devemos chamar à tomada de decisão sobre a vida deles.

Quais os principais parceiros do Cejud/DF durante este ano atípico de 2020?

O Sistcon/TRF1, a Diref, os juízes dos JEFs, DPU, MPF, Incra, INSS, Caixa, PRF-1ª Região, AGU, Governo do Distrito Federal, Sedes/GDF, CODHAB/GDF, Ibama, ICMBIO são parceiros que, com a atuação conjunta, têm permitido ao Cejud a resolução humanizada e eficaz de demandas tratadas nos processos sob nossa atuação e aqueles que são decorrentes deles.

A DPU, em especial, tem sido parceira na busca de atendimento do jurisdicionado carente de informações e de acesso, estando sempre à disposição para atuar, inclusive na forma pré-processual.

Gostaria de destacar outros projetos do Centro Judiciário de Conciliação da SJDF realizados neste ano?

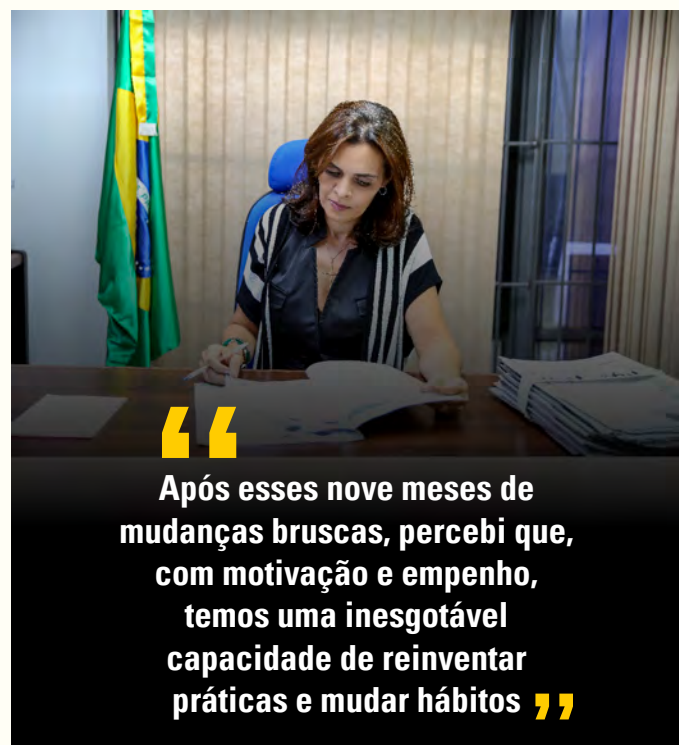
Em 2020, a pandemia permitiu ao Cejud olhar para as comunidades que vivem à margem de nossa capital. Há cinturões de pobreza e de muito sofrimento, onde a Justiça não é buscada, por falta de informação e de recursos.

Durante esse período de pandemia, tomamos conhecimento de situações dramáticas que exigem a presença do Poder Judiciário, o que tem nos motivado para, a partir de convênios e mutirões, levar o Cejud/DF a sair do seu espaço físico para atender a esse público no seu local de moradia. Nesse intento, lançamos dois projetos em parceria com a 26ª Vara do DF, o Confia/DF e o da Vila Boa. Essas ações ainda estão na fase inicial de tratativas.

Da mesma forma, com o objetivo de aproximar o Judiciário da população excluída das políticas públicas por falta de acesso ao sistema, realizamos convênio com a Subseção Judiciária de Formosa e Seção Judiciária de Goiânia para atender os Quilombolas Kalungas em diversas demandas, tendo em vista nossa proximidade física com a sede das comunidades.

O que fica de aprendizado de um momento como esse de adaptação forçada nas rotinas de trabalho?

Muito interessante essa pergunta, pois foi mesmo uma adaptação forçada e muito desgastante. Bom, após esses nove meses de mudanças bruscas, percebi que, com motivação e empenho, temos uma inesgotável capacidade de reinventar práticas e mudar hábitos, além de nossa resiliência. Prestamos um serviço essencial à população e, nada obstante a crítica injusta da imprensa, temos feito nosso trabalho com muita dedicação e com uma visão humanitária. Enfim, ficou muito claro que somos capazes de grandes feitos, especialmente o quanto estamos motivados pela alteridade, empatia e solidariedade, e seguindo o caminho gratificante pavimentado pela conciliação.



“
Após esses nove meses de mudanças bruscas, percebi que, com motivação e empenho, temos uma inesgotável capacidade de reinventar práticas e mudar hábitos”

Roteiro de perguntas elaborado pelo jornalista Gilbson Alencar, supervisor da Secom/SJDF e editor da Revista Justiça@

ARTIGOS



Colaboração premiada e os limites da atuação jurisdicional

Paula Cesetti Cordeiro

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a análise da atuação do magistrado em sede de colaboração premiada, abordando-se, para tanto, os dois momentos em que ele participa da tratativa, a saber, no ato de homologação do acordo e na prolação da sentença penal. Além disso, serão estudados os limites impostos à referida atuação, de modo a colocá-la em consonância com as características de um sistema penal acusatório. Ademais, este artigo também abordará o tema à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: Colaboração Premiada. Papel do juiz. Limites à atuação jurisdicional.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Justiça penal consensual. 3 Colaboração premiada. 3.1 Dos requisitos da colaboração premiada. 3.2 Dos benefícios da colaboração premiada. 4. Limites da atuação jurisdicional em sede de colaboração premiada 5. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. 6 Conclusão. 7 Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo o estudo do instituto da colaboração premiada, em especial do papel exercido pelo magistrado na tratativa e os limites impostos à sua atuação. Para que se possa realizar uma compreensão adequada do tema, será, inicialmente, abordada a ideia de justiça penal consensual, a qual foi introduzida no ordenamento com vistas a propiciar mais celeridade processual, além de visar uma solução mais efetiva dos conflitos levados à apreciação do Judiciário.

Em seguida, será analisada a colaboração premiada propriamente dita, em especial à luz da Lei n. 12.850/2013, dispositivo que trouxe o procedimento do referido instituto de forma mais detalhada. Assim, serão estudados os seus requisitos e os benefícios aos quais o colaborador fará jus caso forneça informações relevantes para a investigação e cumpra com as obrigações impostas.

Ao final, será trazida a problemática relacionada ao papel do juiz em sede de colaboração e os limites impostos à sua atuação. Com efeito, o magistrado atua em dois momentos distintos na tratativa, a saber, no momento de homologá-la e quando da prolação da sentença penal. Saber quais são as limitações do magistrado durante o desempenho de suas funções nesses momentos processuais é de grande relevância para o sucesso do instituto da colaboração, o qual deve gozar de segurança jurídica, característica que só será assegurada se, quando da decisão final de mérito, o juiz estiver vinculado aos termos daquilo que foi por ele homologado. Ademais, serão abordados os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre tal limite à atuação do órgão jurisdicional.

2. JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A justiça penal consensual, inspirada no sistema judicial norte-americano, surgiu, no

ordenamento jurídico brasileiro, em um momento no qual os métodos tradicionais de solução de conflitos – consubstanciados na apreciação da pretensão resistida por um terceiro imparcial, cuja decisão, de caráter impositivo, solucionaria, em tese, a lide no plano fático – não atendiam de forma efetiva as demandas da sociedade.¹

Tal cenário gerou um aumento significativo no número de demandas apreciadas pelo sistema tradicional de jurisdição, o que culminou em uma sobrecarga do Judiciário e, por consequência, mais morosidade no andamento processual.²

Em razão desses problemas, formas alternativas de solução de conflito foram implementadas com vistas a diminuir a vagariedade do processo e a propiciar mais efetividade às soluções das demandas no plano social, surgindo, assim, a denominada justiça penal consensual.³

Essa consiste em institutos que permitem a celebração de um acordo entre a partes, cuja consequência se traduz na aplicação de uma reprimenda mais branda ao autor de determinado delito.⁴ Entre os mecanismos que integram esse modelo alternativo de justiça, encontra-se a colaboração premiada.

Nota-se que a ideia de consenso rompe com características do processo penal clássico, a exemplo do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Isso porque o objetivo é dar uma solução mais célere e efetiva às demandas, as quais serão resolvidas a partir da cooperação e do diálogo.⁵

3. COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme exposto, a colaboração premiada é um instituto que integra a justiça penal consensual, traduzindo-se, portanto, em uma forma alternativa de solução de conflitos.

Conceitualmente, a colaboração premiada pode ser entendida, nas palavras do ministro Dias Toffoli, como negócio jurídico processual, cujo objetivo é auxiliar, por meio da cooperação do colaborador, a persecução penal.⁶

Assim, o referido auxílio configura especial meio de obtenção de prova, uma vez que, a partir das informações prestadas pelo colaborador, será possível a obtenção de elementos probatórios que ajudarão na elucidação de determinados delitos.⁷

¹ LEITE, R. V. Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 13.

² Ibidem, p. 23-25.

³ Ibidem, p. 25-29.

⁴ Ibidem, p. 34.

⁵ ANDRADE, F. da S. Justiça penal consensual: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 23.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus 127.483. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁷ CALLEGARI, A. L.; LINHARES, R. M. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020b, p. 38.

Salienta-se a diferenciação feita, pelos autores André Luís Callegari e Raul Marques Linhares, entre meio de obtenção de prova e meio de prova. Este pode ser utilizado diretamente pelo juiz para formar o seu convencimento e, por consequência, fundamentar as suas decisões, ao passo que aquele não tem o condão de influenciar diretamente no convencimento do julgador, sendo necessário que as declarações do colaborador sejam ratificadas por outras provas.⁸

Em razão dessa necessidade de corroboração das declarações, o art. 4º, §16, da Lei n. 12.850/2013 veda que determinadas decisões sejam proferidas com fundamento apenas nos relatos do colaborador, a saber, (i) medidas cautelares reais ou pessoais; (ii) recebimento de denúncia ou queixa, e (iii) sentença condenatória.⁹

Ademais, para que o instituto da colaboração possa ser aplicado, é necessário o preenchimento de certos requisitos, que serão abordados a seguir.

3.1 DOS REQUISITOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme mencionado, para que a colaboração premiada tenha validade, imprescindível é o preenchimento de determinados requisitos. O primeiro consiste na voluntariedade, isto é, a vontade do colaborador em celebrar o acordo deve ser livre, sem vícios. Tal manifestação deve estar relacionada ao acordo em sua totalidade, de modo que o colaborador concorde com todas as obrigações, condições e efeitos estabelecidos na tratativa. Ademais, o colaborador deve ter completa ciência do negócio jurídico que está sendo celebrado, pois, caso contrário, estará viciada a sua vontade.¹⁰

Importante frisar que voluntariedade não se confunde com espontaneidade, como bem aduzido pelo ministro Luiz Fux, ao proferir seu voto no HC 129.877/RJ. Assim, no referido acórdão, o ministro esclareceu que, na espontaneidade, a iniciativa para a prática de determinado ato é do próprio agente colaborador, que não sofre qualquer interferência externa. Já na voluntariedade, em que pese haver necessidade de uma manifestação de vontade livre (sem coação), o agente pode ser aconselhado por outros sujeitos processuais – como pelo advogado ou pelo próprio Ministério Público – a comparecer perante a autoridade competente para confessar a prática do delito e colaborar com sua elucidação.¹¹

O segundo requisito diz respeito à necessidade de efetividade da colaboração, ou seja, pelo menos um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 precisa se concretizar no plano fático para que as declarações do colaborador tenham o condão de auxiliar de modo significativo a persecução penal.¹² Vejamos a redação do mencionado artigo:

⁸Ibidem, p. 38-40.

⁹MELO, V.; BROETO, F. M. O pacote "anticrime" e seus impactos na colaboração premiada. Revista Consultor Jurídico, [s. l.], 29 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada>.

¹⁰CALLEGARI, A. L.; LINHARES, R. M. Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020b, p. 33.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. turma). **Habeas Corpus 129.877**. Relator: Min. Marco Aurélio, 18 abr. 2017.

¹²MENDONÇA, A. B. de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. Revista Eletrônica Custus Legis [S. L.], v. 4, p. 8-9, 2013. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigação_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

Art. 4º [...] I- a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II- a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III- a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV- a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V- a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

Assim, não basta a simples confissão da prática delitiva, sendo necessário também que as declarações apresentadas tragam resultados práticos à investigação. Nesse sentido, foi o voto do ministro Marco Aurélio no HC 129.877/RJ:

[...] O Tribunal de origem, ao afastar a aplicação do benefício, considerou ausente a efetividade da delação da ré como meio de obtenção de prova, a teor do que, inclusive, assentado no exame do habeas corpus nº 127.483, relator o ministro Dias Toffoli, pela Primeira Turma, em 27 de agosto de 2015, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de fevereiro de 2016, por terem as investigações policiais, em momento anterior à celebração do acordo, revelado os elementos probatórios acerca do esquema criminoso integrado pela paciente, especializada em enviar pessoas ilegalmente para o exterior. A alegação de nulidade do acórdão relativo à apelação não prospera. No mais, no julgamento procedido levou-se em conta, na dosagem da diminuição da pena, o alcance da colaboração prestada. Indefiro a ordem. É como voto.¹³

Por fim, o último requisito está relacionado à condições objetivas e subjetivas do caso concreto, uma vez que, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, "a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso".¹⁴

Preenchidos os requisitos acima mencionados, o acordo poderá ser celebrado, e o colaborador receberá, além de obrigações a serem por ele cumpridas, reprimendas mais benéficas, que serão a seguir abordadas.

3.2 DOS BENEFÍCIOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O art. 4º e seus §§ 2º, 4º e 5º da Lei n. 12.850/2013 trazem os seguintes benefícios concedidos em virtude da colaboração: (i) perdão judicial; (ii) redução da pena em até 2/3; (iii) redução da pena a metade se a colaboração for posterior à sentença; (iv) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; (v) progressão de regime, e (vi) imunidade processual.¹⁵

Via de regra, tais benefícios – que podem ser aplicados alternativa ou cumulativamente – são definidos em sede de sentença, momento em que o juiz analisará se o acordo está em conformidade com a legislação vigente para poder aplicar as sanções premiais, salvo se se tratar de imunidade processual, já que essa benesse obsta a instauração do processo criminal.¹⁶

¹³BRASIL, op. cit.

¹⁴MENDONÇA, A. B. de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. Revista Eletrônica Custus Legis [S. L], v. 4, p. 8-9, 2013. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigação_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboraço_o_Premiada/10%20%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

¹⁵QUEIROZ, P. Colaboração Premiada. 20 set. 2017. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/colaboraçoao-premiada/>. Acesso em: 16 out. 2020

¹⁶Ibidem.

Salienta-se, em sede de benefícios, a importante alteração trazida pela Lei n. 13.964/2019, que alterou o art. 4º, §7º da Lei de Organização Criminosa ao prever que serão consideradas nulas as cláusulas inseridas na tratativa que violem as regras relativas à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, bem como os requisitos para a sua progressão.¹⁷ Assim, a capacidade negocial das partes foi limitada na medida em que se exige a observância das normas que integram o ordenamento jurídico.

Ademais, discussão relevante é travada no que diz respeito à possibilidade de se ampliar o rol dos benefícios previstos na Lei n. 12.850/2013, o que propiciou o surgimento de duas correntes antagônicas.

A primeira corrente, defendida pelo ministro Luís Roberto Barroso, entende que é possível ampliar o rol dos benefícios concedidos ao colaborador, desde que sejam mais benéficos a ele e não contrariem o ordenamento jurídico.¹⁸

Por outro lado, uma segunda corrente, abraçada pelo jurista José Gomes Canotilho, afirma que as benesses aplicadas em sede de colaboração estão subordinadas ao princípio da legalidade, isto é, as sanções premiais devem obedecer ao rol previsto na legislação específica.¹⁹

Após a celebração do acordo pelas partes legítimas – que deverão inserir no pacto os prováveis benefícios a serem aplicados, além das obrigações impostas ao colaborador – o magistrado vai apreciar os seus termos para fins de homologação e, posteriormente, proferirá uma sentença penal. Os limites impostos à autoridade judicial nessa fase do acordo será objeto de uma detida análise no próximo tópico.

4. LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL EM SEDE DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme exposto, o juiz atua em dois momentos distintos no acordo de colaboração, a saber, na hora de homologar a tratativa e, posteriormente, quando da prolação da sentença.

Nota-se que o juiz não participa ativamente das negociações, uma vez que a própria Lei n. 12.850/2013, em seu art. 4, §6º, veda uma atuação ativa do magistrado no momento em que o acordo estiver sendo celebrado. A razão de ser de tal proibição tem por objetivo a observância do sistema acusatório, cujo um dos ditames é a necessidade de imparcialidade do órgão jurisdicional, o que não seria assegurado caso o juiz tivesse contato com a atividade persecutória.²⁰

¹⁷MELO, V.; BROETO, F. M. O pacote "anticrime" e seus impactos na colaboração premiada. Revista Consultor Jurídico, [S.l.], 29 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada>. Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Petição 7.074. Agravo regimental. Acordo de colaboração premiada. Homologação. Competência. Prevenção. Deliberação acerca dos termos de depoimento não conexos. Atribuição do juízo homologatório. Recurso interno desprovido. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de junho 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14751660>. Acesso em: 16 out. 2020.

¹⁹CANOTILHO, J. J. G.; BRANDÃO, N. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [s. l.], v. 133, p. 156, jul. 2017. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/43348> Acesso em: 16 out. 2020.

²⁰DUTRA SANTOS, M. P. Colaboração (Delação) Premiada. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodvim, 2019, p. 154.

No momento da homologação da tratativa, ao juiz não é conferida a possibilidade de adentrar no mérito dos fatos que circundam o acordo, aplicando-se, de forma analógica, a ideia de controle judicial exercido sobre os atos administrativos. Ou seja, o órgão jurisdicional não pode analisar matéria que está no campo de discricionariedade das partes. Assim, ao homologar o pacto, o juiz está adstrito ao exame de três requisitos: regularidade, legalidade e voluntariedade.²¹

A regularidade está relacionada às formalidades do acordo; portanto, é preciso que o colaborador esteja acompanhado de seu advogado, que o acordo seja feito em um documento escrito e que as cláusulas estejam previstas de forma expressa. Já a legalidade consiste na conformação do acordo às normas previstas tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, além da necessidade de proporcionalidade da tratativa. Por fim, a voluntariedade destina-se a verificar se as informações trazidas pelo colaborador foram prestadas de forma livre, sem coações.²²

Ressalta-se que, apesar das partes, no acordo de colaboração, possuírem certa discricionariedade ao eleger as cláusulas que integrarão a tratativa, é necessário que se faça observância aos dispositivos constitucionais e infralegais, sendo que eventual ilegalidade deverá ser declarada pelo Judiciário. Assim entendeu o ministro Alexandre de Moraes em voto na PET 7074:

"O acordo de colaboração premiada, mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por JACQUES CHEVALLIER, "o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito" (L'Etat de droit. Paris: Montchrestien, 1992, p. 12).

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito (LARENZ, Karl. Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985. p. 154), e, portanto, o Ministério Público ou a Polícia ao celebrarem o acordo de colaboração premiada devem respeito aos requisitos legais."²³

Ademais, o art. 4º, §8º, da Lei n. 12.850/2013 dispõe que, se os referidos requisitos não forem preenchidos, o juiz poderá deixar de homologar o acordo, ou adequá-lo ao caso concreto. Ocorre que a referida redação gera dúvidas quanto à sua compatibilidade com o sistema acusatório, já que o juiz, ao modificar os termos do acordo, estaria adentrando no mérito da tratativa, o que poderia comprometer a sua imparcialidade.²⁴

Portanto, a interpretação mais adequada a ser dada ao dispositivo é a de que, não havendo homologação do pacto em virtude de discordância em relação aos seus termos, os autos deverão ser remetidos à autoridade celebrante para que sejam feitas as devidas modificações.²⁵

²¹LEQUES, R. B. Colaboração premiada: o papel do Poder Judiciário. Canal de Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/294535754/colaboracao-premiada-o-papel-do-poder-judiciario>. Acesso em: 23 out. 2020.

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Petição 7.074. Agravo regimental. Acordo de colaboração premiada. Homologação. Competência. Prevenção. Deliberação acerca dos termos de depoimento não conexos. Atribuição do juízo homologatório. Recurso interno desprovido. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de junho 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14751660>. Acesso em: 23 out. 2020.

²³Ibidem.

²⁴LEQUES, R. B. Colaboração premiada: o papel do Poder Judiciário. Canal de Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/294535754/colaboracao-premiada-o-papel-do-poder-judiciario>. Acesso em: 23 out. 2020.

²⁵Ibidem.

Não sendo hipótese de discordância quanto ao cabimento do acordo, o juiz irá homologá-lo. Tal decisão terá o condão de conferir eficácia à tratativa, mas os benefícios pactuados somente serão aplicados em sede de sentença, momento em que se verificará a eficácia da colaboração.

Já em fase de sentença, discute-se se o magistrado está ou não vinculado aos termos da decisão homologatória, bem como se poderá interferir nas sanções impostas pelas partes.

O entendimento que vem prevalecendo entre os doutrinadores acerca da referida problemática é no sentido de que a decisão que homologa o acordo de colaboração é uma garantia dada ao colaborador de que, ao final do processo, serão aplicadas as benesses estipuladas na tratativa. Portanto, é vedado ao magistrado, em sede de sentença, modificar as sanções previstas pelas partes, sob pena de violação aos postulados da segurança jurídica e da confiança.²⁶

Dessa forma, quando da sentença, o juiz deverá verificar apenas a eficácia da colaboração – para fins de definir, entre as reprimendas estipuladas, a mais adequada ao caso – e o cumprimento de eventuais obrigações impostas ao colaborar, que, se não forem cumpridas, poderão ocasionar a rescisão do acordo.²⁷

Nesse sentido, é o entendimento do autor Pedro Henrique Demercian, o qual afirma que só é possível rever a decisão de homologação caso surja fato superveniente que indique ser ilegal a tratativa chancelada:

Esta sentença é a garantia de que o corréu colaborador, uma vez que cumpridas as condições, terá assegurado o direito às benesses que tenham sido propostas. Não se justifica, nessa ordem de ideias, que o juiz ou Tribunal possam, simplesmente, reconsiderar a homologação, sem que um fato superveniente a vicie ou importe sua rescisão. É o que se infere claramente do art. 4º, §11º, da Lei das Organizações Criminosas.²⁸

Ante o exposto, nota-se que a ideia de vincular a decisão final do magistrado aos termos daquilo que foi homologado tem o intuito de evitar um comportamento desleal por parte do Estado, que, após se beneficiar de todas as informações prestadas pelo colaborador, frustra as expectativas deste quanto às penalidades a serem aplicadas.²⁹

Vejamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a mencionada problemática.

5. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de discutir, no bojo da PET 7074, os limites da atuação jurisdicional no acordo de colaboração premiada. Passa-se à análise dos principais argumentos utilizados pelos membros da Suprema Corte.

²⁶CALLEGARI, A. L.; LINHARES, R. M. Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 75-76.

²⁷Ibidem, p. 75-76.

²⁸DEMERCIAN, P. H. Breves notas sobre a natureza jurídica da decisão que referenda o acordo de colaboração premiada e suas consequências jurídicas. [2017.] Disponível em: https://www.apmp.com.br/wp-content/uploads/2017/09/2017_NATUREZAJURIDICADEDECIOQUEREFERENDAOACORDODECOLABORAOPREMIADAESUASCONSEQUENCIAS.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

²⁹LIMA, R. B. de. Manual de Processo Penal. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 494.

O ministro Celso de Melo firmou o entendimento de que, após homologado o acordo de colaboração, compete ao juiz, em sede de sentença, verificar a eficácia das declarações prestadas pelo colaborador, bem como se as obrigações estabelecidas foram cumpridas, não podendo haver modificações dos benefícios pactuados e chancelados pelo Judiciário:

"Há, portanto, nesse contexto, uma vez adimplidas as obrigações assumidas pelo agente colaborador, verdadeira vinculação do órgão colegiado sentenciante aos benefícios de ordem premial pactuados e que foram objeto de regular homologação, sob pena de o Estado descumprir imposição de caráter ético-jurídico fundada no postulado da segurança jurídica e no princípio da confiança [...]"³⁰

Por sua vez, o ministro Alexandre de Moraes defendeu que, apesar de no ato da homologação o juiz realizar uma análise acerca da legalidade do acordo, é possível que eventuais ilicitudes – como, por exemplo, provas obtidas em desacordo com o ordenamento – não sejam verificadas nesse momento, em razão da presença de um juízo superficial dos fatos; por isso, é permitido que, em sede de sentença, se proceda à verificação da legalidade dos elementos probatórios angariados. Assim, entendeu pela impossibilidade de se criar uma "supercoisa julgada" que impeça o reconhecimento de nulidade superveniente. Contudo, uma observação importante foi feita em seu voto: não poderá o juiz alterar as opções escolhidas pelas partes de forma lícita, sob pena de ocorrer uma ingerência indevida, violando-se o sistema o acusatório.³¹

A existência de uma cognição precária em sede de homologação também foi abordada pelo ministro Ricardo Lewandowski, que, assim como o ministro Alexandre de Moraes, se posicionou no sentido de ser possível uma análise acerca da legalidade no momento de se proferir a sentença penal.³²

Divergindo parcialmente dos ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, o ministro Luís Roberto Barroso proferiu o seu voto no seguinte sentido: quando da homologação do acordo, o juiz analisará os requisitos da regularidade, da legalidade e da voluntariedade, não podendo adentrar no mérito da tratativa. Após a homologação, e já em sede de sentença, caberá ao julgador verificar apenas se o colaborador cumpriu as obrigações que lhe foram impostas, não sendo mais permitido analisar a legalidade do que foi pactuado - eis que tal requisito já foi apreciado na homologação -, salvo se o pacto for acometido por algum vício próprio dos negócios jurídicos.³³

Vejamos trechos do seu voto:

"A minha interpretação deste cláusula é que, no momento do julgamento, o que se vai fazer é verificar se o que foi clausulado no acordo, se aquilo a que o colaborador premiado se obrigou, ele efetivamente cumpriu e de maneira satisfatória. Está é a atuação do Poder Judiciário ao valorar a colaboração premiada depois que ela tenha sido homologada lá atrás, no momento da sua celebração. Logo, no momento do julgamento, já não cabe mais juízo de legalidade ou juízo de mérito sobre a colaboração. Esse juízo terá sido feito no momento da homologação."³⁴

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Petição 7.074. Agravo regimental. Acordo de colaboração premiada. Homologação. Competência. Prevenção. Deliberação acerca dos termos de depoimento não conexos. Atribuição do juízo homologatório. Recurso interno desprovido. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de junho 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14751660>. Acesso em: 23 out. 2020.

³¹Ibidem.

³²Ibidem.

³³Ibidem.

³⁴Ibidem.

No mesmo sentido, posicionaram-se os ministros Luiz Fux e Rosa Weber.³⁵

Por fim, os ministros Marco Aurélio, Carmén Lúcia, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Edson Fachin (relator da PET 7074) filiaram-se à tese de que, ao homologar o acordo, surge para o Estado o dever de cumpri-lo nos seus exatos termos, desde que o colaborador tenha se comprometido com suas obrigações. No entanto, é possível que, no momento de proferir a sentença, se verifique a existência de uma ilegalidade que ou surgiu supervenientemente, ou era até então desconhecida. Nessa hipótese, o referido vício deverá ser reconhecido pelo órgão julgador, uma vez, como colocado pelo ministro Dias Toffoli, não é possível compactuar com eventuais absurdos.³⁶

Salienta-se o argumento trazido pelo ministro Gilmar Mendes, que procurou demonstrar a incoerência do entendimento no sentido de impossibilitar que o Plenário (no âmbito dos acordos homologados perante o STF) realize um controle de legalidade sob o acordo homologado, ao dizer que, se o Tribunal tem competência para declarar a inconstitucionalidade de tratados, com mais razão a tem para verificar, em sede de sentença, a legalidade do acordo, ainda que já cancelado pelo relator.³⁷

Ante o exposto, conclui-se que o entendimento que prevaleceu foi no sentido de que o magistrado, ao homologar o acordo de colaboração, está dando ao colaborador uma garantia de que, caso ele cumpra todas as obrigações firmadas na tratativa e as informações prestadas se mostrarem relevantes, fará jus aos benefícios estipulados, sob pena do instituto perder a credibilidade ante à sua insegurança jurídica, o que pode comprometer a elucidação de futuros ilícitos^{38,39}

6. CONCLUSÃO

A justiça penal consensual possui grande relevância nos dias atuais, uma vez que trouxe mais celeridade e efetividade para solução da lide no plano fático, ao permitir a existência de um processo penal participativo, dando destaque a autonomia de vontade das partes.

Com efeito, dentre os institutos que integram a justiça negociada encontra-se a colaboração premiada, que mostrou ter importância para a elucidação dos delitos, em especial daqueles que não são facilmente desvendados pelos meios tradicionais de investigação, os quais, diante de uma criminalidade cada vez mais complexa, se mostram ineficientes.

Em razão da relevância do referido instituto, é preciso que ele tenha aplicabilidade no caso concreto, o que só será possível se houver segurança jurídica em favor do colaborador. Ou seja, este deve ter a garantia de que receberá as sanções que foram estabelecidas em sede de acordo. Por isso, deve-se dar importância à homologação do acordo e à necessidade de vincular o juiz, quando da sentença, aos termos daquilo que foi por ele cancelado.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ CALLEGARI, A. L.; LINHARES, R. M. Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 91-92.

É cediço que as promessas feitas na tratativa não podem contrariar o ordenamento jurídico, razão pela qual caminhou bem o STF ao fixar o entendimento de que, sendo verificada nulidade superveniente, deve o juiz, ainda que em sede de sentença, desconsiderar o acordo de colaboração, a fim de que o vício seja sanado.

No entanto, caso não seja verificada nenhuma ilegalidade no pacto, o juiz, ao sentenciar, deve observância ao que foi homologado, sob pena do Estado adotar um comportamento desleal ao se beneficiar das informações prestadas pelo colaborador e, posteriormente, deixar de aplicar as benesses acordadas. Frisa-se que é preciso dar credibilidade ao instituto da colaboração, a fim de que o colaborador se sinta estimulado a dar informações que vão auxiliar na elucidação de crimes complexos. Tal incentivo só será possível se houver a segurança de que os benefícios serão concedidos, razão pela qual a ideia de vinculação aos termos do acordo homologado se mostra de suma importância.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, F. da S. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodvim, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 127.483**. Impetração contra ato de ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) [...]. Relator: min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. turma). **Habeas Corpus 129.877**. [Delação premiada – Espontaneidade – Voluntariedade.]. Relator: min. Marco Aurélio, 18 abr. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312161444&ext=.pdf>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Petição 7.074**. Agravo regimental. Acordo de colaboração premiada. Homologação. Competência. Prevenção. Deliberação acerca dos termos de depoimento não conexos. Atribuição do juízo homologatório. Recurso interno desprovido. Relator: min. Edson Fachin, 29 de junho 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14751660>. Acesso em: 24 out. 2020.

CALLEGARI, A. L.; LINHARES, R. M. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020b.

CANOTILHO, J. J. G.; BRANDÃO, N. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 133, p. 156, jul. 2017. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/43348> Acesso em: 20 out. 2020.

DEMERCIAN, P. H. **Breves notas sobre a natureza jurídica da decisão que referenda o acordo de colaboração premiada e suas consequências jurídicas**. [2017.] Disponível em: DEMERCIAN, P. H. Breves notas sobre a natureza jurídica da decisão que

referenda o acordo de colaboração premiada e suas consequências jurídicas. [2017.] Disponível em: https://www.apmp.com.br/wp-content/uploads/2017/09/2017_NATUREZAJURIDICADEDECIOQUEREFERENDAOACORODECOLABORAOPREMIADAESUASCONSEQUENCIAS.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

DUTRA SANTOS, M. P. **Colaboração (Delação) Premiada**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

LEITE, R. V. Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LEQUES, R. B. Colaboração premiada: o papel do Poder Judiciário. **Canal de Ciências Criminais**, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/294535754/colaboracao-premiada-o-papel-do-poder-judiciario>. Acesso em: 23 out. 2020.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MELO, V.; BROETO, F. M. O pacote "anticrime" e seus impactos na colaboração premiada. **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 29 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada>. Acesso em: 19 out. 2020.

MENDONÇA, A. B. de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. **Revista Eletrônica Custus Legis**, [s. l.], v. 4, p. 8-9, 2013. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_An_drey_A%20delacao_premiada.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

QUEIROZ, P. **Colaboração Premiada**. 20 set. 2017. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/colaboracao-premiada/>. Acesso em: 16 out. 2020.



Execução penal provisória após condenação em segundo grau de jurisdição

Sheyla Aparecida Prado Jacinto¹

RESUMO: O presente ensaio, ora exposto, aborda a possibilidade da execução da pena privativa de liberdade, em caráter provisório não cautelar e antecipado, imediatamente à prolação de condenatório em segundo grau de jurisdição, a partir de interpretações conjugadas feitas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao princípio da presunção de inocência (Art. 5º, LVII, CRFB/88). O artigo que se apresenta propõe a análise de jurisprudências emanadas pela Corte Maior (STF), oscilantes pela própria natureza principiológica, etimológica e axiológica contida no nascedouro da cláusula pétrea em voga, a afastar o instituto do trânsito em julgado e dar efetividade a execução provisória da pena. Do mesmo modo serão abordados votos e argumentos dispensados e prevaletentes à ordem mandamental fixada em sede de *habeas corpus* (HC) e instrumentos outros, que, outrora, reafirmaram a constitucionalidade interpretativa jurisprudencial conferida à execução provisória da pena antes do exaurimento dos recursos especial e extraordinário, ante a não ofensa à ficção jurídica² da presunção de inocência.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da não culpabilidade. Execução Provisória da Pena. Sistema Recursal. Mínima efetividade da Justiça. Nova ordem jurisdicional.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n. 43, 44 e 54, em 7 de novembro de 2019, foi estabelecida nova ordem jurisdicional que modificou a jurisprudência deliberada em apreciação de uma ação autônoma de impugnação (HC nº. 126.292/SP), no ano de 2016, retrocedendo à orientação suprema (HC n. 84.078/MG) do ano de 2009, segundo a qual a execução penal provisória após o exercício do duplo grau de jurisdição afronta o princípio da não culpabilidade.

Sem embargo, a presente pesquisa, tracejada anteriormente ao deslinde do valimento das mencionadas ADCs, inclina-se a demonstrar que a possibilidade de uma execução provisória após decreto de acórdão apenatório - ainda que dele se erijam recursos extraordinários - não transgride o princípio expresso no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República/88.

Para tanto, o estudo se debruçou à análise das referências jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto a questões a envolver o limbo do instituto do trânsito em julgado na seara penal, bem como examinou os principais argumentos que

¹Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub em 2020.

²"A presunção de inocência não está prevista expressamente na Lei Fundamental. Ela corresponde, porém, à convicção geral associada ao Estado de Direito e integra a ordem positiva da RFA por força do dispositivo no art. 6º., II, da Convenção Européia de Direitos Humanos.". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais. 05/02/2009. Plenário. Relator: Min. EROS GRAU, p. 148. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019.

deram retorno, em 2016, à clássica jurisprudência suprema sobre o tema, os quais estão a prevalecer³, não obstante a recente mudança de paradigma (2019), tanto para o sistema penal acusatório como para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a constitucionalidade do artigo 283⁴ do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei 12.403/2011) foi, naquelas contendas, reafirmada.

2. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: HC N. 126.292/SP-STF

O Supremo Tribunal Federal, remotamente (2016-2018), sustentou a jurisprudência de que a condenação confirmada pela segunda instância é entendimento tradicional daquela Corte, por sê-la praticada desde anterior promulgação da Carta constitucional de 1988, sob entendimento de não haver violação do princípio (relativo) da presunção de inocência, assim como por não ser constitucionalmente possível às instâncias superiores (STJ-STF) o reexame de fatos e provas, mas prestarem-se, tão somente, à discussão de matéria de direito.

Sob essa argumentação, o *Habeas Corpus* n. 126.292/SP afetado ao Pleno da Suprema Corte, em 17.2.2016, reafirmou sua tradição jurisprudencial, modificando orientação aparentemente pacificada e assentada no julgamento do HC n. 84.078/MG, de 5.2.2009, que conferiu caráter absoluto ao princípio da não culpabilidade presumida (CF, LVII, art. 5º).

Contudo, o enfrentamento do tema sob exame, para além dos HCs supracitados, ganhou novas repercussões em outras três oportunidades de análise da matéria no Plenário do STF, sendo as ADCs 43 e 44/MCDF, apreciada em cerne de liminar, em 5.10.2016; o ARE 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida, julgado em 10.11.2016; e o emblemático HC n. 152.752/PR, aquilatado em 4.4.2018.

Desse modo, o referido magistério jurisprudencial adotado pela Suprema Corte emergiu da tradicional orientação de ser legítimo exigir a clausura do condenado, ainda que na pendência de julgamento de recursos extraordinários; prática disseminada nas instâncias do 2º grau (TJs e TRFs), sob ensejo da ausência de efeito suspensivo às impugnações superiores, além da reverberação de alguns dispositivos previstos no CPPB⁵, vigentes desde 1941, os quais, inicialmente, foram recepcionados pela Constituição de 1988.

³Atente-se para que a execução provisória da pena não foi ab-rogada, em definitivo, do ordenamento processual penal pátrio. O artigo 492, I, "e", do Código de Processo Penal sofreu alteração dada pela Lei nº 13.964/2019. Isso ocorreu por efeito da reconhecida repercussão geral conferida à questão constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, a qual autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença. A título de amostragem, cito: HC nº. 118.770/SP; ARE 964.246-RG; e HC nº. 133528/PA.

⁴Ao tempo do julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nºs. 43, 44 e 54, o referido dispositivo processual penal vigorava com a seguinte Redação: "Art. 283: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva". Com a vigência da Lei nº. 13.964/2019, o citado artigo teve alteração em sua dicção.

⁵Aqui, leia-se: **artigos 283 e 637/ CPPB**, redação do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

3. JURISPRUDÊNCIAS DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA APÓS (SEGUNDA) CONDENAÇÃO

A longa jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de considerar decisões condenatórias exequíveis, balizadas em grau de apelação, enquanto não passadas em julgado. A origem dessa habitualidade jurídica descende de dispositivos infraconstitucionais⁶ anteriores à promulgação da federal Constituição de 1988.

No entanto, uma grande celeuma gira em torno doutra norma do CPPB/41, o art. 637 – concebido anteriormente ao advento da Lei Maior, CF/88, a introduzir, *incipere*, a presunção de inocência –, por prevê, em regra, simples efeito devolutivo aos recursos extraordinários e que, por tal preceito, "a interpretação da possibilidade do cumprimento das penas na pendência dos recursos sem efeito suspensivo sofreu duas reviravoltas"⁷.

A primeira ocorrência deu-se no ano de 2009, quando o mandamento infraconstitucional do artigo 637 do CPrPenal⁸ foi reinterpreto na oportunidade do julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078/MG⁹, de relatoria do min. Eros Grau, e passou a obstar o imediato cumprimento da pena por incompatibilidade com a ordem constitucional da nova Carta de 88¹⁰.

Em avesso, os eminentes vencidos¹¹ (4) afinaram-se no sentido de que instrumentos jurídicos em oposição à condenação em segunda instância não operam no efeito suspensivo, logo "não constitui obstáculo à execução provisória do julgado condenatório"¹².

⁶À vista disto, faço saber: os revogados arts. 408, §1º, e 594, ambos do CPPB/1941, que vigoraram até o ano de 2008, ab-rogados, respectivamente, pelas Leis n.ºs. 11.689 e 11.719. O particular artigo 594, no entanto, exigia o recolhimento à prisão como requisito para apelação após sentença de 1º grau, iniciando ali a execução da pena; pelo mesmo *leitmotiv* vigorante do art. 594 do CPPB de 1941, outras leis infraconstitucionais foram alcançadas, dentre as quais, os arts. 35 da Lei n. 6.368/1976 (Lei de Tóxicos), art. 2º, §2º da Lei n. 8.072/1990 (Crimes Hediondos), os vetustos dispositivos art. 9º da Lei 9.034/1995 (Crime Organizado), e art. 3º da Lei 9.613/1998 ("Lavagem" de Dinheiro).

⁷MENDES, Gilmar Ferreira: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 485.

⁸Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, **permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal**". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44/ MCDF**, Voto Ministro Edson Fachin, p. 36. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 de jul. 2019.

¹⁰À época (2009), a tese firmada por maioria (7) retrocedeu a clássica diretriz pretória para o sentido de que a execução antecipada, com fulcro no art. 637 do CPPB de 1941, contraria postulado fundamental, sob argumentação de superveniência da LEP, editada em 1984, cujos preceitos (arts. 105 e 147) são harmônicos com a CF de 1988 (art. 5º, LVII), e, portanto, contrapõe-se material e temporalmente à norma do código processual penal brasileiro.

¹¹Os votos vencidos também expressaram repulsa ao direito absoluto de recorrer – apontando inexistência expressa da "garantia inarredável o duplo grau de jurisdição" na Constituição Federal de 88, embora tenha existência reconhecida por força do Pacto de São José, por endosso da EC nº 45/2004195. Neste sentido, são elucidativos: Voto do Ministro Menezes Direito, p. 54; Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 97, e Voto da Ministra Ellen Gracie, p. 127. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 de jul. 2019.

¹²MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 149.

Desse modo, a Corte Suprema, como consequência daquele julgamento, transmutou o clássico juízo reiterado há 21 anos nos superiores tribunais, por "concluir que a execução da pena só poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹³".

Noutro viés, novo julgamento, agora sobre os autos do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP¹⁴, em 17.2.2016, proporcionou à Suprema Corte o resgate da tradicional orientação interrompida em 2009, através de uma votação que, embora repetisse o mesmo placar da anterior (7 a 4), deu-se em sentido contrário, chamando atenção a posição do ministro Gilmar Mendes que a modificou, em comparação a seu juízo anterior.

A relatoria coube ao então ministro Teori Zavascki, e foi defendida a manutenção do acórdão condenatório pela segunda instância, haja vista neste grau de jurisdição ocorrer o encerramento da análise dos fatos e das provas, que valoram a culpa do condenado, autorizando o início da execução penal. Nessa perspectiva, a doutrina de Sanches¹⁵ é coincidente, "Uma vez julgada a apelação e estabelecida a condenação [...], exaure-se a possibilidade de discutir o fato e a prova, razão pela qual a presunção se inverte.

O ministro relator conduziu o julgamento em defesa dos argumentos trazidos a envolver o alcance do princípio (ficto) da presunção de inocência em paralelo (equilíbrio) ao princípio da efetividade mínima da jurisdição penal, resultando na discussão de quando ocorre o trânsito em julgado no processo penal, uma vez que "os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição¹⁶".

Naquela mesma oportunidade (2016), de destaque apreço foi a paradoxal faceta defendida por Mendes – agora a favor do que antes era contra –, podendo sê-la entendida a partir de lições por ele observadas, ao tempo daquela primeira modificação (2009), quando, fundado nas respectivas doutrinas de Karl Larenz e Inocêncio Mártires Coelho, magnificamente expressou¹⁷:

É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes. (grifo nosso)

[...]

[...] as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. (grifo nosso)

¹³LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 46-47.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago 2018.

¹⁵CUNHA, Rogério Sanches. **Execução penal para concursos**: LEP. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 16.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 9 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago 2018.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 156. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 de jul. 2019.

Nessa linha, aspecto relevante da nova concepção do douto ministro deve ser posto à baila, pois seus argumentos à época (2016) voltados à interpretação do direito em favor da prisão em segunda instância encontram abrigo no texto constitucional e em artigo doutrinário de sua excelência, cuja tese sustentou¹⁸:

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. [...]. Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. (grifo nosso)

Nota-se que na sessão do julgamento de 2016, o caráter absoluto conferido ao princípio da presunção de inocência em 2009 perdeu peso em relação ao princípio da mínima efetividade do sistema penal¹⁹ – que impôs um marco para cessação da presunção, qual seja, o 2º grau de jurisdição, juízo no qual "fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado"²⁰.

Todavia, o precedente (2016) que referendou o cumprimento da pena após o julgamento por tribunal como ato juridicamente viável causou descontentamento partidário (PEN, ADC n. 43) e classista (OAB, ADC n. 44), a resultar em duas ações declaratórias de constitucionalidade²¹ e uma vã tentativa de, ao aferir constitucionalidade ao art. 283 do CPPB (redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011), reverter a jurisprudência assentada, com incidência benéfica de sua retroatividade às execuções provisórias em prática.

A relatoria de ambas ações, em 5.10.2016, coube ao min. Marco Aurélio. Vencido, e seguido por outros quatro ministros, concluiu por conceder a cautelar reclamada – em oposição à chancela do HC 126.292/SP – e afirmar a constitucionalidade do dispositivo em exame e sua paridade com o inciso LVII do art. 5º/CF, arrazoando que a literalidade de ambos dispositivos "não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior"²².

Noutra vertente, por estreita maioria (6 a 5), o Pleno da Corte seguiu o voto condutor do ministro Luiz Edson Fachin, restando por indeferir a liminar e também conferir alinhamento constitucional ao artigo 283 do CPP – a despeito de sua então redação (dada

¹⁸MENDES, Gilmar Ferreira: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 487.

¹⁹A efetividade da jurisdição criminal ganhou maior relevância frente às modificações e evoluções das relações sociais hodiernas, que passaram a exigir da Justiça maior efeito produtivo, deixando evidente que "interpretar um texto normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 156. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 07 jul. 2019.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 9. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44/ MCDF**. 05/10/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

²²Ibidem., p. 2.

pela Lei 12.403/2011, que positivou a jurisprudência placitada em 2009 sobre o tema) –, ratificando a postura adotada pelo pelo egrégio no HC 126.292/SP.

Por último, essa ratificação interpretativa do Pretório Excelso sobre prisão em 2ª instância veio novamente a ser debatida, em 10.11.2016, agora em ambiente virtual (Plenário Virtual, STF), em sede de um Recurso Extraordinário em Agravo²³ – ARE 964.246/SP, cujo julgamento corroborou o entendimento outrora consagrado e reafixou a tese – sob efeito de repercussão geral, a resultar orientação vinculante às demais instâncias e sua aplicação nos autos em curso²⁴.

Destarte, em apertada síntese, resultou prevalecer que a regra em nosso ordenamento passaria a ser "a execução provisória da pena após a confirmação da condenação por tribunal de segundo grau, independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória²⁵", sem desprezar o juízo de G. Mendes²⁶, ao alertar para os casos de provável abuso deflagrado na reprimenda²⁷.

Concluindo o percurso dessa indissociável orientação jurisprudencial (superada), e considerando a alta relevância da matéria, oportuno ressaltar a provocação do Egrégio Pleno (STF) ao novo reexame da tese in quaestio, em razão do precedente julgado em *habeas corpus* preventivo (HC n. 152.752/PR) ocorrido em 4.4.2018, que fiseou a alteração de entendimento de alguns ministros.

A ilustrar, a posição do min. Gilmar F. Mendes (haja vista suas modificações cognitivas sobre a aplicação do mesmo princípio), em face da defesa do ficto-constitucional princípio da inocência, o qual, na atualidade, sustenta tese do passado (HC 84.078/MG), "não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade o cumprimento da pena que não esteja fundada em sentença penal condenatória transitada em julgado²⁸".

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246/SP, 10/11/2016**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 25 jul. 2019.

²⁴"[...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246/SP**. Ementa, p. 1, 10/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 25 jul. 2019.

²⁵VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 185.

²⁶"[...] certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada. [...]. Haverá, sempre, remédios e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição.". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 72. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago 2018.

²⁷A este propósito, nota-se que esse fundamento assentado pelo Min. Gilmar Mendes (2016), foi prontamente modificado na ocasião da análise do mérito das ADCs 43 e 44, em recente julgamento (07.11.2019), sob argumentos de que "prisões provisórias seguidas de autorização da execução da pena após o julgamento em segunda instância" tornaram-se "a práxis que passou a se desenvolver no país". Desse modo, insolitamente, a então convicção de Sua Excelência formada sobre uma "crença [...] quanto à capacidade dos Tribunais de segunda instância de distinguir e corrigir situações abusivas", foi, de maneira procaz, dissolvida ao disfarce de uma "noção de que o cometimento de abusos nas decisões condenatórias seria a exceção – e não a regra – no sistema processual penal brasileiro.". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43, 44 e 54**. 07/11/2019. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 11-12. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

²⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 543.

Assim, e por último, conclui-se que a postura adotada pelo STF frente ao indelével HC n. 126.292-SP revelou verdadeiro duelo entre a efetividade do processo penal, a "assegurar a paz social pela punição dos crimes", e o garantismo constitucional, "assegurar a todos os indivíduos sua liberdade individual"²⁹, o qual foi conduzido à luz do princípio da proporcionalidade, que, no escopo de alcançar o equilíbrio entre dois juízos de valor, marcou-se pelos "movimentos pendulares, prevalecendo ideias de segurança social e de eficiência repressiva"³⁰.

4 ARGUMENTOS PREVALECIDOS E PREVALECENTES

O estudo anteriormente abordado mostrou que as oscilações jurisprudenciais erigidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF, 2009-2016) sempre trazem à discussão o liame entre o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII/CF) e a legalidade da execução provisória da pena, ancorada no arranjo do art. 637 do CPP c/c a Súmula n. 267/STJ e arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do NCPC³¹, porém não sedimentada.

Não obstante, o HC n. 126.292/SP estava a vigor para as demais instâncias, por força da repercussão geral reconhecida na questão constitucional tematizada no ARE 964.246/SP, certificando, ao tempo, que a execução provisória não desnaturava o preceito de inocência, vez que o pêndulo daquela análise fática voltou-se para o ineficaz sistema (im)punitivo brasileiro – um sistema recursal procrastinador – sopesado com o garantismo penal estatuído em âmbito constitucional.

Nesse temário, cumpre ao presente trabalho suscitar os motivos mais expressivos à denegação daquele "remédio heroico", dentre os quais os expostos no voto vencedor do ministro relator, Teori Albino Zavascki (STF, 2016) acompanhado por outros seis ministros (Cármem Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso), os quais, sincronicamente, evoluíram do entendimento jurisprudencial adotado em 2009, sob forte e prevalecte alegação de mutação constitucional, sendo este o epicentro da tese.

O posicionamento ora retrocedido, na prática, contemplava a eficácia imediata do mandato condenatório confirmado em grau de apelação, ainda que pendente qualquer recurso. E para se chegar a essa hermenêutica jurídica, a norma constitucional (CF, art. 5º, LVII) foi reinterpretada em seu sentido e alcance (mutação constitucional³²).

²⁹PAULINO, Galtieno da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. **Boletim Científico ESPMU**, Brasília, a. 16, n. 50, jul./dez. 2017. p. 207-232. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁰FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44/MCDF**. 05/10/2016. p. 37. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

³²Em contrário senso, a preleção de Juarez Cirino: "A mudança na jurisprudência, que abre uma fase de recrudescimento do encarceramento em massa no Brasil, foi conduzida pelo voto do relator Teori Zavascki, mediante reflexão sobre o *alcance* do princípio da presunção de inocência, com o objetivo de estabelecer equilíbrio entre a *presunção de inocência* e a *efetividade da jurisdição*, como valores do acusado e da sociedade. (1) Antes de tudo, os valores referidos parecem constituir uma falsa oposição: o equilíbrio não seria entre valores do acusado e da *sociedade*, mas entre valores da sociedade, garantida pelo princípio político da presunção de inocência, e do *Estado*, interessado na questão pragmática da *efetividade da jurisdição*. Afinal, a *presunção de inocência* é garantia política da sociedade contra o poder punitivo do Estado, enquanto a *efetividade da jurisdição* constitui interesse pragmático do Estado na área do controle social.". SANTOS, Juarez Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. **IBCCRIM. Boletim 316** – março/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6296-Presuncao-de-inocencia-e-inconstitucionalidade-da-prisao-em-2o-grau. Acesso em: 18 ago 2019.

Neste norte, ante à mudança operada em 2016 no STF para "o sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em Segundo grau³³", tal variação interpretativa não deve ser percebida como um entendimento incoerente dos Eminentes Pares, mas, sim, como uma acomodação da matéria a uma nova ordem constitucional reflexiva das mudanças sociais incidente da norma.

Nesse sentido, o monopólio da palavra última exercido pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, por via da "vicissitude constitucional tácita", resultou em (re)formulação da exegese do inciso LVII do artigo 5º da Lei Fundamental por incidência de fatores predominantes³⁴, tais quais, (i) a mudança na realidade fática (social), (ii) a mudança na percepção do direito, e (iii) pelos conflitos negativos gerados pelo juízo anterior, a fundamentarem a ocorrência do fenômeno mutacional.

Contudo, o arcabouço realista-argumentativo dos supremos ministros torneou uma compreensão sistêmica vertical do inciso LVII do artigo 5º da Carta constitucional/88 para com os demais ordenamentos infraconstitucionais, numa verdadeira interdisciplinaridade do tema, da qual extraíram a essência daquele dissídio jurisprudencial, que restou lastreado pela ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, os quais "têm sua fundamentação vinculada a questões federais e constitucionais³⁵", característica nata.

Para assim chegar ao resultado jurídico da recém-transmutada jurisprudência (2016), pesou nos respectivos votos vendedores o argumento-mor da defesa social, por assim chamar, ao atribuir grandeza à efetividade mínima jurisdicional e mitigar o relativo princípio da presunção de não culpa, tendo em vista que o magistrado, por ato terminativo na segunda instância, não prolata a inocência, mas sim ajuíza se o incriminado é ou não verdadeiramente culpado (juízo de incriminação).

Por essa marcante visão, sobressaltou-se o baldrame do interesse público primário a abarcar a proteção dos interesses estatais e da coletividade. Nesse sentido, o fundamento da defesa social – resultado da anterior interpretação (STF, 2016) advindo da nova percepção do Direito, fruto da alteração de novos valores na sociedade moderna – insculpiu-se na retomada da jurisprudência tradicional, imbricado em fundamentos jurídicos e metajurídicos, a saber.

Em primeiro, os argumentos pragmáticos, ou metajurídicos para alguns. Estes foram trazidos ante a pretensão de combater as mazelas criadas com a mudança jurídica de

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais. 05/02/2009**. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Menezes Direito, Relatório, p. 4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 06 ago. 2019.

³⁴Embora tenha havido fortes teses jurídicas na defesa da matéria constitucional levada ao Pleno (2016), a juridicidade conferida à antecipação da pena se estabeleceu, mormente, pela lógica dos argumentos pragmáticos e empíricos, os quais, em verdade, frutificaram-se por via da interpretação sistemática da escritura constitucional, resultando na atenuação da presunção de inocência (repisa-se, não absoluta!), com vistas a operacionalizar o sistema punitivo.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo. 17/02/2016**. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 68. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2019.

outrora (2009), na razão de (i) desincentivar a ingerência de recursos procrastinatórios³⁶, (ii) diminuir a especificidade do sistema criminal e (iii) credibilizar o Poder Judiciário, leia-se, o sistema punitivo penal, para com a sociedade. O pragmatismo, por vez, sempre esteve presente em todas as manifestações ministeriais supremas, desde as vencidas, em 2009, até nas vencedoras de 2016.

É dizer, (i) os "apelos extremos" não visam à efetividade da justiça criminal, mas, sim, à prescrição do delito por via da interposição sucessiva de recursos dos mais variados, linha argumentativa que coaduna com a ideia expressa em voto de Menezes Direito, ao defender que a reverência extremada à presunção de inocência "estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite"³⁷.

Noutro passo, (ii) a merecer destaque, está o fundamento de embargo à seleção da criminalização particularizado no voto de Luís Roberto Barroso, segundo o qual, para os réus endinheirados há a possibilidade de recorrer em liberdade até a última análise do STF, enquanto aos condenados pobres sobra o dissabor do tratamento injusto e desigualitário, evidenciando a seletiva orientação criminalizante instrumentalizada pelo instituto do trânsito em julgado operado, para os ricos, somente em sede extrarrecursal (RE, STF).

Por derradeiro, (iii) vige a pragmática falta de confiança da sociedade no sistema de justiça criminal. Como bem expôs Barroso, o ceticismo social na eficácia da lei é oriundo da não aplicação da pena – seja quando o réu obtém a prescrição ou quando aquela não ocorre, o que não é raro – pelo distanciamento dos longos anos passados, na aplicação da punição. Portanto, "legítimas são as demandas da sociedade por um direito penal sério, o qual deve buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal"³⁸.

Assim, restaram demonstrados – embora não se esgotem (e nem é esta a pretensão deste ensaio) nos supras e limitados parágrafos –, os embasamentos de cunho empírico-pragmáticos que enlaçaram o Direito e a justiça, criando bases para justificar a necessária execução provisória da pena, ao empregar a "valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas (empirismo)" na "busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos (pragmatismo)"³⁹.

³⁶ Neste ponto, o então Min. Teori trouxe como um de seus argumentos a voto o sentimento de impunidade que a dilação recursal (REsp e RE) causa no tocante ao início do cumprimento da pena, arrazoando que "ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 18. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2019.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Menezes Direito, Relatório, p. 10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 27. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **HC 152.172**. Anotações para manifestação oral (não se trata de voto escrito), p. 15-16. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/04/anotacoes_para_voto.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

Noutra ponta, convém pôr em relevo as teses jurídicas esposadas no *habeas corpus* em apreço (HC, 2016), destacando que em todas as chancelas vencedoras fez-se argumento a tônica de que o juízo dos fatos e das provas se encerra nas instâncias comuns, não fazendo sentido aguardar a preclusão final ser passada pelo Tribunal Constitucional (STF), cujo nome, por si, justifica limitar o início do cumprimento da punição a partir da condenação em 2º grau de jurisdição.

Os votos assim se resumiram: àqueles vencidos, que trouxeram argumentos a privilegiarem, quase que à guisa absoluta, a intangibilidade da privação da liberdade em razão de sentença condenatória ainda não definitiva, sobrelevando, neste sentido, os votos do ministro Marco Aurélio, que se posicionou irreduzível à taxatividade do inc. LVII do artigo 5º/CRFB⁴⁰, bem como do min. Celso de Mello, para quem a constitucional garantia da presunção de inocência deve prevalecer "como uma cláusula de insuperável bloqueio"⁴¹.

E ao reverso, a corrente vencedora, que apresentou em votos a ordenação e a clareza da estrutura do como funciona o sistema judicial penal brasileiro, com destaque ao *modus operandi* do sistema recursal, chave da controvérsia, por primar pelos efeitos natos (devolutivos) das impugnações extraordinárias (RE/REsp), não obstante a efetividade da sentença condenatória que autoriza a procedência da execução da pena em caráter provisório.

Com efeito, prevaleceu da jurisprudência suprema de 2016 a contraposição à aplicação penal de natureza extremamente garantista em atendimento ao que se entende por *eficientismo penal*⁴². Nesse sentido – mas sem qualquer pretensão de desmerecer a "honestidade intelectual" de quaisquer ministros –, forçoso é adentrar ao primoroso voto do min. L. R. Barroso que, na riqueza dos detalhes, didaticamente abarcou três fundamentos técnicos que justificaram e convenceram quanto à harmonia da execução provisória com o princípio *ficto* de inocência.

⁴⁰Em antítese: "A leitura do princípio da presunção de inocência, então, não se faz de modo isolado ou descontextualizado de demais corpos normativos que igualmente dão a ele conteúdo e alcance. Ao revés, é preciso cotejá-lo não só com aquilo que assegura seu sentido constitucional com o que permite, em sua prática, o respeito ao seu núcleo essencial.". SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Ministro Celso de Mello, p. 5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

⁴²Carolina Luíza Sarkis Vieira destaca bem a ideia do *eficientismo penal*: "[...], o imbróglio entre garantismo e *eficientismo* é contemporâneo à fundação do Direito Penal que a modernidade conhece. Ambos são frutos da racionalização do poder punitivo, promovida pela reforma penal do Século XVIII. O garantismo é identificado na preocupação de resguardar o indivíduo do poder estatal e de seus abusos por meio do reconhecimento de direitos e garantias materiais e processuais. O *eficientismo penal* representa a essência do Racionalismo, eis que objetiva tornar a relação entre meios (investigação, processo e execução) e fins (condenação, repressão e prevenção do delito) menos custosa econômica e politicamente.". VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do *eficientismo* no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica Brasília**, v. 8, n. 78, p. 31, abr/maio 2006. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/498/491>. Acesso em: 24 ago. 2019.

Ficaram, então, consignadas, na externalização fundante do *min. Barroso*, as seguintes teses jurídicas cabíveis a subsumir o Direito ao caso concreto – ou, noutras palavras, a conformar o princípio da presunção de não culpa à possibilidade da execução provisória da pena –, quais sejam: (i) a CF/88 não condiciona a prisão ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (ii) a presunção de inocência é princípio, e não regra; e, (iii) em último entendimento, as instâncias superiores não discutem provas e fatos⁴³.

O ministro relator, ainda por vez, assentou que a análise fático-probatória da causa se concretiza ao tempo do ajuizamento apelatório (reanálise da sentença) – e não pelas vias constitucionalmente excepcionais (arts. 102 e 105, CF⁴⁴) –, nas quais, ordinariamente, ali se exaure por definitivo (observada a revisão criminal, arts. 621 e 626, CPP), caracterizando essa devolutividade restrita dos recursos extraordinários (art. 637, CPP⁴⁵) e resultando na preclusão da matéria, força de um juízo de culpabilidade que afasta a presunção de inocência.

Um último ponto importante dentro do voto-condutor concluiu que a pendência de recurso extraordinário não é empecilho ao início do cumprimento da punição penal antecipado, porque tal prisão "não compromete o núcleo essencial"⁴⁶ "do pressuposto da

⁴³ Este último fundamento (iii) foi o que em comum prevaleceu nos votos da maioria. Nesta linha, o Ministro Teori Zavascki sobrelevou, como principal defesa, a inexistência de efeito suspensivo ante às recorribilidades extraordinárias (RE/REsp) e sua devolutividade limitada. O ministro foi enfático ao argumentar que "os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade [...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Ministro Teori Zavascki, p. 9. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

⁴⁴ Em relação à higidez do sistema normativo constitucional, Alexandre de Moraes leciona: "Como garantia de respeito à Constituição Federal, o legislador constituinte, como já afirmado, erigiu o Supremo Tribunal Federal em guardião da Constituição. Deste fato, surge sua competência recursal extraordinária para assegurar a supremacia das normas constitucionais, de acordo com sua própria hermenêutica, possibilitando, portanto, ao Pretório Excelso somente a análise jurídico-constitucional do recurso, mas jamais o reexame da matéria fática.". MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 409. Disponível em: https://www.academia.edu/35756936/Direito_Constitucional_2017_-_Alexandre_de_Moraes.pdf. Acesso em: 02 fev. 2019.

⁴⁵ A fim de substanciar esse impedimento, não é demais rememorar a existência das Súmulas nº 279/STF e nº 7/STJ, a espelharem o caso.

⁴⁶ Nas lições de Suxberger, p. 192-193: "[...] o núcleo da presunção de inocência se conecta com a necessidade de *comprovação* da culpa na *forma da lei*. [...]. presunção de inocência depende, isso sim, de uma condenação que tenha sido feita dentro das balizas do sistema acusatório, com o respeito ao devido processo legal (e, por conseguinte, aos princípios da ampla defesa e do contraditório), bem como em que se tenha oportunizado o duplo grau de jurisdição. [...]. O princípio traz em si uma *presunção*. Essa presunção (de inocência) é afastada se, mediante um devido processo legal, há a *comprovação* da culpa pela Acusação, de forma a convencer o magistrado, *para além de qualquer dúvida razoável*, da prática de conduta delituosa (não justificada ou exculpada), a ensejar, aí sim, uma condenação penal por meio de uma decisão fundamentada. É que a presunção de inocência não é [...] uma presunção absoluta, motivo pelo qual provas (robustas) em sentido contrário são capazes de elidí-la. [...]. Em suma, [...]: o *núcleo* da presunção de inocência, garantia indispensável ao próprio Estado Democrático de Direito, não esbarra na necessidade do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas tangencia o imperativo da comprovação da culpabilidade na forma da lei e o duplo grau de jurisdição.". SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 192-193, jan./abr. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

não culpabilidade⁴⁷", haja vista que, como regra de tratamento, "o acusado foi tratado como inocente ao longo de todo o processo ordinário criminal, com o devido respeito às regras do devido processo legal⁴⁸".

Por conseguinte, o eminente ministro Edson Fachin, em sua oportunidade, também enalteceu a função verdadeira dos tribunais de Brasília. Consubstanciou em seu voto a defesa do genuíno papel das supremas cortes, não cogitando a concepção do STF, constitucionalmente estatuída, como revisor de "*injustiças do caso concreto*", e, sobre esse aspecto precípua dos tribunais superiores (STF e STJ), assevera Nucci⁴⁹ ser inadmissível a matéria fática de ser revolvida, "tanto no recurso extraordinário, quanto no recurso especial".

Desse engendrado silogismo, não sendo, porém, o único, mas o mais ativo de seus argumentos, Fachin⁵⁰ demonstrou a real cátedra das cortes supremas ("exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional"), assim como evidenciou o que não cabe perquirir em sede de recorribilidades extraordinárias ("uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto").

A somar posição de maioria, está o voto do ministro Gilmar Mendes, que é por demais categórico, preciso e totalmente consonante com a literatura hermenêutica esculpida pelo ministro Barroso, a merecerem especial atenção. Em primeiro, invertendo a ordem do julgamento, a análise do que prevaleceu do voto do min. Gilmar Mendes⁵¹, que, brilhantemente, teceu nota sobre a progressão da culpa e a exigência de refreamento do estado de inocência.

Em 2016 (HC 126.292/SP), min. Gilmar voltou sua reflexão à perspectiva analítica da jurisdição criminal do Brasil, sob pauta no excesso de recursos procrastinatórios a

⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki, p. 8. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2019.

⁴⁸SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 201, jan./abr. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁴⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 859. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/o-onus-da-prova-em-face-da-presuncao-de-inocencia-2>. Acesso em: 17 fev. 2019.

⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Ministro Edson Fachin, p. 4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2018.

⁵¹Relembre que Mendes, em 2009 (HC 84078/MG), formou maioria para inadmitir a execução provisória da pena, com fulcro no atrelamento desta prisão antecipada à violação concomitante à presunção de não culpabilidade, à dignidade da pessoa humana e à proporcionalidade, além de arrazoar que os objetivos a que se pretendem alcançar com o cárcere em 2ª instância podem ser integralmente atingidos pela opção à prisão preventiva (art. 312, CPC). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 05/02/2009. Plenário. Relator.: Min. Eros Grau. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 14. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019.

comprometer o cumprimento da pena e a efetividade da justiça⁵². Desse modo, delineou a gradação e a formação da culpa, questionado os limites da presunção de inocência.

As premissas persuasivas trazidas pelo ministro Mendes admitiram a execução do mandado condenatório, mesmo na contenda de recurso sem efeito suspensivo e sem considerá-la uma afronta ao princípio da presunção de inocência. Desta consideração, duas vertentes se abrem: uma, (i) no que toca os recursos, e outra, (ii) no que tange o princípio. Em razão da primeira observação (i), a retórica de Gilmar sobre os recursos extraordinários é que eles são "destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões⁵³"; logo, comprometem a existência real da justiça e fazem surgir um "quadro constrangedor de impunidade⁵⁴".

Pela referência acima, torna-se mais nítida a compreensão de que, uma vez que os recursos extraordinários são recebidos meramente no efeito devolutivo, como já elucidado, os efeitos vindouros de uma sentença condenatória em tribunal de apelação não podem ser sustados por meio de manejos excepcionais, além de serem as instâncias ordinárias fixadoras da culpabilidade do acusado⁵⁵, vez que aos superiores juízos remanescem julgar causas já decididas.

Em razão da segunda observação (ii), dos pontos acima – mero efeito devolutivo (os recursos extraordinários não cuidam de matéria fática e probatória) e ajuizamento de certa culpabilidade para além da dúvida razoável (fixado nas instâncias ordinárias) –, extrai-se o de maior relevância a encaixar a análise da não ofensa à presunção de não culpa, sob exame do princípio em voga comportar duas regras: a de tratamento e a probatória.

Quanto à regra de tratamento (aplicada no curso da persecução penal), Mendes enlaçou à máxima "ninguém será considerado culpado" a progressão de demonstração da culpa, restando por concluir ser "[...] natural a presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. [...], o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável⁵⁶". Nada obstante, o eminente magistrado em referência às ideias lançadas nas ADCs 43 e 44⁵⁷ reitera o mesmo fundamento:

⁵²Mendes deflagra situações advindas do sistema criminal brasileiro para as quais enaltece ser "algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico", ao que rediz: "Tem que se pensar em alguma coisa.". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019.

⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2018.

⁵⁴Neste rumo, Mendes trabalhou a ideia de que os recursos superiores não militam em favor de seu postulante, mas, sim, de uma sociedade que anseia por uma resposta pacífica sobre certo assunto.

⁵⁵A compor o mesmo entendimento, o Ministro Luiz Fux, citando Konrad Hesse ("A Força Normativa da Constituição") expressou: "[...] a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores". **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**, *ibidem*, p. 3.

⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 6. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 06 ago. 2018.

⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44/MCDF. 05/10/2016**. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 2-3. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

[...], uma coisa é termos alguém **investigado**, outra coisa é termos alguém **denunciado**, com denúncia recebida. Outra coisa é ter alguém condenado e, agora com **condenação em segundo grau**. Quer dizer, o sistema estabelece uma **progressiva derruição** - vamos chamar assim - **da ideia da presunção da inocência**. Essa garantia institucional, vai esmaecendo em função desse conceito e a própria legislação permite isso. Por isso, se aceita a ideia... (grifo nosso)

Quanto à regra de provar, esta "incide sobre a distribuição do ônus probatório no processo penal. Nesse aspecto, a presunção de inocência do acusado impõe que o ônus da prova recaia todo sobre a acusação⁵⁸", sendo este o sentido do sistema acusatório penal. Portanto, "aguardar o trânsito em julgado nas instâncias extraordinárias não se revela indispensável à preservação do núcleo da presunção de inocência".

Mendes destacou que as grandes Cartas Internacionais afirmam que a inocência é presumida até o instante em que a culpa é provada, instalando-se a celeuma sobre o momento em que de fato essa comprovação ocorre. Então, de todos os votos ali vencedores, sob a glosa de que os recursos excepcionais não (re)analisam fatos e provas e, logo, a formação da culpa encerrar-se-ia no grau de apelação, neste – apontaram – ocorreria o trânsito em julgado, o limiar da presunção de inocência⁵⁹.

Isso explica os escólios levantados pelo min. Luís Roberto Barroso, que conferiu dinamicidade à presunção de inocência, a tratá-la como um princípio e não como uma regra⁶⁰. Nesse viés – um dos mais emblemáticos fundamentos jurídicos sedimentados –, min. Barroso⁶¹ certifica que a culpa do acusado vai se formando no caminhar processual, marcha que justifica a incidência de um juízo de ponderação sobre tal princípio, em causa de princípios outros de igual relevância constitucional, como o sopesado princípio da eficiência mínima penal.

⁵⁸SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, jan./abr. 2017. p. 198. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁵⁹Marcéli da Silva Serafim Preis (MPRS), em artigo, citando Gomes Filho, assim expôs: "Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o acusado tem o direito público subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado, cuidando-se de verdadeiro princípio, na medida em que o seu conteúdo prescrito encaixa-se nas acepções referidas pela doutrina, em especial diante da amplitude dos seus destinatários e por comportar tarefa de interpretação em face dos termos particularmente vagos que guarda.". GOMES FILHO apud PREIS, Marcéli da Silva Serafim. Presunção de inocência: núcleo essencial convencional. **Revista do Ministério Público** do RS, Porto Alegre, n. 83, maio 2017 – mar. 2018, p. 97. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1554922436.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

⁶⁰Ocorre que da forma como foi esculpida no texto constitucional pátrio tal presunção de inocência à brasileira comporta a divisão em regra e princípio, a depender de sua natureza e da ocasião de sua aplicação (se em sede de uma cautelar ou de uma definitiva). Isso quer dizer que durante o trânsito processual a presunção pode encerrar-se, em virtude de sua genuína natureza relativa, que, ao aceitar provas contrárias à inocência do acusado (onus probandi), diminui a veemência do princípio.

⁶¹Em seu voto, o Ministro Barroso fundamentou seu pensamento na obra literária de Robert Alexy a tratar dos *princípios* e regras ("Teoria de los derechos fundamentales", 1997). Segundo o clássico autor, princípios são normas que constituem "mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas", que autorizam o contrapeso de outros valores e outros interesses; ao tempo em que *regras* são normas a comportarem o "tudo-ou-nada", ou seja, ou são cumpridas ou não são cumpridas, "vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.". ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. alemã, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

Nessa senda, pela característica de não inconteste (e nenhum o é), é que "um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico⁶²". Em consequência desse entendimento, Barroso pontuou a necessidade de efetivar a técnica de ponderação, por meio do instrumental princípio da proporcionalidade, em decorrência da gradação da culpa, como assim esclarece⁶³:

Com o recebimento da denúncia, este peso diminui. Com a sentença condenatória de 1º grau, diminui ainda mais. Quando da condenação em 2º grau, o equilíbrio se inverte: os outros valores protegidos pelo sistema penal passam a ter mais peso do que a presunção de inocência e, portanto, devem prevalecer.

Conforme vai se demonstrando a culpa do incriminado, a cada grau de condenação, a presunção se descobre menos preponderante e se estabiliza, com fraqueza, no grau de apelação, quando reconfirmada, reforçando a tese ministerial.

Nesses termos, com a envergadura da presunção de não culpa é justificável valorar outros princípios:

verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina a verificação da preponderância da presunção de inocência ou quando obterá maior densidade ou "maior peso ao colidir com outras normas. Por conseguinte, pode-se afirmar que a presunção de inocência possui características assemelhadas às dos princípios⁶⁴

Nesse contexto, notório foi o conflito principiológico existente na apreciação do HC 126.292/SP, que, por todas as razões até aqui expostas, justificou-se a aplicação incidental, no caso concreto, da norma principiológica da efetividade mínima do sistema penal, a qual carrega em si outros princípios de igual importância fundamental, podendo, assim, ser desmistificada a adoção da até então jurisprudência que não obstava a execução provisória da pena⁶⁵.

⁶²ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. alemã, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 105. Disponível em: <http://noosfero.ucsul.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

⁶³BARROSO, Luís Roberto. **HC 152.172**. Anotações para manifestação oral (não se trata de voto escrito), p. 13. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/04/anotacoes_para_voto.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

⁶⁴BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Brasília: TJDF, 2015. p. 65. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 21 jan. 2019.

⁶⁵"[...] a Constituição Federal de 1988 [...] consagra uma estrutura dialética do processo judicial, com a afirmação do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do princípio da presunção da não culpabilidade. [...] o garantismo penal não pode (ou, ao menos, não deveria) ser compreendido de maneira parcial ou incompleta, com a adoção de um "garantismo hiperbólico monocular", em que se defende a qualquer custo a tutela exclusiva dos direitos individuais estabelecidos na Constituição em detrimento da proteção de direitos coletivos e deveres fundamentais, igualmente amparados pela ordem constitucional. [...]. Dentro dessa lógica sistemática (e integral) é que se defende que a interpretação do princípio da presunção de inocência – enunciado na ordem constitucional brasileira por meio da redação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 ("*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*") – necessita de conformação racional, sem prejuízo da tutela do seu núcleo, com vistas a conferir maior efetividade ao processo penal e melhor compreensão do sistema acusatório. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, jan./abr. 2017. p. 186-210. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

Por idêntica interpretação foi que se conferiu robustez ao princípio do interesse público na aplicação da pena (elementar, na persecução penal). Afinal de contas, quando há a reafirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, o Estado-juiz por duas vezes (quando a causa não for originária de tribunal) já declarou a culpa do inculpaado.

O interesse público também se faz presente quando na aplicação da privação cautelar de liberdade, cuja ponderação principiológica do interesse do Estado sobre a presunção de inocência tem cabimento autorizado em lei (arts. 283 e 312 do CPP c/c art. 5º, LXI da CF), fato este que deu azo à soma de outros dois fundamentos jurídicos arrolados pelo ministro Barroso, quais sejam⁶⁶:

- (i) o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente
- (ii) após condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública

Em resumo, caminhando para o fim, Barroso entende que a prisão não acontece devido à necessidade do instituto do trânsito em julgado, mas, para tanto, tão somente se exige uma ordem escrita e fundamentada. Essa inteligência ilumina-se da conclusão a que se chega da análise conjunta dos postulados fundamentais dos incisos LVII combinado com LXI/CF.

Não por menos foi o entendimento confirmatório à legitimidade da execução provisória da pena cinzelado no voto dessa mesma eminência nas ADCs n. 43 e 44, a expor duas linhas de fundamentação infraconstitucional⁶⁷: a uma, por via da interpretação constitucional do artigo 283 do CPP, que não expressa proibição da prisão em 2ª instância; e, a duas, pela força literária inequívoca do art. 637 também do CPP, o qual é cristalino, "[...] os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

A partir dessa conjugação legal, fácil é chegar à ilação de que o trânsito em julgado está diretamente proporcional à admissibilidade da culpa, assim como a prisão está viabilizada pela ordem escrita e fundamentada, idêntica conclusão do min. Fux⁶⁸: "No meu modo de ver, a ordem escrita e fundamentada é exatamente o acórdão condenatório que vai ser efetivado a *posteriori*."

Assim, dessas urdidadas razões, fica claro que quando se chega a uma dupla condenação, 1º e 2º graus, observa-se, como visto, que a presunção de inocência encontra-se "muito esmaecida", devido a "certezas jurídicas" capazes de revelar a autoria e materialidade dos fatos e provas, impossíveis de serem reexaminadas pelos Colegiados

⁶⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/02/2016. Plenário. Relator.: Min. Teori Zavascki. Voto Ministro Luís Roberto Barroso, p. 9-17. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

⁶⁷Min. Barroso elenca como fundamento essencial infraconstitucional a exigência de ordem pública. Arrazoa que o título condenatório decretado em 2º grau de jurisdição, salvas exceções, constitui-se de exigência de ordem pública, vez que, a despeito de não ter uma conceituação exata, "objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social.". TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 932.

⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44/MCDF. 05/10/2016**. Voto Ministro Luís Roberto Barroso, a parte Min. Luiz Fux, p. 99. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

Superiores, por força da conjugação dos arts. 102 e 105 da CF e art. 637 do CPP combinado com a Súmula 267/STJ, a confirmarem a necessidade de dar cumprimento à condenação por duas vezes jurisdicionada.

Esse era o entendimento. Contudo – e se há uma matéria que comporta todas as conjunções adversativas em uma só nota é esta –, de maneira pontual (dois votos se destacaram), uma terceira reviravolta jurídica foi estabelecida, na oportunidade da decisão do mérito das ADCs nº 43 e 44, a fazerem a diferença os escrutínios dos min. Gilmar Mendes e Dias Tóffoli, os quais reafirmaram os fundamentos apresentados na ocasião da apreciação do HC n. 152.752/PR, em 2018.

Mas, de modo perfunctório, cabe particularizar apenas as passagens retóricas de maior relevância nos citados votos, iniciando pela "justeza da devida solução" apresentada por Mendes, como grande "*distinguished*" do que foi posto por ele no HC de 2016.

Seu voto, em 2019, digno de realce, foi lastreado dentro de um pensamento possibilista, que buscou acomodar a execução provisória a uma 'possibilidade' e não a uma legalidade jurídica interpretativa constitucional. Nessa linha argumentativa, conferiu caráter automático às execuções antecipadas, que passaram, nos termos do ministro, a serem aplicadas sem haver um juízo crítico por parte dos tribunais⁶⁹.

Nesse toar, Gilmar expressou que, diante de uma leitura errada que fizeram da hermenêutica assentada pelo STF em 2016, "réus cumpriram penas indevidamente e foram presos ilegalmente⁷⁰". Com todas as vênias de estilo, mas os adjetivos expressos são afrontosos, tanto à soberania dos vereditos de 1º e 2º graus, quanto ao *mandamus* constitucional (CF, art. 102, § 3º) que prevê o instituto da repercussão geral, que, embora não vinculante, é multiplicador⁷¹:

A repercussão geral apresenta o chamado **efeito multiplicador**, ou seja, o de possibilitar que o Supremo decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos seja atingida. O Tribunal, dessa forma, **delibera apenas uma vez e tal decisão é multiplicada para todas as causas iguais**. (grifos nosso)

Desse modo, o cumprimento das decisões sufragadas pelo STF (HC, 2016), com repercussão geral reconhecida à matéria (ARE 964.246/SP), não merece ser entendido como uma ilegalidade, pois sua validade jurídica está aplanada em relevância constitucional (EC n. 45/2004), que acabou por objetivar os recursos extraordinários (Res).

Outro ponto a chamar atenção foi o atrelamento que o douto ministro fez do tema a casos reiterados de prisões provisórias. Segundo G. Mendes, a mudança operada em seu

⁶⁹Tal fundamento, por vez, não encontra amparo na dicção dos artigos 93, IX da CR/88, 489, § 1º do CPC/2015, e nas recentes redações dos arts. 315 e 316 do CPP (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019), os quais exigem uma motivação e fundamentação, a fim de refutar potencial automaticidade na prolação de decisões judiciais.

⁷⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752 Paraná**. 04/04/2018. Plenário. Relator.: Min. Edson Fachin. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 7. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2018.

⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **Conheça melhor o instituto da repercussão geral**. 20 dez. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 01 set. 2018.

entendimento adveio do conhecimento empírico acerca das prisões brasileiras ante às prisões provisórias, deitando luz sobre nova interpretação para as execuções antecipadas da pena a partir de 2017.

No desenvolver de seus votos (2018 - 2019), Gilmar tratou de (re)nomear, em vários momentos, a execução provisória como sendo: "prisão automática no segundo grau", "prisões alongadas de Curitiba", "prisão provisória de caráter permanente", "prisão provisória após a decisão do STF de 2016", e "prisões provisórias alongadas [...] a subverter em sua inteireza a conformação do princípio da presunção de inocência."⁷²⁷³

Tem-se, em conclusão disso, o que se pode cognominar de homonímia jurídica deletéria, i.e., dar título semântico à execução antecipada – que perpassa por dois julgamentos soberanos com condenação – de prisão provisória, que pode ocorrer antes mesmo da formação do processo, mediante preenchimento de requisitos legais, a fim de fundamentar sua reflexão (ADCs, 2019) de que a provisória execução da pena (HC, 2016) resultou em uma grande injustiça.

E, no intuito de corrigir desvirtuamento reproduzido pelas instâncias ordinárias da jurisprudência assentada, assim como demonstrar uma responsabilidade institucional, Mendes, em nova mudança intelectualiva sobre o mesmo assunto, consignou a racionalidade de que – embora a essência do entendimento que firmara no HC 126.292/SP não tenha sido alterado –, dentro de um "pensamento do possível", um julgamento feito pelo STJ "seria a opção que confere maior segurança à execução provisória da pena"⁷⁴.

Destarte, essa última razão foi a mesma sustentada nos votos do min. Dias Tóffoli⁷⁵. No HC-2018, máxime, defendeu que o trânsito em julgado deveria ocorrer no grau em que se opera a jurisdição do Tribunal da Cidadania (STJ), uma espécie de trânsito em julgado ficto, pois ali (STJ) a coisa julgada já se deu por formada.

Já no controle de constitucionalidade exercido em 2019⁷⁶, o min. Presidente, sob a égide da técnica legislativa, ponderou se o texto do artigo 283 do CPP, com redação

⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752 Paraná**. 04/04/2018. Plenário. Relator.: Min. Edson Fachin. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 12; 18. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2018.

⁷³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43, 44 e 54. 07/11/2019**. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 12-13. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

⁷⁴Para G. Mendes, os fatos e as provas continuam se exaurindo nas instâncias comuns (1ª e 2ª). Todavia, o trânsito em julgado pode ocorrer a partir da apreciação de Recursos Especiais, ou seja, antes da apreciação final do STF: "[...], o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, à antijuridicidade ou à culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena. Esse novo marco, com o fim da prisão automática no segundo grau, consubstancia apenas um ajustamento do momento inicial para a execução da pena, mais consentâneo com o nosso ordenamento jurídico e com a nossa realidade.". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43, 44 e 54. 07/11/2019**. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 15. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

⁷⁵No ano de 2019, o voto de desempate do Ministro foi no sentido de declarar compatível com a imediata execução da sanção penal o trânsito em julgado, desde que realizado formalmente no STJ, caracterizado como uma instância intermediária.

⁷⁶Nas ADCs, 2019, contextualizou marcos legislativos, tais quais Lei Complementar nº. 135 de 2010 (lei da ficha limpa), e Lei nº. 12.403/2011, a conferir deferência ao Parlamento, representante da vontade do povo. E, neste sentido, a fim de balizar a letra da lei (art. 283, CPP) à letra da Constituição (inc. LVII), optou por seguir a metodologia Kelseniana – teoria pura do direito –, ou seja, obediência à hierarquia da ordem jurídica, que impõe seguir Norma Fundamental (CRFB/88).

modificada em 2011, é ou não compatível com o inciso 57 da Carta de 88, ultimando que aquele dispositivo, literalmente, não trata de assentamento da culpa, mas tão somente de prisão, como dispôs a vontade do Parlamento.

Dessa feita, restou claro que o inc. LVII/CF pronuncia a culpa e sobre ela repousa o princípio da inocência. Ademais, que a prisão não ofende a presunção de não culpa, e nela – prisão, não se vê cláusula pética, mas ela está calcada na culpabilidade expressa no referido inciso.

Por fim, o voto de minerva, destinado a viragem da matéria, pronunciou que pertence ao Congresso Nacional dispor sobre o tema trânsito em julgado, desde que compatível com a presunção de inocência, e, em comunhão cognitiva com o min. Mendes, trouxeram à referência fundante de seus votos a possibilidade da criação de nova lei⁷⁷ ("*lege ferenda*") em oposição à lei em vigor, isto é, demonstraram que o direito de constituir uma "*novatio legis*" é do legislador, todavia dentro dos moldes de um direito a ser constituído vis-à-vis da Constituição federal de 88.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES

Do presente é possível extrair que a Carta Magna de 1988, sob a ótica de uma ditadura, dispensou proteção excessiva ao interesse fundamental do indivíduo ao conferir-lhe uma presunção que só prescreve com desarrazoado alcance do trânsito em julgado à brasileira, isto é, quando já não há mais nenhum supedâneo recursal possível.

Na atualidade (2020), o efeito dessa custódia constitucional (controle do poder punitivo) sofre de um exagero interpretativo e já não mais se coaduna com a evolução e interesse de uma sociedade, que, mais de 30 anos passados, vê-se perplexa com a aferrada cultura do atingimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, a culminar em total descrédito do povo no sistema de justiça criminal nacional, que tarda e falha.

A eterna espera pelo alcance do trânsito em julgado obtido somente na jurisdição constitucional (STF), a calcar a imutabilidade da causa julgada ora estabilizada formalmente lá nos graus de base (1º e 2º), enfraquece as finalidades do direito penal, ante ao propício mundo dos manejos recursais protelatórios, cujo desígnio último nada mais é que evitar o alcance do réu e garantir o êxito da atividade advocatícia criminal.

Não obstante, esperar até o derradeiro suspiro recursal admitido em direito é violar flagrantemente o princípio da razoável duração do processo (CF/88, LXXVIII, art. 5º c/c art. 8.º, I, da CADH) que, não raras vezes, gera insatisfação e propicia a satisfação de fazer justiça pelas próprias mãos, por meio do exercício arbitrário das próprias razões.

E, da conversora lição de 2019, é crível chegar a duas conclusões: em primeiro, a despeito de ter havido retrocesso da prudência justa fixada em 2016, os votos substanciais desse novo julgamento não negaram que a execução provisória da pena iniciada após

⁷⁷À vista desse embate normativo (CF/88) jurisprudencial (STF, 2018/2019), foi apresentada duas proposta de emenda à Constituição - PEC -, ambas de autoria do Deputado Alex Manente (SP), líder do PPS na Câmara Federal, cujo fim visa à autorização da prisão após condenação em 2ª instância judicial (PEC 199/2019 apensada à PEC 410/2018). BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta acaba com recursos e permite prisão em segunda instância**. 19/11/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/615026-pec-acaba-com-recursos-e-permite-prisao-em-segunda-instancia>. Acesso em: 25 julho 2020.

mandado condenatório prolatado em segunda instância não caracteriza ofensa à presunção de inocência; apenas demarcaram para este princípio um novo marco terminativo, "um ajustamento do momento inicial para a execução da pena, mais consentâneo com o nosso ordenamento jurídico e com a nossa realidade"⁷⁸., qual seja, o STJ.

Em segundo, não mais convém interpretar e construir o sistema processual penal brasileiro voltado unicamente para a proteção de réus culpados, interessados no alcance da extinção da punibilidade pela prescrição, mas sim como "instrumento de legítima defesa da sociedade, como instrumento de busca por uma pacificação social, [...], de forma mais ampla, pois, muitas vezes, o que se está defendendo é a sociedade daquele indivíduo que pode pôr em risco o próprio Estado"⁷⁹.

Desta feita, o que fica é que a compreensão sistemática realizada pelo Supremo em 2016 no texto do inciso LVII do artigo 5º da Constituição/88 – com aparo de normas infraconstitucionais a balizarem a superposição de um sistema acusatório eficiente e lógico – foi derogada por um controle de constitucionalidade que pautou pela aplicação da teoria pura do direito, deixando ao cabo do Direito Penal encontrar seus "fatores de correção", dentro de suas próprias premissas, isto é, dentro do próprio sistema jurídico, que prevê o Poder Legislativo como único poder legítimo para modificar a vontade do povo.

Nesses termos, então, tem-se que, em 2016, a baliza da ponderação e harmonização dos ordenamentos (internos) realizada no HC 126.292/SP, de jurisprudência superada, restou ser possível ao acusado manter seu estado de inocente até a prova da culpa legalmente confirmada em dois graus, sob o endosso também de outras proteções normativas (externas), ensejando que a devida limitação da garantia constitucional em estudo traz equilíbrio às demais dimensões coletivas igualmente positivadas no rol dos direitos fundamentais.

Todavia, e por fim, em 2019, o STF regressou à jurisprudência de 2009, e, ao julgar procedente o mérito das ADCs e reconhecer uma segunda vez a constitucionalidade do dispositivo 283/CPP, também reconheceu que tal artigo não prevê a imediata execução antecipada da pena, razão por que teve sua inconstitucionalidade declarada, com efeito *erga omnes*. Porém a decisão é passível de ser revertida por meio de nova lei.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 21 jan. 2019.

⁷⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43, 44 e 54**. 07.11/2019 Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 15. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

⁷⁹SALGADO, Daniel de Resende. O Sistema Penal em Debate Ministério Público Federal. MPF. Fato Típico. **Revista do Núcleo de Persecução Criminal da Procuradoria da República em Goiás (PR/GO)**. Ano I - n. 3, ISSN 1984-9583, out/dez 2009. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/go/institucional/publicacoes/fato-tipico/fato-tipico-3-206.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **HC 152.172**. Anotações para manifestação oral (não se trata de voto escrito). Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/04/anotacoes_para_voto.pdf. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta acaba com recursos e permite prisão em segunda instância**. 19/11/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/615026-pec-acaba-com-recursos-e-permite-prisao-em-segunda-instancia>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43 e 44/MCDF**. 5/10/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831973&ext=.pdf>. Acesso em: 1º set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs n. 43, 44 e 54**. 7/11/2019. Voto do ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246/SP**, 10/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 5/2/2009. Plenário. Relator.: min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 São Paulo**. 17/2/2016. Plenário. Relator.: min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078 Minas Gerais**. 5/2/2009. Plenário. Relator.: min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **Conheça melhor o instituto da repercussão geral**. 20 dez. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 1º set. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução penal para concursos**: LEP. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES FILHO apud PREIS, Marcéli da Silva Serafim. Presunção de inocência: núcleo essencial convencional. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 83, maio 2017 - mar. 2018. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1554922436.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35756936/Direito_Constitucional_2017_-_Alexandre_de_Moraes.pdf. Acesso em: 2 fev. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/onus-da-prova-em-face-da-presuncao-de-inocencia-2>. Acesso em: 17 fev. 2019.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16, n. 50, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico>. Acesso em: 6 set. 2018.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. alemã, São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alex-y-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau**. IBCCRIM. Boletim 316, março/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6296-Presuncao-de-inocencia-e-inconstitucionalidade-da-prisao-em-2o-grau Acesso em: 18 ago. 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, n. 7, jan./abr. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323224315_a_execucao_provisoria_da_pena_e_sua_compatibilidade_com_a_presuncao_de_inocencia_como_decorrencia_do_sistema_acusatorio. Acesso em: 23 ago. 2019.

TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. **A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo**: o exemplo da Convenção de Viena. Revista Jurídica Brasília, v. 8, n. 78, abr./maio 2006. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/498/491>. Acesso em: 24 ago. 2019.



A execução provisória de sentença penal condenatória e o princípio da presunção de inocência¹

Geralda Emilly Mareco Gomes

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal uma investigação científica acerca da compatibilidade da execução provisória de sentenças penais condenatórias com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição federal, a partir do desenvolvimento conceitual da temática, do detalhamento e da análise crítica dos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos realizados pela Corte. Encontra-se dividido em diversos tópicos, com a finalidade de facilitar a compreensão do leitor em relação ao atual debate entre juristas e, principalmente, entre os ministros do Supremo Tribunal Federal. Resultará na reflexão do leitor em relação à conduta ativista que vem sendo reiteradamente exposta pela Suprema Corte Federal, dando especial atenção às questões políticas e não à sua principal função, a de guardiã da Constituição federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Presunção de Inocência. Prisões. Prisão em Segunda Instância. Precedentes. Execução Provisória. Ativismo Judicial.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se observado uma prática mais ativista do Poder Judiciário, principalmente na esfera criminal, já que se tem buscado, cada vez mais, a punição dos cidadãos, com o objetivo de promover a segurança pública e o combate à criminalidade.

Ocorre que muitas vezes direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição federal vêm sendo violados, em prol de uma política repressiva, com o apoio da grande mídia e de parte expressiva da população, que pela mídia é influenciada.

Nesse contexto, o presente artigo aborda a temática da execução provisória da pena no Brasil após a confirmação pelo segundo grau de jurisdição, tema de bastante relevância ao meio jurídico brasileiro, que vem sendo corriqueiramente discutido ao longo da última década, em decorrência das diversas decisões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal, algumas vezes violando a garantia da presunção de inocência.

O entendimento atual não permite a execução provisória da pena decorrente de sentença penal condenatória, mesmo após a confirmação pelo segundo grau de jurisdição, momento em que ainda são cabíveis recursos especial e extraordinário, já que gera ofensa à presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição federal.

Ao final, o leitor será capaz de opinar sobre a compatibilidade da prisão após condenação em segunda instância com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo seus

¹ Adaptação do texto originalmente publicado como monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos.

pensamentos induzidos a não compatibilidade, já que o principal objetivo é demonstrar a inconstitucionalidade de tal instrumento.

1. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Base da democracia e do processo penal, o princípio da presunção de inocência ou princípio da presunção de não culpabilidade, encontra-se apoiado nos valores da dignidade da pessoa humana e no direito de liberdade individual, os quais devem ser considerados em todas as atitudes do Estado democrático de direito, sendo seu descumprimento um retrocesso às demais garantias fundamentais individuais.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência foi inserido no ordenamento jurídico com a ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamado pela Assembleia Geral das Nações Unidas. E foi ratificado pela Constituição federal em 1988, injetando o princípio em seu artigo 5^a, LVII, além de ter sido adotado, também, pelo Código de Processo Penal em seu artigo 283.

No que tange a nomenclatura do princípio, há que destacar a divergência doutrinária existente, já que cada doutrinador o nomeia de uma forma, assim, três terminologias são observadas: princípio da presunção de inocência, princípio do estado de inocência e princípio da não culpabilidade.

No presente artigo utiliza-se o termo "presunção de inocência", pois se entende que até que uma pessoa seja definitivamente culpada, presume-se, em juízo de probabilidade, que ela seja inocente, para que se possa buscar a verdade processual aceita no âmbito criminal, sem qualquer interferência do meio social, sendo aceita, também, a nomenclatura da "presunção de não culpabilidade", que alude ao mesmo.

Superada a questão da nomenclatura, há ainda a discursão acerca do enquadramento como regra ou princípio, porém, em uma análise aprofundada entende-se pelo enquadramento como princípio constitucional, em decorrência da sua orientação à compreensão do ordenamento jurídico criminal.

Cumprido salientar, por fim, que a presunção de inocência é, antes de tudo, uma garantia política do cidadão, não podendo se imaginar um Estado de direito que não adote um processo penal acusatório sem garantir a presunção de inocência².

Em decorrência da complexidade do conceito de presunção de inocência, tal princípio atua em duas dimensões no processo penal brasileiro, sintetizadas em: dever de tratamento e regra de julgamento, em relação ao acusado.

Dessa forma, essas regras estão relacionadas ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal, não podendo, assim, o indivíduo que goza de presunção de inocência ser submetido ao mesmo tratamento dado aos já condenados com sentença penal transitada em julgado.

O dever de tratamento, conforme bem explica Aury Lopes Jr., implica o tratamento por parte do juiz e do acusador perante o acusado, que deve dar a ele condição de inocente,

²BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ainda e sempre a presunção de inocência: sobre a equivocada alegação de não se valoração de provas em Recurso Especial e Extraordinário**. Disponível em: <http://orcid.org/0000-0002-4526-9316>. Acesso em 21 de mar. De 2020

evitando, assim, o uso desnecessário de medidas cautelares, bem como impõe limites à divulgação de que o acusado é de fato culpado ou criminoso.

Já perante a regra de julgamento, a presunção de inocência estabelece a regra do *in dubio pro reo*, em que havendo dúvidas no julgamento, a interpretação deverá sempre se dá em favor do acusado. Além do que, deve sempre influir para a imparcialidade do julgador, que deve tratar o acusado como inocente até que a acusação comprove a autoria e materialidade do delito.

Para Eugênio Pacelli, há ainda a regra de fundo probatório, ao estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação, restando à defesa demonstrar, apenas, a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude ou de culpabilidade³.

Em decorrência da regra probatória, o sistema adotado no processo penal brasileiro é o acusatório, que será neste capítulo mais bem trabalho, cabendo ao Estado acusador a comprovação de culpa, já que o réu é até que se prove o contrário considerado inocente.

Todavia, em situações excepcionais e previamente estipuladas por lei, o poder estatal poderá utilizar-se de tratamento diferenciado, aplicando, por exemplo, medidas cautelares, desde que devidamente motivado e fundado em razões de extrema necessidade, não sendo possível atingir a proteção social e a efetividade da jurisdição criminal, se assim não o fizer.

2. A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o processo criminal passa da sua fase de conhecimento para a fase de execução, conhecida como Execução Penal, momento em que a sentença condenatória será efetivamente cumprida e a pena aplicada, seja por meio de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos, seja de pena pecuniária.

Logo, têm-se como pressupostos da execução penal a sentença penal condenatória transitada em julgado, a qual servirá como título executivo judicial e a capacidade pessoal de submeter-se à execução.

Todavia, em grau de exceção, a execução penal poderá se dar no curso do processo criminal, de maneira provisória, ou seja, antes que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O órgão responsável pela execução da pena é o juízo da execução, juntamente com o governo dos estados, logo, a execução penal provisória deverá tramitar perante a vara de execuções penais, bem como os pedidos a ela relacionados.

Deve-se salientar que para que a execução penal provisória se consuma, as garantias dadas à execução penal deverão, também, ser asseguradas, o que promoverá a antecipação da obtenção de benefícios, tais como a progressão de regime e o livramento condicional⁴.

³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Em um apanhado geral, a execução provisória será permitida nos casos em que o réu encontre-se cumprindo prisão cautelar, bem como quando não houver mais recursos a serem interpostos pela acusação, apenas pela defesa, tendo ocorrido, portanto, o trânsito em julgado para a acusação, mas não para a defesa, ou ainda, quando for cabível a interposição de recurso pela acusação, mas tal recurso não vise a prejuízo ao réu, seja em relação aos direitos postulados, seja em relação à pena.

Importante salientar que, antecedido pelo direito à vida, o direito à liberdade é o mais precioso direito concedido ao ser humano, não devendo ser violado sem que existam reais motivos para tanto, uma vez que além de ferirem uma garantia constitucional ferem o poder punitivo do Estado, que perderá sua eficácia ao privar a liberdade de um cidadão por bagatelas.

A favor da execução penal provisória tem-se a demora do Poder Judiciário em apresentar uma resposta às demandas que lhe são propostas, realizando a efetiva punição daqueles que infringiram a legislação, o que acarreta muitas vezes na prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Esse posicionamento decorre do pensamento punitivista implantado na sociedade brasileira, que aplaude os encarceramentos mesmo na incerteza quanto à prova do fato e na ausência de informação quanto à culpabilidade do agente.

Outra justificativa apresentada em favor da execução provisória está amparada na ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, apresentados para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Considerados por muitos como mera prorrogação da punição, os recursos especial e extraordinário possuem a função de analisar questões de ordem constitucional e federal, deixando para os demais recursos a análise fática, e protegendo, assim, a manutenção do ordenamento jurídico nacional.

Já o principal óbice dado à execução penal provisória está baseado na garantia constitucional da presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Carta Magna, como já apresentado.

Em decorrência da presunção de inocência, tem-se o óbice do trânsito em julgado, base do Estado democrático de direito e definido como regra no ordenamento jurídico brasileiro.

O trânsito em julgado é caracterizado pela decisão da qual não se pode apresentar nenhum recurso, não devendo ser confundido com coisa julgada, seja ela material, seja formal, que é criada com o trânsito em julgado.

Embora existam fortes motivações sociais que amparem a necessidade de respostas judiciais mais rápidas e eficientes, capazes de promover segurança pública e o combate à impunidade, principalmente dos detentores de poder, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente, afastar as garantias da presunção de inocência e do devido processo legal.

Conclui-se, portanto, que a execução provisória não possui o dever de punir aqueles que possuem recursos financeiros para permanecer recorrendo ao Poder Judiciário da decisão que lhe condenou, tampouco a presunção de inocência possui a função de livrar essas pessoas da punição.

Deve-se punir provisoriamente aquele que praticou um crime de tamanha gravidade que justifique a sua punição antecipada, ou aquele que prejudica a efetividade da instrução criminal, sendo um perigo para a sociedade e para a jurisdição criminal. E assim, devidamente fundamentada no artigo 312, do Código de Processo Penal e não na mera pretensão política dos órgãos hierárquicos.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como guardião da Constituição federal, ao longo dos anos vem sendo discutido no Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade ou não da execução penal provisória no Brasil, tendo em vista a forte influência da garantia da presunção de inocência.

A primeira discussão, após a Constituição federal de 1988, sobre a possibilidade de prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição ocorreu no Supremo Tribunal Federal, no ano de 1991, com o julgamento do *Habeas Corpus* 68.726, de relatoria do ministro José Néri da Silveira.

Na ocasião, a Corte decidiu, por unanimidade, que a prisão antes do trânsito em julgado não ofendia o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição federal, sendo perfeitamente compatível, portanto, constitucional⁵.

Tal entendimento perdurou por anos na Corte, até que em 2009, com significativa mudança na composição plenária do Tribunal, durante o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, de relatoria do ministro Eros Grau, o STF decidiu, por sete votos a quatro, que a prisão após a condenação em segunda instância era incompatível com o princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição federal e, portanto, ilegal.

Em 2016, quando seis dos onze ministros que compunham a Corte durante o julgamento anterior haviam deixado de integrá-la, o Supremo Tribunal Federal reanalisou o tema com o *Habeas Corpus* 126.292/SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki, decidindo mais uma vez pela possibilidade de prisão após condenação confirmada em segundo grau, novamente por sete votos a quatro.

Os argumentos favoráveis ao entendimento firmado foram os de que deve haver ponderação entre o princípio da presunção de inocência, a efetividade da função jurisdicional do Estado e a razoável duração do processo.

Restando fixado o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não será comprometido com a execução provisória de sentença penal condenatória proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário⁶.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 68.726/DF**. Habeas Corpus. Sentença Condenatória mantida em Segundo Grau. Mandado De Prisão Do Paciente. Invocação Do Art. 5º, Inciso LVII, da Constituição. Código De Processo Penal, Art. 669. Relator: Min. José Néri da Silveira, 28/06/1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751798/habeas-corpus-hc-68726-df/inteiro-teor-100467989?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 de maio 2020.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória Confirmada Por Tribunal De Segundo Grau De Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Min. Teori Zavascki, 17/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

No ano de 2019, ocorreu conjuntamente o julgamento das ADC 43, 44 e 54, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, que declarou a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, tendo o entendimento sido alterado por 6 votos a 5, passando a permitir a prisão apenas após o trânsito em julgado, ou seja, depois de esgotados todos os recursos.

Desse modo, todos aqueles que cumpriam pena em caráter provisório em decorrência da decisão fixada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, com o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP devem possuir sua privação de liberdade extinta, até que se tenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, restando, porém, permitida a execução provisória decorrente de prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada conforme os preceitos legais.

Após a decisão fixada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em admitir a execução penal apenas após esgotados todos os recursos cabíveis e atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e tendo em vista sua competência para editar atos normativos, o Poder Legislativo resolveu posicionar-se a respeito do trânsito em julgado da sentença penal condenatória após decisão proferida pelo segundo grau de jurisdição, através da PEC 199/2019.

A proposta de Emenda Constitucional n. 199/2019 é tida, até o momento, como a solução mais adequada para tornar possível a prisão após condenação pelo segundo grau de jurisdição, uma vez que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória se dará após o julgamento de segunda instância, desde que feitas algumas ressalvas.

Dessa forma, atende-se ao interesse social de combate à impunidade e traz uma adequação ao processo penal brasileiro e acima de tudo, uma compatibilidade constitucional sem que sejam afrontadas as garantias constitucionais, principalmente a garantia da presunção de inocência, que estipula o trânsito em julgado como momento de efetivação da culpa.

CONCLUSÃO

Amplamente debatida ao longo dos anos, a garantia da presunção de inocência teve diversas interpretações, sem que uma conclusão unânime tenha sido fixada até então. Como visto ao longo do artigo, a Constituição federal de 1988 conferiu aos indivíduos a garantia da presunção de inocência, conectando-a ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, um indivíduo deve ser tratado como inocente até que não caibam mais recursos contra a sentença que lhe atribui caráter de culpado.

Atualmente, em decorrência do punitivismo implantado na sociedade brasileira, tem-se discutido a relativização de tal garantia com o objetivo de evitar o atingimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado ante os recursos apresentados e a demora da decisão.

Todavia, diante da possibilidade de automaticamente se prender um indivíduo condenado provisoriamente pelo segundo grau de jurisdição, muda-se o tratamento dado a ele, ferindo a garantia da presunção de inocência e afastando a necessidade das demais prisões cautelares, que perdem sua aplicação neste ponto do processo.

De extrema importância é a compreensão de que tal possibilidade representa um retrocesso ao respeito das garantias fundamentais, conquistadas com muita luta, diante do ativismo judicial utilizado pelo Supremo Tribunal Federal a fim de satisfazer o punitivismo da sociedade brasileira que não acredita na eficácia do Poder Judiciário.

Além de que a constante mudança de entendimentos fixados pela Suprema Corte as caracteriza como decisões de caráter político, tendo em vista que ora amplia a interpretação de uma regra extremamente clara da Constituição federal, ora protege o texto constitucional, atuando verdadeiramente como guardião da Constituição.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ainda e sempre a presunção de inocência**: sobre a equivocada alegação de não se valorização de provas em Recurso Especial e Extraordinário. Disponível em: <http://orcid.org/0000-0002-4526-9316>. Acesso em 21 de mar. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro: Vol. 5, n. 1, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 de abr. de 2020.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 6 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória Confirmada Por Tribunal De Segundo Grau De Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Min. Teori Zavascki, 17/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 68.726/DF**. Habeas Corpus. Sentença Condenatória mantida em Segundo Grau. Mandado De Prisão Do Paciente. Invocação Do Art. 5º, Inciso LVII, da Constituição. Código De Processo Penal, Art. 669. Relator: Min. José Néri da Silveira, 28/06/1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751798/habeas-corpus-hc-68726-df/inteiro-teor-100467989?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Julgamento conjunto ADC 43, ADC 44 e ADC 54**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em 12 de nov. de 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 06 de maio de 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.



A admissibilidade das provas obtidas em aparelho celular durante prisão em flagrante

Eduardo Miguel Vaz Santos

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a validade das provas obtidas em aparelho telefônico durante prisão em flagrante. De início, será abordado o conceito do garantismo penal apontando o seu conceito e como se aplica ao presente tema, demonstrando consideravelmente os efeitos de nossa Constituição dentro das provas obtidas sem mandado judicial. Em seguida, serão examinados alguns conceitos de provas e suas legalidades de maneira que se entenda aquelas que possam ser lícitas, e também as ilícitas, como forma de se analisar a natureza das provas em nosso citado tema. Ainda serão abordados alguns direitos constitucionais que envolvam o aspecto da prova, como o contraditório e a ampla defesa, trazendo à baila algumas das garantias constitucionais em vista do modelo garantista apresentado no primeiro capítulo. Por conseguinte, serão observados os entendimentos dos tribunais superiores de modo que se compreenda o que, atualmente, está sendo seguido com o objetivo de conhecer convicções e opiniões.

PALAVRAS CHAVE: Provas ilícitas. Legalidade. Entendimento.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Processo Penal e Constituição; 1.1 As Origens do Garantismo; 1.2 O Modelo Garantista; 1.3 As Garantias Penais e Processuais; 2 Prova e Legalidade; 2.1 Contraditório e Ampla Defesa; 2.2 Garantias contra a autoincriminação; 2.3 Das Provas no Processo Penal; 2.4 Teoria do Fruto da Árvore Envenenada; 3 O Entendimento dos Tribunais Superiores; 3.1 Poder de Polícia; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O tema encontra-se situado dentro da área penal do nosso ordenamento jurídico. O foco se mantém especificamente na área processual onde é estudado a validade das provas obtidas em um aparelho celular, sem ordem judicial, durante uma prisão em flagrante delito. Faz-se necessário ressaltar que, por esse motivo, o tema aborda também a matéria constitucional sobre os direitos e garantias do cidadão brasileiro.

O mundo está sempre em constante evolução tecnológica. Isso faz com que sejam geradas dúvidas corriqueiras a respeito da utilização da tecnologia de um aparelho celular para uma condenação ou absolvição de um cidadão; gerando-se ainda dúvidas quanto à utilização dessa citada tecnologia para ajudar ou atrapalhar aqueles que têm a função de realizar um julgamento. Com isso, o tema é dissertado sobre o fato de analisar se tais provas devem ser consideradas ou não para uma possível condenação e quais suas consequências.

Por esse motivo, aqui buscamos fontes da matéria constitucional de forma a esclarecer se essas provas ferem direitos fundamentais do acusado ou não, ou até que ponto poderia beneficiar a sociedade como um todo.

Hoje, temos variações em decisões de juízes do primeiro grau a respeito do tema. Sendo assim, buscaremos no presente artigo entender a opinião de alguns magistrados. Entende-se que, nos dias atuais, ninguém pode ter seus direitos fundamentais feridos e violados, haja vista que são garantias mínimas que o Estado oferece ao cidadão.

Chegamos, então, a um ponto muito importante, considerando-se o fato de essas provas levarem uma pessoa a ser condenada em um processo penal.

Nesse caso, teríamos direitos fundamentais violados e, considerando-se um dos principais que é o direito à liberdade. Com isso, não se pode nos dias atuais deparar-se com erros no processo penal. Deverá, pois, o processo correr de maneira clara e célere para que tenhamos sempre o fim pretendido, ou seja, a obtenção da justiça.

Hoje a tecnologia pode nos servir como ajuda por diversas vezes; porém, devemos ter o cuidado de verificar a que ponto essa tecnologia está sendo usada de maneira lícita ou não, pois como citado anteriormente, pode esta vir a prejudicar diversos direitos do cidadão e, inclusive, gerar decisões judiciais injustas.

O presente artigo tem, então, por objetivo a análise da admissibilidade das provas obtidas em aparelho celular sem mandado judicial, mas o foco recai na validade dessas provas; se essas podem ser consideradas lícitas ou não.

Destacamos os três principais momentos. Em primeiro lugar, a análise de conceitos e doutrinas garantistas, em uma visão da defesa dos direitos constitucionais. Além disso, cabe

examinar os conceitos de provas e legalidades com a caracterização das provas ilícitas e, finalmente, outro ponto indispensável e que contempla a questão do presente tema quanto à sua finalidade, é a consideração e a observação das decisões de tribunais superiores.

1 PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO

A ideia central é trazer as definições do garantismo e como este se alinha com a perspectiva do processo penal, juntamente com a análise da admissibilidade de provas.

1.1 As origens do garantismo

O Garantismo Penal decorre do marco plantado pela geração de 1960, onde na Itália, se concretizou em luta armada e terrorismo nos "anos de chumbo", conduzida por movimentos e grupos que agiam com violência e meio irregulares para obter resultados na política.

Porém, já se existia o movimento Magistratura Democrática, que se tratava de vários magistrados que eram declaradamente da parte esquerdista, tinham assim como membro, o jurista Luigi Ferrajoli, na qual é conhecido como o pai do garantismo penal.

A "interpretação evolutiva" ou também conhecida como "jurisprudência alternativa" foi a primeira ideia ativista idealizada pelo Luigi Ferrajoli. Assim expõe Leonardo Giardin de Souza, em seu artigo sobre "Garantismo Penal: O cavalo de Troia do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro":

Em 1971, o então magistrado Ferrajoli, juntamente com seus colegas Salvatore Senese e Vincenzo Accattatis, apresentou em Roma o documento "Per una strategia politica di Magistratura Democratica", cuja plataforma definia a justiça burguesa, referindo-se ao modelo do sistema judiciário italiano, como "giustizia di classe", e assumia o grupo Magistratura Democrática "come componente del movimento di classe", incumbido de *corrigir as contradições internas do ordenamento jurídico, através da jurisprudência alternativa*. (SOUZA, 2018, p.104)

Dessa forma, afirma também que:

Em meados dos anos 1970, o recrudescimento da luta armada e o estabelecimento de uma legislação antiterror na Itália contou com a crítica de setores do movimento, surgindo a expressão garantismo penal. Os magistrados ativistas denunciavam a repressão ao terrorismo e ao banditismo armado como criminalização da luta de classes. Foi esse o germe do que Ferrajoli sistematizou no final dos anos 1980 na obra *Diritto e Ragione*. (SOUZA, 2018, p.104)

Feito esse breve relato referente à parte histórica, chega-se ao que temos hoje como denominado sistema garantista, tema do próximo item.

1.2 O modelo garantista

A ideia central desta teoria parte de um ponto onde se entende que para o sistema de justiça criminal não ser um sistema irracional e ilegítimo, seria necessário justificar a violência da pena, com o estabelecimento de limites, à maneira de o Estado aplicar a sua punição.

Assim, seria imposto ao julgador que ao pensar na punição, aplicada pelo Estado, ele devesse antes uma obediência certa e clara aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Porém, não tem que se falar que o garantismo "inventou" normas, pois na constituição já é prevista, assim como os direitos nela expressos; o problema estaria no desenvolvimento desses institutos pelos objetivos não expressos do doutrinador.

De uma forma mais objetiva, o garantismo surge como uma teoria do direito que funciona como um instrumento de proteção aos direitos e garantias fundamentais, fazendo uma adequação entre a espécie constitucional e a aplicação de normas infraconstitucionais. Dessa forma, expõe a autora Jéssica Ramos Saboia em seu artigo sobre Garantismo e Ativismo Judicial:

A teoria garantista visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado de Direito Democrático fundamentado no homem e na sociedade, servindo a esses como instrumento de proteção de seus direitos e garantias fundamentais. O sistema garantista é caracterizado por limites identificados como defesas do cidadão contra o arbítrio estatal. (SABOIA; NESTOS, 2017, p.56)

Assim, segundo Saboia e Nestos (2017), o garantismo pode ser visto como uma espécie normativa de direito a ser usado com o objetivo de fazer uma adequação entre o sistema constitucional e a aplicação das normas infraconstitucionais. Com isso, como relatado anteriormente, podemos concluir que o garantismo postula seus preceitos todos voltados na constituição, buscando impedir que o Estado descumpra a aplicação dos direitos fundamentais.

Há de se observar que um modelo de Direito Penal Garantista visa a preocupação com as garantias e direitos na Constituição e não o objetivo de abolir a pena ou fazer com que culpados saiam no final do julgamento de forma impune.

Assim, entende-se a observação da autora, já mencionada acima, a respeito do assunto:

Nesse sentido, o garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, como sistema de proteção idôneo a minimizar a violência institucional dos aparatos repressivos. Revela-se, portanto, com instrumento apto para limitar o poder punitivo na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por já se encontrarem no texto constitucional, cabe aos operadores jurídicos realizar a devida interpretação

constitucional do Código de Processo Penal (CPP), que é de 1941, e que prevê, em seu bojo, normas incompatíveis com os preceitos garantistas. (SABOIA; NESTOS, 2017, p.57)

O garantismo encontra-se em quatro dimensões do poder judicial. Trazendo as duas primeiras para nosso artigo, que discorre "por mais perfeito que seja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica da pena nunca pode ser absolutamente certa e objetiva" Ferrajoli, (2014).

Em um segundo plano, expõe que

[...] ainda que disciplinada pelo conjunto das garantias processuais, também a verificação fática de uma inserção judicial, da mesma forma que a de qualquer inserção empírica, exige decisões argumentadas. A prove empírica dos fatos penalmente relevantes não é na realidade uma atividade apenas cognitiva, mas constitui sempre a conclusão mais ou menos provável de um processo indutivo, cuja aceitação é, por sua vez, um ato prático que expressa um poder de escolha a respeito de hipóteses explicativas alternativas. (FERRAJOLI, 2014, p.33)

De acordo com o tema elencado, fica clara a aplicação deste princípio abordado. Afinal, o policial que dispõe de sua função e da espécie de prisão em flagrante para averiguar e ordenar que um suspeito ou réu desbloqueie o seu aparelho celular, com a finalidade de retirar daquela ação provas contra o acusado, estaria esse servidor estatal descumprindo normas e direitos fundamentais de nossa Constituição como de se manter em silêncio e não produzir prova contra a própria pessoa, conforme Artigo 5º, LXII, CF?

Observamos assim, que o modelo garantista tem como ideia central que sejam sempre observados não somente os direitos fundamentais, mas também os deveres fundamentais dos Estado, todos esses previstos na Constituição.

A teoria do garantismo determina parâmetros de justificação do poder de punir, partindo de um conjunto de garantias substanciais, como por exemplo o princípio da legalidade, ofensividade culpabilidade e dentre outros.

Ao falarmos dessa "proteção" dada pelo texto constitucional, em nosso atual sistema, é destacado como garantia das partes as premissas do devido processo legal, ou seja, de uma forma que haja uma igualdade processual, tendo assim um equilíbrio entre o Estado e o direito de liberdade do réu, com isso, se evita o tratamento discriminatório, que poderia vir a prejudicar a uma das partes.

Com isso a luz do garantismo, o processo penal não deveria ser visto por aqueles que estão à frente na linha do Direito, como um sistema de punição do Estado, todavia, deveria de ser enxergado como um instrumento de proteção ao acusado, na qual garantiria a ele, um julgamento justo e um sistema que ele poderá se defender, a tal ponto de que possa provar sua inocência perante ao sistema e a sociedade.

1.3 As garantias penais e processuais

Como explicitado acima em nosso texto, foi falado bastante dos princípios constitucionais e agora, podemos formulá-los e separar os princípios fundamentais de outros demais princípios, fazendo assim uma mesclagem para adaptá-los a um sistema, podendo o sistema ser o do processo penal.

A luz disso:

É, pois, possível formula-los, separar os princípios fundamentais daqueles considerados derivados e ordena-los dentro de sistemas ou modelos axiomáticos mais ou menos complexos e exigentes, conforme aqueles estejam incluídos ou excluídos em cada um desses sistema ou modelos. (FERRAJOLI, 2014, p.73)

Com isso, emprega onze termos que são usados na formulação destes princípios, que são eles: "Pena, delito, lei, necessidade, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa." (FERRAJOLI, 2014).

Com essa ideia, todos esses termos empregados, teriam no modelo garantista uma condição necessária, isto é, uma função no momento de atribuição de uma pena dentro do modelo de direito penal garantista.

Temos como ideia neste modelo, que a responsabilidade penal é um conjunto de condições normativas, que são exigidas para que um acusado ou qualquer pessoa seja submetida à pena.

Dessa forma, para o autor, que é considerado o pai desse sistema garantista, cada um desses termos designa uma condição de responsabilidade penal.

Assim, o principal autor desse modelo garantista, traz dez princípios que são considerados por ele fundamentais no modelo de garantias penais e processuais, são eles: Princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; Princípio da legalidade no sentido lato ou estrito; Princípio da necessidade ou da economia do direito penal; Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; Princípio da jurisdicionariedade; Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoa; Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; Princípio do contraditório ou da defesa; e, por fim, o Princípio do ônus da prova ou da verificação.

Feita essa enumeração, completa FERRAJOLI (2014) "Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem com certa força de expressão linguística- o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal"

A atuação desses princípios teria como ideia a de limitar o poder penal absoluto.

Por fim, denota-se que de todos os princípios explícitos aqui neste trabalho, um deles se destaca no sistema de garantias, que é o caso do princípio da legalidade estrita. Justifica assim FERRAJOLI (2014) "Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (nulla pena, nullum crimen sine lege), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da pena legalidade penal"

Com o axioma da Legalidade estrita, a lei se faz de uma forma condicionada e não condicionante como no princípio meramente da legalidade. A simples legalidade da forma e da fonte seria uma condição de existência das normas que preveem crimes e delitos. Porém, em uma legalidade estrita, cria hipóteses de hierarquia constitucional, sendo uma condição de validade ou de legitimidade das leis.

Ora, dessa forma, uma se dirigiria ao juiz e outra ao legislador, conforme expõe o autor:

Basta aqui dizer que, enquanto o princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juizes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o principio cognitivo de legalidade

estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados (FERRAJOLI, 2014, p. 76)

Fica claro aqui, que segundo um dos principais modelos do sistema garantistas, a ideia seria a de vincular o juiz ou o julgador a uma lei, um sistema correto e já prescrito, como uma forma de evitar que o magistrado ou aquele que está julgando um réu, fugisse e se baseasse em pressupostos e demais fatos para determinar uma pena.

Com isso, ficaria aqui o julgador vinculado a uma lei, que expressamente vem sendo defendida pelo modelo garantista que é a Constituição federal. Ora, se o magistrado está vinculado a uma lei, ele deveria assim seguir suas hierarquias, conforme já exposto aqui, ou seja, no momento de um julgado, deveria ele observar em primeira hipótese a mais alta norma do ordenamento jurídico que é a nossa Constituição. Dessa forma, e aplicando ao nosso presente caso, ao verificar uma prova obtida para um processo penal, deve o magistrado averiguar a validade destas, ou seja, se no momento de sua colheita, foram respeitados os princípios constitucionais, ou se, serão irrelevantes no caso. É a partir deste ponto que surge a dúvida em nosso trabalho, as provas obtidas em aparelho celular durante prisão em flagrante sem mandado judicial, são válidas para uma eventual condenação? Poderemos encontrar a resposta para tal pergunta mais para frente em nossos próximos dois capítulos.

2- PROVA E LEGALIDADE

Conforme exposto no capítulo anterior, a constituição está bastante presente ao tratarmos da matéria probatória do Direito Penal, seja na questão de colheita até a sua validação se é considerada lícita ou não. Além disso, apresentamos aqui o garantismo, o que se pode resumir que é aquilo que assegura o ponto constitucional, as garantias fundamentais a todos que cumprem pena ou são investigados por um processo penal.

2.1 Contraditório e ampla defesa

Desse modo, o início deste projeto norteia-se no disposto no art.5º, Inciso LV, da Constituição federal, que disserta que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes". Ao analisar, nota-se que a vontade do legislador foi de estender a garantia a todos os cidadãos, sobre o qual esteja regente por um processo por a autoria de algum fato, de natureza penal que é o nosso caso ou administrativa, ou até de qualquer outra natureza, o que importa é que esteja tutelado pelo direito positivo, de uma forma que independe do órgão acusador ou da etapa do procedimento. Assim, é de extrema importância o que diz Godoy:

No processo penal acusatório, a garantia do contraditório assegura a ampla defesa do réu e, portanto, é um dos corolários do devido processo legal. É este um direito que fomenta a igualdade das partes, constituindo, assim, um baluarte dos direitos de personalidade inerentes ao ser humano. A ausência do contraditório na persecução criminal torna-se uma violência, pois o réu se torna indefeso, infligindo afinal um grave dano a sua dignidade (GODOY NETO, 2006, p.171)

Assim, de acordo com Almeida (*apud* GODOY NETO, 2006), a verdade atingida pela justiça pública, não pode ser considerada válida em um juízo, sem que se dê oportunidade de defesa ao acusado.

Desse modo, o réu deve estar ciente daquilo de que vem sendo acusado, sendo sempre comunicado, dos termos dessa acusação e também daquelas provas que vem

sendo usadas naquele presente processo.

Ao falarmos desta comunicação ao acusado, é preciso estabelecer aqui, que esse ato deve ser feito em momento oportuno e não em um longo prazo, ou seja, desde o início de tal processo, é necessário que o acusado tenha conhecimento daquilo que a ele vem sendo apontado.

Assim, o contraditório é uma maneira de um diálogo, uma dialética que se faz dirigida ao magistrado, para que dessa forma, possa ele ser convencido e que este concretize sua decisão para que se resolva o litígio ali presente. Com isso, quando se estabelece a igualdade de condições entre o réu e o acusador, tem-se presente uma isonomia processual, de uma forma que garanta a eficácia e a legitimada da função do Estado em seu modo jurisdicional. A partir desse princípio, nós teremos naquele litígio uma igualdade processual, desse modo, teremos no caso uma igualdade de direitos entre o réu e o acusador, fazendo com que esses se encontrem em um mesmo patamar até o momento de decisão do magistrado. Assim, se tem uma liberdade processual onde garante a cada parte constituir suas provas e praticarem seus devidos atos.

Nesse ponto, expressa Raul Neto:

Neste mesmo sentido, Germano Marques da Silva, ao afirmar que este princípio traduz-se na estruturação da audiência em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. Cada um dos respectivos titulares é chamado a aduzir as suas razões de fato e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a discreter sobre o resultado de umas e outras.¹⁴⁵ No que tange ao acusador, este terá de fundamentar, na sua peça processual, a narrativa clara e precisa dos fatos "que está a imputar ao futuro réu, a fim de que este tenha pleno conhecimento da acusação, podendo elaborar sua defesa e produzir as provas necessárias, sob pena de inépcia da inicial, por violação ao princípio em testilha" (RAUL NETO, 2006, p. 172)

Ora, a garantia do contraditório, norteia todo o processo, assegurando os direitos processuais de cada parte.

Isso pois, é o contraditório que irá assegurar o direito de produzir provas de cada parte e também do acusado poder se defender daquilo que vem sendo imputado a ele. De acordo com essa grande garantia, não se pode o magistrado julgar de maneira diferente um ao outro, ou até mesmo beneficiar qualquer parte, só pelo simples fato de um estar no lado acusador e o outro do lado de que vem sendo acusado.

Ao pensar desse lado, é importante também conforme explicito acima, que o acusador seja claro em sua peça processual de acusação, de modo que fundamente de uma forma clara e precisa tudo aquilo ocorrido. Isso porque, após o início de um processo penal, gera ao réu, uma referência ruim a sua imagem, perante ao efeito natural desabonador sua personalidade, pois perante a sociedade, aquele que figura na qualidade de réu em um processo criminal, teria a qualificação de culpado, antes mesmo de uma possível sentença. Desse modo, o direito ao contraditório como garantia fundamental vem também de uma forma a garantir o direito a imagem do acusado, pois dará a ele a oportunidade de esclarecimentos dos fatos segundo a sua perspectiva.

Apesar do exposto, a garantia do contraditório é conjunta a da ampla defesa, na qual se tem uma medida contrária aos interesses da parte autora ou do Estado, de um modo que se possa contrariá-la fazendo assim a sua defesa.

Desse modo, a ampla defesa é nada mais que outra garantia processual, competente a todos indistintamente; pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiros etc.

Com isso, o contraditório e ampla defesa não são somente uma garantia processual instituídos ao nosso ordenamento jurídico, antes disso vem a ser uma garantia a própria pessoa humana, sendo um direito de personalidade. Isso porque, conforme esclarecemos no começo deste capítulo, um processo ou um inquérito processual por exemplo, pode gerar danos a figurar da imagem do acusado, desse modo, é necessário a garantia a sua pessoa, para que possa provar o contrário e esclareces os demais fatos.

Dessa forma, entendemos a ampla defesa como uma forma de asseguramento ao réu ou acusado, que possa garantir a ele o direito de trazer ao processo demais elementos que possam esclarecer a verdade ou mesmo de se calar, com objetivo de provar sua inocência ou esclarecer os fatos ali presentes.

Vale ressaltar aqui, que é papel do Estado é garantir e proporcionar a todo réu a defesa em um processo criminal, devendo prestar assistência jurídica e conforme estabelece os requisitos, quando possível, gratuita àqueles mais necessitados.

Nesse ponto, adentramos ao tópico importante consoante a importância da defesa técnica, ela surge como uma forma de assegurar a ampla defesa e o contraditório previstos na Constituição federal, garantida em todo o processo.

Desse modo, a defesa técnica é indispensável, irrenunciável, e não apenas que deve ser suprida em caso da impossibilidade do acusado de se defender pessoalmente. (FERNANDES, 2002).

É importante também ao tratar dessa matéria, destacar que a defesa técnica deve aparecer de uma forma plena, ou seja, para que se tenha uma efetiva defesa, ela deve estar presente desde o início da instrução penal, desde o inquérito policial, de um modo que possa contrapor a acusação que essa sim atua a partir do início da apuração policial.

É notório também que essa materialização do contraditório e da ampla defesa não está presente somente em nossa Constituição federal.

Nesse caminho, objetivando materializar a garantia da ampla defesa e do contraditório, além dos já mencionados de ordem constitucional, o Código de Processo Penal, além de prever o instituto da nota de culpa como documento que contém os motivos da prisão, nome do condutor e das testemunhas, após alteração relativamente recente, passou a prever também a necessidade de comunicação à Defensoria Pública a prisão em flagrante, no prazo de até 24 horas, quando o autuado não indicar defensor próprio.

Cumpra relevar, ademais, o entendimento firmado em recente súmula vinculante de nº 1428, aprovada em sessão plenária pelo Supremo Tribunal Federal, em 02/02/2009, que normatiza o seguinte sobre o acesso do defensor à investigação: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BARBOSA, 2011, p.85)

Desse modo, é importante que se tenha uma visão mais ampla da defesa, de que não se trata ela de uma forma negativa, de oposição ou resistência a pretensão do autor, ou seja, que estaria ali apenas se defendendo e retirando suas culpas levantando pontos que batem de forma contrária à acusação, e sim, a defesa deve ser vista na sua dimensão positiva, que seria o direito de participar e influenciar no processo, não meramente como um acusado, mas de forma que se objetiva chegar a um resultado justo. Ora, advindo de uma sentença, é possível que ela reconheça que o autor do processo tenha agido de má fé, podendo ele responder até por denúncia caluniosa.

Assim, uma das principais formas de praticar sua defesa técnica e exercer o direito do contraditório e ampla defesa, é usufruindo do direito a prova, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo, devendo sempre se observar a sua legalidade.

Com isso, pode-se concluir pelos dois princípios que são ligados a defesa técnica que seria a sua materialização que, mediante esses, o sujeito tem a liberdade de acessar o conteúdo que fora produzido contra ele, reconhecer aquilo que está sendo imputado a sua pessoa e esclarecer os fatos, de um modo que possa fazer a sua defesa, com testemunhas e diversos outros meios probatórios. Importante salientar, de que todo o processo deveria ocorrer de uma forma que não prejudicasse sua imagem até uma sentença final, porém que é um grande trabalho a ser feito, devido a cultura da sociedade.

2.2 Garantia contra a autoincriminação

Neste tópico, trataremos do estudo da garantia contra a autoincriminação, como base no termo "*Nemo tenetur se ipsum accusare*" que significa que, ninguém pode ser obrigado a acusar-se a si próprio, como pequena introdução há de se falar que esse princípio se refere a que nenhuma pessoa ou réu seja obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Ao final deste tópico, poderemos ter uma certa ideia se esse princípio seria uma espécie de garantismo penal e se ao acusado fornecer seu celular aos policiais presentes em uma prisão em flagrante estaria ou não produzindo provas contra sua própria pessoa.

Com base em estudos diversos, o direito à não autoincriminação se dá no direito a não ser obrigado a depor por exemplo como testemunha contra sua própria pessoa em processo penal. Isso encontra-se em conjunto com o princípio da presunção de inocência e também ao direito de um julgamento justo. Machado e Raposo (2009).

Assim, na linha da história o primeiro aparecimento dessa garantia fundamental veio a surgir na Constituição federal norte-americana em 1787, surgindo como um vasto conjunto de preocupações relacionadas a um modo que se evite que uma pessoa ou um acusado seja condenado de uma forma injusta, podendo ter seu objetivo comparado ao do garantismo, expresso aqui neste trabalho no capítulo de número 1.

Ao analisarmos esses objetivos dessa garantia, Machado e Raposo (2009) coloca de forma muito própria a este artigo, os objetivos subjacentes da garantia contra a autoincriminação, expõe assim:

Subjacente ao direito à não auto-incriminação encontra-se igualmente um princípio de prevenção do abuso de poder na recolha de informações, da invasão da privacidade e da recolha de elementos probatórios destituídos de fidedignidade. Igualmente relevante é o princípio da voluntariedade da confissão, de acordo com o qual a confissão deve resultar de uma escolha livre e não constrangida por parte do arguido. Pelo seu conteúdo, o direito à não auto-incriminação deve ser interpretado em termos razoavelmente amplos, a favor do arguido, na medida em que isso seja suportado por uma correta ponderação dos princípios relevantes³. Na origem histórica deste direito está a necessidade de proteger os arguidos diante dos interrogatórios policiais, como meio de evitar confissões coagidas. Este direito surgiu como uma reação consciente contra as práticas inquisitoriais medievais, na linha do instituto da Prohibitio Formata através do qual se pretendeu restringir os direitos de interrogação do clero⁴. Presentemente, o mesmo tem como ponto de partida o reconhecimento da fragilidade do indivíduo perante o monopólio estadual da coerção legítima. O direito à não auto-incriminação sofre, naturalmente, as restrições necessárias e adequadas à realização da finalidade constitucional da boa administração da justiça e do combate à criminalidade. (MACHADO; RAPOSO, 2009, p. 14)

Dentro da tese do direito a não autoincriminação, podemos falá-la no aspecto material, no qual estamos diante de um fato em que há uma carência, algo concreto em lei, para que possa- se por exemplo estabelecer-se seus limites, ou seja, em outras palavras não haveria algo concreto que mostrasse até que ponto está se ferindo o direito a não autoincriminação, como no caso em que se estaria indo contra o direito de garantia a propriedade ou não ao acessar uma casa ou um celular durante a prisão em flagrante.

Diante disso, para Machado e Raposo (2009), esse direito tem um fundamento material de dupla natureza, substantiva e processual. Do ponto de vista substantivo, como anteriormente se disse, este direito encontra-se radicado na presunção da inocência e no direito a um julgamento justo e serve o objetivo de evitar abusos de poder por parte do Estado.

Dessa forma, Machado e Raposo (2009) diz ainda que a pretensão desse direito é de proteger a dignidade, privacidade e autonomia individual durante um processo judicial. Ao se analisar esse tema no âmbito processual, se entende que o direito a não autoincriminação é indispensável no procedimento acusatório de um processo judicial, na qual, nessa parte, o responsável a produzir provas é a parte acusadora, na qual ela não pode exigir que o acusado ou a ré manifesta-se em confissões.

Dentro dessas posições e estabelecidos o conceito e a ideia do direito a não autoincriminação, se passa análise ao nosso tema, e onde poderíamos aplicar tal princípio. Com isso, Machado e Raposo (2009) se posiciona ao explicar que esse princípio também adentra ao direito de não ser obrigado a oferecer quaisquer substâncias ou elementos de provas que possam ajudar para sua incriminação.

Ora, um policial ao realizar uma prisão em flagrante delito, estaria ele sim agindo dentro da lei, porém, seria passível ordenar ao acusado, aquele que está sendo autuado no momento a desbloquear seu aparelho celular com os fins de ali localizar provas que possam prejudicar ainda mais o réu? Aqui, estaria ele claramente obrigando o sujeito a produzir provas contra ele mesmo caso haja algo que prejudique a sua situação, pois aqui ele estaria oferecendo substâncias e elementos de provas que realizem sua própria incriminação.

Com isso, entendemos que o direito contra a autoincriminação é bem aplicável ao réu analisado no nosso projeto, pois às vezes um simples desbloqueio de aparelho por medida forçada do agente estatal, destacando que este se encontra sem mandado judicial, estaria obrigando o acusado a realizar e produzir elementos de provas contra sua pessoa.

2.3 Das provas no processo penal

Para concluirmos este capítulo, se faz necessário abordar o principal tema que aqui vem sendo analisado, as provas! Até por esse motivo, fica para o encerramento do capítulo 2.

Dessa forma, o conceito de prova é definido por Fiorin e Campos (2012): Conceitua, sendo ele amplo. Originalmente o termo "prova" origina-se do latim *probatio*. Tal termo tem o significado de demonstrar, ser reconhecido. Dessa forma, é aquilo em que se demostre a existência de tal fato ou algum ato.

Dessa forma, há no ordenamento jurídico um grande sistema de princípios dentro das provas. Como: Autorresponsabilidade, Vedação das provas obtidas por meios ilícitos, liberdade probatória, livre convencimento, contraditório, e o da comunhão.

Assim, Fiorin e Campos (2012), definem esses princípios da seguinte maneira:

O Princípio da Auto Responsabilidade determina que cada uma das partes é responsável pelas consequências por suas ações e omissões na produção das provas, em função da faculdade processual da produção de provas pelas partes.¹⁵ O Princípio da Oralidade, dá-se normalmente pela prevalência da produção de provas orais¹⁶, e prevalecendo esta sobre a prova escrita. O Princípio da Comunhão da Prova, "significa que a prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, O Princípio do Contraditório, "produzida a prova, a parte *ex adversa* tem o direito constitucional de poder manifestar-se sobre ela; se produzida pelo Juiz, sobre ela têm as partes o direito não só de tomar ciência da sua produção como, também, o de se pronunciar sobre ela" O Princípio do Livre Convencimento acarreta a livre persuasão do magistrado em seu julgamento, referente à valoração das provas, desde que devidamente fundamentada. O Princípio da Liberdade Probatória zela pela liberdade na produção de provas, ainda que de ofício, na busca da verdade real dos fatos. O Princípio da Vedação das Provas Obtidas por Meios Ilícitos resguarda a garantia constitucional do inciso LVI do artigo 5º da CRFB/88, onde nenhuma pessoa poderá ser condenada com fundamento em prova ilícita, matéria que será abordada com maior enfoque neste artigo. (FIORIN; CAMPOS, 2012, p. 569)

Dentro desse mundo das provas, diversos autores destacam as provas ilícitas, que são aquelas principais abordadas por nós também neste trabalho, afinal, o tema principal aqui em discussão é se as provas obtidas em aparelho celular em prisão em flagrante sem mandado judicial são válidas ou ilícitas.

As provas em si, formam uma base para que o juiz fundamente sua decisão, quando ausentes essas, acarretará em absolvições.

Com isso, posicionam-se os autores que, nessa busca incessante de provas para chegar-se na verdade e afastando assim a probabilidade, são utilizados os mais variados meios para a produção de provas, justamente por tratar-se sobre questão de garantia da liberdade do indivíduo.

Ora, à luz dessa observação, notamos que muitas formas são usadas para que se produza provas e uma delas ocorre durante prisões em flagrante. Quando os agentes do estado abordam o flagranteado, muitas vezes eles usam formas de adquirirem provas, uma delas, é quando eles obrigam ao acusado que desbloqueie seu aparelho celular para que ali possam observar e ver se é possível extrair provas contra eles, isso sem mandado judicial e sem avisá-los previamente que não são obrigados a praticar tal ato de desbloqueio.

Por conta disso, expõem FIORIN e CAMPOS (2012) "Contudo, esta permissão probatória das partes, terceiros e juízes devem respeitar certos parâmetros morais e legais para o seu devido aproveitamento processual, sendo, portanto, limitada".

A condução e investigação do ato ilícito deve seguir uma grade de regras que já são estabelecidas, seja de uma forma material, seja também de uma forma processual. Assim, observa-se a proteção em prol da defesa social, de uma forma que não é tolerado uma aplicação de punição de qualquer modo, de uma forma que se utilize provas contrárias as leis e que não vai de acordo com a moral, pois quando se busca uma verdade justa, também se faz necessário que se utilize meios e métodos justos, lícitos e que não se prejudique nenhum dos direitos do acusado.

O grande problema estaria quando adentrássemos no ponto de vista da sociedade, assim expõe FIORIN e CAMPOS (2012) "O correto seria a utilização de qualquer meio ou prova como liberdade para o juiz penal realizar a pretensão punitiva do Estado, fazendo com que a obtenção da justiça na busca da verdade sobressaísse perante a liberdade individual".

Eis aqui uma situação de grande problema para nós. Até que ponto se pode considerar uma prova ilícita em prol a sociedade? Seria isso possível?

No tema tratado em nosso trabalho gera uma grande repercussão, pois em alguns casos os agentes do Estado sabem que se há provas naquele aparelho celular que se encontra com o flagranteado, e naquele mesmo momento ordenam que ele desbloqueie o aparelho para que possam colher as provas ao ponto de uma possível prisão provisória no momento da audiência de custódia.

Assim, há ocasiões em que se tem provas concretas no celular do réu de que ele por exemplo esteja tipificado no art.33 da Lei 11.343/2003, ou seja, incurso no tipo penal de tráfico de drogas.

Ora, as drogas causam grandes prejuízos em toda a sociedade, destroem famílias e por sua conta acarreta em várias mortes por conta da guerra do tráfico. Dessa forma, não estaríamos de certa forma protegendo o acusado, haja visto que se há provas concretas de que ele participa do meio ilícito e pratica o tráfico? Talvez fosse mais benéfico para a sociedade, que o magistrado ao receber as provas e os fatos, decretasse a condenação do réu, aproveitando tudo aquilo que foi colhido na prisão em flagrante e dessa forma fizesse com que o acusado cumprisse sua pena com o fim de se reeducar perante a sociedade.

Porém, como falamos em nosso primeiro capítulo, se tem garantias e leis a serem seguidas, o modelo garantista é muito claro ao proclamar que é necessário sempre se atentar aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, além disso, deve-se seguir sempre a lei processual do Estado, na qual em nosso país, se tem de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, conforme art.5º, Constituição federal.

Com isso, estando essa limitação que restringe a colheita de provas para que se possa instruir o processo penal e futuramente uma fundamentação da sentença, toda parte que legalmente não é aceita e que seja contrária à lei, é vedado a ser considerado como prova naquele processo.

Assim, FIORIN e CAMPOS (2012) "Caso ocorra de provas serem obtidas com violação à lei ou algum destes outros direitos implícitos ou explícitos, serão automaticamente provas ilícitas, vedada a sua utilização e proibida de instruir qualquer ato processual".

Porém entende-se que as provas ilegais são divididas em duas categorias: As processuais que são chamadas de ilegítimas e as materiais que são as provas ilícitas. Dessa forma, entende Nucci (2009, p. 353), que: "As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual".

Dessa forma, caso a ilegalidade se encontre no momento da produção da prova, como por exemplo em nosso caso, em que ela é produzida no momento da prisão em flagrantes com a ordenação de que o acusado desbloqueie seu celular sem um devido mandado, essa se enquadraria em prova ilícita.

Assim, a Constituição da República e o Código de Processo Penal são claros ao dispor de que há uma inadmissibilidade das provas ilícitas, assim dispõe:

Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

Com a redação dos dois artigos se advém uma grande observação dos autores:

Observa-se que no texto constitucional o legislador não materializou o conceito de provas obtidas por meios ilícitos, apenas legislou a sua inadmissibilidade no processo. Então a doutrina como já salientado dividiu as provas ilegais em: provas ilegítimas (direito processual) e provas ilícitas (direito material). Porém com a nova redação do Código de Processo Penal novamente unificou as provas ilícitas em uma espécie apenas, sejam elas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais, englobando tanto as de direito processual como de direito material em uma única terminologia, provas ilícitas. (FIORIN; CAMPOS, 2012, p.573)

Dessa forma, entende-se que as disposições legais englobam tanto as provas ilegais quanto as provas ilícitas.

2.4 Teoria do fruto da árvore envenenada

Essa é uma teoria bastante utilizada no mundo do processo penal. É possível encontrá-la em diversas ocasiões, como em tribunal do júri ou até mesmo em peças processuais.

Assim, Fiorin e Campos (2012) entendem que, a teoria teve sua origem nos Estados Unidos e foi adotada pela primeira vez em 1914. Ela consiste em que se a árvore está envenenada, todos aqueles frutos que dela decorrem também estariam envenenados, ou seja, qualquer dos frutos que advenham dessa árvore estarão também contaminados, também serão afetados.

Aplicando essa teoria em um conceito jurídico, caberia dizer que, toda prova lícita, mas que foi produzida por um meio de prova ilícito ou deriva de uma prova ilícita, essa que era válida também será a ser considerada ilícita, pois estaria contaminada pelas ademais. Portanto, caso a prova deriva de outra produzida ilicitamente, a primeira irá herdar a sua ilicitude.

Com isso, ao observar nosso caso, podemos notar que muitas vezes a prisão em flagrante é totalmente legal, e aquilo que foi achado em seu celular também são provas concretas e lícitas que podem vir a condenar o acusado, o detalhe estaria na forma em que foi obtida essa prova no celular do réu. Às vezes, ele poderia ter liberado e dado ciência do que iria acontecer, porém de que forma foi levado a esse convencimento? Mediante uma tortura física ou psicológica ou até mesmo enganado do que seria feito com aquele material probatório. Dessa forma, tudo aquilo que era lícito será contaminado, ou seja, se tornará ilícito. Esse seria um caso de aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada.

3 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Neste nosso último tópico do trabalho, após feita todas as observações necessárias, adentraremos na prática, de modo a observar as decisões relativas ao nosso tema.

Ficou claro que o nosso trabalho buscou sempre analisar a admissão processual da prova obtida sem ordem judicial, no telefone celular apreendido em razão de flagrante com relação às garantias constitucionais, até por esse motivo, o primeiro capítulo versa sobre a teoria do garantismo.

- HC 66.368

A nossa primeira análise entra no HC 66.368, que remete contra o acórdão 0201607-4 de 2006. No acórdão, houve a denegação da ordem em que se buscava a

revogação da prisão preventiva e que se fossem desentranhadas as provas dos autos, visto que teriam sido essas provas colhidas sem autorização judicial no celular do acusado, e por esse motivo seriam ilícitas.

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DAS ELEMENTARES DOS CRIMES. OFENSA AO ART. 41 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. NOME COMPLETO DAS VÍTIMAS NÃO EXPLICITADO. IRRELEVÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE DE PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONVERSAS ENTRE OS RÉUS E SEUS DEFENSORES. INTERCEPTAÇÃO NOS TELEFONES DOS INVESTIGADOS. FILTRAGEM QUE NÃO DEVE SER FEITA PELA AUTORIDADE POLICIAL. AFRONTA AO ESTATUTO DO ADVOGADO NÃO CONFIGURADA. DOCUMENTOS QUE PODEM SER DESCARTADOS PELO JUÍZO. SENTENÇA NÃO PROFERIDA. ORDEM DENEGADA.(Superior Tribunal de Justiça (STJ)- Habeas Corpus (HC):66368 PA 2006/0201607-4, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 05/06/2007, T5- QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/6/2007, P. 673).

Nesse presente caso, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a prisão que fora decretada pelo Tribunal de Justiça do estado do Pará. Assim também, negou o desentranhamento das provas que haviam sido arguidas como ilícitas pela forma que foram colhidas nos aparelhos apreendidos no flagrante. Nesse ponto, a turma entendeu que a colheita de provas nos aparelhos apreendidos quando em situação de flagrante são dever da autoridade policial, e por esse motivo, não necessitariam antes de uma autorização do Judiciário.

Porém, a defesa impetrou outro HC em abril de 2012 perante o Supremo Tribunal Federal, com o mesmo fim de revogar a prisão preventiva. A mais alta Corte brasileira teve o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que se trata de autoridade policial e denegou o pedido.

Entretanto, em abril de 2016, o Superior Tribunal de Justiça teve posição diferente perante o HC 51.531, cujo caso era semelhante, e nesse julgamento a Sexta Turma do órgão teve um entendimento contrário ao do anterior emitido pela mesma corte no HC 66.368:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos. (STJ – RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de julgamento: 19/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 9/5/2016)

Nesse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a colheita de provas no aparelho telefônico necessita de ordem judicial, caso contrário, estaria sendo uma afronta à privacidade do indivíduo e ferindo seus direitos constitucionais.

Diante disso, o problema que decai é que tais casos podem servir de base para julgamento de casos análogos, logo, qual seria o ponto correto a ser adotado, haja visto essas discordâncias no Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal?

Outro caso que serve como base é o do HC 66.368 perante ao Superior Tribunal de Justiça, e, que se alegou mais uma vez colheita ilícita de provas, dessa vez, os registros de

ligações no celular do corrêu, haviam sido checados pelos agentes de polícia sem a devida ordem judicial.

Os argumentos da defesa não prosperaram e por isso houve HC perante o Supremo Tribunal Federal, no caso HC 91.867.

Nesse, tendo como o relator ministro Gilmar Mendes, da Segunda Turma, em 2012, por unanimidade decidiu por não reconhecer a ilicitude da prova e manteve o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a decisão:

Pois bem. Não se pode olvidar que o inquérito policial é procedimento administrativo, inquisitório e preparatório, cuja finalidade precípua é a colheita de informações quanto à autoria e à materialidade do delito, a fim de subsidiar a propositura de eventual ação penal. Daí, dispor o art. 6º do CPP que a autoridade policial tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal, impondo-lhe determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito, apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso, colher as provas que servirem para esclarecimento do fato e suas circunstâncias, ouvir o ofendido, ouvir o indiciado, dentre outras diligências. (BRASIL, 2012).

Entretanto, diante de tantas divergências, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2017, entendeu que são ilícitas as provas obtidas por meio de análise de aparelhos telefônicos de investigados sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial motivada. O ministro Reynaldo Soares disse que, embora não se trate de violação de garantia de inviolabilidade das comunicações, conforme o artigo 5º, XII, Constituição federal, há uma violação dos dados armazenados no aparelho, que é vedado pelo inciso X, do mesmo artigo e diploma legal.

Nesse caso, do HC 89.981, é interessante o ponto da "prévia autorização". Aqui, se trata do próprio flagranteado permitir que os policiais acessem seu celular.

O fator problema é de como essa autorização foi obtida, por livre espontânea vontade do acusado ou por meio de tortura ou algo que a forçasse a liberação.

Esse foi um caso no HC 529500, onde a decisão do Superior Tribunal de Justiça manteve a prisão do acusado por ter havido autorização prévia:

Ou seja, pelo contexto fático que ficou delineado nos autos, o paciente franqueou aos policiais, de forma espontânea, o acesso ao celular, havendo, inclusive, fornecido a senha de desbloqueio para a autoridade policial, o que afasta a apontada violação dos dados armazenados no seu celular. (STJ – HC 529500 2019/0254023-7, Decisão Monocrática, Ministro Rogerio Schietti, Data de julgamento: 30/03/2020)

O problema seria, como estariam sendo obtidas essas autorizações? Por fim, como podemos definir então quais as medidas adotadas e as visões dos tribunais superiores?

Já foi visto, que a prova não deve ser admitida em hipótese que ela tenha em seu método de produção, violado a lei. Com isso, a prova obtida no aparelho celular sem as formas legais de autorização devem ser invalidas e desentranhadas do processo. Entretanto, há hipóteses de excludentes de ilicitude do agente ao acessar o aparelho. Dessa forma, explica Vieira:

Suponha-se, que, o agente, acesse o telefone celular de um preso em flagrante, membro de quadrilha destinada a cometer homicídios, sendo que o membro em questão já praticou o homicídio contra uma vítima e há outra pessoa correndo risco de morte a ser executado pelo restante da quadrilha. Existem, ainda, fortes elementos indicando que no telefone celular deste membro, existe a localização da pessoa em risco. O acesso a este telefone é urgente e decisivo para vida desta pessoa. (VIEIRA, 2020.)

Esse seria um exemplo de excludente de ilicitude que poderia acarretar na validade das provas que foram coletadas. Este foi o entendimento no HC 51.531/RO:

Não descarto, de forma absoluta, que, a depender do caso concreto, caso a demorada obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular. Imagine-se, por exemplo, um caso de extorsão mediante sequestro, em que a polícia encontre aparelhos celulares em um cativo recém-abandonado: o acesso incontido aos dados ali mantidos pode ser decisivo para a libertação do sequestrado. (BRASIL. STJ, 2016)

Contudo, podemos entender que o posicionamento quanto do Superior Tribunal de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal, que se acompanham, esses dependem sempre da situação em concreto. Entretanto, o que se pode concluir é que hoje são consideradas ilícitas as provas obtidas em aparelho celular sem a prévia e devida autorização. Isso, conforme o HC 530282/SE:

A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos, como smartphones e tablets, encontra guarida constitucional, importando a prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação. 2. O entendimento prevalecente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais. (STJ – HC: 530282 SE 2019/0258568-0, Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Data de Julgamento: 18/02/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/2/2020).

Porém, estaremos sempre a fazer uma análise do caso concreto, pois conforme exposto no julgado acima, há casos excepcionais, dentro de cada um pode haver diversas situações e demasiados modos que foram adotados para colher certas provas, como as excludentes de ilicitudes que também citamos aqui.

Assim é relatado no HC 51.531/RO de abril de 2016 pelo ministro Rogerio Schietti Cruz:

O tema é novo e, salvo o citado precedente do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já passados mais de 10 anos, é ainda sujeito a oscilações. Por ora, e sem prejuízo de reflexões mais aprofundadas e à luz de outros dados fáticos ou peculiaridades que apenas a realidade pode aportar ao direito, sigo o entendimento do eminente relator. Em verdade, sempre haverá, no âmbito das liberdades públicas, possibilidade de reavaliações da interpretação jurídica dada aos fatos julgados, sendo nefasto o estabelecimento de conclusões a priori absolutas. Nessa medida, o acesso aos dados do celular e às conversas de whatsapp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente. (STJ – RHC: 51531 RO 2014/0232367-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Ou seja, o tema estará sempre sujeito a oscilações, podendo mudar posicionamentos a depender do caso. Porém a atual visão dos tribunais é que, ressalvado casos excepcionais, essas provas são consideradas ilícitas. Outra "norma" que teríamos que retratasse esse entendimento, seria o Informativo n. 0583, do STJ, no qual restou entendido que são nulas as provas que sem a prévia autorização judicial, são obtidas pela polícia por meio da extração de dados presentes no celular do suposto autor de ato delituoso.

Ainda assim, em tempos atuais, no dia 13 de agosto de 2020, a Quinta Turma do STJ confirmou em HC590.296/MS que é ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes do aparelho celular, decorrentes de conversas de aplicativos de transferências de mensagens, sem a prévia autorização, vindo a solidarizar todo nosso estudo no presente artigo.

3.1 Poder de polícia

Como vimos acima, os órgãos de julgamento apontaram diversas vezes quando decidiram de que não se trataria de prova ilícita, pois a verificação do aparelho celular fazia parte do poder de polícia.

Pois bem, devemos então analisar uma breve definição do termo. A Constituição federal lista o sistema tripartido de poderes, no qual o Estado detém poderes políticos exercidos pelo Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder judiciário. Entre os poderes, se tem de forma secundária os atos da administração pública, que fazem com que o interesse particular não se sobreponha ao coletivo.

Dessa forma, há o poder de polícia, que é definido por autores da seguinte maneira: O Poder de Polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas a Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequando, direitos e liberdades individuais" (TÁCITO, 1975 apud MEIRELLES, 2002, p. 128).

Ainda, dispõe Maximiliano Calian em seu artigo que:

O ilustre professor Hely Lopes Meirelles, em sua magnífica obra do Direito Administrativo Brasileiro, conceitua o Poder de Polícia como uma faculdade da Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais. (COSTA, 2018, p.3)

Em seu final de trabalho, conclui que:

O poder de polícia destina-se assegurar o bem-estar geral, impedindo, através de ordens, proibições e apreensões, o exercício antissocial dos direitos individuais, o uso abusivo da propriedade ou a prática de atividades prejudiciais à coletividade. Quando o particular, mesmo de forma irregular, decide por ferir os preceitos que são regulamentados pela Administração Pública deve essa, portanto, fazer uso do Poder de Polícia e estabelecer sanções até que o particular faça a devida adequação de seu direito individual ao coletivo, a fim de garantir o bem-estar social. (COSTA, 2018, p.9)

Com isso, notamos que não se tem uma definição simples nem resta claro quando e até onde possa ir o poder de polícia.

CONCLUSÃO

Constatamos, por todo o trabalho exposto, que estamos diante de uma situação que nos remete ao uso da tecnologia atual. Devemos, então, considerar que as mudanças e inovações prestes a acontecer a qualquer momento, assim como seu avanço, impõem muitos desafios para o seu uso negativo ou benéfico. Sendo assim, encontraremos dificuldades para chegar a uma definição e posição centradas sobre a validade do que analisamos.

Vale ressaltar que não se pode tomar por base regras e técnicas tradicionais que são baseadas em tecnologias passadas, conforme dispõe nosso ordenamento jurídico, para o sistema de provas que vem sendo gerado na atualidade. Então, conforme dispõem os códigos, como o CPP, esses baseiam-se em tecnologias ultrapassadas nas quais não haviam aplicativos como os que temos hoje nem sequer aparelhos que pudessem fazer trocas de mensagens e arquivos como os atuais. Com isso, dificulta ainda mais tomar decisões e fundamentar sentenças.

Assim, não é possível dizer que uma prova colhida em situação de flagrante em um aparelho telefônico é lícita, apenas pela previsão do CPP.

Não é possível esquecer aqui o que foi trazido em nosso primeiro capítulo a respeito do garantismo! Não se trata de uma teoria que protege um lado ou outro, mas, sim, de uma tese que busca assegurar os direitos constitucionais. Dessa forma, não há como seguir o CPP e basear-se no poder de polícia esquecendo nossa Carta Magna, os direitos fundamentais. É inegável que o aparelho telefônico foi reconhecido como uma propriedade do cidadão, ou seja, inviolável é a sua privacidade.

Porém, como trazido neste trabalho, a vedação dessas provas não tem um caráter absoluto; sempre tem exceções, ainda mais quando agem em confronto com princípios que assim justifique.

Devemos levar em consideração que, muitas vezes, poderemos deixar de efetuar a prisão e ter uma sentença favorável à sociedade quando desentranharmos provas e a considerarmos ilícitas. Tal situação poderá trazer sentença favorável ao réu quando houver fatos que o declarem culpado. Estaríamos então contra o interesse público e do bem comum. Muitas vezes, a depender da situação de flagrante, poderia haver grande risco para a coletividade e o acesso ao celular naquele momento se tornasse essencial; dessa maneira, as provas ali colhidas poderiam ser consideradas lícitas pelas circunstâncias daquele momento. Outra situação seria na forma de excludente de ilicitude, quando possa haver, por exemplo, uma pessoa em risco de morte e o acesso naquele momento ser fundamental para evitar tal situação. Vale ressaltar que em uma possível causa de legítima defesa, torna-se, também, de fundamental importância o acesso ao celular para exercer o merecido direito.

Por todo o exposto, notamos que o entendimento se refere verdadeiramente à violação da privacidade da pessoa, de modo que deverá haver prévia autorização judicial para o acesso ao aparelho telefônico. Entretanto, faz-se necessário a reavaliação do Código de Processo Penal ou da elaboração de uma lei que determine e esclareça como lidar com situações na qual a tecnologia está presente.

Concluimos que, apesar do estudo aqui realizado, não podemos tirar conclusões absolutas, mas observar sempre o posicionamento adotado pelos dos tribunais superiores, levando-se, ainda, em consideração as mudanças rápidas e o avanço dinâmico da tecnologia.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Emerson. sistema Penal & violência. Rio Grande do Sul. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, v. 3, n. 1, p. 74-88, 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D6RASY1mDsAJ:revistaseletronica.s.p.u.c.r.s.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7942/6416+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 529500/AC- ACRE**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/826250944/habeas-corpus-hc-529500-ac-2019-0254023-7?ref=feed>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 530282/SE- SERGIPE**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815690030/habeas-corpus-hc-530282-se-2019-0258568-0?ref=feed>. Acesso em: 12 abr. 2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 66.368/PA- PARÁ**. Relator: Ministro Gilson Dipp. 2006. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19236934/habeas-corpus-hc-66368-pa-2006-0201607-4/inteiro-teor-19236935>. Acesso em: 5 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 51.531/RO-Rondônia**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Pesquisa jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340165638/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-51531-ro-2014-0232367-7/relatorio-e-voto-340165682?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.867/PA-Pará**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 6 fev. 2020.

COSTA, Maximiliano Calian. **Poder de polícia**: uma abordagem do interesse de agir do Estado em busca da supremacia do interesse coletivo em detrimento do individual. 18 jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/poder-de-policia-uma-abordagem-do-interesse-de-agir-do-estado-em-busca-da-supremacia-do-direito-coletivo-em-detrimento-do-individual-2/> . Acesso em: 12 abr. 2020.

FERRAJOLI. Luigi, **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

FIORIN, Greco Dagoberto; CAMPOS, Eduardo Erivelton. A admissibilidade da prova ilícita no processo penal. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, v. 3, n. 2, p. 565-582, 2012. Disponível em: [LINK COMPLETOwww.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc). Acesso em: 28 out. 2019.

MACHADO, J.; RAPOSO, V. O Direito À Não Auto-Incriminação e As Pessoas Colectivas Empresariais. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 8, p. 13-47, 2009. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/484>. Acesso em: 15 jun. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal**: estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2010.

RAUL NETO. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n.14, p.101-104, 2006. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_\(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa).pdf) Acesso em: 23 abr. 2020.

SABOIA, Jéssica Ramos; NESTOR, Eduardo Araruna Santiago. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.2, n. 2, p. 54-74, 2018. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1121>. Acesso em: 15 maio. 2019.

SOUZA, Leonardo Giardin. Garantismo penal: o cavalo de troia do sistema de justiça criminal brasileiro. Rio Grande do Sul. **Revista do Ministério Público Militar**, ano 63, n. 28, p 98-124, 2018. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/ler-artigo/>. Acesso em: 5 mar. 2019.

VIEIRA, Julio Cesar. **A admissão processual da prova obtida sem ordem judicial em telefone celular apreendido em razão de prisão em flagrante**. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/a-admissao-processual-prova-obtida-sem-ordem-judicial-telefone-celular-apreendido-razao-prisao-flagrante.htm>. Acesso em: 05 fev. 2020.

WALCHER, Guilherme Gehlen. A garantia contra a autoincriminação no Direito brasileiro: breve análise da conformação do princípio nemo tenetur se detegere à luz da jurisprudência nacional e estrangeira. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Guilherme_Walcher.html Acesso em: 14 abr. 2020.



Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas: a inaplicabilidade imediata do direito ao silêncio no âmbito do processo administrativo sancionador

Bruno Nardelli Maranhão¹

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a aplicabilidade do direito ao silêncio no contexto dos processos administrativos sancionadores instaurados em face de pessoas jurídicas. Para tanto, analisou-se o arcabouço normativo que rege a matéria - lei, jurisprudência e doutrina - a fim de se compreender a origem histórica da garantia e, através da interpretação sistêmica das normas à luz do texto constitucional - bem como da análise de um caso concreto -, verificar a possibilidade de estender ou não o direito ao silêncio a essas entidades. Em decorrência do presente estudo, a interpretação mais condizente com o ordenamento jurídico brasileiro aparenta ser a da impossibilidade, ressalvados os casos em que há expressa previsão legal nesse sentido.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da presunção de inocência. Direito ao silêncio. Culpabilidade. Sanção Administrativa. Pessoa Jurídica. Processo Administrativo Sancionador.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de se afastar a aplicação do princípio constitucional da não culpabilidade, em especial do direito ao silêncio que dele decorre, nos processos administrativos sancionadores instaurados em detrimento de pessoas jurídicas. No âmbito dos processos administrativos sancionadores questiona-se se concessionárias e autorizadas de serviços públicos, quando diante de requerimento de informações, poderiam alegar o direito ao silêncio com a finalidade de se evadir de possível sanção administrativa.

O direito ao silêncio, assim, tem sido constantemente invocado por pessoas a quem a Constituição federal (CF) não o atribuiu de imediato. Embora seja possível o exercício do referido direito, deve-se observar que a interpretação sistêmica do direito (doutrina, leis e jurisprudência) faz crer que isso só seja possível mediante regulamentação por norma infraconstitucional.

Assim, o escopo do presente trabalho é analisar o caso à luz do direito administrativo sancionador a fim de verificar a possibilidade de se aplicar sanção a pessoa jurídica que supostamente tenta exercer direito que não lhe foi constitucionalmente assegurado, ou seja, verificar se é viável a interpretação do silêncio em desfavor da pessoa jurídica, diferentemente do que ocorre com pessoas físicas submetidas, principalmente, a processos judiciais criminais

2 ORIGEM DO "NEMU TENETUR SE DETEGERE"

¹ Adaptação do texto originalmente publicado como trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos.

Inicialmente, faz-se necessário entender a origem histórica do referido princípio. Segundo Maria Elizabeth Queijo², o princípio estabeleceu suas raízes durante o iluminismo, época marcada pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais. Segundo a autora, à época, combateu-se o emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, de modo que qualquer declaração autoincriminativa era considerada antinatural. Os iluministas, assim, passaram a considerar imoral todas as formas utilizadas para impor a confissão por parte dos acusados.

Cesare Beccaria³, como um dos maiores expoentes do iluminismo penal – se não o maior –, trouxe à discussão um posicionamento interessante, no sentido de que a exigência do compromisso de dizer a verdade não poderia ser exigida do acusado por ser antinatural, mas, ao mesmo tempo, que o acusado que optava pelo silêncio deveria ser apenado gravemente ao deixar de responder ao interrogatório. Percebe-se, assim, que havia à época um embrião do que viria a ser o princípio de não produzir provas contra si mesmo que em muito se assemelha à posição defendida no presente trabalho – em razão de motivos e circunstâncias que lhe são próprios e que serão mais bem aprofundados mais adiante – quanto ao processo administrativo sancionador: do acusado não pode ser exigida a verdade. No entanto, o silêncio pode ser interpretado em seu desfavor.

Nesse sentido, o posicionamento de Beccaria influenciou diretamente a legislação de alguns países europeus, como a Rússia e a Áustria. Sobre o assunto, Queijó assevera que a evolução da cultura penal, no que tange à vedação à autoincriminação veio tarde, a partir de 1790, pela obra de Filangieri. Posteriormente, houve contribuições de Bentham, Bonneville de Marsangy e outros. Prossegue então autora⁴:

Historicamente, à medida que se deu maior proteção ao indivíduo diante do Estado, o emprego da coação contra o acusado no interrogatório foi paulatinamente abolido ou minimizado.

Mas, mesmo admitida a possibilidade de silêncio, extraíam-se consequências negativas para o acusado. Pereira e Sousa, em obra que data de 1831, entendia que o réu que não respondia era tido por confesso. Entretanto, não considerava tal aspecto suficiente para a condenação. Do mesmo modo, a lei francesa de 1897 previa advertência ao acusado de que o silêncio poderia ser interpretado em seu desfavor.

A evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* conduziu, pouco a pouco, à exclusão da presunção de culpabilidade contra o acusado que exercesse o direito ao silêncio.

A evolução do postulado – principalmente a partir do iluminismo – alcançou eventualmente sentido contrário ao originalmente proposto. Felizmente, se antes a regra era a da presunção de culpabilidade do acusado, o princípio que hoje se consagra na Constituição da República é o da não culpabilidade.

3 ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

O princípio da não culpabilidade guarda *status* constitucional e costuma ser denominado de princípio da inocência presumida ou da presunção de inocência. Qualquer que seja a nomenclatura adotada – que a doutrina cuida de diferenciar, como se verá

²QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³BECCARIA, C. B. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

⁴QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34

adiante –, o fato é que o postulado trata de garantir ao acusado o benefício do tratamento processual isento de juízo de culpabilidade. Em outras palavras, o princípio visa a garantir que quaisquer consequências oriundas de eventual confirmação quanto à prática de ato ilícito sejam guardadas para a efetiva confirmação do ato infracional, de modo que não recaia sobre o investigado qualquer malefício.

3.1 Literalidade da CF/88 e Interpretação Sistemática do Postulado

Como decorrência do referido princípio, temos o direito de não autoincriminação que, conforme a aula de Luiz Flávio Gomes⁵, contém várias dimensões que se expressam como meios de se exercer o direito. Uma dessas dimensões é a do direito ao silêncio. Assim, para o autor, o direito ao silêncio é tido como um desdobramento do direito de não autoincriminação, o qual emana do princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), estabelecido no art. 5º, LVII da CF/88⁶.

Observe-se que a doutrina tem por hábito se debruçar acerca de qual terminologia seria mais acertada: princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade? A fim de melhor elucidar a matéria, cumpre ressaltar a lição de Paulo Rangel⁷, segundo o qual:

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa.

Continua então o autor asseverando que:

O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença do tribunal.

Desta forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência.

Luis Gustavo de Carvalho⁸, com entendimento semelhante, defende o uso do termo "não culpabilidade":

Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é a sua não-culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção.

⁵ GOMES, L. F. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. 26 jan. 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-autoincriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 08 setembro 2018.

⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2019.

⁷ RANGEL, P. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 25

⁸ CARVALHO, L. G. G. C. de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156

Tal interpretação se mostra alinhada com a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), que reiteradamente optou pela utilização da nomenclatura não-culpabilidade⁹, o que se justifica se considerarmos o que traz a própria Constituição federal no seu artigo 5º, LVII:

Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

Assim, pode-se arguir que – tanto pela literalidade do texto constitucional quanto pela preferência do Supremo pela terminologia de "não culpabilidade" – houve uma delimitação acerca do alcance do postulado da não culpabilidade e, conseqüentemente dos direitos dele decorrentes (direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio dele decorrente), o que constitui forte indício de que, como regra, o constituinte originário tratou de restringir – do ponto de vista formal, pelo menos – a aplicação do referido princípio exclusivamente à matéria penal. Sobre essa interpretação e aplicação restritiva do enunciado, cabe destacar o trabalho de Fábio Medina¹⁰:

Costuma-se dizer que o princípio da presunção de inocência, no Direito brasileiro, se encontra consagrado especificamente em matéria penal. A jurisprudência assim o tem proclamado, de modo predominante, oscilando, às vezes, no tocante aos efeitos emprestados a essa cláusula constitucional, que teria origem implícita na Magna Carta. Estabelece, de fato, o art. 5º, LVII, da CF/88 que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", dispositivo que, mesmo nesse campo, recebeu interpretação restritiva.

Medina, todavia, não conclui pela responsabilização irrestrita, sem qualquer cuidado. Pelo contrário, o autor trata de balizar a adequação da presunção de não culpabilidade – por ele chamada de presunção de inocência – no campo do direito administrativo sancionador. Desse modo, ainda que o postulado não tenha aplicação regular nos processos administrativos sancionadores, estes devem ser devidamente instruídos de elementos aptos a justificar a responsabilização, ou seja, indícios, plausibilidade, concretização de provas e outros. Nesse contexto, o jurista trata de diferenciar o processo penal do administrativo¹¹:

O ônus probante é distribuído de modo desigual e casuístico, com algumas regras gerais. Nem sempre a dúvida favorece o infrator, mas como regra geral é que ocorre no Direito Processual Penal, e ocorre com menor frequência no Direito Administrativo Sancionador, no qual a Administração Pública é a principal titular da pretensão punitiva, estando despida das mesmas vestes de imparcialidade. O princípio constitucional da presunção de inocência não tem o valor absoluto que se lhe emprestou em vários momentos.

A conclusão que se tira da lição do autor é a de que a presunção de inocência – ou de não culpabilidade – opera com diferenças expressivas no campo penal em comparação ao administrativo. A certeza que se tem, contudo, é no sentido de tratar-se de uma garantia genérica da pessoa humana, não da pessoa jurídica.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 89.501, rel. min. Celso de Mello; HC 85.455, rel. min. Marco Aurélio; HC 80.719, rel. min. Celso de Mello, entre outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20760>. Acesso em: 03 mar 2019.

¹⁰OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 410

¹¹OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 417

A interpretação restritiva do princípio ganha ainda mais força se considerado o teor do art. 5º, LXIII da Carta Magna, dispositivo que tratou de consagrar o direito ao silêncio ao nível de direito fundamental:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

A utilização do vocábulo "preso" refere-se, inequivocamente, às pessoas físicas sujeitas a penas restritivas de liberdade. A ameaça da liberdade, portanto, constitui condição *sine qua non* para o exercício do direito ao silêncio e da aplicação do postulado da não culpabilidade, o que parece ser confirmado pela jurisprudência do Supremo:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. [...] 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. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza 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 não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra 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. [HC 80.719, rel. min. Celso de Mello, j. 26-6-2001, 2ª T, DJ de 28-9-2001.]

Em face do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, cumprindo interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos, especialmente aqueles prontos a colaborar com o Estado na elucidação de crime. [HC 85.455, rel. min. Marco Aurélio, j. 8-3-2005, 1ª T, DJ de 17-6-2005.]

Vê-se, portanto, que o STF tende a estabelecer como pressuposto da aplicação da presunção de não culpabilidade a possível violação da liberdade de pessoa natural. A visão do Pretório Excelso fica ainda mais evidente no extrato a seguir, no qual o Tribunal Supremo suscita o postulado como arma primeira na defesa de ofensa à prerrogativa jurídica da liberdade, vejamos:

O postulado constitucional da não culpabilidade 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 CR, a ideologia da lei e da ordem. [HC 89.501, rel. min. Celso de Mello, j. 12-12-2006, 2ª T, DJ de 16-3-2007.]

Finalmente, em julgado mais atual, o Supremo reitera que a garantia em análise se aplica aos presos – pessoas naturais às quais fora imposta pena ou medida restritiva de liberdade:

A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da "não autoincriminação" (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de

comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. [HC 101.909, rel. min. Ayres Britto, j. 28-2-2012, 2ª T, DJE de 19-6-2012.]

No que tange à doutrina, o mesmo entendimento pode ser extraído do trabalho de Sergio Gomes Nunes¹², nos seguintes termos:

Ao aprofundar a análise, encontram-se, na doutrina de Bacellar Filho, três significações primordiais que podem ser deduzidas do princípio da presunção de inocência. Destaca-se, inicialmente, a concepção como princípio fundante de um modelo de processo sancionatório (criminal ou administrativo), ao emanar um acervo de garantias ao investigado, com a finalidade, até a decisão definitiva, de preservar a sua liberdade através de um processo justo e que respeite as configurações legais.

Assim, é certo que a regra constitucional é a da aplicação da presunção de não culpabilidade e do direito ao silêncio às pessoas (humanas!) que se veem no centro de persecução penal que possa ensejar em pena restritiva de liberdade. Trata-se de entendimento extraído da própria literalidade do texto constitucional, respaldado pela doutrina e confirmado pelas acertadas decisões da Corte Suprema, que não deixam dúvidas quanto às hipóteses de aplicação do postulado.

3.2 A Excepcionalidade da Utilização Fora do Processo Penal

Conforme já demonstrado, não obstante a regra seja a da aplicação do princípio nos processos penais, não há que se falar na impossibilidade de haver exceções. A materialização das referidas garantias já foi observada fora do processo penal, notadamente em decisão do Supremo que versava sobre a aplicabilidade do pressuposto no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito, ocasião em que a Corte entendeu que o direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado¹³.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já analisou a aplicabilidade do postulado fora dos processos penais, vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - EMBRIAGUEZ HABITUAL NO SERVIÇO - COAÇÃO DO SERVIDOR DE PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO, MEDIANTE A COLETA DE SANGUE, NA COMPANHIA DE POLICIAIS MILITARES - PRINCÍPIO DO "NEMO TENETUR SE DETEGERE" - VÍCIO FORMAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - CERCEAMENTO DE DEFESA - DIREITO DO SERVIDOR À LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE E, INCLUSIVE, À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - RECURSO PROVIDO.

¹² NUNES, S. G. **A presunção de inocência no processo administrativo disciplinar**. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35705/64.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de novembro de 2018. p. 44

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 79.812, rel. min. Celso de Mello, j. 8-11-2000, P, DJ de 16-2-2001. = HC 80.584, rel. min. Néri da Silveira, j. 8-3-2001, P, DJ de 6-4-2001, "COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA [...]". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135290.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

1. É inconstitucional qualquer decisão contrária ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o que decorre da inteligência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica.

Precedentes.

2. Ocorre vício formal no processo administrativo disciplinar, por cerceamento de defesa, quando o servidor é obrigado a fazer prova contra si mesmo, implicando a possibilidade de invalidação da penalidade aplicada pelo Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança.

3. A embriaguez habitual no serviço, ao contrário da embriaguez eventual, trata-se de patologia, associada a distúrbios psicológicos e mentais de que sofre o servidor.

4. O servidor acometido de dependência crônica de alcoolismo deve ser licenciado, mesmo compulsoriamente, para tratamento de saúde e, se for o caso, aposentado, por invalidez, mas, nunca, demitido, por ser titular de direito subjetivo à saúde e vítima do insucesso das políticas públicas sociais do Estado.

5. Recurso provido.

(RMS 18.017/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2006, DJ 02/05/2006, p. 390 – grifou-se)

A análise dos entendimentos jurisprudenciais acerca do tema leva a crer que a aplicação do direito à não autoincriminação e do direito ao silêncio fora da esfera judicial penal denota a necessidade de estar diante de fato conexo a conduta criminosa apta a ser imputada a pessoa física. Os casos observados aparentam operar a aplicação antecipada da garantia constitucional. Em outras palavras, o que ocorre é a materialização da não culpabilidade da pessoa antes mesmo do processo judicial, haja vista que eventual declaração sua poderia ensejar sua autoincriminação e servir de base para a instauração desse.

Assim, ainda que se admita o direito ao silêncio nos processos administrativos, trata-se de manifestação excepcional, que depende de relevante ameaça – atual ou iminente – ao direito de liberdade do administrado.

Importante se faz salientar que não se veda a aplicação do referido princípio fora do âmbito penal, pois que pode ocorrer excepcionalmente. Reitere-se, contudo, que as exceções não abrangem a garantia do princípio às pessoas jurídicas de forma imediata. Nesse contexto, o argumento quanto à origem comum das sanções penais e administrativas se mostra recorrente entre aqueles que defendem a transposição automática de garantias do direito penal ao direito administrativo sancionar, haja vista que derivam de um *ius puniendi* estatal único.

Todavia, lições extraídas do Direito Comparado denotam a inviabilidade prática dessa abordagem no âmbito de outros países. Na lição de Alice Voronoff¹⁴, a Corte Suprema de Justiça do Chile proferiu em 2014 um julgado paradigmático na matéria administrativa sancionatória. Segundo a autora, a corte chilena firmou o entendimento de que a suposta origem comum não autoriza "aplicar de modo automático as normas e princípios próprios

¹⁴ VORONOFF, A. **Direito administrativo sancionador no Brasil**: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 208-210

do direito penal ao direito administrativo sancionador". No mesmo sentido, a autora sustenta que na Espanha a extensão automática de princípios e garantias penais à seara administrativa é objeto de críticas contundentes, uma vez que o excesso de rigidez constitui sério entrave ao funcionamento eficiente da Administração Pública.

A interpretação conjugada dos incisos LVII e LXIII do art. 5º da CF/88 permite inferir que o princípio da não culpabilidade (e o direito ao silêncio que dele se origina) não teria a sua aplicação imediatamente admitida na esfera administrativa – como há de se ver – e, como regra, apenas se manifestaria em matéria penal (ou conexa a esta), sendo ainda restrita às pessoas cujas condutas possam ser analisadas sob o aspecto da culpabilidade, ou seja, exclusivamente às pessoas físicas (humanas).

É evidente, portanto, que a culpabilidade – que constitui um dos elementos integrantes do tipo penal – trata da motivação, da vontade, ou seja, de elementos estritamente subjetivos e elementares à infração. Como se sabe, apesar do elemento humano por trás das ações de pessoas jurídicas, essas são desprovidas de vontade, no sentido estrito da palavra.

A esse respeito, cumpre retornar à expoente lição de Medina¹⁵, que aborda a figura da culpabilidade em relação a pessoas jurídicas no campo do direito administrativo sancionador, *in verbis*:

No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcança também as pessoas jurídicas, com o mesmo alcance. Pode-se sinalizar deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade.

Ainda no mesmo assunto, o renomado autor reitera o fato de a culpabilidade ser, em regra, intrínseca às pessoas humanas, afastando-a, portanto, das pessoas jurídicas¹⁶:

Em síntese, as pessoas jurídicas não necessitam, em tese, de uma específica "culpabilidade" em suas atuações ou omissões, até porque tal conceito está indissoluvelmente ligado à pessoa humana, mas podem ostentar enquadramento numa culpabilidade peculiar a essa dogmática setorizada que se desenvolve para tutelar as pessoas jurídicas penalmente responsáveis. Sempre é possível, dependendo das circunstâncias e das legítimas opções legislativas, um tratamento mais ou menos rigoroso às pessoas jurídicas, nos vários níveis de responsabilidade que coexistem num regime democrático. O sistema de responsabilização dessas entidades ficará na dependência fundamental da chamada liberdade de configuração legislativa dos ilícitos, sempre respeitados os princípios constitucionais da proporcionalidade e interdição à arbitrariedade.

Cumpre salientar que as posições contrárias ao posicionamento do autor costumam se dar no campo dos processos administrativos disciplinares, ou seja, que tratam de apurar a conduta humana no âmbito da administração pública. Nesse sentido, cite-se o trabalho de Amanda Pauli de Rolt¹⁷, *in verbis*:

¹⁵ OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 401

¹⁶ OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 405

¹⁷ ROLT, A. P. de. **Ônus da prova no processo administrativo sancionador**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/171669/O%cc%82nus%20da%20Prova%20no%20Processo%20Administrativo%20Sancionador.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 abr. 2019. p. 47

A Carta Magna deve ser o ponto de partida, pois os princípios constitucionais são os limites ao regular exercício do *ius puniendi* do Estado. Sendo assim, podemos considerar, tal qual Romeu Felipe Bacellar Filho e Maria Sylvia Di Pietro, que o princípio constitucional da presunção de inocência "reclama observância em qualquer processo de cunho sancionador, seja penal ou administrativo [...]". (BACELLAR FILHO, 2014, P. 666). Nesse contexto, Ferraz e Dallari compreendem que: A ausência de disciplina específica para o procedimento de produção probatória nos processos administrativos de índole sancionatória atrai a incidência, para a regência da matéria, das disposições específicas do processo penal [...]. (FERRAZ, DALLARI, 2012, p. 205). Aplicam-se, assim, os desdobramentos do princípio da presunção de inocência ao processo administrativo sancionador, já apresentados nesta pesquisa. Entre eles tem-se a imposição à acusação de comprovar a culpabilidade do acusado, fruto do princípio da presunção de inocência.

A autora acima tece comentários relevantes quanto ao tema e trata de argumentar o seu ponto de vista com as palavras de Aury Lopes Jr., que severamente critica a interpretação restritiva do princípio e de outras peculiaridades do processo sancionador. O renomado autor pontua que o sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admitiria nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou mesmo frágeis construções do estilo *in dubio pro societate*¹⁸.

Todavia, a própria autora se vê obrigada a admitir que talvez a única espécie de processo administrativo sancionatório que opera com essa garantia é o processo administrativo disciplinar¹⁹.

Destarte, resta claro que a garantia fora inicialmente formulada pelo constituinte originário com a intenção de resguardar o direito à liberdade das pessoas, de modo que a interpretação sistêmica da Lei Maior não poderia afastar a sua aplicação nos processos em que há a possibilidade de haver repercussões penais que se traduzam em ameaça à liberdade do indivíduo. Portanto, ainda que não se trate de processos penais, é natural que a garantia seja estendida a eles sem que haja desrespeito aos preceitos constitucionais, conforme já reiteradamente decidido pelo STF.

4 A APLICABILIDADE OU NÃO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EM FACE DE PESSOAS JURÍDICAS

No que tange à possibilidade de se operar o princípio *nemo tenetur se detegere* em processos administrativos sancionadores instaurados em face de pessoas jurídicas, propõe-se aqui a sua inaplicabilidade, cuja arguição é reforçada pelo fato de o texto constitucional, em matéria de direitos e garantias fundamentais, ser explícito quanto aos postulados que seriam – como regra – aplicáveis tanto a processos judiciais quanto a processos administrativos. Vejamos²⁰:

¹⁸ LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 568

¹⁹ ROLT, A. P. de. **Ônus da prova no processo administrativo sancionador**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/171669/O%cc%82nus%20da%20Prov%20a%20no%20Processo%20Administrativo%20Sancionador.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 abr. 2019. p. 47

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2019. (grifos nossos)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXXII - conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Razoável se faz inferir, portanto, que em razão de o constituinte originário ter optado por não estender a dita presunção de inocência à esfera administrativa e, pelo contrário, tê-la restringido aos processos judiciais em matéria penal, que referida garantia não seria aplicável, de imediato, aos processos administrativos. Diz-se "de imediato" haja vista que a ausência de previsão constitucional da referida garantia, não impede que a legislação infraconstitucional disponha em sentido contrário.

Partindo desse entendimento, vê-se que, embora não proibida, a aplicação do princípio ficaria condicionada à prévia disposição em norma infraconstitucional. Trata-se de entendimento que coaduna com o princípio da legalidade estrita, que norteia a atuação da administração pública. Sobre o princípio da legalidade estrita, leciona Hely Lopes Meirelles²¹:

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

No mesmo sentido, destaca-se a lição basilar de Celso Antônio Bandeira de Mello²², segundo o qual:

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

Bandeira de Mello reitera tal posicionamento em obra diversa²³, sustentando que o Estado de direito é adstrito aos parâmetros da legalidade, de modo que é, inicialmente,

²¹ MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. P. 108

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

submisso aos termos constitucionais; em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis; e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Vê-se, pois, que a opinião do autor corrobora as ponderações ora apresentadas neste trabalho.

Portanto, em respeito ao princípio da legalidade estrita, não se faz possível à pessoa jurídica a que se destina o processo sancionador exigir a aplicação do postulado, afastando assim a sua obrigação de colaborar com o esclarecimento dos fatos, ainda que sejam esses fatos que confirmem condutas ensejadoras de sanção.

Ademais, a Lei n. 9.784/1999²⁴, que rege o processo administrativo federal, não traz qualquer disposição no sentido de ser garantido aos administrados o direito ao silêncio. Vejamos:

Art. 3º **O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração**, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Nesse contexto, o artigo 2º da referida norma também é silente quanto a qualquer previsão de tal natureza:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigiloprevistas na Constituição;

²⁴ BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal., 1999. Disponível em: <https://goo.gl/N9Km4>. Acesso em: 03 mar. 2017. (grifos nossos)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

A análise atenta da norma faz com que se perceba uma certa redundância no sentido de reiterar princípios já constitucionalmente assegurados, tais como o do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, entre outros.

Todavia, apesar da aparente redundância normativa, percebe-se que mencionada lei, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nada dispõe acerca do direito ao silêncio. Muito pelo contrário²⁵:

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I - **expor os fatos conforme a verdade;**

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

III - não agir de modo temerário;

IV - **prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.**

Sobre o dever de veracidade, cumpre anotar a lição de José dos Santos Carvalho Filho²⁶, que entende pelo dever dos administrados em relatar os fatos conforme a verdade:

Os administrados devem, no processo administrativo, "expor os fatos conforme a verdade". Trata-se do dever de veracidade, segundo o qual não é lícito relatar situações fácticas que não tenham correspondência com a realidade.

O dever de veracidade é corolário dos princípios da boa-fé e da lealdade processual, que representam postulados de suma importância para a resolução das questões deduzidas no processo. Se um fato é relatado em desconformidade com a verdade, o desfecho do processo estará seriamente comprometido e gravosos poderão ser os efeitos dessa conduta desleal.

²⁵ BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal., 1999. Disponível em: <https://goo.gl/N9Km4>. Acesso em: 03 mar. 2017. (grifos nossos)

²⁶ CARVALHO FILHO, J. dos S. **Processo administrativo federal**: comentários à lei 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 89

O jurista segue então a explicar o dever de informação e colaboração e observe que o dever maior dos administrados, na verdade, é o de colaborar com o Poder Público. Vejamos²⁷:

O administrado tem o dever de prestar as informações a ele solicitadas pelas autoridades incumbidas do processo e colaborar para o esclarecimento dos fatos trazidos ao feito. Na verdade, o dever maior é o de colaboração, de caráter mais amplo, e dentro dele se insere o dever de informar para que o processo alcance a verdade real.

Diante da lição do renomado autor, surge a necessidade de se buscar respostas quanto ao porquê da aparente omissão legislativa no que tange à aplicação do postulado constitucional no âmbito dos processos administrativos. A esse respeito, voltemo-nos ao teor do art. 1º da referida norma, segundo o qual:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

O artigo inaugural da norma é cristalino no sentido de que a norma se materializa no sentido de desenvolver um equilíbrio entre os direitos dos administrados e, ao mesmo tempo, do interesse público – que pauta toda a atuação da administração pública. Assim, verifica-se que o processo administrativo deve ser conduzido com total respeito aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, mas de modo a atender ao fim maior a que se destina e que constitui a justificativa da existência do Estado e da administração pública: o interesse público.

Dito isso, cabe aqui uma reflexão *contrario sensu* acerca da interpretação conjugada do art. 5º, LVII da Lei Maior do Estado e do conteúdo da lei que regula o processo administrativo federal, ou seja os princípios, direitos e deveres nela contidos. Ora, fosse a presunção de inocência do administrado – previsão constitucional supostamente aplicável aos litigantes em processos administrativos – salutar à condução do processo administrativo, não estaria ela registrada na Lei n. 9.784/1999, *tal como se deu, redundantemente, com relação aos demais direitos e garantias que gozam de status constitucional: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica*, interesse público e eficiência?

Partindo dessa premissa, razoável seria supor que o princípio constitucional da não culpabilidade – e o direito ao silêncio que dele se origina – **não constitui direito inafastável do administrado** (pessoa jurídica). Corrobora tal entendimento, mais uma vez, a lição de Fábio Medina²⁸, que admite explicitamente a possibilidade de o silêncio importar em prejuízo para o administrado, contanto que lhe seja garantida a oportunidade de produção probatória. *In verbis*:

Veja-se que a técnica do silêncio ou mesmo da omissão pode ser uma forma técnica de defesa, inclusive com a perspectiva de nulificação do processo ou procedimento. **Não se pode premiar aquele que fica em silêncio, mesmo dispondo de oportunidades de defesa, com a nulidade processual ou administrativa, retardando a prestação jurisdicional ou a decisão da autoridade competente. Por isso, o não uso de faculdade processuais pode traduzir prejuízos legítimos**

²⁷ CARVALHO FILHO, J. dos S. **Processo administrativo federal**: comentários à lei 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁸ OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 446

aos interesses dos acusados. Pensamos que se mostra razoável o caminho de propiciar oportunidades aos acusados para o exercício de defesa. **Se essas oportunidades são ou não devidamente aproveitadas, utilizadas, parece-nos que é um problema dos acusados e de seus espaços de liberdade.**

Entende-se, pois, que esse direito estaria sujeito, de certo modo, à liberalidade do legislador, com vistas a se possibilitar a adequação da norma procedimental específica de acordo com a matéria regulada, o que se alinha à própria Lei n. 9.784/1999, cujo art. 69 estabelece sua subsidiariedade em relação a outras normas:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Depreende-se assim que o legislador propositadamente facultou à norma específica a possibilidade de garantir ao administrado o direito ao silêncio. Decisão acertada, se considerado o fato de que o Direito Administrativo é demasiadamente esparso e sua abrangência abarca uma infinidade de situações, cujas especificidades seriam mais bem tratadas de forma pontual, respeitados os princípios constitucionais que balizam a atividade da administração pública.

Observa-se, contudo, que mesmo em normas específicas, a intenção do legislador tem se mostrado inalterada. No contexto das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, a Lei Geral das Concessões²⁹ traz incumbências às concessionárias que se alinham às obrigações previstas na Lei n. 9.784/1999: prestar contas ao poder concedente, garantir livre acesso à fiscalização e outros, sem qualquer menção a garantias dessa natureza.

Especificamente em relação ao *nemo tenetur se detegere*, faz-se fundamental destacar a lição de Maria Elizabeth Queijó³⁰, que traça os parâmetros minimamente necessários para a interpretação restritiva do postulado:

Havendo lei restritiva do *nemo tenetur se detegere*, mister examinar se ela atende ao princípio da proporcionalidade. Se não atender, será eivada de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a prova colhida com suporte nela será ilícita.

Se a lei restritiva for compatível com a Constituição, a proporcionalidade da restrição deverá ser examinada em concreto. Se a restrição for determinada, mesmo não havendo proporcionalidade, haverá violação ao *nemo tenetur se detegere* e a prova colhida será ilícita.

A responsabilização das pessoas jurídicas, portanto, é balizada por parâmetros constitucionais e normativos que norteiam a atividade da administração pública quando no exercício do seu poder sancionador. O que se impede é o arbítrio por parte do Estado, que é afastado quando se atendem aos princípios constitucionalmente previstos da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, e demais.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências., 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 28 jul. 2019.

³⁰ QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 548

Desse modo, havendo a previsão legal para tanto, não há que se falar em possibilidade de negativa por parte das pessoas jurídicas no que tange à prestação de informações requeridas. Portanto, a obrigação de prestar as informações requeridas pela administração pública não pode ser elidida com a invocação de garantias constitucionais que não foram a ela direcionadas pelo constituinte originário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição, como Lei Maior do Estado, deve ser integralmente cumprida, mas há de se observar sempre a quem se dirige determinados postulados. O princípio da não-culpabilidade, extraído do teor do artigo 5º, LVII da CF/88, dá origem ao direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII. A interpretação da jurisprudência atinente à aplicação desses artigos, bem como do próprio texto constitucional, conduz à conclusão de que ambos são postulados aplicados – via de regra – apenas às pessoas humanas, no curso de processos judiciais.

Embora seja essa a regra observada, é certo que há exceções. Ocorre que as exceções verificadas nos casos concretos analisados pelos tribunais referem-se exclusivamente ao exercício do direito ao silêncio por pessoas físicas, ainda que fora dos processos judiciais em matéria criminal. A conclusão a que se chega – e validada pela interpretação da jurisprudência – é no sentido de que o direito ao silêncio é prerrogativa das pessoas físicas, haja vista a possibilidade de encarceramento dessas. O art. 5º, LXIII da CF/88 é claro no sentido de que o referido direito é privilégio conferido àqueles cujas falas possam resultar em restrição de liberdade, uma vez que fala que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado". Assim, o que ocorre é a interpretação extensiva do referido direito quando há a sua aplicação em processos administrativos – mormente os processos administrativos disciplinares –, mas sempre com relação à pessoa humana, nunca à pessoa jurídica sujeita a processo administrativo sancionador.

Ainda que se admita a possibilidade de estender às pessoas jurídicas o direito de permanecer calada como forma de não produzir provas contra si mesma, cumpre observar que a regra nos processos administrativos é a de total cooperação destas, nos termos do art. 4º da Lei n. 9.784/99 e em razão da interpretação sistêmica dessa norma com a Constituição, que não previu tal direito àqueles dotados de personalidade jurídica.

Desse modo, compete às legislações específicas prever a possibilidade do exercício do silêncio pelas pessoas jurídicas como forma de se resguardarem de eventuais sanções. A omissão a esse respeito, portanto, possibilita ao administrador público – que profere decisão administrativa de sanção – interpretar o silêncio de pessoa jurídica atuada por infração administrativa em seu desfavor. Não se trata de arbitrariedade, mas sim de efetivação do art. 3º, IV, da norma reguladora do processo administrativo federal, que outorga ao decisor a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, uma vez que ao Direito Administrativo restaria a função de proteger o próprio funcionamento das estruturas do Estado³¹ e, por conseguinte, a sociedade como um todo.

³¹DA LUZ, Y.C. **O Combate à Corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38, out./dez. 2000, n. 19, v. 89, p. 433. mar./abr. 2011.

O interesse público deve prevalecer. Dessa forma, não havendo previsão normativa nas leis específicas para o direito ao silêncio das pessoas jurídicas, não há óbice para interpretar o silêncio de quem que tem o dever de prestar informações e colaborar com a verdade como um reconhecimento da prática da infração.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BECCARIA, C. B. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe do Código Brasileiro de Aeronáutica, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Acesso em: 30 jul 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências., 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal., 1999. Disponível em: <https://goo.gl/N9Km4>. Acesso em: 3 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 89.501, rel. min. Celso de Mello; HC 85.455, rel. min. Marco Aurélio; HC 80.719, rel. min. Celso de Mello, entre outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20760>. Acesso em: 3 mar 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 79.812, rel. min. Celso de Mello, j. 8-11-2000, P, DJ de 16-2-2001. = HC 80.584, rel. min. Néri da Silveira, j. 8-3-2001, P, DJ de 64-2001, "COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA [...]". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135290.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Processo administrativo federal**: comentários à lei 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, L. G. G. C. de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DA LUZ, Y.C. **O Combate à Corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38,

out./dez. 2000, n. 19, v. 89, mar./abr. 2011.

GOMES, L. F. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. 26 janeiro 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 8 setembro 2018.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUNES, S. G. **A presunção de inocência no processo administrativo disciplinar**. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35705/64.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de novembro de 2018.

OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur de detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, P. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

ROLT, A. P. de. **Ônus da prova no processo administrativo sancionador**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/171669/O%cc%82nus%20da%20Prova%20no%20Processo%20Administrativo%20Sancionador.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 abr. 2019.

VORONOFF, A. **Direito administrativo sancionador no Brasil**: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.



A importância da perícia aeronáutica nas demandas jurídicas oriundas de ocorrências aéreas

Márcio Patrício de Oliveira¹

1) INTRODUÇÃO

O direito admite como formas ou modos de provas as orais e as materiais, tais como: depoimentos dos sujeitos ativos e passivos em demandas; confissões; documentos; oitivas de testemunhas e exames periciais.

As provas periciais consistem em vistorias, diagnósticos e avaliações que só podem ser elaboradas por *experts* habilitados em determinada área específica, tendo em vista que o magistrado não é detentor de cognição em assuntos especialíssimos, os quais podem fazer parte dos autos do processo e, por conseguinte, serão objeto de demandas jurídicas procedentes de ocorrências aéreas. Essas, por sua vez, são desmembradas, basicamente, em duas grandes espécies: o acidente aeronáutico que é o evento caracterizado por possuir a intenção de voo e com danos substanciais ou perda total da aeronave e, também acontecerá fatalidades. O incidente aeronáutico é uma ocorrência de menor proporção que embora tenha a intenção de voo, pode redundar em danos leves a aeronave, bem como lesões leves a passageiros e tripulantes, mas não há fatalidades. **(1)**

Tanto o acidente quanto o incidente aeronáutico são acontecimentos que deverão ser investigados pelo Estado. Este último representado pelo CENIPA (Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos) e, igualmente, cada SERIPA (Serviço Regional de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos).

O primeiro é o órgão central do SIPAER – Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. Compete ao Centro, nos termos do art. 3º, incisos V e VI do Decreto n. 9540/2018 "**monitorar e avaliar, quanto ao aspecto técnico, as atividades de prevenção e investigação no âmbito do SIPAER e exercer a função de autoridade de investigação Sipaer e instaurar investigações no âmbito do Sistema**". **(2)**

O segundo são órgãos regionais que realizam investigações de ocorrências aéreas que têm envolvimento aeronaves da aviação civil não regular, os quais foram criados, em janeiro de 2007, com o fito planejar, gerenciar, controlar, executar a prevenção e investigação de ocorrências do universo da aviação. Em outras palavras, a averiguação das circunstâncias do sinistro tem um procedimento específico, calcado nos protocolos de

¹*Especialista em Segurança de Voo e Aeronavegabilidade Continuada pelo ITA (Instituto Tecnológico de Aeronáutica).

*Especialista em Direito Aeronáutico.

*Graduado em Direito.

*Pós-graduado em Direito Público e Direito Penal.

*Membro da Comissão de Direito Aeronáutico, Aeroportuário e Espacial da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal.

investigação com base em normas internacionais da **OACI** (Organização de Aviação Civil Internacional), mais precisamente no Anexo 13, de tal sorte que o princípio começa com a busca de informações acerca dos infortúnios aeronáuticos.

Ora, se de um lado as provas, inclusive as periciais, dentro dos autos do processo têm sua relevância, a fim de que se possa consubstanciar uma condenação ou absolvição de uma das partes na relação jurídica, quando a justiça for provocada. De outro lado, as análises objetivas e subjetivas da investigação, bem como as fontes SIPAER são imprescindíveis ao desfecho dos fatores que desencadearam a ocorrência aeronáutica.

2) A INVESTIGAÇÃO TÉCNICA E AERONÁUTICA

A investigação de uma ocorrência aérea é um serviço altamente especializado que dever ser efetuado por profissionais qualificados. Os investigadores são especialistas em segurança operacional de voo, os quais possuem profundos conhecimentos da cultura aeronáutica e de todo o universo que circunda os fatores que afetam a operação, manutenção de aeronaves, controle do tráfego aéreo, bem como da infraestrutura aeroportuária. É responsabilidade de o profissional de segurança de voo avaliar as evidências em um acidente ou incidente aeronáutico, à medida que se desenvolvam os trabalhos e, além disso, determinar a profundidade da investigação aeronáutica, pois nos termos do que está prescrito no Capítulo 3, item 3-1, do Anexo 13 da Convenção de Chicago de 1944, da qual o Brasil é signatário:

"O único objetivo da investigação de um acidente ou incidente deverá ser a prevenção de acidentes e incidentes. Não faz parte dos objetivos da investigação a identificação de culpa ou responsabilidade". **(3)** Portanto, os serviços da investigação técnica e aeronáutica buscam, essencialmente, novos ensinamentos a serem compartilhados e difundidos com a comunidade aeronáutica, por intermédio da divulgação das Recomendações de Segurança que serão expedidas pelo CENIPA. O intuito é identificar os fatores contribuintes e o estabelecimento de hipóteses na consumação de ocorrências aéreas, com o fito de que fatos dessa magnitude não aconteçam novamente e com características similares.

Outrossim, as apurações realizadas no âmbito do SIPAER não são processos judicial ou administrativo, não tem partes nem acusados, não impõe multas, penalidades ou qualquer restrição de direitos. Por tais características peculiares, intrínsecas aos objetivos e finalidades específicos do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, não existem autos de investigação. Assim sendo, o Relatório Final (RF) de uma ocorrência aeronáutica é o último documento oriundo da persecução técnica, em matéria de acidente e incidente aeronáutico, de tal sorte que se reveste de natureza ímpar, mas não igual aos chamados "autos do processo", eis que nele (RF) constam, de forma encadeada e ordenada, todos os elementos fáticos, análises e conclusões realizadas para fins a que se destina essa específica investigação, culminando com a emissão de Ações Recomendadas. Daí a importância das perícias aeronáuticas, que servem de substrato ao convencimento tanto dos magistrados nos processos, quanto dos investigadores-encarregados na administração da investigação técnica e aeronáutica.

3) A INVESTIGAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

A investigação da polícia judiciária tem por objetivo apurar responsabilidades sobre um determinado acontecimento no universo da sociedade. Um acidente aéreo, por exemplo, é um fato relevante, o qual requer também a verificação das circunstâncias que nortearam e ensejaram o sinistro indesejável. A investigação policial busca informações capazes de indicar ou apontar os supostos culpados, demonstrando a autoria e

materialidade, com a finalidade de que no futuro os mesmos sejam processados com ampla defesa e contraditório na seara judicial. Trata-se da fase pré-processual, a qual garante a legitimidade e a legalidade, à luz do devido processo legal consagrado na Carta Política, no art. 5º, inciso LIV.(4) O inquérito policial é o instrumento inquisitório necessário a averiguação dos fatos que podem ser configurados como delituosos. De acordo com art. 13, incisos I e II do CPP – incumbirá ainda à autoridade policial fornecer às autoridades judiciárias às informações necessárias à instrução e julgamento dos processos e realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público. O Poder Judiciário, por sua vez, analisa todos os aspectos das ocorrências aéreas sob o ponto de vista jurídico, com intuito de buscar formar um conjunto probatório suficiente a imputar responsabilidade criminal, avaliando a culpabilidade no caso concreto. A responsabilidade cível, no entanto, tem por escopo a reparação do dano aferido em pecúnia, em face do disposto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição – Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Todos têm o direito de obter do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional adequada e, por conseguinte, ocorrerá a aplicação da lei e, desse modo, tendo-se em mente o senso de justiça como fim colimado.

A partir do momento, em que quaisquer daquelas ocorrências (acidente ou incidente) forem verificadas, darão ensejo a um complexo de atos ordenados, os quais culminarão em direitos e deveres nas esferas cível, criminal e, igualmente, administrativa com repercussões jurídicas, desde que a respectiva jurisdição seja provocada.

Na chamada dicotomia, em se tratando de apurações independentes. Uma com o cunho específico que visa à busca de subsídios com o intuito de ratificar ou não responsabilizações. A outra, entretanto, é eminentemente técnica, a qual há de ser aprimorada constantemente. A obra "**Flying in the Face of Criminalization**" dos autores Sofia Michaelides-Mateou e Andreas Mateou que fazem menção, justamente, as duas investigações no âmbito de casos concretos acontecidos na aviação em alguns países, realizando um apelo acerca do problema da criminalização do erro humano na seara da aeronáutica, pois na hipótese dos dados usados na investigação aeronáutica serem voltados, apenas e tão somente, para prevenção, evitando tratar de responsabilidades, a cooperação dos envolvidos no evento seria fomentada de maneira mais espontânea e natural.

4) A OCORRÊNCIA ENVOLVENDO AERONAVE DE MARCAS DE NACIONALIDADE E DE MATRÍCULA PT-JSM, DATADA DE 6/12/2014

O voo envolvendo a aeronave **modelo U206F**, do fabricante **Cessna**, possuía a intenção de transportar um passageiro do Aeródromo da Estância Santa Maria, próximo à cidade de Campo Grande, MS, com destino a uma propriedade rural no interior (Aeródromo da Fazenda Capão Verde, MS), todavia aconteceu o acidente aéreo. Levando-se em consideração as competências investigativas dos órgãos de polícia, bem como daqueles de prevenção de ocorrências aeronáuticas, de tal sorte que ambos os procedimentos não produzem resultados similares a título pericial, ou seja, o CENIPA produziu o **Relatório Final n. A-194/CENIPA/2014**, datado de 29 de janeiro de 2019, e, a Polícia Judiciária, por sua vez, instaurou o **Inquérito Policial n. 08/2016 – DECO-MS**, a fim de verificar a relação de causa e efeito do sinistro com as duas fatalidades havidas e, por conseguinte, dar substrato ao Ministério Público no oferecimento da denúncia na **persecutio criminis**.

Ora, a investigação do SIPAER, utilizou-se de inúmeros dados, isto é, conjunto de fatos distintos e objetos com as análises feitas envolvendo exames, tais como os ensaios não destrutivos de produtos aeronáuticos (motor, hélice e as partes estruturais da aeronave), a fim de que se chegasse a alguma conclusão dos fatores que contribuíram para o evento fatídico do dia 6 de dezembro de 2014. A investigação técnica atestou que tanto o motor, quanto o conjunto de hélice estavam em perfeitas condições de funcionamento, por

ocasião do impacto. O Relatório Final do acidente assim menciona: "**No que diz respeito à estrutura da aeronave, foram encontradas fraturas causadas por sobrecarga e deformações na superfície da asa condizentes com impacto contra o solo. Não foram encontradas fraturas causadas por fadiga no material e todas as partes da aeronave estavam concentradas no local da queda. Entretanto, foram encontrados reparos na estrutura da asa cujo material diferia do padrão do existente no restante da aeronave.**" (5)

A polícia que investiga a autoria do delito que redundou nos dois óbitos, procedentes do evento, chegou à conclusão de que o acidente aconteceu, em função da perda de sustentação da aeronave. Tal fato aconteceu, em função de ter ocasionado uma fratura em voo da parte afastada da raiz da asa esquerda. Assim sendo, o reparo inapropriado, ou seja, artesanal teve por consequência o surgimento de trincas e, sequencialmente, vibrações na parte estrutural da asa, em desconformidade com o previsto no Manual do Fabricante da **Aeronave Cessna Aircraft, Modelo U206F**.

Portanto, a procura de dados tratados e dotados de relevância, quais sejam, consolidados na realização de perícias em peças (partes integrantes da aeronave e seus componentes, motor da aeronave, hélice e seu membro estrutural); documentos da aeronave e da tripulação; imagens (fotografias e vídeos), os quais possuem conexão com o sinistro, para subsidiar a elaboração do inquérito policial tem o seu destaque, pois servirá de alicerce as bases fundamentais ao indiciamento dos supostos responsáveis no liame entre a ação ou omissão e o resultado proveniente dos trabalhos deficientes realizados a título de manutenção da aeronave, dentro do bojo da fase inquisitorial. Sendo assim, a própria autoridade policial, por intermédio do compartilhamento de dados com representantes do SIPAER, produziu seus relatórios periciais, em apartado, com fulcro na cognição, na capacidade da informação, após interpretada, transformar-se em conhecimento a serviço da segurança pública, na incessante busca da autoria e materialidade dos delitos oriundos do sinistro aéreo.

5) A OCORRÊNCIA ENVOLVENDO AERONAVE DE MARCAS DE NACIONALIDADE E DE MATRÍCULA PT-OVC, DATADA DE 4/11/2007

No dia 4 de novembro de 2007, a aeronave marcas **PT-OVC**, modelo **Learjet 35A**, após deixar as dependências do Aeroporto Campo de Marte, SP, com destino ao Aeroporto Santos Dumont-RJ, desviou a sua trajetória para a direita, ocorrendo perda de controle em voo, e por conseguinte, colidiu contra o solo, eis o acidente que ceifou a vida do piloto, do copiloto, bem como de seis pessoas que se encontravam, em sua residência, localizada no bairro próximo ao aeroporto em São Paulo.

Tendo em vista que o objetivo da perícia criminal, a qual é originária de sinistros aeronáuticos, visa a elucidar a sequência dos fatos, revelar os fatores determinantes que se revestem na apresentação da relação de causalidade, no que tange ao desfecho do voo, de tal modo que se for suprimida a sequência dos eventos a ocorrência deixaria de existir, a Polícia Judiciária instaurou o **IPL n. 01-0095/2007-SR/DPF/SP**, com o fito de respaldar a realização do exame pericial concernente a aludida ocorrência, fazendo-se necessário o acesso dos peritos aos seguintes conteúdo factual do acidente:

a) Depoimento de testemunhas, em especial dos controladores de tráfego aéreo e o operador de abastecimento; b) Laudos cadavéricos dos tripulantes; c) Manual de manutenção da aeronave modelo **Learjet 35A**; d) Manual de voo; e) Histórico da tripulação que conduzia a aeronave; f) *Checklist* da aeronave; g) Registros de Manutenção preventiva e corretiva; h) dados meteorológicos, bem como cartas do aeroporto de Campo de Marte; i) áudios do gravador de voz (CVR – *Cockpit Voice Recorder*). Tal investigação

criminal foi instaurada para apurar autoria de delitos tipificados nos **art. 121, c/c. art. 70, 261, § 1º e art. 129** todos do Código Penal Brasileiro. **(6)**

No que se concerne aos possíveis quesitos apresentados à perícia, a saber:

1) A aeronave acidentada estava com sua manutenção em dia? 2) Foram constatados alguns tipos de problemas na aeronave nas últimas manutenções realizadas? 3) Existem alguns relatos de problemas mecânicos na aeronave?

Após análises minuciosas nas documentações, quais sejam, nos relatos e registros de manutenção da aludida aeronave é possível afirmar que não havia desvios em relação às atividades mantenedoras se comparadas as práticas previstas no manual de manutenção da aeronave. Além disso, pelas últimas intervenções mantenedoras não há elementos capazes de revelar problemas que pudessem ter contribuído para o sinistro e tampouco inexistem registros de manutenção de aeronaves que atestassem problemas mecânicos. Logo, não havia problemas concernentes ao sistema de combustível, bem como aos sistemas de comando de voo.

Quanto aos depoimentos dos controladores, a perícia criminal depreendeu a coerência entre os mesmos e indicaram a trajetória e a atitude da aeronave durante o voo, porque a rotação do avião que rolou fortemente para direita, ou seja, a asa esquerda mais elevada que a direita caída. O depoimento do operador de combustível afirmou acerca de um abastecimento de 1.000 litros de querosene, dos quais 500 litros para os tanques de ponta de ambas as asas.

No que se refere ao Manual de voo, pode-se afirmar que não havia qualquer procedimento para desbalanceamento de combustível em voo, tendo em vista que existiam averiguações e verificações de cunho obrigatórios antes da decolagem que estavam estipulados em dois **checklists** (antes da partida dos motores e antes da decolagem). A tripulação (piloto e copiloto) não realizou a leitura do **checklist** durante os procedimentos de preparação de cabine, partida, táxi e decolagem. Em relação aos aspectos meteorológicos, no momento do acidente o vento estava calmo, a chuva era leve com céu encoberto, porém não havia indícios de reporte de tesoura de vento.

Assim sendo, ante a gama de informações e dados avaliados e consolidados, sob o ponto de vista da investigação criminal conclui-se que a queda da aeronave deu-se, em função do cometimento de um estol a baixa altura (perda de sustentação da aeronave), o qual foi precedido por um rolamento à direita. Dentro desse contexto, eis o questionamento: É possível determinar a causa do acidente aéreo? É possível apontar diversos elementos os quais indicam que o sinistro aconteceu em decorrência de um desbalanceamento provocado pela distribuição desigual de combustível entre os tanques da aeronave. O fenômeno do desbalanceamento permaneceu imperceptível, até a corrida de decolagem, em virtude da não execução dos procedimentos obrigatórios a título de lista de verificação, por parte da tripulação. Contudo, não foi possível atestar a gênese tanto do desbalanceamento de combustível, quanto em relação a atitude de cabrar de forma excessiva (ato de movimentar a aeronave abruptamente no sentido de ganhar sustentação).

6) CONCLUSÃO

Em função de elementos contextuais, ou seja, grande desenvolvimento do transporte aéreo, em face a necessidade de atender às demandas provenientes das grandes guerras mundiais, especialmente, após segunda guerra mundial, bem como a criação da OACI que estipulou e estabeleceu os anexos, os quais regulamentavam uma

área específica do mundo da aviação. Essa, por sua vez, pode ser resumida em um sistema sociotécnico dotado de complexidade, porque existem inúmeras interfaces nas diversas partes com dinamismo nos eventos e momentos operacionais ratificando o seu dinamismo. Há ainda o imponderável com a possibilidade de informações inconclusivas que podem redundar em risco inerente a própria atividade aérea. Com o advento do Estado democrático, surge o fortalecimento dos direitos e garantias individuais, tais como a incolumidade física e psíquica dos participantes, usuários e profissionais da aviação e terceiros no solo. Sendo assim, o transporte aéreo seguro e eficaz, faz-se necessário, na medida que há o enrijecimento na defesa da justiça dos interesses difusos e coletivos.

Na procura da "verdade real", *mister* que aconteçam Acordos de Cooperação Técnica entre as autoridades policiais e as autoridades do SIPAER, com o fito de estabelecer protocolos complementares quanto à cadeia de custódia para o SIPAER e a investigação da Polícia Judiciária, a fim de que ocorra: a) preservação de fidedignidade e rastreabilidade e b) o aperfeiçoamento e evolução dos procedimentos para preservação da autonomia e independência das investigações. Deve-se observar que os vestígios factuais de uma ocorrência aérea são efêmeros e indivisíveis, servindo indistintamente aos propósitos de ambas investigações. Logo, é necessário que as investigações sobretudo a criminal e a técnica e aeronáutica ocorram de forma estanque e paralela, com o compartilhamento de elementos factuais, para tanto há que se centralizar, em um único canal de interlocução, entre as autoridades envolvidas no sinistro (Polícia Judiciária; Operador da Aeronave; Poder Judiciário; Ministério Público; Operador da Aeronave e SIPAER) para evitar os denominados "vazamentos de informações", de tal modo que ocorra melhor coordenação e celeridade no trânsito de informações e tratativas respectivas.

REFERÊNCIAS

- (1) **BRASIL**. Comando da Aeronáutica. Protocolos de Investigação de Ocorrências Aeronáuticas da Aviação Civil conduzida pelo Estado Brasileiro: NSCA 3-13. [Brasília-DF], 2017.
- (2) **BRASIL** Decreto n. 9.540, de 25 de outubro de 2018. Dispõe sobre o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos e dá outras providências.
- (3) **ORGANIZAÇÃO DE AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL**. Anexo 13 à Convenção de Aviação Civil Internacional. Investigação de Acidentes e de Incidentes Aeronáuticos. 9ª Edição. Canadá, 2001.
- (4) **BRASIL**. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Brasília: Senado Federal, 1988.
- (5) **BRASIL** (2020) Relatório do acidente PT-JSM. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/paginas/relatorios/relatorios-finais>> Acesso em 28 out. 2020.
- (6) **BRASIL** Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro.



Auxílio-reclusão: um avanço na proteção social no Brasil pós-redemocratização

Isabela de Almeida Leal*

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo a análise do auxílio-reclusão como benefício da Previdência Social que garante a manutenção da dignidade da pessoa humana dos dependentes das pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade. Foram analisadas sob a perspectiva crítica as regras de concessão do referido benefício e as implicações das Emendas Constitucionais n. 20 e 103, bem como Lei 13.846/2019. Considerando a dificuldade de acesso a bibliotecas em razão do contexto da pandemia da Covid-19, foram utilizados como referenciais teóricos artigos e livros disponíveis na plataforma de bibliotecas virtuais, bem como o conteúdo dos arquivos das aulas que foram disponibilizados pelo professor.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio-reclusão; Dignidade da Pessoa Humana; Direito Previdenciário; Pessoas Presas.

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado como trabalho de conclusão da disciplina de direito previdenciário no Curso de Especialização Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Estruturado em dois capítulos e uma conclusão, ele é o início de uma pesquisa acerca do benefício previdenciário do auxílio-reclusão.

A escolha do tema partiu da vontade em compreender melhor benefício do auxílio-reclusão, notadamente as transformações sofridas desde a sua instituição. A hipótese levantada antes da pesquisa foi a de que o alcance do benefício teria sofrido muitas restrições ao longo do tempo e que essas restrições teriam sido impactadas pela onda conservadora que se instalou no Brasil nos últimos anos, especificamente na segunda década do século XXI. Em certa medida, essa hipótese se confirmou, mas ainda é cedo para fechar o pensamento... A pesquisa continua!

O primeiro capítulo aborda questões históricas e aspectos teóricos sobre proteção social e seguridade social, sendo enfatizado o contexto do Brasil no período pós-redemocratização. É demonstrado que foram elevados ao plano constitucional os direitos fundamentais de segunda dimensão – os direitos sociais, entre eles, o direito à Previdência Social que, no Brasil, é um dos pilares do tripé da seguridade social.

O segundo capítulo trata dos direitos fundamentais dos presos e do benefício previdenciário do auxílio-reclusão. Foi enfatizado que tal benefício, apesar de desenhado pela lógica do seguro social, sofreu modificações substanciais com as Emendas Constitucionais n. 20 e 103, bem como com o advento da Lei 13.846/2019. É nesse capítulo que estão destacadas as críticas que mais chamaram a atenção no início da pesquisa.

* Aluna do Curso de Pós-Graduação em Ordem Jurídica e Ministério Público, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). OAB/DF 61.768. isabelassd@gmail.com

Por fim, a conclusão encerra o artigo com as considerações mais pertinentes ao objetivo do trabalho.

2 – A PROTEÇÃO SOCIAL E A SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

O período de redemocratização no Brasil, na década de 1980, teve a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como marco principal². A mudança de paradigma proporcionada pela nova Carta Política elevou ao plano constitucional os direitos sociais de segunda dimensão e a proteção social, revelando o compromisso do Estado brasileiro com o enfrentamento da questão social inerente ao mundo capitalista.

Nessa perspectiva, a seguridade social é o grau máximo da proteção social do Estado³, compreendendo uma rede protetiva formada pelo Estado e particulares⁴ capaz de suprir as necessidades e anseios relativos a área social. O tripé da seguridade social garante aos cidadãos o direito à assistência social, à Previdência Social e à saúde, estando previsto no Título VIII – Da Ordem Social, da Constituição federal de 1988. De acordo com o art. 193, da CF/88, a base da Ordem Social é o primado do trabalho, e os seus objetivos são o bem-estar e a justiça sociais.

Curioso mencionar que, desde a Constituição de 1934, nas Constituições anteriores não havia título específico que tratasse da Ordem Social, que estava localizada topograficamente no título referente à Ordem Econômica⁵. A Constituição federal de 1988 ao separar a Ordem Econômica da Ordem Social garantiu um espaço significativo e uma ampliação formal do escopo dos direitos sociais – resta avaliar se essa ampliação também tem acontecido no plano material.

Historicamente a seguridade social passou por três fases de desenvolvimento⁶. Na primeira fase, denominada de "assistência pública", os pobres eram o foco do amparo feito por intermédio da caridade, notadamente a caridade promovida por instituições religiosas. Na segunda fase, denominada "seguro social", o olhar da seguridade se voltou aos trabalhadores, sendo fortalecidos os seguros e estendida a cobertura de doença, acidente, invalidez, velhice⁷. Na terceira fase, denominada "proteção dos cidadãos", a seguridade avança e passa a alcançar quaisquer pessoas, todos e estados de necessidade e em todas as fases da vida.

Como já explanado, a proteção social no Brasil no período pós- redemocratização é concebida no âmbito da Seguridade Social sob a perspectiva da "proteção dos cidadãos", ou seja, na rede de seguranças sociais que são garantidas à sociedade como um todo, tendo como princípio a solidariedade social. Essa solidariedade social se caracteriza pela cotização coletiva em favor daqueles que, em um futuro incerto, precisem das prestações que serão advindas desse fundo comum⁸.

² 30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro. Volume IV. Organização: Rafael Silveira e Silva. Brasília: Senado Federal, 2018.

³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 20ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 20ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

⁵ MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

⁶ MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves de. Direito Constitucional. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 23ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Diz o art. 1º do Decreto 3.048/1999:

Art. 1º A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. A seguridade social obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios, de forma a preservar-lhe o poder aquisitivo;

V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; e VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados.

A Saúde, de acordo com o art. 196, CF, é direito de todos e dever do Estado. É política pública que independe de contribuição do usuário e opera através de um sistema integrado e sem barreiras de acesso – o SUS, tendo agenda de cobertura para além proteção e recuperação de doenças e outros agravos, sendo estendida também à promoção da saúde e prevenção de agravos⁹.

A Assistência Social, art. 203, CF, é direito constitucionalmente previsto para quem dela necessitar. Assim como a saúde, não tem caráter contributivo, porquanto se relaciona com o compromisso constitucional da República Federativa do Brasil em erradicar a pobreza e diminuir a discriminação (art. 3, III, CF). Sendo assim o Estado materializa os objetivos mencionados também por meio da assistência social, na medida em que assegura a todos os seus cidadãos condições básicas de existência e fruição de direitos.

A Previdência Social como seguro social relacionado ao trabalhador, afiança um valor substituto à remuneração do trabalho ao segurado ou aos seus dependentes quando presentes situações impeditivas do labor habitual¹⁰ (teoria do risco social). Esse valor se reveste da forma de benefício previdenciário (auxílio, pensão ou aposentadoria), cujo acesso é vinculado ao preenchimento de certos requisitos como: tempo de contribuição; idade; grau de agravo; e até parecer de perito¹¹.

Importante discorrer sobre a teoria do risco social. O conceito de risco é típico do direito civil e expõe um evento futuro incerto capaz de gerar dano ao indivíduo¹². Porém, esse conceito sofre algumas alterações quando aplicado à seguridade social, vez que nem sempre a proteção da seguridade se destina a reparar danos. Um bom exemplo disso é no caso do salário-maternidade, que é pago à mulher em virtude da maternidade pelo período em que fica impossibilitada de trabalhar – nesse caso, a maternidade não é um dano, mas

⁹ SPOSATI, Aldaíza. Proteção Social e Seguridade Social no Brasil. Revista Serviço Social & Sociedade. Nº 116. São Paulo: Cortez. 2013.

¹⁰ SPOSATI, Aldaíza. Proteção Social e Seguridade Social no Brasil. Revista Serviço Social & Sociedade. Nº 116. São Paulo: Cortez. 2013.

¹¹ SPOSATI, Aldaíza. Proteção Social e Seguridade Social no Brasil. Revista Serviço Social & Sociedade. Nº 116. São Paulo: Cortez. 2013.

¹² SANTOS, Marisa Ferreira dos Direito previdenciário esquematizado®. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza)

gera para a segurada o direito de receber o benefício da previdência. De qualquer maneira, a teoria do risco social estabelece que é a sociedade responsável pela manutenção do sustento daqueles indivíduos que estejam, por causa temporária ou permanente, impossibilitados de exercer o seu labor e auferir o salário¹³.

A Previdência Social tem como pilares orientadores a compulsoriedade, vez que exige a filiação (o vínculo jurídico) dos trabalhadores ao regime previdenciário; e o caráter contributivo, ou seja, exige que o trabalhador contribua para o sistema previdenciário. Importante que a filiação acontece automaticamente no caso dos segurados obrigatórios¹⁴ e, no caso dos segurados facultativos, com a inscrição (ato meramente formal) e o pagamento da primeira contribuição.

Diz o art. 201, da CF/1988:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Atualmente, são exemplos de benefícios da Previdência Social a aposentadoria, o salário-maternidade, o salário-família, auxílio por incapacidade temporária, auxílio-acidente, pensão por morte e o auxílio-reclusão.

No presente trabalho será aprofundado o auxílio-reclusão como benefício da Previdência Social que garante a manutenção da dignidade dos dependentes das pessoas presas.

3 – DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA PRESA E O AUXÍLIO-RECLUSÃO

Há um extenso rol de direitos da pessoa presa elencados na Constituição federal, no Código Penal brasileiro e na Lei de Execuções Penais. Em resumo, à exceção dos direitos inerentemente restringidos em razão do cárcere, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38, do CP; art. 5, XLIX, da CF/88; e art. 3º, da LEP).

Nessa perspectiva, o art. 41, III, da LEP, elenca expressamente a Previdência Social como direito do preso. Destaca-se que o direito à prestação previdenciária é um direito indisponível, não podendo ser objeto de renúncia¹⁵. Também é importante mencionar que direito a Previdência Social do preso, e, por consequência, dos seus dependentes, materializa o princípio constitucional do direito sancionador da responsabilidade pessoal, inscrito no inc. XLV, do art. 5º, da CF/88:

¹³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 23ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹⁴ São segurados obrigatórios o trabalhador avulso, o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual e o segurado especial.

¹⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 23ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Art. 5º. XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O auxílio-reclusão, instituído no Brasil na década de 1960 pela Lei n. 3.807 e previsto pela Constituição federal de 1988 em seu art. 201, IV, é o benefício previdenciário que se destina aos dependentes dos segurados que se encontram em regime de privação de liberdade. Desenhado sob a lógica do seguro social, portanto vinculado a uma contribuição prévia, objetiva cobrir o dano da perda da renda familiar em virtude da prisão da pessoa segurada¹⁶.

Com efeito, apesar da relação jurídica de seguro social, em que o indivíduo é credor do Estado em razão da contraprestação paga/custeada por ele, a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, trouxe uma mudança significativa no perfil do benefício. Em atenção ao critério da seletividade, previsto no art. artigo 194, III, CF, dos benefícios previdenciários, foi instituído que apenas aos segurados de baixa renda seriam concedidos o auxílio-reclusão e o salário-família. O critério da baixa renda foi mantido pela recente Emenda Constitucional n. 103, de 2019, que acrescentou a limitação do valor do auxílio-reclusão em um salário mínimo (art. 27, §1º, Emenda Constitucional n. 103, de 2019), que também será analisada neste capítulo.

A emenda prevê a lei discipline o conceito de baixa renda, mas enquanto essa lei não é promulgada, considera-se segurado de baixa renda quem percebe renda bruta mensal de até R\$1.364,43 (um mil trezentos e sessenta e quatro reais e quarenta e três centavos), valor que é corrigido anualmente pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. É o que diz o art. 27, da Emenda Constitucional n. 103, de 2019.

Concessa máxima venia, o requisito da baixa renda não é compatível com os princípios norteadores da previdência contributiva. Nesse sentido, Hélio Gustavo Alves pergunta: *qual a diferença entre aquele que tem uma renda menor ou maior, se ambos serão ou estão presos, sem poder exercer de igual forma as suas profissões sendo que tanto o pobre, quanto o rico deixarão de sustentar suas famílias pelo motivo, ou seja, a prisão*¹⁷?

Ora, não se trata o auxílio-reclusão de benefício assistencial, em que se justificaria a análise da necessidade (baixa renda) para se conferir o direito. Mas sim de benefício previdenciário construído sob a lógica do seguro social. Vale lembrar que da relação jurídica estabelecida pelo seguro social resulta que a responsabilidade do Estado devedor é objetiva, não tendo lugar análises subjetivas (baixa renda) direcionadas ao segurado¹⁸.

A jurisprudência dos tribunais estava firmando o entendimento de que, a baixa renda se referia aos dependentes e não ao segurado, ao fundamento de que o auxílio-reclusão era benefício destinado a suprir as necessidades materiais dos dependentes do segurado preso¹⁹.

¹⁶ PAIVA, Juliana Medeiros. Auxílio-reclusão: um direito restrito. Florianópolis: Revista Katályssis 2014.

¹⁷ ALVES, Helio Gustavo. Auxílio-reclusão: direito dos presos e dos seus familiares. São Paulo LTr, 2007.

¹⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 23ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 23ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Todavia, o STF, ao julgar RE 587.365/SC em sede de repercussão geral, a merecer todos os aplausos, pacificou o entendimento em sentido contrário, estabelecendo que a baixa renda deve ser analisada sob a perspectiva do instituidor do benefício, o segurado (Tema 89 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal). Eis o *decisum*:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, **a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.**

II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade.

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 587365, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO. DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-08 PP-01536)

Sendo assim, o STF definiu que (i) o auxílio-reclusão é benefício devido ao segurado de baixa renda que se encontre em privação de liberdade, e que (ii) é a renda do segurado, e não dos seus dependentes, que deve ser utilizada como parâmetro para aferir o critério da baixa renda.

Há quem interprete que a decisão do STF estabeleceu um parâmetro para os casos em que a baixa renda é presumida de forma absoluta, ao fundamento de que cabe aos dependentes do segurado preso um tratamento isonômico em relação aos requerentes do benefício de prestação continuada - LOAS²⁰. Em outras palavras, caso seja superado o limite do art. 27, da Emenda Constitucional n. 103, de 2019, caberia aos dependentes fazer prova da necessidade do benefício, assim como caberia ao magistrado analisar o caso concreto, levando em consideração o critério da equidade. Importante observar que no âmbito dos juizados especiais federais esse critério está expressamente previsto no art. 6º da Lei n. 9.099/95, bem como no art. 5º da Lei de Introdução do Direito brasileiro.

Pensamos que essa abordagem acerca decisão do STF, que permite a flexibilização do critério econômico, é digna de nota, vez e a realidade social é dinâmica, não podendo ser restringida a critérios objetivos. Além do mais, há instrumentos que podem ser utilizados pelo Sistema de Justiça para analisar a situação econômica no caso concreto, como o estudo socioeconômico. Sendo assim, percebe-se que o critério da equidade permite que o magistrado, enquanto Estado-juiz, faça justiça no caso concreto, preservando a proteção social do Estado nos casos em que a necessidade é patente²¹.

Nessa esteira fundamentou o ministro Napoleão Nunes Maia Filho em seu voto no Resp. 1.523.797/RS que *a análise de questões previdenciárias requer do magistrado uma compreensão mais ampla, ancorada nas raízes axiológicas dos direitos fundamentais, a fim de que a aplicação da norma alcance a proteção social almejada.*

²⁰CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 23ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

²¹AgRg no REsp 1.523.797/RS, 1ªTurma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13.10.2015

Necessário salientar que entendemos que é o esse exercício de adequação dos comandos legais e dos entendimentos jurisprudenciais ao caso concreto que afasta o juiz "boca de lei" e aproxima o juiz garantista, atento aos movimentos da sociedade e aos princípios delineados na Constituição federal, do sistema de justiça.

Ainda, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça construído em sede de Recursos Repetitivos, Tema 896²², o critério da renda deve ser aferido no momento do recolhimento à prisão, vez que é nesse momento que os dependentes sofrem o dano – a perda da renda. Sendo assim, para fins da concessão do auxílio-reclusão, se a pessoa, mesmo que ainda mantenha a qualidade de segurada, não estiver exercendo atividade laboral remunerada no mês da reclusão, não mais se considera o valor do último salário de contribuição, mas sim a ausência de renda.

Em caso de fuga, há a interrupção do benefício. Um dos fundamentos dessa regra é que a fuga do estabelecimento prisional é um ato que atenta contra o Estado democrático de direito. Outro é que a família poderia ficar recebendo o benefício do Estado indefinidamente. Contudo, deve ser ponderado que, sendo o auxílio-reclusão um benefício estabelecido *intuito familiae*²³, não é razoável que os dependentes sofram mais vez com a perda da renda com a interrupção do benefício. Isso porque muitas vezes a família não tem conhecimento do paradeiro do preso em foragido e, permitir que o sistema presuma o contrário, é atentar contra a boa-fé.

A Lei 13.846/2019 inseriu a comprovação do período de carência de 24 meses para a concessão do auxílio-reclusão. Entendemos que esse requisito é um grande limitador de acesso ao benefício, vez que a seletividade criminal brasileira encarcera preponderantemente pessoas das camadas sociais economicamente mais vulneráveis e menos vinculadas as condições formais e regulares de trabalho. Além disso, verifica-se que esse período de carência supera, em muito, o exigido para a concessão de outros benefícios igualmente previdenciários e de caráter temporário, como o auxílio-doença e o salário-maternidade que são de 12 e 10 contribuições, respectivamente.

São beneficiários do auxílio-reclusão os dependentes das classes 1, 2 e 3 do art. 1, da Lei 8.213/1991. Na classe 1 constam o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; na classe 2 os pais; e na classe 3 o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

De acordo com a instrução normativa Instrução Normativa 77, de 2015, considera-se dependente o filho nascido após o recolhimento do segurado à prisão. Todavia, indo de encontro a esse entendimento, o mencionado diploma normativo não considera dependente o cônjuge/companheiro se o casamento/união estável for realizado após o encarceramento, regra que conflita com a natureza *intuito familiae* do benefício e significa uma limitação da proteção social.

Por fim, a Emenda Constitucional 103 restringiu o valor do benefício em até um salário mínimo, não importando o valor da renda mensal do segurado, muito menos o

²² REsp 1485417/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2017, DJe 02/02/2018.

²³ COIMBRA, Feijó. Direito Previdenciário Brasileiro, p. 133.

número de dependentes. Questiona-se essa limitação também frente à natureza *intuitio familiae* do benefício, vez que a quantidade de dependentes é ponto crucial para definir se o valor pago a título de benefício previdenciário é capaz de suprir todas as necessidades daquela família. Um número maior de dependentes pressupõe uma maior despesa para a manutenção da vida daqueles que sofrem com a perda da renda em razão da prisão do segurado – objetivo último do auxílio-reclusão.

3 – CONCLUSÃO

O auxílio-reclusão é benefício da Previdência Social destinado aos dependentes dos segurados presos em razão de sentença/decisão penal condenatória. O objetivo do auxílio é substituir, no limite de um salário mínimo, a parte que cabia ao segurado preso no sustento da família.

A partir das informações analisadas e sistematizadas no presente trabalho é possível concluir que o auxílio-reclusão, apesar das dificuldades enfrentadas nessa segunda década do século XXI em que o conservadorismo impera, se revela como potencial instrumento garantidor do equilíbrio econômico e social. Isso porque pode colaborar na manutenção da dignidade da pessoa humana daqueles que são frutos do etiquetamento do sistema criminal de justiça – seja por estar preso, seja por ser familiar de quem está preso.

A pesquisa confirmou, ao menos em parte, a hipótese de que o auxílio-reclusão sofreu restrições e limitações de alcance ao longo do tempo. Apesar de ainda preservar a natureza jurídica de benefício da Previdência Social, as Emendas Constitucionais n. 20 e 103, bem como a recente Lei 13.846/2019, significaram um retrocesso no Brasil pós-redemocratização no que diz respeito à proteção social daqueles etiquetados pelo Sistema de Justiça Criminal e, notadamente, dos seus dependentes.

As críticas feitas ao longo do capítulo 2 demonstram que são questionáveis, sob o ponto de vista principiológico, as transformações sofridas pelo auxílio-reclusão, vez que podem fazer a pena transcender da pessoa do condenado – vedação expressa do inc. XLV, do art. 5º, da CF/88. Importante salientar que o alcance da pena imposta na seara criminal não necessariamente aflige apenas o direito de liberdade do preso, esse claramente não é repassado aos seus familiares. Essa pena deve ser compreendida para além da questão física da privação, perpassando as esferas econômica e moral – que, com todas as restrições vistas, acabam afligindo também os dependentes do preso.

REFERÊNCIAS

ALVES, Helio Gustavo. *Auxílio-reclusão: direito dos presos e dos seus familiares*. São Paulo LTr, 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 23ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito Constitucional*. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 20ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

SANTOS, Marisa Ferreira dos Direito previdenciário esquematizado®. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado®/coordenador Pedro Lenza)

SPOSATI, Aldaíza. *Proteção Social e Seguridade Social no Brasil*. Revista Serviço Social & Sociedade. Nº 116. São Paulo: Cortez. 2013.

PAIVA, Juliana Medeiros. *Auxílio-reclusão: um direito restrito*. Florianópolis: Revista Katályssis 2014.

30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro. Volume IV. Organização: Rafael Silveira e Silva. Brasília: Senado Federal, 2018.



Acesso ao relatório de inteligência financeira e a reserva de jurisdição: uma análise dos requisitos procedimentais estabelecidos no julgamento do RE n. 1.055.941¹

Ana Carolina Georges e Castro²

RESUMO: O objetivo geral deste trabalho corresponde a análise da incorporação do Relatório de Inteligência Financeira ao procedimento penal em observância às garantias fundamentais e os requisitos procedimentais estabelecidos no julgamento do RE n. 1.055.941/SP.

PALAVRAS-CHAVE: Intimidade. Privacidade. Lavagem de dinheiro. Relatório de Inteligência Financeira. Coaf. Quebra de Sigilo Bancário.

SUMÁRIO: Introdução. 1 - Tutela da Intimidade. 1.1 - Relativização da tutela da intimidade e controle. 2. Relatório de Inteligência Financeira. 2.1 - Conselho de Controle das Atividades Financeiras - Coaf. 2.2 - A produção da inteligência financeira. 2.2.1 - Recomendações do Grupo de Ação Financeira - Gafi. 2.2.2 - Hipóteses legais para elaboração do Relatório de Inteligência Financeira - RIF. 3 - Compartilhamento do Relatório de Inteligência Financeira com o Ministério Público: (des)necessidade de ordem judicial. 3.1 - Atividade de inteligência financeira versus investigação criminal. 3.2 - O julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP. 3.2.1 - Legitimidade do RIF por encomenda e as correntes divergentes. 3.2.2 - A exigência de formalização do RIF como condição de uso no processo penal. Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

No cenário mundial, convenções e tratados trouxeram à luz da pauta internacional, vários aspectos da criminalidade organizada e meios para sua contenção. A Convenção de Viena de 1988 é a base para atual capitulação, haja vista que na reunião, pela primeira vez levantaram-se questionamentos acerca do crime de lavagem de dinheiro, momento em que os países subscritores concordaram em unir-se para adotar medidas de controle ao crime.

Diante disso, uma das providências aderidas pelos Estados-membros foi a criação da Unidade de Inteligência Financeira (UIF), órgão responsável pelo recebimento, exame e identificação de atividades supostamente ilícitas, a fim de remediar os proventos advindos da infração inicial, no intuito de tornar a atividade menos lucrativa e, conseqüentemente menos atraente.

Entretanto, adveio a necessidade de regularização e padronização das medidas adotadas pelos países, momento em que foi constituído o Grupo de Ação Financeira (Gafi), o qual propôs recomendações as UIFs que se submeteram a assistência jurídica mútua pactuada na convenção.

No Brasil, a Lei n. 9.613/1998 institui o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), que segue o padrão das demais unidades de inteligência. Entre as funções do órgão, destaca-se a produção Relatório de Inteligência Financeira (RIF), cujo objeto é a reunião de conteúdo suspeito, levantado e analisado pelo Coaf, em um documento que há de ser compartilhado com as autoridades para investigação e,

consequente persecução penal.

A incorporação do RIF ao procedimento investigatório foi pauta no julgamento do RE n. 1.055.941/SP, que estabeleceu requisitos procedimentais para a validade da transferência direta de informações da unidade de inteligência financeira para o Ministério Público, sem prévia autorização judicial.

O objeto do julgado reflete o crescente estímulo de atuação do Coaf como órgão auxiliar do Ministério Público, de forma a considerar preocupante a conjunção de atividade de inteligência junto à de persecução penal, tendo em vista que o órgão ministerial passa a ter proximidade das informações do investigado que somente a UIF poderia ter acesso sem necessidade de permissão judicial.

Sob essa ótica, afirma Luís Greco (GRECO, 2018, p. 44), "*uma norma que autoriza a obtenção de um dado não autoriza já automaticamente a utilização ou o armazenamento, muito menos a transferência*".

Entre as peculiaridades tratadas no caso em questão, traz-se à tona o debate acerca da necessidade de regularização e formalização de todas as etapas da elaboração do Relatório de Inteligência Financeira, com o adendo das interações entre o Coaf e a autoridade de persecução penal, para o fim de homenagear o direito constitucional ao contraditório e ampla defesa.

Assim, verifica-se dentre a seguinte abordagem, os ditames e contrapontos vinculados ao direito subjetivo do indivíduo que terá, por um lado o compartilhamento de seus dados pessoais, de forma legal, porém, previamente dependente de documentação que o permita identificar claramente, de onde surgiu e para onde vai o compilado de suas informações, para que assim o relatório em comento possa integrar de forma legítima o procedimento criminal, e, por outro lado, tenha a chance de replicar e retificar as informações utilizadas de forma não coerente com o caso concreto.

1. TUTELA DA INTIMIDADE

Direito de personalidade é um atributo inerente ao homem, o qual carrega dentro de si subjetividades que caracterizam a condição humana, para o fim de assegurar ao indivíduo uma chance de desenvolvimento com a garantia de uma trajetória digna.

A importância e abrangência do direito à personalidade pode ser conceituada pelo jurista italiano Adriano De Cupis da seguinte forma:

[...] existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados 'direitos essenciais', com os quais se identificam, precisamente os direitos da personalidade. (CUPIS, 1961, p.17)

Entre esses direitos essenciais, destaca-se a tutela da intimidade e privacidade, que possuem como objetivo o resguardo à dignidade e integridade da pessoa humana. Ambos os conceitos estão coligados, todavia, parte da doutrina entende que apesar da subjetividade tutelada por eles coincidirem, um seria parte do outro que estaria descrito de forma mais ampla.

Para Gilmar Ferreira Mendes, o direito à privacidade tem por objeto "*os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às*

relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público" (MENDES, 2020, p. 286).

Envolto à essa definição, advém o conceito de tutela da intimidade, que pode vir a ser retratado como uma privacidade de caráter ainda mais isolado, conforme descreve Paulo José da Costa Júnior:

[...] a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna, de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos". (COSTA JR, 1970, p. 8)

Ainda que retratados de forma divergente, a finalidade se coliga no interesse de proteger e conservar o direito essencial do cidadão de resguardar sua vida privada, dentro dos limites que o cabem, para o fim prosperar frutiferamente dentro do bem maior que lhe é preservado, qual seja, a vida.

Tal descrição foi reformulada, ratificada e fortalecida durante os anos, chegando-se ao atual ordenamento jurídico brasileiro, regido pela Constituição federal de 1988, que albergou em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais inerentes a todo ser humano.

Dentro do subcapítulo de direitos individuais e coletivos, restou descrito no artigo 5º, incisos X, da Constituição federal, a tutela ao direito à intimidade:

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:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)

Assim como já pontuado, o conceito de "intimidade" e "vida privada", mesmo que correlacionados, são distintos, uma vez que o direito a intimidade está vinculado à relação subjetiva e íntima da pessoa, em contraponto ao direito a vida privada, que por sua vez abrange o reconhecimento dos demais direitos, tais como o de domicílio, correspondência, honra, imagem e reputação.

Dessa forma, capta-se as lições de Barroso quanto ao tema: "de forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade o direito de estar só" (BARROSO, 2007, p. 80).

1.1 Relativização da tutela da intimidade e controle judicial

Ainda que diante de toda esfera garantista do direito a intimidade, há de se levar em conta o cotidiano, a vida em comunidade e o valor de cada ato, de forma que não há como priorizar um só direito, nesse caso o da privacidade, excluindo os demais, tal como o de publicidade.

Certo é que a Constituição federal dispôs sobre a inviolabilidade dos direitos fundamentais, todavia, não há como impedir a escolha do titular do direito de renunciar àquilo que está a sua disposição, assim como consolida o entendimento de Roberto Dias:

Com isso, pretende-se assentar a ideia de que a previsão constitucional acerca da "inviolabilidade" do direito à vida se destina a impedir que as pessoas não tenham a sua

vida ceifada arbitrariamente. Todavia, não significa que tal direito seja indisponível e que, portanto, as pessoas não possam escolher seus caminhos no que diz respeito à própria vida e à própria morte. (DIAS, 2010, p. 160)

No tocante à garantia em questão, ao tratar da disponibilização de atos que venham a violar o direito subjetivo do cidadão, é necessário diferenciar a divulgação admissível e abusiva da matéria, bem como quando o fato é exposto pelo próprio sujeito ou contra a vontade deste.

Com isso, abre-se uma ponderação entre o interesse público e a privacidade do indivíduo, qual seja: os agentes envolvidos na questão, sendo eles públicos, teriam seus assuntos pessoais uma implícita natureza compartilhável?

Em se tratando de pessoa pública, resta evidente que ainda que o direito de manter suas informações consigo seja tutelado da mesma forma que para os demais cidadãos, é claro que há um desnível entre o ser em destaque com o restante da sociedade, não significando uma isenção ao direito, mas tão somente que a evidência de seus atos estará em maior notoriedade, frente aos demais.

Ante ao questionamento, salienta-se os ensinamentos do min. Gilmar Mendes:

Em se tratando de conflito de pretensões à privacidade e à liberdade de informação concorda-se que se a análise a qualidade da notícia a ser divulgada, a fim de estabelecer se a notícia constitui assunto do legítimo interesse público. Deve ser aferido, ainda, em cada caso, se o interesse público sobreleva a dor íntima que o informe provocará. (MENDES, 2020, p. 292)

Quanto ao papel do Estado frente às contraposições sopesadas da garantia da intimidade e da vida privada, tem-se inicialmente a ideia de que ele promoverá a tutela dos direitos fundamentais frente à sociedade, todavia, na hipótese de violação de preceitos fundamentais entre indivíduos, há de ser necessário que ele cumpra sua obrigação de garantidor, através de seus órgãos e, disponha de ferramentas para averiguação do ato e responsabilização do agente percursor.

Dito isso, pode se perceber que nas hipóteses em que se fizer necessário, o Estado agirá de forma a relativizar a tutela da intimidade, frente a necessidade de proteção de outro direito. Isso ocorre, por exemplo, quando a entidade governamental utiliza-se dos meios investigatórios, para adentrar no âmbito social do indivíduo, podendo valer-se da interceptação ou quebra de sigilos bancários, fiscais e/ou telefônico, a fim de estancar o ato ofensivo.

No que tange o contexto em questão, vale destacar o contrapeso entre a flexibilização da privacidade, do sigilo bancário e fiscal frente as hipóteses de investigação. O sigilo em menção é direito fundamental tanto quanto os outros, visto que garantem a vida privada do indivíduo.

Entretanto, através do julgamento da PET 577, o Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência, no sentido de que entre o interesse individual e o da coletividade, acerca do conhecimento de informações relevantes para um contexto social determinado, o controle sobre os dados não ficaram mais submetidos tão somente ao arbítrio exclusivo do indivíduo.

Sendo assim, dentre as possibilidade e formas de interrupção do direito individual, que hão de ser elencadas nos próximos capítulos, resta evidente que o Estado, sopesa àquilo de maior interesse, em prol do coletivo, de forma que a escolha pode vir a acarretar na ofensa de um preceito fundamental, anteriormente consagrado como inviolável.

2. RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA

Pela primeira vez, na Convenção das Organizações das Nações Unidas realizada em Viena em 1988, o tema lavagem de capitais foi levado em pauta a nível mundial. O propósito inicial da Convenção fluiu adentro da cooperação entre os Estados participantes, discorrendo sobre a necessidade de combater com maior eficiência sobre os diversos aspectos do narcotráfico na dimensão internacional.

O tráfico ilícito de entorpecente e substâncias psicotrópicas geram uma grande e evidente quantidade de provenientes, que hão de ser dissimulados a fim de dar ao fruto aparência lícita. Conforme expõe Carla Veríssimo de Carli (DE CARLI, 2008, p. 269), a importância da lavagem é capital, porque permite aos delinquentes usufruir desses lucros sem pôr em perigo sua fonte (o delito antecedente), além de protegê-lo contra bloqueio e confisco.

Diante disso, compreende-se que o encontro da Organização das Nações Unidas inicialmente objetivava avaliar medidas de combate ao narcotráfico, o que por sua vez resultou em uma análise dos proventos do crime e o seu destino final, concluindo-se que a punição da utilização desses ganhos obtidos ilicitamente, poderia aproximar as autoridades do efetivo combate ao crime supracitado.

Segundo Jorge Alexandre Fernandes Godinho (GODINHO, 2001, p. 50) a Convenção de Viena de 1988 destaca o caráter lucrativo do tráfico de drogas ao asseverar ser fonte de rendimentos e fortunas consideráveis; visto que no momento de sua elaboração essa atividade estava se expandindo muito rapidamente e as legislações penais em todo mundo não estavam sendo suficientemente capazes de deter ou punir tal crime, sendo necessária uma outra fonte normativa que pudesse auxiliar no cumprimento desse objetivo.

Nesse seguimento, o Brasil dispôs-se a acatar o debatido, promulgando a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, através do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Com isso, as partes comprometeram-se a prestar assistência jurídica recíproca através de investigações, julgamento e processos jurídicos referentes aos delitos taxados no acordo.

Além disso, os países subscritores pactuaram em criar as suas Unidades de Inteligência Financeira (UIF), individual de cada Estado, cuja função desdobra-se no recebimento e concentração de informações de operações suspeitas, que possam envolver atividades de lavagem de dinheiro, e repassá-las aos órgãos de persecução penal, para investigação e processamento do feito.

O Brasil criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), através Lei n. 9.613 de 1998, que atua eminentemente na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. O Conselho segue o padrão em conformidade ao acordado quanto a regência das UIFs, logo, a função principal abrange o recebimento, exame e identificação de atividades supostamente ilícitas e, conseqüente comunicação aos órgãos de controle.

Diante do exposto, o resultado das análises de inteligência financeira, advindo das comunicações recebidas, por intercâmbio de informações ou denúncias é consolidado em documento denominado Relatório de Inteligência Financeira (RIF), conforme prevê o Ministério da Fazenda, atual Ministério da Economia.

2.1 Conselho de Controle das Atividades Financeiras - Coaf

A partir da promulgação da Convenção em comento, tornou-se necessário viabilizar mecanismos de adequação dos Estados-membros ao sistema proteção do bem econômico dissimulado, a fim de auxiliar na detecção do ilícito. Diante disso, em 1989 foi criado o Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi), uma organização intergovernamental, com o encargo de:

A função do GAFI é definir padrões e promover efetiva implementação de medidas legais regulatórias para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionada a esses crimes. Em colaboração com outros atores internacionais, o GAFI também trabalha para identificar vulnerabilidade nacionais com o objetivo de proteger o sistema internacional do uso indevido.

Em consonância ao adendo dos regimes de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (PLD/FT), o Brasil instituiu o Conselho de Controle das Atividades Financeiras - Coaf, legitimado a partir da vigência da Lei n. 9.613/1998, que também dispõe sobre crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, bem como sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na norma legal.

Criado no âmbito do Ministério da Fazenda, o órgão tem por finalidade disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na norma penal, conforme dispõe o artigo 14 da lei de regência.

Nessa senda, verifica-se que a Unidade de Inteligência Financeira brasileira não é um órgão de investigação, pois segue um modelo administrativo, com autoridade central e independente, de forma que as informações contidas no Relatório de Inteligência Financeira são encaminhadas por órgãos obrigados diversos ao Coaf, cabendo à ele apontar e informar as autoridades de persecução penal sobre a suspeição de determinados fatos, a fim de que elas apurem o constatado, assim como ressalta Bechara:

Em todas as hipóteses, que se particularizam pela intervenção em momentos distintos, o COAF não perde a sua qualidade de órgão de assessoramento, bem como a sua atividade não perde a qualidade de atividade de inteligência. Nesse sentido, a atividade de inteligência diferencia-se da atividade de investigação, que não constitui a função do COAF, muito embora a sua atuação possa nesta repercutir. (BECHARA, 2014, p. 69).

A Medida Provisória n. 893, de 2019, convertida posteriormente para Lei n. 3.974, de 7 de janeiro de 2020, reestruturou a função do Coaf, vinculando-o administrativamente ao Banco Central do Brasil, garantindo a sua autonomia técnica e operacional para atuar em todo o território nacional.

A estrutura organizacional do Conselho compreende a Presidência, o Plenário e o Quadro Técnico-Administrativo, setor introduzido pela MP n. 893/2019, cuja função engloba equipes responsáveis por processos de análise de informações recebidas dos demais setores.

Sérgio Moro (2010, p. 19) ressalta a pluralidade na composição de membros, tendo em vista que "permite que as diferentes experiências dos diversos órgãos e entidades governamentais possam ser compartilhadas no órgão de inteligência, facilitando ainda a cooperação entre eles".

Diante disso, resta evidente que o Coaf propicia uma ligação entre demais órgãos que atuam no combate à lavagem de dinheiro, internalizando um intercâmbio de informações através das entidades e setores obrigados

2.2 A produção da inteligência financeira

2.2.1 Recomendações do Grupo de Ação Financeira - Gafi

As Recomendações do Gafi, conforme exposto anteriormente, objetivam estabelecer um sistema composto por medidas preventivas de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (PLD/FT), bem como do financiamento da proliferação de arma de destruição em massa, a fim de que os países subscritores do acordo inicial possam regulamentar administrativamente, através de seus sistemas legais, o funcionamento dos setores financeiros, no intuito de uniformizar as medidas de combate dos crimes arrolados.

O documento produzido pelo grupo contém 40 (quarenta) recomendações, tendo sido atualizadas ao longo dos anos, de forma que as orientações voltam-se primordialmente à identificação de riscos e desenvolvimento de políticas públicas, assim como o combate aos crimes taxados previamente, além da aplicação de medidas preventivas para o setor financeiro, estabelecimento de poderes e responsabilidades para autoridades competentes, aumento da transparência e disponibilidade de informações e facilitação da cooperação internacional, de forma a honrar o estabelecido na Convenção de Viena de 1988.

As medidas de PLD/FT, para uma análise estrutural, podem ser fragmentadas em três pilares identificados a partir de algumas das Recomendações do Gafi, e posteriormente reproduzidas na Lei n. 9.613/1998 que instituiu o Conselho de Controle das Atividades Financeiras, quais sejam: identificação do cliente, manutenção de registros e comunicação de operações suspeitas.

A devida diligência acerca do cliente (DDC), Recomendação n. 10, do Gafi, visa à padronização do procedimento das instituições financeiras, para que verifiquem a identidade de seus clientes de forma que obtenham em sua base de dados documentos e informações confiáveis acerca do beneficiário, de forma, a fim de impedir o cometimento de crimes, de modo que os agentes da relação não possam utilizar-se de terceiros para ocultação e dissimulação do provento ilícito.

No que concerne à manutenção dos registros, tem-se que a partir da Recomendação n. 11, foi estabelecido um prazo mínimo de cinco anos para conservação dos cadastros de clientes, a partir do encerramento da conta ou conclusão da transação, estando tal obrigação vinculada à necessidade de resposta célere às autoridades competentes, a fim de fornecer, caso necessário provas para munir o trâmite da persecução penal.

Enquanto a comunicação de operações suspeitas às autoridades, tem por base a necessidade de imediata comunicação às autoridades em caso de "motivos razoáveis para suspeitar que os fundos sejam produtos de atividades criminosas ou estejam relacionados ao financiamento do terrorismo", conforme dispõe a Recomendação n. 20.

2.2.2 Hipóteses legais para elaboração do Relatório de Inteligência Financeira - RIF

A tríplex função do Coaf, retratada através das informações encaminhadas pelos setores obrigados, compreende o recebimento, análise e disseminação das comunicações. A fase inicial diz respeito ao motivo do encaminhamento do conteúdo, que pode ser admitido de duas formas, quais sejam, a Comunicação de Operação Automática (COA) ou a Comunicação de Operação Suspeita (COS).

A Comunicação de Operação Automática, diz respeito às informações encaminhadas

ao Conselho prontamente pelos setores obrigados, quando os clientes realizam transações em espécie, de valor igual ou superior a R\$50 mil, conforme estipulado na Circular do Banco Central do Brasil n. 3.839, de 2017. Todavia, o valor referido trata apenas das instituições financeiras, de forma que decidiu o Coaf posteriormente que para segmentos de bens de luxo e alto valor, o montante se reduz à R\$30 mil.

Quanto à Comunicação Suspeita, o objeto do material surge a partir de indícios de lavagem de dinheiro, financiamento de terrorismo ou outro ilícito, em decorrência de suposições levantadas acerca das partes envolvidas, do valor, da forma de realização e do meio de pagamento das operações.

Nesse seguimento, o Coaf após receber os dados segue para próxima etapa, momento em que a depender da análise do caso concreto poderá seguir diferentes vertentes para conclusão do material.

Na hipótese em que se verifica no material um risco "médio" ou "alto", formar-se-á um caso que será registrado na Central de Gerenciamento de Risco e Prioridades do Coaf, e a partir desse momento, elabora-se o Relatório de Inteligência Financeira (RIF) para fins de compartilhamento com as autoridades competentes.

A produção do RIF está fundamentada no art. 15 da Lei 9.613/1998 "O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

A forma de emissão do documento variará a depender da iniciativa do Conselho, de acordo com Mylene Comploier:

O RIF espontâneo (ou de ofício) é aquele elaborado por iniciativa do COAF, resultante da análise de comunicações recebidas ou denúncia; O RIF de intercâmbio é feito para atender à solicitação de intercâmbio de informações, por autoridades nacionais ou por UIF. (COMPLOIER, 2019, p. 52)

Nesse sentido, compreende-se que na teoria, o Coaf a partir de uma análise minuciosa das comunicações encaminhadas pelos setores obrigados, produzirá caso necessário o Relatório de Inteligência Financeira, comunicando as autoridades apenas acerca da atipicidade do fato, que poderá vir ou não a ser tratada como delito no âmbito do processo penal.

3 COMPARTILHAMENTO DO RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA COM O MINISTÉRIO PÚBLICO: (DES)NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL

A discussão sobre a amplitude dos poderes conferidos ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), em contraponto a quebra de sigilo bancário, decorrente da elaboração do Relatório de Inteligência Financeira (RIF) e consequente compartilhamento do documento com órgãos de investigação criminal, sem a devida autorização judicial, perdura dentro da jurisprudência brasileira há tempos.

O Superior Tribunal de Justiça traz no seu conglomerado de entendimentos alguns pontos relevantes para presente análise. Em 2011, através do julgamento do HC 191.378/DF, conduzido pelo voto do relator min. Sebastião Reis, a 6ª Turma do STJ compreendeu que o deferimento de quebra de sigilo bancário não poderia ocorrer, única e exclusivamente, em virtude do conteúdo disposto no documento compartilhado pelo Coaf. Veja-se:

[...] uma coisa é dar-se início à investigação policial, ante o conhecimento de dados

encaminhados pelo COAF, para fins de se comprovar sua lisura, outra, totalmente diversa, é cercar-se exclusivamente destes para arregimentar mecanismos cautelares excepcionais de colheita de provas e de correspondente comprovação. Isso não é admissível. (STJ, 2011).

Conforme se observa, tal explanação não proibiu em sentido amplo a utilização do RIF como pretexto para o pedido de quebra de sigilo, contanto que este não seja a única fonte para deferimento de tal.

Entretanto, no prosseguir dos julgados, a mesma 6ª Turma do STJ, firmou precedente por meio do AgRg no HC 260.276/RJ, de relatoria do min. Rogério Schietti Cruz, da seguinte maneira:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. EXCEPCIONALIDADE. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DE PROVAS ILÍCITAS. FALTA DE PROVA INEQUÍVOCA DAS ALEGAÇÕES. PACIENTES NÃO INDICIADOS E QUE NÃO FIGURAM COMO SÓCIOS DAS EMPRESAS INVESTIGADAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO A DIREITO DE LOCOMOÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

3. É possível que relatório produzido por autoridades fiscais seja comunicado às autoridades competentes se houver indícios de prática de crime, acompanhado de informações relacionadas aos fatos. Daí não decorre nenhuma ilegalidade; o que a jurisprudência desta Corte Superior não permite é o compartilhamento integral de dados obtidos diretamente pela Receita Federal e protegidos por sigilo – o que não ficou comprovado no writ – providência que, para fins penais, dependerá de prévia autorização judicial. (STJ, 2017)

Nesse sentido, ao contestar o mesmo tema sobre diferentes óticas, o Superior Tribunal de Justiça levantou pontos sobre a utilização e a caracterização do Relatório de Inteligência Financeira, tal como explanam Suxberger e Pasiani:

O STJ, portanto, parece admitir a utilização de RIFs como um dos fundamentos para a representação pela quebra de sigilo bancário, prevalecendo, apesar de recente divergência, o posicionamento de que as informações ali contidas têm caráter subsidiário, devendo ser complementadas por outras diligências que comprovem o esgotamento de outros meios menos lesivos. Por outro lado, é possível se aferir que o RIF seria instrumento suficiente para justificar a abertura de inquérito policial e até mesmo o oferecimento da denúncia, caso traga elementos suficientes a comprovar a justa causa. Ademais, admite o STJ que as informações de inteligência financeira sejam obtidas por iniciativa da autoridade investigadora, o chamado RIF de intercâmbio, sem a necessidade de prévia autorização judicial. (SUXBERGER; PASIANI, 2018, p. 310)

Ante a trajetória jurisdicional, tem-se o RE n. 1.055.941/SP, o mais recente julgado acerca do tema em questão, pelo qual acordaram os Ministros da Suprema Corte Federal, sobre a necessidade de estabelecer requisitos procedimentais para elaboração e compartilhamento do documento sem prévia autorização judicial.

Nesse sentido, cabe ressaltar que ainda que a questão principal dos julgados seja a legalidade ou não do encaminhamento do documento às autoridades de persecução penal, o viés subjetivo permeia tal contenção, abrangendo o objeto primordial do mérito, qual seja, a necessidade diferenciação entre a comunicação de atividades financeiras suspeitas, o que é de competência precípua do órgão de inteligência e, a transmissão de dados bancários, revestidos de sigilo, para o fim de investigação criminal.

3.1 Atividade de inteligência financeira *versus* investigação criminal

O conjunto de conceitos que gira em torno das atividades de inteligência financeira e persecução penal, traz consigo certa preocupação, uma vez que a similitude do objeto

percursor das atividades pode acarretar na violação dos preceitos fundamentais, quais sejam: privacidade, intimidade, contraditório, ampla defesa, proteção de dados e devido processo legal.

Caso fosse tolerado compartilhamento dos RIFs, sem discrição do caso concreto, poderia passar o acusador a ter sobre sua guarda todas as informações do acusado, uma vez que os órgãos de inteligência têm acesso privilegiado a um conglomerado de dados dos cidadãos.

Outrossim, caso as unidades de inteligência financeira passassem a desempenhar um papel ativo, assim como os demais entes de repressão criminal, poderia esta, vir a violar os limites constitucionais impostos à atividade persecutória do Estado, sem que pudesse se sujeitar ao controle pelo Poder Judiciário.

Com isso, é necessário que a circulação de informações pessoais, entre o órgão de inteligência financeira e autoridade policial ou Ministério Público, esteja em primeiro ponto estritamente regulado por lei e desentrelaçado de qualquer atividade que possa vir a desvirtuar a competência individual de cada um dos entes.

Nesse seguimento, compreende-se que pelo avanço tecnológico e global, que a utilização de dados íntimos vem se tornando cada vez mais corriqueiro e relevante para o melhor desempenho das funções estatais nas mais variadas áreas. Todavia, não pode se afirmar, muito menos concordar, que apesar da íntima conexão entre a base de dados de uma UIF e o interesse persecutório do agente estatal em prosseguir com a investigação, que a preservação do direito à proteção de dados tornar-se-á banalizada.

Entretanto, ainda que ilegal o desvirtuamento de funções, não é de se estranhar no Brasil, a utilização do Coaf como "braço direito" do Ministério Público, para o fim de aprofundamento em investigações específicas. Dessa incoerência destaca-se o entendimento de Ademar Borges:

[...] a atividade do órgão de inteligência financeira deixa de ser prévia à atividade policial — abandonando a atuação no chamado estágio prévio não apenas a delitos (de lavagem de capitais) mas também a perigos (como risco à segurança nacional) — para realizar típica atividade de persecução criminal própria das polícias e do Ministério Público contra um suspeito identificado no contexto de uma investigação já instaurada. (BORGES, 2019)

Portanto, para que assim não ocorra, é evidente a necessidade de se reconhecer a imposição de limites procedimentais para transmissão dos dados, a fim de resguardar a separação funcional entre o órgão de inteligência financeira e autoridade de investigação criminal.

3.2 O julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP

O Supremo Tribunal Federal, aprovou no dia 4 de dezembro de 2019, o Tema 990 de repercussão geral, através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, de relatoria do ministro Dias Toffoli, pelo qual reconheceu a constitucionalidade do compartilhamento direto de dados entre a Unidade de Inteligência Financeira e o Ministério Público, para fins penais, sem autorização prévia do Poder Judiciário.

A tese anunciada pelo Tribunal foi a seguinte:

1 - É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o

lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal, para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

2 - O compartilhamento pela UIF e pela Receita Federal do Brasil, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. (STF, 2019).

Com isso, o resultado do julgamento conduziu a conclusão de que a Corte limitou-se a averiguar a viabilidade do compartilhamento automático de dados relacionados a operações suspeitas, reafirmando a importância de que a atividade de inteligência financeira não pode se confundir com a de repressão criminal, conforme os termos do voto do min. Dias Toffoli:

[...] a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) não é órgão de investigação penal, e sim de inteligência, competindo-lhe receber, examinar e identificar suspeitas de atividades ilícitas e disseminá-las às autoridades competentes para instauração dos procedimentos cabíveis (art. 15 da Lei n. 9.613/98). (STF, 2019).

Ante ao debate recorrido, destaca-se dois pontos de grande relevância para conclusão do *leading case*, quais sejam: (I) a dissonância aberta dentro do julgamento acerca da (i)legalidade dos "relatórios por encomenda"; e (II) a necessidade de formalização das interações entre o Coaf e autoridade beneficiada com o compartilhamento do RIF.

3.2.1 Legitimidade do RIF por encomenda e as correntes divergentes

Apesar da tese pronunciada, não houve decisão concreta sobre se o encaminhamento de informações pela UIF a pedido das autoridades persecutórias, por meio dos denominados "relatórios por encomenda", violaria a separação organizacional de atividades de inteligência e investigação criminal.

A repercussão sobre a questão foi aberta pelo relator, min. Dias Toffoli, que nos termos de seu voto, levantou a ideia sobre o RIF elaborado a propósito, o qual poderia vir a ser composto por: (i) informações que não constavam anteriormente na base de dados da UIF, e (ii) operações não consideradas suspeitas, previamente, frente aos critérios objetivos definidos pelo próprio Coaf.

O tema não conquistou a maioria do colegiado, sendo que restaram inertes quanto à discussão os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Luiz Fux, já acompanhado do relator, concordou o ministro Gilmar Mendes acerca da ilegitimidade do relatório por encomenda, e por fim, abriu-se a terceira corrente, composta pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Celso de Mello e Alexandre de Moraes, os quais afirmaram que a estrutura funcional da UIF não permitiria a confecção de documentos nessa modalidade.

Nesse sentido, a terceira corrente formada em torno da controvérsia em comento, partiu do pressuposto de que o modo de funcionamento do Coaf não teria margem para produção desse tipo de relatório, vez que o órgão não tem poderes para autorizar a quebra de sigilo bancário e obter, frente às instituições financeiras, informações que não tenham sido antes mesmos dispostas à UIF por seu setores obrigados.

Adepto ao conceito anterior, o min. Edson Fachin dispôs:

[...] a unidade de inteligência financeira não detém acesso a extratos bancários ou algo que o valha. Figura, ao revés, como destinatária de informações específicas que, por sua atipicidade, devem ser fornecidas pelos setores obrigados. Isso retira, a meu ver, a possibilidade de que se verifique a produção de alegadas devassas sob encomenda, na medida em que as comunicações devem ser implementadas pelos setores obrigados, independentemente de provocação. (STF, 2019).

Contudo, na hipótese em que o órgão de persecução penal tenha requisitado ao Coaf a elaboração de um relatório a propósito de pessoa que já esteja sendo submetida à investigação criminal, a decisão final de desenvolver o documento será sempre do próprio órgão de inteligência financeira.

Com isso, a disseminação de informações por pedido deverá obedecer a alguns requisitos, tais como, a necessidade de que as informações que constarão no documento já estejam previamente dispostas no banco de dados da UIF, bem como que a elaboração siga um caráter técnico pré-estabelecido e impessoal.

Ainda que tenha-se aberto controvérsia quanto à legitimidade ou não da elaboração dos famigerados relatórios por encomenda, concordaram os ministros, à unanimidade, acerca da autonomia plena da UIF em face das entidades persecutórias, além da proibição da realização de investigação prospectiva.

Todavia, a corrente seguida pelos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, levantou a queixa de que não há como se afastar totalmente a possibilidade de que abusos possam ocorrer no âmbito das atividades de inteligência financeira, ainda mais, nos casos em que a fase de análise das operações suspeitas é individualizada, logo, a apreciação poderia vir a ficar comprometida nas hipóteses em que há uma instigação para tal pelo Ministério Público.

Com efeito, destaca-se o trecho do voto do ministro relator, pelo qual reitera:

[...] É extremamente importante enfatizar, ainda, a absoluta e intransponível impossibilidade da geração de RIF's por encomenda (*fishing expeditions*) contra cidadãos sem qualquer investigação criminal existente ou alerta já emitido de ofício pela unidade de inteligência com fundamento na análise de informações contidas em sua base de dados. (STF, 2019).

Ademais, não há como se antever, através da possibilidade de elaboração dos relatórios a propósito, a hipótese de desvio na atuação da UIF frente ao contexto de persecução penal, uma vez que podem ocorrer cenários tais como: (i) a transformação do banco de dados do Coaf em uma ferramenta que permita o Ministério Público, promover indiretamente a quebra de sigilo bancário e fiscal sem prévia autorização; (ii) a inclusão de informações além do solicitado pelo órgão de repressão criminal; (iii) produção do relatório com informações genéricas, sem delimitação do período de tempo em que o ato suspeito pode vir a ter ocorrido; ou por fim (iv) a utilização de informações ilícitas.

Dessa feita, ainda que a corrente majoritária tenha compreendido que a estrutura interna do Coaf impediria a produção do RIF nessa modalidade supra destacada, não deixaram de avaliar, a possibilidade de intromissão do poder judiciário, por vias de controle, bem como a submissão do documento ao contraditório em momento oportuno.

Tal cognição, resta evidenciada no voto do redator do acórdão, min. Alexandre de Moraes:

[...] é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o

lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. (STF, 2019).

Nessa senda, conseqüente a tese em comento, foi consolidado em conjunto a indispensabilidade de formalização de todas as etapas da atividade de inteligência financeira, em especial o registro das comunicações entre a UIF e a autoridade persecutória.

3.2.2 A exigência de formalização do RIF como condição de uso no processo penal

A premissa de formalização das interações entre a UIF e as autoridades de repressão criminal, percorre um viés garantista, vez que tutela dois direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia informacional e o princípio do devido processo legal.

Facilmente, compreende-se que a troca de informações sigilosas, entre o Coaf e o Ministério Público, configuram uma das maiores intervenções no direito de proteção de dados pessoais, de modo que para que o processo seja legítimo, o desenvolver da questão deve seguir o mais alto padrão procedimental de transparência, para o fim de que reste clarividente todo o processo de obtenção, armazenamento, processamento e transmissão das informações.

Com a documentação da atividade de inteligência financeira, o investigado terá maior conhecimento sobre o compartilhamento de suas informações, em tese sigilosas, de forma que aumentará sua chance de retificar eventuais equívocos que possam as autoridades ter vindo a cometer.

A única forma do investigado ter ciência da movimentação de seus dados pessoais, é através da formalização do processo de elaboração do RIF, consoante as demais comunicações que possam haver entre os entes. Além disso, pelo ângulo processual, há de salientar que o registro precisa estar em concordância com o devido processo legal, vez que necessário um controle sobre a cadeia de custódia da prova.

Recentemente positivada, a Lei n. 13.964/2019 resguarda o conceito da tutela acima mencionada, por meio do art. 158-A:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (BRASIL, 2019).

Pela documentação dos atos, é possível reconstruir o trajeto da elaboração do documento, percurso este fundamental para o controle da cadeia de custódia da prova. Nesse sentido, destaca-se a compreensão de Gustavo Badaró acerca da imprescindibilidade de preservação do caminho da prova:

[...] um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas, que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantir sua identidade, integridade e autenticidade. (BADARÓ, 2018, p. 523)

Por meio da integral formalização da elaboração do relatório, há a possibilidade de antever e proporcionar, de um só modo o (i) controle de legalidade dos atos dos órgãos de inteligência e persecução penal, (ii) a integridade das decisões judiciais, e (iii) o exercício

do direito ao contraditório e ampla defesa, vez que somente será assegurado às partes o direito de influenciar no processo decisório, caso possam conhecer todo o caminho e procedimento que levou à incorporação do RIF no processo criminal.

A concepção e necessidade do registro dos atos, veio primordialmente da concepção de se fazer aplicar ao Coaf — reconhecendo as peculiaridades e limitações — a mesma regulamentação que norteia o intercâmbio de informações entre Receita Federal e Ministério Público, tal como disposto no art. 198, §2º, do CTN:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (BRASIL, 1966).

Da mesma forma, consta destacado e orientado, no julgamento do RE n. 1.055.941/SP, pelo voto do min. Luís Roberto Barroso o seguinte:

[...] todos os atos desses procedimentos devem ser formais: a comunicação pela instituição financeira, a requisição de documentos pela Receita Federal e o encaminhamento ao Ministério Público. Não há espaço para pedidos informais, curiosidade, bisbilhotice e muito menos perseguição. [...] É preciso que o ato seja documentado e motivado, para que se saiba quem fez, quando fez e por que fez. (STF, 2019).

Ademais, cumpre ressaltar, que ainda que já se tenha pacificado a discussão acerca da impossibilidade de produção dos relatórios por encomenda, outra questão vem à tona, qual seja, o requerimento do Ministério Público à UIF, para elaboração de relatório de pessoa que já tenha investigação em andamento. Nessa hipótese os riscos de desvirtuamento durante a elaboração do documento são maiores, logo, tal exigência de formalização se torna ainda mais imprescindível, de modo que todos os meios de obtenção de prova têm de constar integralmente, com registro e documentação, em meio ao procedimento investigatório.

Ante o exposto, compreende-se que apenas pelo registro de todo o percurso de concepção do RIF, acrescido das comunicações entre o Coaf e Ministério Público, é que se terá garantido o direito do investigado, de modo que o RIF tornar-se-á válido para compor o procedimento criminal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inquestionável a necessidade de se ter sobre a tutela do Estado, órgãos de controle que mantenham eventuais atividades suspeitas advindas de atos criminosos sob seu radar, para que assim se garanta a efetiva segurança do bem jurídico maior, tal qual, o bem-estar social.

Nesse contexto, tem-se a criação das Unidades de Inteligência Financeira por meio da histórica Convenção de Viena de 1988, que trouxe à pauta mundial, um mal que perdura a tempos no cenário global, de forma silenciosa e devastadora, qual seja, a lavagem de capitais.

Inegavelmente, a implementação do órgão, em contraponto às recomendações que delimitam a margem de sua atuação, foi um grande avanço para sociedade como todo,

especialmente por se tratar de uma medida que antevem os riscos e consegue por muitas vezes estancar, interromper ou até mesmo impedir que o ato final ocorra.

No Brasil, o antigo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), atualmente denominado como Unidade de Inteligência Financeira, tem relevante destaque no cenário de combate à corrupção, lavagem de dinheiro e crimes financeiros no geral, de forma que por sua popularidade em meio a grandes escândalos e operações, veio a tornar pauta no contexto jurídico para o fim de delimitar sua real competência e abrangência do material produzido por ele.

Precipuamente, compreende-se que a produção do Relatório de Inteligência Financeira (RIF), é fruto de uma análise criteriosa, que a princípio precisa de uma razão inicial para que possa vir a acarretar em uma conseqüente incorporação no processo criminal. Todavia, restou muito claro, através dos diversos julgados que compõe a base jurisprudencial incorporada à UIF, que o alcance ilimitado do órgão pode vir a violar preceitos fundamentais, quais sejam, o do direito de proteção de dados pessoais, intimidade, privacidade e devido processo legal.

Dessa forma, tem-se o mais recente julgado, o RE n. 1.055.941/SP, com repercussão geral reconhecida pela Corte Suprema Brasileira, a qual previu a possibilidade de compartilhamento do estudo dirigido formulado pelo setor de inteligência financeira com autoridades de repressão criminal, desde que se respeite a limitação e diferenciação funcional de cada órgão, bem como que se formalize o procedimento integral para sua elaboração.

Por não haver como criar uma presunção absoluta de regularidade dos atos do poder público, é necessário que se permita maior controle jurisdicional sobre a produção do documento, assim como a chance do indivíduo sujeito a violação de seus direitos averiguar se a UIF realizou sua função corretamente, em concordância com as atividades de inteligência financeira, analisando os fatos de forma impessoal, tendo como base apenas os dados que estavam a sua disposição anteriormente, mas jamais assumindo posição de auxiliar de persecução penal.

Logo, para que isso ocorra, uma vez que o julgamento que consolidou o Tema 990 de repercussão geral, permitindo a possibilidade do compartilhamento do RIF com o agente persecutório, é indispensável o registro de todos os atos e interações entre a entidade colaboradora e a beneficiada, para o fim de que se obtenha ao final, a justiça em seu sentido amplo, de forma a não violar os direitos fundamentais do imputado.

Dessa feita, tem-se que a exigência da documentação de todos os atos praticados entre as autoridades atividade de inteligência financeira e persecução penal, para o fim de que se configure, ainda que estranhamente legítima, a restrição do direito ao sigilo inerente à parte, de modo a tornar o RIF válido para incorporação no processo penal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra [Orgs]. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BARROSO, Roberto Luís. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 24

BECHARA, Fábio Ramazzini. Natureza Jurídica do Relatório de Inteligência Financeira do COAF. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 69-84, jun. 2014. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2014;1001030706>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BORGES, Ademar. **UIF (antigo COAF) e sigilo bancário na visão do Superior Tribunal de Justiça**. Consultor Jurídico, 19 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-19/ademar-borges-uif-antigo-coaf-sigilo-bancario-visao-stj>. Acesso em: 28 set. 2020. 14h03.

BRASIL. **Circular nº 3.839, de 28 de junho de 2018**. Altera a Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009, que consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50401/Circ_3839_v1_O.pdf. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 1º out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.974, de 7 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), de que trata o art. 14 da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-13974-7-janeiro-2020-789677-publicacaooriginal-159814-pl.html>. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. **Recomendação de Caráter Geral CN-CNMP nº 04, de 07 de agosto de 2017**. Estabelece diretrizes para o tratamento, o fluxo procedimental e a metodologia de utilização, no âmbito do Ministério Público brasileiro, dos dados oriundos de Relatórios de Inteligência Financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_PEP_05-2017_assinada.pdf. Acesso em: 9 jun. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Sexta Turma). Agravo Regimental em Habeas Corpus. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. EXCEPCIONALIDADE. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DE PROVAS ILÍCITAS. FALTA DE PROVA INEQUÍVOCA DAS ALEGAÇÕES. PACIENTES NÃO INDICIADOS E QUE NÃO FIGURAM COMO SÓCIOS DAS EMPRESAS INVESTIGADAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO A DIREITO DE LOCOMOÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. **AgRg no HC Nº 260.276 RJ (2012/0250750-7)**. Impetrante: Nilson Pires Vidal de Paiva e Outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Paciente: Claucio Gomes Pereira e Outros. Relator(a): Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443302352/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-260276-rj-2012-0250750-7/certidao-de-julgamento-443302396>. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Sexta Turma). Habeas Corpus. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA, ENCAMINHADO PELO CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF), SOBRE A EXISTÊNCIA DE MOVIMENTALÇÃO FINANCEIRA ATÍPICA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ENVOLVIMENTO DE PARLAMENTARES. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. TRAMITAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL. INCOMPETÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. (...). PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. **HC Nº 191.378 DF (2010/0216887-1)**. Impetrante: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e Outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Paciente: João Odilon Soares Filho. Relator(a): Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21026335/habeas-corpus-hc-191378-df-2010-0216887-1-stj/inteiro-teor-21026336?ref=amp>. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU PODER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFIRMAÇÃO EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL, MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INUMÉROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA NO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL. **RE nº 1.055.941 RG SP (0010713-69.2010.4.03.6109)**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: H.C.H. e T.J.H. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Brasília, 12 de abril de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861475603/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-1055941-sp-sao-paulo-0010713-6920104036109/inteiro-teor-861475623?ref=feed>. Acesso em: 7 jun. 2020.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**: Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. 24

COMPLOIER, Mylene. **O papel da atividade de inteligência financeira na prevenção e repressão aos crimes práticos por organizações criminosas**. 2019. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Políticos e Econômico. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/4083#preview-link0>. Acesso em: 7 jul. 2020.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. **Relatório de Atividades 2019**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/publicacoes/relatorio-de-atividades-2019.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

COSTA JR., Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS, Roberto, Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição. In IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina (Coords.). **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. Curitiba: Juruá, 2010.

GAFI. **Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: As Recomendações do GAFI**. Ministério da Fazenda, fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>. Acesso em: 7 jun. 2020.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime do branqueamento de capitais: introdução e tipicidade**. Coimbra: Almedina, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 17 set. 2020.

STF. **Plenário define tese sobre compartilhamento de dados financeiros sem autorização judicial**. Portal Supremo Tribunal Federal, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431690&ori=1>. Acesso em: 29 set. 2020. 17h17.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; PASIANI, Rochelle Pastana Ribeiro. *O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 8, n. 1, p. 290-319, abr. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4618/3504>. Acesso em: 29 set. 2020.

WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional) diante da persecução penal**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.



Auxílio-reclusão: uma visão constitucional de proteção a família do segurado

José Roberto de Carvalho Pantoja¹

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma análise de um importante benefício previdenciário e sua função social, perante a família do preso, quando nas circunstâncias de cumprimento de pena em regime fechado, o cidadão é beneficiário do sistema de Seguridade Social, estando em gozo da qualidade de segurado. Por outro lado, vale ressaltar que, esse benefício busca resguardar o princípio da proteção à família da pessoa que cometeu algum crime, observando o princípio da legalidade amparado na Constituição federal que contempla o Estado democrático de direito. Restará demonstrado que a pena de reclusão não retira os direitos inerentes à pessoa, incluindo nela os direitos previdenciários. O direito do benefício previdenciário de auxílio-reclusão foi o meio pelo qual o legislador amenizou os impactos provocados pela prisão. Nesse sentido, o trabalho terá por meta analisar o benefício disponível na Previdência Social quando o cidadão é custodiado pelo Estado, haja vista as críticas de seu real objetivo. Foi verificado também, que se trata de tema atual e de suma importância, visto que está sendo cada vez mais pesquisado. Assim, com este trabalho, espera-se esclarecer os pontos principais de tal benefício, bem como auxiliar a sanar as dúvidas pertinentes.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio-reclusão. Benefício previdenciário. Constituição. Família. Função social.

ABSTRACT: The present work presents an analysis of an important social security benefit and its social function, before the prisoner's family, when in the circumstances of serving a sentence in a closed regime, the citizen is a beneficiary of the Social Security system, enjoying the status of insured. . On the other hand, it is worth mentioning that this benefit seeks to safeguard the principle of protection for the family of the person who committed a crime, observing the principle of legality supported by the Federal Constitution that contemplates the Democratic Rule of Law. It will be demonstrated that the penalty of imprisonment does not remove the rights inherent to the person, including social security rights. The entitlement to the social security benefit of imprisonment assistance was the means by which the legislator softened the impacts caused by the arrest. In this sense, the work will aim to analyze the benefit available in social security when the citizen is in custody by the state, given the criticisms of its real objective. It was also verified that this is a current and extremely important topic, since it is being increasingly researched. Thus, with this work, it is hoped to clarify the main points of such benefit, as well as to help to solve the pertinent doubts

KEYWORDS: Imprisonment assistance. Social security benefit. Constitution. Family. Social role.

¹Técnico Judiciário (Agente de Polícia Judicial) da Seção Judiciária do Distrito Federal).

INTRODUÇÃO

A partir do convívio social surgem as violações do ordenamento social ou das condutas sociais. Nessa vida em sociedade, nasce o Direito como uma maneira de limitar a liberdade individual em prol da coletividade, por meio do ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, interessante destacar que o anseio da sociedade é que aquele que cometeu crime seja severamente punido, entretanto, apesar de tal opinião ser merecedora de respeito, vale lembrar que o exame do presente trabalho objetivará demonstrar que a punição somente será justa se tiver por suporte os fundamentos constitucionais e legais, isto é, amparada na estrutura jurídica e política do Estado democrático de direito, no qual o Brasil se encontra inserido.

Dessa maneira, o Estado se utiliza de diversos instrumentos jurídicos na tentativa de coibir tais violações, visando-se manter o equilíbrio social. E, entre esses instrumentos, a prisão é uma das formas de punição estatal mais severa, representada por seu *ius puniendi*, ou seja, seu poder privativo de punir. Perquirindo essa perspectiva, o poder estatal cria formas de minimizar os impactos acarretados pela prisão, nessa circunstância, se nota que uma delas se deu por meio da instituição do benefício previdenciário de auxílio-reclusão.

Visando esclarecer o instituto de benefício previdenciário de auxílio-reclusão, este trabalho visa a uma análise na literatura e publicações que tratam do assunto, que ainda é ínfima, talvez seja esse um dos motivos que uma grande parte da população rejeita o atendimento de auxílio-reclusão ao recluso, imaginando ser um incentivo ao condenado. Diante da referida ausência deste conhecimento, começam a surgir interpretações equivocadas o que realmente é o auxílio-reclusão.

Por consequência, não seria prudente que a segregação de um segurado da Previdência Social, retirasse de seus familiares, que em nada são responsáveis pela ocorrência do infrator, o sustento e a dignidade da pessoa. Portanto, o Estado, por meio do auxílio-reclusão, propicia, ao menos em parte, uma situação menos constrangedora e mais íntegra à família dos reclusos ao Sistema Penal.

Por fim, as considerações acerca dos objetivos e características do auxílio-reclusão no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), tendo por suporte o Direito Previdenciário. Visando, assim, a uma melhor compreensão por parte da sociedade que, de pronto, quando algum segurado da Previdência viola o ordenamento jurídico-penal condena-o, assim como seus familiares.

Além disso, delimitará os requisitos obrigatórios a serem preenchidos para se pleitear a concessão do auxílio-reclusão, principalmente quanto ao aspecto renda auferida, de acordo com os parâmetros legais exigidos, bem como sua extinção e suspensão, e, ainda as alterações legislativas que deu nova roupagem ao auxílio-reclusão.

Visando dirimir os estigmas e as dúvidas que pairam em forma de senso comum na sociedade o presente artigo discute o tema, reflete sobre os direitos do recluso e principalmente dos seus dependentes desmistificando estigmas, pois, entende-se que o auxílio-reclusão, não é algo criado recentemente, ao contrário existe há décadas e possui alguns requisitos específicos para seu acesso, seguindo as mesmas regras da pensão por morte.

1 O INSTITUTO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Segundo Castro e Lazarri (2020), o conceito de auxílio-reclusão, surge da combinação dos artigos 201, inciso IV da Constituição federal (CF) de 1988 e do art. 80 da Lei n. 8.213/1991 que teve sua redação alterada pela Lei n. 13.846/2019. Afirma-se que é um benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado de baixa renda preso, obrigatoriamente, em regime fechado, desde que não receba remuneração da empresa, não esteja gozando auxílio-doença, aposentadoria, abono de permanência, pensão por morte ou salário-maternidade, concedido nas mesmas condições da pensão por morte, e que cumpra o período de carência de 24 (vinte e quatro) meses.

1.1 Conceito

Desse modo, segundo Neto, Silva e Silva (2005), pode-se conceituar o auxílio-reclusão como: um benefício que garante a proteção da família e dependentes do preso, fundamental para o equilíbrio da economia do país, proporcionando uma vida digna aos beneficiários que recebem uma renda mensal que ajuda nas despesas com alimentação, saúde e educação, ou ainda, benefício que visa amparar materialmente os dependentes do segurado preso, coadunando com os objetivos da Previdência Social, a saber, sua inserção na trajetória da evolução histórica do Estado democrático de direito, bem como com correspondência com o ideal de solidariedade que orienta todo o sistema, tendo em vista a manutenção da dignidade da pessoa, fundamento da República Federativa do Brasil.

Neste conceito, os autores explicitam a importância econômica do auxílio-reclusão para o Brasil, bem como a influência deste benefício nos direitos sociais da família do recluso.

Já Juliana Ribeiro (2008) ensina que: O auxílio-reclusão é um amparo, de caráter alimentar, destinado aos dependentes do segurado de baixa renda, que por algum motivo teve sua liberdade cerceada através dos limites da legislação nacional e que não encontra beneficiado por aposentadoria ou auxílio-doença.

Vale a pena trazer, ainda, o conceito de Menezes (2012), que admite a concessão do auxílio-reclusão para as hipóteses em que o segurado for recolhido à prisão para cumprir pena em regime fechado. Desse conceito extrai-se que o preso necessita estar em regime fechado e que é um benefício previdenciário, excluindo a possibilidade de se pensar em benefício da Assistência Social. Por fim, ainda, vale trazer à baila o conceito de Alencar (2003), que conceitua auxílio-reclusão como: o benefício devido, nas mesmas condições do benefício de pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda preso.

Destarte, pode-se observar que a doutrina utiliza os conceitos, aproximadamente, no mesmo sentido. Como pode ser notado, dos conceitos de auxílio-reclusão acima citados pode ser extraído que: o benefício deve ser pago aos dependentes do segurado, tem caráter alimentar, o beneficiário deve ser de baixa renda, o benefício influencia na economia do país, é um benefício previdenciário originado em razão do recolhimento do segurado à prisão em regime fechado.

1.2 Histórico do auxílio-reclusão no Brasil

Importante destacar, de acordo com Bona (2019), que a primeira norma a tratar sobre os riscos sociais no Brasil, entre eles, o da prisão, foi o Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral), em 1835. Era uma entidade privada, com sistema mutualista e fundada por Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho, Barão de Sepetiba. Entretanto, a primeira citação ao benefício do auxílio-reclusão no regramento pátrio foi feita no art. 63,

parágrafo único, do Decreto n. 22.872/1933, que criou o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos.

Art. 63. O associado que, não tendo família, houver sido demitido do serviço da empresa, por falta grave, ou condenado por sentença definitiva, de que resulte perda do emprego, e preencher todas as condições exigidas neste decreto para aposentadoria, poderá requerê-la, mas está só lhe será concedida com metade das vantagens pecuniárias a que teria direito si não houvesse incorrido em penalidade.

Parágrafo único. Caso o associado esteja cumprindo pena de prisão e tiver família sob sua exclusiva dependência econômica, a importância da aposentadoria a que se refere este artigo será paga ao representante legal da sua família, enquanto perdurar a situação de encarcerado.

Como pode ser visto no artigo, o benefício do auxílio-reclusão era concedido no valor da metade das vantagens pecuniárias se o associado (somente o marítimo), fosse condenado por sentença definitiva, que ocasionasse a perda do emprego, desde que não tivesse família. Contudo, se tivesse família, teria direito de receber o valor correspondente à sua aposentadoria, caso estivesse preso. Assim, ainda, pode-se observar que já naquela época o benefício era pago aos seus dependentes e somente durante o período de sua prisão. Depois, houve a previsão no artigo 67 Decreto n. 54/1934, que regulamentava o benefício para os bancários.

Art. 67. Caso o associado esteja preso, por motivo de processo ou em cumprimento de pena, e tenha beneficiários sob sua exclusiva dependência econômica, achando-se seus vencimentos suspensos, será concedida aos seus beneficiários, enquanto perdurar essa situação, pensão correspondente à metade da aposentadoria por invalidez a que teria na ocasião da prisão.

Desse modo, pode-se afirmar que o instituto do auxílio-reclusão é originário do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM) em 1933, e, posteriormente, do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (IAPB), em 1934 – ambos extintos.

A Lei 3.807/1960, Lei Orgânica da Previdência Social, em seu artigo 43, tratou do assunto, mas limitou o recebimento do benefício a uma carência mínima de 12 (doze) contribuições e que o segurado estivesse detido ou recluso por motivo de prisão preventiva ou sentença condenatória, sem receber qualquer remuneração da empresa.

Art. 43. Aos beneficiários do segurado, detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio-reclusão na forma dos arts. 37, 38, 39 e 40 desta lei.

§1º O processo de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou sentença condenatória.

§2º O pagamento da pensão será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado, o que será comprovado por meio de atestados trimestrais firmados por autoridade competente.

Constata-se, ainda, que o benefício era pago aos dependentes conforme as normas da pensão por mortes relativas ao cálculo do valor do benefício, e sua habilitação, ao termo inicial e final. E que era devido aos dependentes somente enquanto durasse a reclusão ou detenção do segurado. Exatamente naquela época surgiu a expressão auxílio-reclusão no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, com o Decreto n. 77.077/1976, positiva, em seu artigo 63, e consolida as Leis da Previdência Social, continuando a conceder o auxílio-reclusão nos mesmos moldes da Lei n. 3.807/1960.

Art. 63. O auxílio-reclusão será devido, após 12 (doze) contribuições mensais e nas condições dos artigos 56 a 59, aos dependentes do segurado detento ou recluso que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa.

§ 1º O requerimento de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho de prisão preventiva ou da sentença condenatória.

§ 2º O pagamento será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado, o que será comprovado por meio de atestados trimestrais de autoridade competente.

O Decreto n. 89.312/1984 não trouxe nenhuma alteração quanto ao auxílio-reclusão, seguindo os preceitos legais do Decreto n. 77.077/1976.

Em 1988, com a promulgação da Constituição cidadã, ganha *status* constitucional, em seu artigo 201, I, pois, antes a previsão do benefício era, apenas, infraconstitucional.

Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I- Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluída os resultados de acidente do trabalho, velhice e reclusão;

Discorre, Bona (2019), que conforme o texto constitucional da época, no artigo e inciso citado acima, o benefício previdenciário do auxílio-reclusão abrangia todos os segurados, visando assegurar a cobertura dos eventos ou contingências ou riscos sociais, entre eles, a reclusão. Logo, não existiam limitações à concessão do benefício auxílio-reclusão.

Em 1991, foi promulgada a Lei n. 8.213 que regulamentava a concessão de benefícios da Previdência, entre eles, o auxílio-reclusão, em seu art. 80.

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Porém, com o advento da Emenda Constitucional (EC) n. 20/1998 houve a limitação do acesso ao benefício, pois passou a exigir mais um requisito, qual seja, a baixa renda.

Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 201. ...

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

O Decreto n. 3.048/1999 regulamentou todos os assuntos referentes à previdência social, entre eles, o auxílio-reclusão, tratado do artigo 116 ao 119.

Por fim, adveio a Medida Provisória n. 871/2019, convertida na Lei n. 13.846/2019, a qual impôs restrições para a concessão do benefício, dentre elas: o mínimo de 24 (vinte e quatro) contribuições previdenciárias e cumprimento da pena em regime fechado.

1.3 Estigmatização do auxílio-reclusão

Em sua tese, José Henrique Ferreira Bona (2019), descreve e demonstra que o benefício do auxílio-reclusão é bastante criticado pela sociedade, pois em sua concepção é um incentivo que o Estado oferece àqueles que cometem crimes. Alguns cidadãos chegam a chamar de "bolsa-crime", "auxílio-criminoso", "bonificação ao crime", "bolsa-marginal", "bolsa-bandido", "vale-ladrão", entre outras expressões, como forma de criticar o referido benefício. Existe, portanto, um preconceito, tanto em relação ao criminoso, como à sua família. Em uma matéria o repórter Reinaldo de Azevedo, afirmou: "O país que paga um auxílio-bandido maior do que o salário-mínimo só poderia tratar o viciado como majestade. Ou: a praça é dos drogados e traficantes como o céu é do urubu." Como exemplo de tal sensacionalismo cita-se trecho da matéria publicada na revista Veja:

(...) No Brasil, faz!!! Afinal, em Banânia, o auxílio-reclusão, pago pelo INSS aos dependentes dos presos, passou a ser de R\$ 915,05 a partir do dia 1º de janeiro deste

ano. Mau negócio por aqui, minhas caras e meus caros, é ser pobre, ter bom caráter e ganhar o salário-mínimo, que é de R\$ 622,00. O "auxílio-reclusão" ou "auxílio-bandido", como queiram, está previsto no Artigo 201 da Constituição. Há aquela parolagem cretina sobre a índole pacífica do nosso povo. Um país que tem mais de 50 mil homicídios por ano não é, evidentemente, pacífico. O povo brasileiro, coitado! é desinformado, isso sim! Quantos pobres do salário-mínimo têm consciência de que o estado prefere paparicar marginais?

O preconceito, ressalta Bona (2019), é tamanho, que não existe demonstração de preocupação se os envolvidos no problema social (presos e sua família) passarão alguma espécie de indignação, ao ponto de ser insignificante tal banalização do problema, ou seja, uma verdadeira banalização do mal.

Da mesma maneira, Mendes; Silveira Martins (2019, p. 110), afirmam que: "[...] o auxílio-reclusão é um benefício que sofre grande preconceito social, pois as pessoas desconhecem ou não aceitam o fato de que esse auxílio visa assegurar e beneficiar os dependentes daquele que cumpre pena e, de fato, não direciona o preso como beneficiado."

Continuando citar abordagens negativas relacionadas com o instituto do auxílio-reclusão há o entendimento de Queiroz (2019, p. 4)

[...] De modo que diante do contexto de ataques frontais ao direito social do auxílio-reclusão, os quais ganham densidade diante da propagação de informações que reafirmam as representações sociais negativas sobre o instituto do auxílio-reclusão - como por exemplo, de que se trata de um benefício previdenciário pago diretamente ao cidadão preso -, é que se faz necessária a discussão deste instituto como forma de elucidação de um direito social de titularidade dos dependentes do segurado preso, assim como de enfrentamento às tentativas de desconstrução dos direitos sociais assegurados na Constituição Federal de 1988, em tempos de governos neoliberais

Em contrapartida Silva (2018) afirma que o auxílio-reclusão não é um prêmio ou um estímulo ao segurado preso, a favor da criminalidade, mas um benefício que contribua para uma vida digna aos seus dependentes que necessitam da renda do segurado, para sua subsistência e uma vida mais digna.

Infere-se a constatação de que a população brasileira desconhece as condicionalidades para o acesso ao auxílio-reclusão, o que resulta no fortalecimento de preconceitos sobre os indivíduos reclusos e a legitimidade do direito.

Portanto, pode-se dizer que o auxílio-reclusão, como vários outros temas de nossa sociedade, tem difícil compreensão pela grande massa populacional de nossa coletividade, isto porque, e infelizmente, as pessoas não possuem acesso às informações de forma direta e segura, muitas vezes sendo levadas por rumores e boatos, muitas vezes com a mídia sendo responsável pela desinformação:

Este polêmico assunto, tem sido debatido nos meios de comunicação, TVs, Rádios, redes sociais etc. E, nota-se, que as opiniões são dadas de forma assolada e sem conhecimento de causa. As manifestações são geralmente contrárias ao benefício que é fundamentado e garantido pela Constituição Cidadã de 1988. Exemplos como: "Nós, trabalhadores, suamos de sol a sol para ganhar salário-mínimo e esses bandidos, cometem crimes e ainda recebem esse "auxílio-reclusão". "Como é que pode?! O governo deveria aumentar o salário-mínimo e não dar dinheiro a bandidos!" E por aí vai. (ALBUQUERQUE FILHO, 2012)

Como se pode ver as críticas ao benefício decorrem, em regra, por parte de pessoas mal esclarecidas, sem nenhum conhecimento técnico sobre o assunto, que buscam desacreditar a importante função social que o auxílio-reclusão tem para as famílias dos

presos junto à sociedade, difundindo falsas informações, dentre elas, a de que esse benefício é um privilégio para aqueles que cometem crime.

Aqui, pode-se citar a expressão que corre na boca do povo: "O preso e sua família ganham mais que o trabalhador honesto, que trabalha das 8 às 18h, e às vezes chega em casa e sua família não tem o que comer", e que explicita o preconceito que o preso e sua família passam na sociedade.

Existem também os meios de comunicação sensacionalistas que divulgam informações equivocadas sobre o benefício, levando a crer que todo aquele que se encontra preso é beneficiário do auxílio-reclusão. Trata-se de uma grande falácia com provável cunho político

Então, conclui Bona (2019), é importante desmitificar a versão transmitida pela mídia, redes sociais e por políticos sem o mínimo conhecimento técnico sobre o assunto, demonstrando a real importância do benefício como instrumento de efetivação da CF/1988 na prática social, bem como a real fonte de custeio do benefício.

2 O AUXÍLIO-RECLUSÃO E SUA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL EM 1988

Inicialmente, segundo Bona (2019), necessário se faz contextualizar o auxílio-reclusão na órbita jurídica, partindo do princípio de que se trata de um benefício previdenciário e que integra a seguridade social. Sistemáticamente, na CF/1988 o auxílio-reclusão encontra-se no título VIII (da Ordem Social), Capítulo II (da Seguridade Social), Seção III (Previdência Social), no artigo nº 201, inciso IV, abaixo transcrito:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:
IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

Ainda, extrai-se claramente do citado artigo que, no RGPS, a contribuição e a filiação são obrigatórias, desde que conservem o equilíbrio financeiro e atuarial, abrangendo também o benefício do auxílio-reclusão. Assim, a base da Previdência Social fundamenta-se no regime do seguro social, pois, somente aqueles que contribuem para sua manutenção, apesar do regime tripartite, poderão usufruir quando alvejados pelos riscos sociais. (BONA, 2019)

Logo, faz-se necessário o estudo dos conceitos primários sobre a Seguridade Social, pois o auxílio-reclusão é um benefício da Previdência Social, sendo ele um dos elementos integrantes da seguridade, agregado a saúde e a assistência social. Nesse contexto, a Seguridade Social deve se utilizar de todos os instrumentos disponíveis na CF/1988 na busca da efetivação do bem-estar e da justiça social, já garantidos desde 1948 pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. (BONA, 2019)

Seguindo esta lógica, afirma Bona (2019), que o auxílio-reclusão tem relação direta com a dignidade do ser humano, pois serve para manter o sustento da família do preso e o mínimo existencial dessas pessoas previsto, inclusive, nos fundamentos da CF/1988, bem como, atende aos objetivos de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. É ainda previsto no art. 6º da CF/1988 quando faz referência aos direitos sociais, entre eles, a Previdência Social, assistência aos desamparados e outros, pois o rol deste artigo é meramente exemplificativo.

Ainda se percebe que o benefício do auxílio-reclusão localiza-se no Capítulo da

Seguridade Social, na Seção do RGPS, que é administrado pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), e a competência para legislar sobre o assunto é privativa da União, conforme o artigo nº 22, inciso XXIII da CF/1988. No entanto, o artigo 24, inciso XII, da CF/1988, fala em competência concorrente quando se for legislar sobre Previdência Social (BRASIL, 1988).

Pois vejamos: quando se fala em seguridade social, trata-se de assunto da União, que é competência privativa, porém, quando se disserta sobre Previdência Social fala-se de competência concorrente, pois, todos os entes da Federação podem legislar.

Assim, a nossa carta magna privilegia o bem-estar e a justiça no campo social, situando tais axiomas como valores supremos da nossa sociedade. Dessa forma, o sistema jurídico deve ser interpretado como uma peça só, em que as normas jurídicas superiores ditam os regramentos a serem seguidos pelas normas inferiores, seguindo uma interpretação sistemática.

Por isso, conclui Bona (2019), constitucionalmente falando, o auxílio-reclusão busca minimizar o sofrimento dos familiares dos presos recolhidos ao cárcere, desde que preenchidos os requisitos legais, possuindo, então, um fundo assistencial, apesar da obrigatoriedade imposta ao segurado de contribuir para a Seguridade Social. Assim, segue uma lógica de seguro social, pois o cidadão, nos momentos de adversidades em sua vida (nesse caso, a prisão) busca do Estado uma conduta protetiva e positiva, como retorno de todo o período que contribuiu para manutenção do sistema previdenciário.

2.1 O auxílio-reclusão e sua função social constitucional de proteção a família

Afirma Bona (2019) que, é de suma importância, antes de adentrar na função social do auxílio-reclusão, explanar um pouco sobre direitos sociais. Assim, para falar de direitos sociais, tem-se que ter uma ordem social justa e igualitária, efetivada por regras que busquem esse propósito. A CF/1988 trata dos direitos sociais e da ordem social em capítulos independentes, o primeiro é tratado no Título II, e o outro no Título VIII (BRASIL, 1988).

É justamente através da efetivação desses direitos sociais que os mais pobres terão acesso a uma melhor condição material e, dessa forma, uma inclusão na sociedade. Existem diversos conceitos elaborados pela doutrina brasileira a respeito de direito social, contudo, o utilizado por José Afonso da Silva é o mais persuasivo sobre o assunto, vejamos:

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade.

Pois bem, como o auxílio-reclusão tem natureza previdenciária, o segurado necessita contribuir e é obrigatória, a determinados indivíduos, a sua filiação ao regime, a fim de obter o benefício. Dessa forma, ficam claras as principais características desse regime, que é a contributividade e a obrigatoriedade de filiação.

Desse modo, é preciso manter as coberturas sociais, e não as reduzir, buscando-se harmonizar a situação do antes e depois da prisão, visando evitar violações a princípios constitucionais, em especial ao da isonomia e ao do não retrocesso social.

Malgrado todas as críticas ao auxílio-reclusão, o benefício é de suma importância, inclusive com previsão constitucional, pelo fato de estar voltado à garantia do direito social

de proteção à família do segurado preso. Dessa forma, garante o direito à liberdade real também ao preso civil, que poderá exigir prestações positivas do Estado, que, nesse caso específico, consiste no pagamento do benefício auxílio-reclusão.

Assim, busca-se o bem-estar social do preso e de sua família, previsão existente na suprema Carta, que prevê o bem de todas as pessoas, com uma vida digna e de qualidade.

O referido benefício busca proteger a renda familiar do segurado preso, pois, normalmente, suas famílias são de alto grau de vulnerabilidade social, com características típicas, como: baixa escolaridade, filhos desempregados, residentes em favelas, com filhos recém-nascidos, mostrando a real necessidade e dependência do benefício auxílio-reclusão em razão da ausência do garantidor da família. Então, é necessário atentar para a real finalidade do benefício, que é a busca do mínimo existencial para aquela família, que teve o responsável pelo seu sustento preso. A concessão do benefício procura evitar situações de miséria e desespero à família do interno, que não tem mais renda para custear as despesas da casa; bem como, impedir o cometimento de crimes pelos membros desta família em busca de renda para seu sustento.

Portanto, o benefício em questão corresponde a uma contraprestação indireta àquele que contribuiu de forma regular para a Previdência Social, pois quem usufrui diretamente é a família do preso.

Visto como um seguro social, o auxílio-reclusão visa cobrir o risco de perda da renda devido à prisão da pessoa segurada e garantir proteção à sua família, sendo pago diretamente aos dependentes. Logo, a proteção à família é um posicionamento defendido por Hélio Gustavo Alves (2014) que afirma: "Se o fim do auxílio-reclusão é a proteção à família, temos que pensar num caminho que, em momento algum, fique desprotegida, e para que isso ocorra, buscamos a própria legislação para o devido respaldo".

Dessa forma, pode-se afirmar que a função primária do auxílio-reclusão é escudar a família do segurado, pela perda de sua subsistência.

Nessa linha, também é o posicionamento de Russomano:

O criminoso, recolhido à prisão, por mais deprimente e doloroso que seja sua posição, fica sob a responsabilidade do Estado. Mas, seus familiares perdem o apoio econômico que o segurado lhes dava e, muitas vezes, como se fossem os verdadeiros culpados, sofrem a condenação injusta de gravíssimas dificuldades.

Inspirado por essas ideias, desde o início da década de 1930, isto é, no dealbar da fase de criação, no Brasil, dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, nosso legislador teve o cuidado de enfrentar o problema e atribuir ao sistema da Previdência Social o ônus de amparar, naquela contingência, os dependentes do segurado detento ou recluso.

A função social do auxílio-reclusão é irrefutável, pois decorre da situação emergencial pela qual a família do preso encontra-se passando, bem como pelo caráter assistencial que o benefício possui.

Dessa forma, pode-se afirmar que o auxílio-reclusão é importante como um ideal solidário, guiado pela garantia da dignidade da pessoa humana, mola mestra de um Estado democrático de direito.

E Finaliza, Bona (2019), está clarificado que o referido benefício favorece o bem-estar da família, não apenas econômico, mas no item dignidade humana, pois supre carências, sem a necessidade de solidariedade estatal ou de outras famílias. Pois, como já se afirmou acima, o risco social que se pretende proteger com o auxílio-reclusão é a perda da renda familiar, ocasionada pela prisão do segurado do RGPS.

3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Os benefícios previdenciários, no RGPS, são encargos devidos pelo INSS, desde que preenchidos os requisitos legais. Em sua dissertação de mestrado, José Henrique Ferreira Bona (2019), elenca os requisitos para a concessão do auxílio-reclusão, bem como que são extraídos da combinação do art. 201, inciso IV da CF/1988 com o art. 80 da Lei n. 8.213/1991, que são:

- 1) o preso deve ser segurado do INSS na data da prisão e cumprido a carência de 24 (vinte e quatro) contribuições;
- 2) o segurado deve ser de baixa renda;
- 3) o segurado deve encontrar-se preso em regime fechado;
- 4) os dependentes do segurado não podem estar recebendo remuneração da empresa, nem em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço;
- 5) deve ser provado, através de uma certidão emitida pela autoridade competente, que o segurado se encontra realmente preso no regime fechado;
- 6) os dependentes devem demonstrar esta qualidade.

3.1 Análise dos requisitos do auxílio-reclusão segundo BONA (2019)

3.1.1 Deve ser segurado do INSS na data da prisão

O cidadão, para adquirir a qualidade de segurado da Previdência, deve estar devidamente filiado/inscrito e efetuando o pagamento das contribuições, ou em seu período de graça. Para o segurado obrigatório, o simples exercício de atividade remunerada já o torna segurado, enquanto o facultativo necessita fazer sua inscrição e o primeiro pagamento da contribuição, para que seja efetivada a condição de segurado.

Dessarte, é no ato da prisão que deve ser demonstrada a qualidade de segurado da Previdência Social, unido aos demais requisitos exigidos na legislação. Hoje, a Lei n. 13.846/2019 exige uma carência mínima de 24 (vinte e quatro) contribuições previdenciárias mensais. Contudo, se na data da prisão o segurado não tiver salário-contribuição, mas ainda mantiver o *status* de segurado, o auxílio-reclusão será devido.

3.1.2 Deve ser segurado de baixa renda

Não existe uma definição legal do que seja segurado baixa renda. Tal requisito foi acrescentado pela EC n. 20/1998. Para caracterizar a baixa renda, o último salário de contribuição do segurado atualmente deve ser de até R\$1.425,56 (um mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e cinquenta e seis centavos). Esse valor é anualmente reajustado por portaria, normalmente no primeiro mês do ano.

O valor de referência do ano de 2020 foi estipulado pela Portaria do Ministério da Economia n. 914/2020 e consiste no montante acima referido.

3.1.3 O segurado deve encontrar-se preso em regime fechado

Enquanto o segurado estiver preso em regime fechado, seus beneficiários receberão o auxílio-reclusão. Para comprovar tal situação, será necessária a apresentação trimestral de atestado, firmado por autoridade competente, de que o segurado ainda está recolhido. É

importante explicar, que não é a prisão em si o risco protegido, e sim, a impossibilidade de produção de renda para os dependentes do preso.

3.1.4 O segurado não pode estar recebendo remuneração da empresa, nem em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço

Nenhuma espécie de remuneração da empresa pode estar sendo paga ao segurado preso, nem mesmos benefícios de aposentadoria, de pensão por morte, de salário-maternidade, nem auxílio-doença ou abono de permanência em serviço, comprovando, assim, a necessidade social da sua família. Porém, o segurado preso em cumprimento de pena em regime fechado, que se encontra exercendo atividade remunerada e contribuindo como segurado facultativo, garantirá aos seus beneficiários a continuidade do recebimento do auxílio-reclusão.

3.1.5 O segurado deve provar, através de uma certidão emitida pela autoridade competente, que o segurado se encontra realmente preso no regime fechado

Portanto, a solicitação do benefício deve ser instruída com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, assinada pela autoridade competente. Dessa forma, quando o beneficiário solicitar o benefício auxílio-reclusão, deve comprovar o risco social da prisão ocorrido ao segurado. Assim, a comprovação é feita mediante a emissão de uma certidão/declaração de recolhimento ao cárcere, emitida por uma autoridade judiciária ou administrativa.

3.1.6 Os dependentes do segurado devem demonstrar esta qualidade

Ocorrendo a qualidade de dependente após a prisão do segurado, deve ser provada a preexistência da dependência econômica do segurado.

É preciso atentar que o direito do dependente só existe porque existe o direito do segurado, logo, o direito do primeiro encontra-se diretamente acorrentado ao do segundo.

Para tal fim, os beneficiários do RGPS, na condição de dependentes que segundo o artigo 16 da Lei 8.213/1991, incisos I, II e III, são:

Art.16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I- o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II- os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Então, existindo beneficiários de uma classe superior, os da classe inferior serão excluídos. Dentro da mesma classe, o benefício será dividido entre todos os seus beneficiários.

4 CESSAÇÃO E SUSPENSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

O benefício em estudo não é vitalício, podendo ser descontinuado de duas maneiras: pela cessação ou pela suspensão. Assim, é extinto quando não existe mais o direito ao benefício, não podendo ser reativado. Segundo Castro e Lazarri (2020) são 08 (oito) as formas de cessação do auxílio-reclusão, a saber:

I – com a extinção da última cota individual;

II – se o segurado, ainda que privado de sua liberdade ou recluso, passar a receber aposentadoria;

- III – pelo óbito do segurado ou beneficiário;
- IV – na data da soltura;
- V – pela ocorrência da perda da qualidade de dependente, no caso de filho ou equiparado ou irmão, de ambos os sexos;
- VI – em se tratando de dependente inválido, pela cessação da invalidez, verificada em exame médico pericial a cargo do INSS (a qual é dispensada se for maior de 60 anos – Lei n. 13.063/2014);
- VII – pela adoção, para o filho adotado que receba auxílio-reclusão dos pais biológicos, exceto quando o cônjuge ou o companheiro(a) adota o filho do outro; e
- VIII – a partir da vigência da MP n. 871/2019 (convertida na Lei n. 13.846/2019), a progressão do regime fechado para outro menos gravoso.

Diversamente da extinção do benefício, com a suspensão pode ocorrer o reavivamento do benefício, desde que interrompidas as causas de sua suspensão. Conforme Castro e Lazarri (2020) ocorre a suspensão do benefício nas hipóteses abaixo:

- I – no caso de fuga;
- II – se o segurado, ainda que privado de liberdade, passar a receber auxílio-doença;
- III – se o dependente deixar de apresentar atestado trimestral, firmado pela autoridade competente, para prova de que o segurado permanece recolhido à prisão.

Falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão, que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte. Por fim, o valor mínimo do auxílio-reclusão é de um salário-mínimo, e terá direito ao abono anual do segurado ao dependente que, durante o ano, recebeu o auxílio.

5 DO AUXÍLIO-RECLUSÃO ANTES E DEPOIS DA LEI 13.846/19 E DA EC 103/2019 DENOMINADA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Desde sua gênese, no século anterior, o auxílio-reclusão passou por várias mudanças e no ano passado, sofreu mais algumas. Para quem acompanhou com atenção o noticiário ao longo do ano de 2019 pôde perceber que o Congresso Nacional realizou profundas mudanças no sistema previdenciário brasileiro, pelo advento da Medida Provisória 871, posteriormente convertida na Lei 13.846/2019 e pela promulgação da EC 103/2019.

Com essas alterações legislativas, Lei 13.846/2019 e EC 103/2019, o auxílio-reclusão sofreu alterações significativas, algumas delas até recrudesceram o acesso ao benefício.

Segundo o legislador, tais alterações têm o objetivo de evitar a fraude na concessão do auxílio-reclusão. Outras foram positivadas, como a definição de quem é o segurado de baixa renda.

As alterações sofridas criaram mais dificuldades para a aquisição do auxílio-reclusão. Destarte, as mudanças não vieram para ser amigável aos familiares de segurados reclusos do RGPS, veio mesmo para tentar ajustar o rombo que existe na Previdência, as custas de algumas pessoas ou alguns benefícios.

Por esse motivo, organizamos o raciocínio deste estudo pautados pela hierarquia das normas, de modo que o texto constitucional teve a prevalência sobre as demais disposições normativas quando ambas regularam os mesmos temas.

Entre as principais mudanças, podemos enumera as seguintes:

- 1- Exigência de 24 (vinte e quatro) contribuições mensais;
- 2- Exigência integral de contribuições (24) quando perder a qualidade de segurado;
- 3- Inacumulável com pensão por morte e salário-maternidade;

- 4- Conceituação de quem é segurado de baixa renda;
- 5- Exclusão do benefício aos segurados presos em regime semiaberto;
- 6- Não pode ser maior do que um salário-mínimo.

Tais comparações entre como era o auxílio-reclusão antes e depois das alterações legislativas estão demonstradas no Quadro 1:

Quadro 1 – Comparativo entre antes e depois da Lei 13.846/2019 e da EC 103/2019

ANTES DA LEI 13.846/2019 E DA EC 103/2019	DEPOIS DA LEI 13.846/19 E DA EC 103/2019
<p>Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: I - pensão por morte, auxílio-reclusão, salário-família e auxílio-acidente;</p>	<p>Inclusão inciso IV ao Art. 25 – auxílio-reclusão: vinte e quatro contribuições mensais.</p> <p>Alteração inciso I ao Art. 26. pensão por morte, salário-família e auxílio-acidente;</p>
<p>Art. 27-A. Na hipótese de perda da qualidade de segurado, para fins da concessão dos benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez, de salário-maternidade e de auxílio-reclusão, o segurado deverá contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com os períodos integrais de carência previstos nos incisos I, III e IV do caput do art. 25.</p>	<p>Nova Redação Art. 27-A. No caso de perda da qualidade de segurado, para efeito de carência para a concessão dos benefícios de que trata esta Lei, o segurado deverá contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos nos incisos I e III do caput do art. 25 desta Lei</p>
<p>Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.</p>	<p>Nova redação do Art. 80. O auxílio-reclusão será devido nas condições da pensão por morte, respeitado o tempo mínimo de carência estabelecido no inciso IV do caput do art. 25, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, pensão por morte, salário-maternidade, aposentadoria ou abono de permanência em serviço. Inclusão parágrafos: § 1º O requerimento do auxílio-reclusão será instruído com certidão judicial que ateste o recolhimento efetivo à prisão, obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de prova de permanência na condição de presidiário. § 2º O INSS celebrará convênios com os órgãos públicos responsáveis pelo cadastro dos presos para obter informações sobre o recolhimento à prisão.</p>

	<p>§ 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se segurado de baixa renda aquele que, na competência de recolhimento à prisão tenha renda, apurada nos termos do disposto no § 4º, de valor igual ou inferior àquela prevista no art. 13 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, corrigido pelos índices aplicados aos benefícios do RGPS.</p> <p>§ 4º A aferição da renda mensal bruta para enquadramento do segurado como de baixa renda ocorrerá pela média dos salários de contribuição apurados no período de doze meses anteriores ao mês do recolhimento à prisão.</p> <p>§ 5º A certidão judicial e a prova de permanência na condição de presidiário poderão ser substituídas pelo acesso à base de dados, por meio eletrônico, a ser disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, com dados cadastrais que assegurem a identificação plena do segurado e da sua condição de presidiário.</p>
<p>O § 5º do art. 116 do Decreto nº 3.048/99 especifica que "o auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto".</p>	<p>Nova redação do Art. 116. O auxílio-reclusão, cumprida a carência prevista no inciso IV do caput do art. 29, será devido, nas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio por incapacidade temporária, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.</p>
<p>O valor da renda mensal era igual a 100% do salário de benefício (arts. 75 e 80 da Lei n. 8.213/1991), O valor do benefício é o valor da aposentadoria por invalidez a que teria direito no momento da prisão.</p>	<p>Art. 27 (..)</p> <p>§ 1º Até que lei discipline o valor do auxílio-reclusão, de que trata o inciso IV do art. 201 da Constituição Federal, seu cálculo será realizado na forma daquele aplicável à pensão por morte, não podendo exceder o valor de 1 (um) salário-mínimo.</p>

Fonte: Elaborado pelo autor, 2020

As modificações elencadas no quadro anterior remetem ao entendimento de que existem condicionalidades específicas do auxílio-reclusão e são essas que selecionam o indivíduo e torna seus dependentes aptos ou não a receberem o auxílio.

Primeiro, o recluso precisa ser contribuinte da Previdência; segundo, precisa se enquadrar como baixa renda e ainda, esse benefício será pago apenas para as famílias daqueles indivíduos que estejam recolhidos à prisão em regime fechado ou semiaberto. Significa dizer que, o benefício será encerrado caso haja fuga da prisão, se o segurado for posto em liberdade ou venha a cumprir pena em regime aberto.

O cenário descrito no parágrafo anterior se coaduna com os ensinamentos de Mendes; Silveira Martins (2019) ao afirmarem que os demais requisitos em relação ao segurado recluso pautam-se em possuir qualidade de segurado na data da prisão, ou seja, estar trabalhando, contribuindo regularmente e possuir o último salário de contribuição abaixo do valor previsto na legislação, conforme a época da prisão, ou, ainda, encontrarem-se dentro do período de graça.

Outro entendimento que se coaduna com o cenário apresentado anteriormente é a afirmação de Máximo; Beloni (2018), ao afirmarem que o auxílio-reclusão pago aos dependentes do segurado, visto pela ótica de que o Estado por um lado tira a liberdade do indivíduo como punição de um crime cometido, mas por outro lado não desampara a família do segurado, que por sua vez caso se encaixe nas regras de concessão, passam a receber o auxílio-reclusão enquanto perdurar a reclusão ou detenção. Ocorre que, como dito anteriormente não é somente ser preso o requisito de percepção do auxílio, é necessário atender alguns requisitos específicos do auxílio para se fazer jus ao benefício, os quais analisaremos durante este trabalho.

Outra importante constatação foi elencada por Leite (2019) ao afirmar que a inovação trazida pela Lei 13.846/2019 diz respeito à forma pela qual se dará a comprovação do recolhimento à prisão do segurado. Nesse sentido, o requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão judicial que ateste o recolhimento efetivo do segurado à prisão, dispensando-se a apresentação desses documentos caso o INSS tenha acesso à base de dados que forneça informações condições de presidiário do segurado.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por escopo esclarecer o benefício previdenciário de auxílio-reclusão amparados pelos princípios infraconstitucionais e constitucionais que norteiam o instituto de amparo social aos condenados por decisão judicial. Portanto, é sabido que a origem da seguridade social se deu no seio da sociedade, ou seja, na família por meio da mútua colaboração. Nessa direção, respalda-se a proteção à instituição social família na Constituição federal. Pode-se afirmar que o referido benefício tem caráter alimentar e busca a subsistência da família do segurado preso.

Com este trabalho, foi possível verificar que a principal finalidade do benefício previdenciário auxílio-reclusão é o amparo das condições mínimas de sobrevivência da família, ou seja, dos dependentes do recluso, os quais não poderão sofrer punições pelo fato atribuído ao praticante do ilícito. É imperioso ressaltar que a família é a base da sociedade, possuindo *status* constitucional e a proteção pelo Estado. Lado outro, encontram-se inúmeras críticas ao auxílio-reclusão, uma delas diz respeito a alegação de que as vítimas dos condenados ficam desamparadas, enquanto o criminoso recebe o intitulado "bolsa bandido" ou "bolsa cadeia".

Com o devido respeito a opiniões contrárias, aduz-se que elas não merecem guarida, pois, está claro que o valor recebido destina-se à sobrevivência da família que não poderá sofrer punição por fato alheio. Assim, por qualquer dos ângulos que se analise o auxílio-reclusão, cada vez mais se percebe a sua função social de proteção à família, respaldado no amparo constitucional. Além disso, os familiares do interno devem continuar a ser respeitados, pois não cometeram nenhum delito, e não deve ser suprimido nenhum direito seu, devendo o Estado oferecer o mínimo existencial, efetivado pelo auxílio-reclusão.

Os familiares do preso não podem ser esquecidos, abandonados pelo Estado, que todos os dias viola a dignidade dessas pessoas com projetos ou medidas que retiram ou diminuem a cada dia, mais e mais direitos, violando o princípio do não retrocesso social. Dessa forma, é importante manter a dignidade humana tanto do recluso, quanto da sua família, que não teve culpa no cometimento do delito e necessita do apoio estatal para manutenção de sua sobrevivência, pois, não tendo condições materiais mínimas de sustento, assim, quem também sofrerá a punição pelo crime serão os familiares do preso.

Dessa forma, pode-se afirmar que o auxílio-reclusão é importante como um ideal solidário, guiado pela garantia da dignidade do ser humano, mola mestra de um Estado democrático de direito. Por fim, pode-se verificar que é importante entender que tal auxílio é um direito assegurado as pessoas que contribuíram com a Previdência Social e que se enquadram no perfil de baixa renda como forma de garantir aos seus dependentes um suporte financeiro.

Contudo, é importante destacar que no sistema penitenciário hoje poucos reclusos acessam esse direito, devido nunca ter contribuído para a Previdência, por estar na maioria dos casos, inseridos nas relações informais de trabalho, o que resulta no desamparo de seus dependentes, que em grande maioria são crianças e adolescente, por parte do Estado. Tal benefício se constitui em conquista do trabalhador e representa um avanço em termos de direitos de cidadania e humanos, cabendo à sociedade divulgar e informar sobre esse direito para que a população o reconheça e possa lutar para sua ampliação e não corte e retrocesso.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, João Inácio. **AUXÍLIO RECLUSÃO**: Uma abordagem introdutória. In: Investidura Portal Jurídico, novembro de 2012. Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/315599-auxilio-reclusao-uma-abordagem....> Acesso em: 26 ago. 2020.

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. SP: Universitária de Direito, 2003, p. 159.

ALVES, Gustavo Hélio. **Auxílio-Reclusão**: direitos dos presos e de seus familiares – com análise das inconstitucionalidades da baixa renda. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 105.

AZEVEDO, Reinaldo de. Revista Veja. **O país que paga um "auxílio-reclusão" maior do que o salário-mínimo só poderia tratar o viciado como majestade. Ou: A praça é dos drogados e traficantes como o céu é do urubu**. 2012.- Atualizado em 31 jul 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-pais-que-paga-um-8220-auxilio-bandido-8221-maior-do-que-o-salario-minimo-so-poderia-tratar-o-viciado-como-majestade-ou-a-praca-e-dos-drogados-e-trafficantes-como-o-ceu-e-do-urubu/>>. Acesso em: 15 agosto, 2019.

BONA, José Henrique Bona. **A proteção social do preso civil na concessão do auxílio-reclusão no ambiente carcerário do Distrito Federal**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) Instituto de Educação Superior de Brasília– IESB Distrito Federal, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out 1988.

_____. **Decreto n. 22.872, de 29 de junho de 1933**. Cria o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos.

_____. **Decreto n. 54, de 12 de setembro de 1934**. Aprova o Regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários. Rio de Janeiro, RJ, set 1934.

_____. **Decreto n. 77.077, de 24 de janeiro de 1976**. Expedi a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS). Brasília, DF, jan. 1976.

_____. **Lei n. 13.846, de 18 de junho de 2019**. Conversão em lei da Medida Provisória nº 871, de 2019.

_____. **Lei n. 3.807/60, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF, ago. 1960.

_____. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Brasília, DF, jul. 1991.

LEITE, Brenda Natali Galdino. **ALTERAÇÕES E INOVAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI 13.846/19 JUNTO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO.** 2019. 94 fls. (Trabalho de Conclusão de Curso) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. 2019.

MÁXIMO, Amanda Vanessa; BELONI, Cláudia de Fátima Romero. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA DO INDIVÍDUO: AUXÍLIO-RECLUSÃO COMO MEDIDA DE AMENIZAR OS IMPACTOS CAUSADOS PELA PRISÃO. **Revista Intervenção, Estado e Sociedade**, v. 4, n. 1, p. 127-130, 2018.

MENDES, Beatriz Lourenço; SILVEIRA MARTINS, Roberta. A desmistificação do benefício previdenciário de auxílio-reclusão e a insuficiência do critério baixa renda para a sua concessão. **Revista Brasileira de Direito Social**, v. 2, n. 2, p. 109-129, 2019.

MENEZES, Adriana. **Direito Previdenciário** – Coleção Técnico e Analista Tribunais. 2 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Portaria nº 914/2020**, de 13 de janeiro de 2020. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS. (Processo nº 10132.100009/2020-20).

NETO, Juliana Presotto Pereira; SILVA, Tiago Carnevali da; SILVA, Débora Garcia da. **O auxílio-reclusão e o dependente de baixa renda.** Revista de Previdência Social, ano XXIX, n. 301, dez. 2005.

PADILHA, Jéssica. **A Pensão Por Morte e o Auxílio-reclusão Como Forma de Auxílio à Família do Segurado.** 15 out. 2019. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-pensao-por-morte-e-o-auxilio-reclusao-como-forma-de-auxilio-a-familia-do-segurado/>> Acesso em 15 ago. 2020

QUEIROZ, Christiane Cruvinel. O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO: OS EFEITOS RESTRITIVOS DA LEI N. 13.846/2019. **Publicatio UEPG: Ciências Sociais Aplicadas**, v. 27, n. 3, p. 362-372, 2019.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito previdenciário esquematizado.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis de previdência social.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, Claudia Francisco. Auxílio-reclusão: verdades e mentiras. **REJU-REVISTA JURÍDICA**, v. 2, n. 1, p. 151-158, 2016.

SILVA, Elaine Cristina Pereira. AUXÍLIO-RECLUSÃO: DIREITO OU BENEFÍCIO DO CIDADÃO? **Revista Científica UNAR**, v. 16, n. 1, p. 141, 2018.

ATOS JURISDICIONAIS



Justiça Federal nega pedido da Hiper Export Terminais

A 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF negou pedido da Hiper Export Terminais Retroportuários para continuar operando, sem licitação, no complexo portuário do Espírito Santo. A decisão possibilitará a realização de procedimento concorrencial.

A juíza federal substituta Diana Wanderlei, da 5ª Vara, escreveu na sentença que há 5 anos o arredamento já deveria ter sido encerrado. Segundo a magistrada, a Hiper Export insiste no litígio visando obter benefícios “de um contrato irregular”. Os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia estavam sendo violados.

No entendimento da juíza, “a procrastinação da permanência da autora, que ocupa bem público sem nunca ter se submetido ao processo licitatório, fere não apenas a paridade de oportunidade de concorrência entre interessados em celebrar o contrato administrativo, mas também o melhor interesse da administração pública em submeter ao crivo do processo licitatório e escolher o contratado que melhor atenda aos fins almejados”.

Confira todos os detalhes da sentença [AQUI](#).

Gilbson Alencar – redação e edição



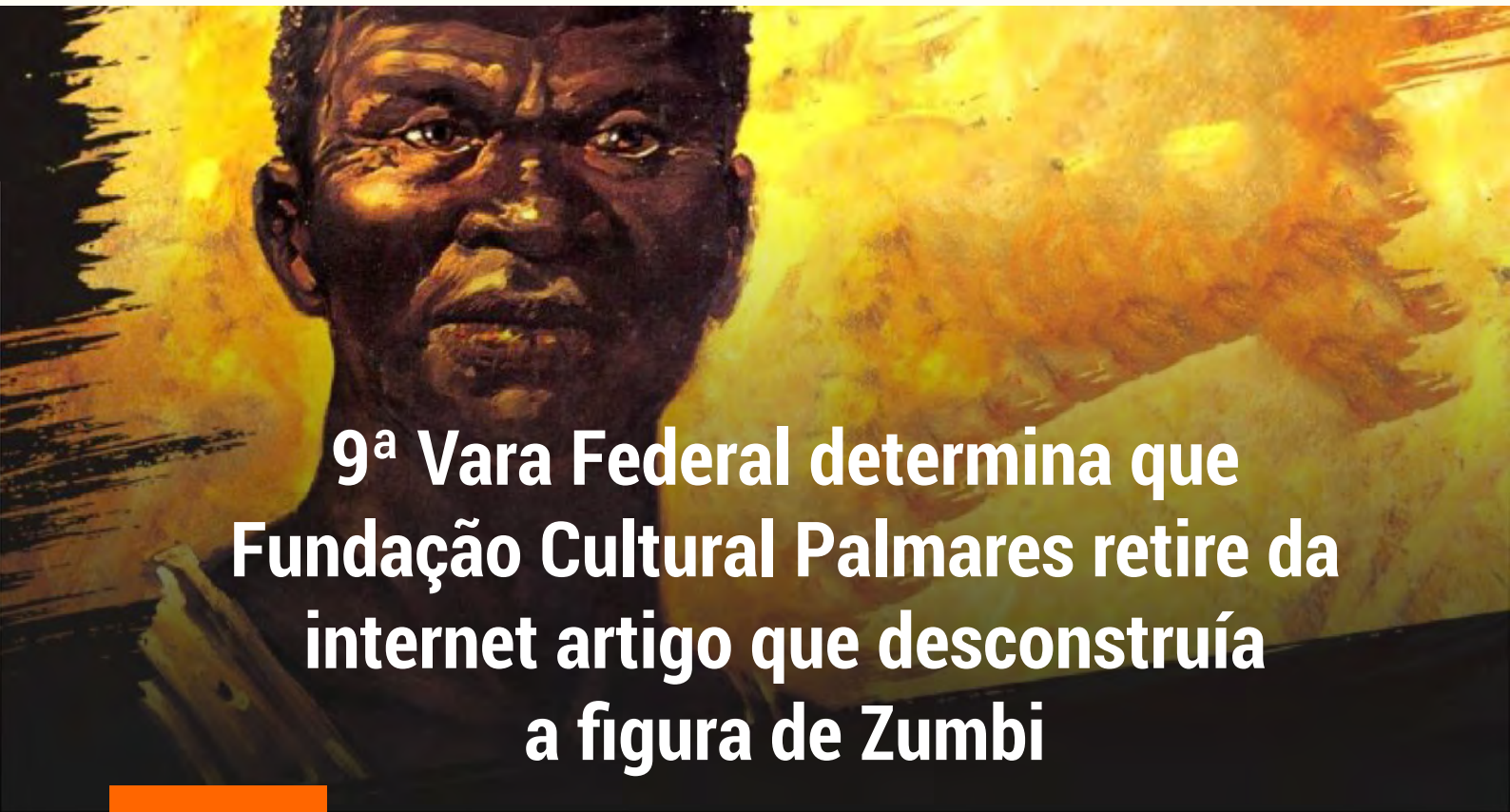
2ª Turma Recursal do JEF/DF condena Correios por uso não autorizado de imagem de membro da comunidade Kayapó

A 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal (JEF/DF) deu provimento ao recurso interposto por Ta'kire Kayapó e a fotógrafa Susan Irene Cunningham e condenou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) a pagar 40 mil reais à indígena, pela utilização de sua imagem sem autorização, e 62 mil reais à fotógrafa, por danos morais e comercialização sem autorização de fotografia de sua autoria.

Ação proposta por Cunningham e Ta'kire Kayapó se baseou no uso não autorizado de imagem em aerograma comercial por parte dos Correios. De acordo com a decisão, "Sustenta-se, em síntese, que Susan Irene acompanhou a comunidade Kayapó de A'Ukre no Primeiro Encontro de Povos do Xingu, registrando, na oportunidade, diversas imagens da comunidade indígena, dentre as quais a fotografia de Ta'kire Kayapó. Ocorre que, sem qualquer autorização, a Empresa Pública teria feito uso da fotografia para fim meramente comercial, atribuindo os créditos da imagem a Álvaro Nunes, responsável pela pesquisa iconográfica e criação de artes plásticas da EBCT, mediante contratação".

Confira Confira [AQUI](#) a íntegra do Acórdão.

Gilbson Alencar – redação e edição



9ª Vara Federal determina que Fundação Cultural Palmares retire da internet artigo que desconstruía a figura de Zumbi

A 9ª Vara da Justiça Federal em Brasília deferiu pedido de liminar, em ação popular, e determinou à Fundação Cultural Palmares que retirasse de seu sítio na internet o artigo “Então... Zumbi tinha escravos? Ainda Bem!”, de autoria de Luiz Gustavo dos Santos Chrispino.

A parte autora sustentou em seu pedido que a referida publicação visa “desconstruir a figura de Zumbi como símbolo da resistência negra e da luta antiescravista e de, inclusive, negar o objetivo da República (...) de combate ao preconceito e a qualquer forma de discriminação”. Também ressaltou que tal ato foi praticado “com abuso de poder e desvio de finalidade, e em desrespeito aos princípios da legalidade e da moralidade”.

O juiz federal Renato Coelho Borelli destacou: “Dispõe o Decreto-Lei n. 25/1937, no caput de seu art. 1º, que o patrimônio histórico e artístico nacional é constituído 'pelo conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

Segundo o magistrado, nesse contexto, o art. 216 da Constituição federal de 1988 estabelece dever de proteção do patrimônio cultural brasileiro, composto de bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. “E se há um dever estatal é porque há um direito correspondente conferido aos indivíduos afetados”, afirmou Borelli.

Saiba mais acessando a íntegra da decisão [AQUI](#).

Gilbson Alencar – redação e edição



Estaleiro sediado na Zona Franca de Manaus consegue nulidade de multas punitivas

A ERAM Estaleiro Rio Amazonas Ltda, construtora de embarcações de grande porte, ingressou na Seção Judiciária do DF contra a União (Fazenda Nacional) pleiteando que a Justiça Federal concedesse medida liminar ou antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito “manifestamente ilegal exigido, permitindo emissão de CPEN (Certidão Positiva com Efeitos de Negativa)” para não agravar suas dificuldades e manter seu funcionamento regular enquanto ocorre a tramitação do processo.

Outro pedido da parte autora foi a declaração de nulidade de autos de infração que exigiam PIS, Cofins, IRPJ e outros tributos, pois a empresa goza dos benefícios fiscais de alíquota zero por estar sediada na Zona Franca de Manaus. Segundo a defesa da ERAM Estaleiro, não foram entregues as declarações de rendimento da pessoa jurídica (DIPJ) com receitas zeradas.

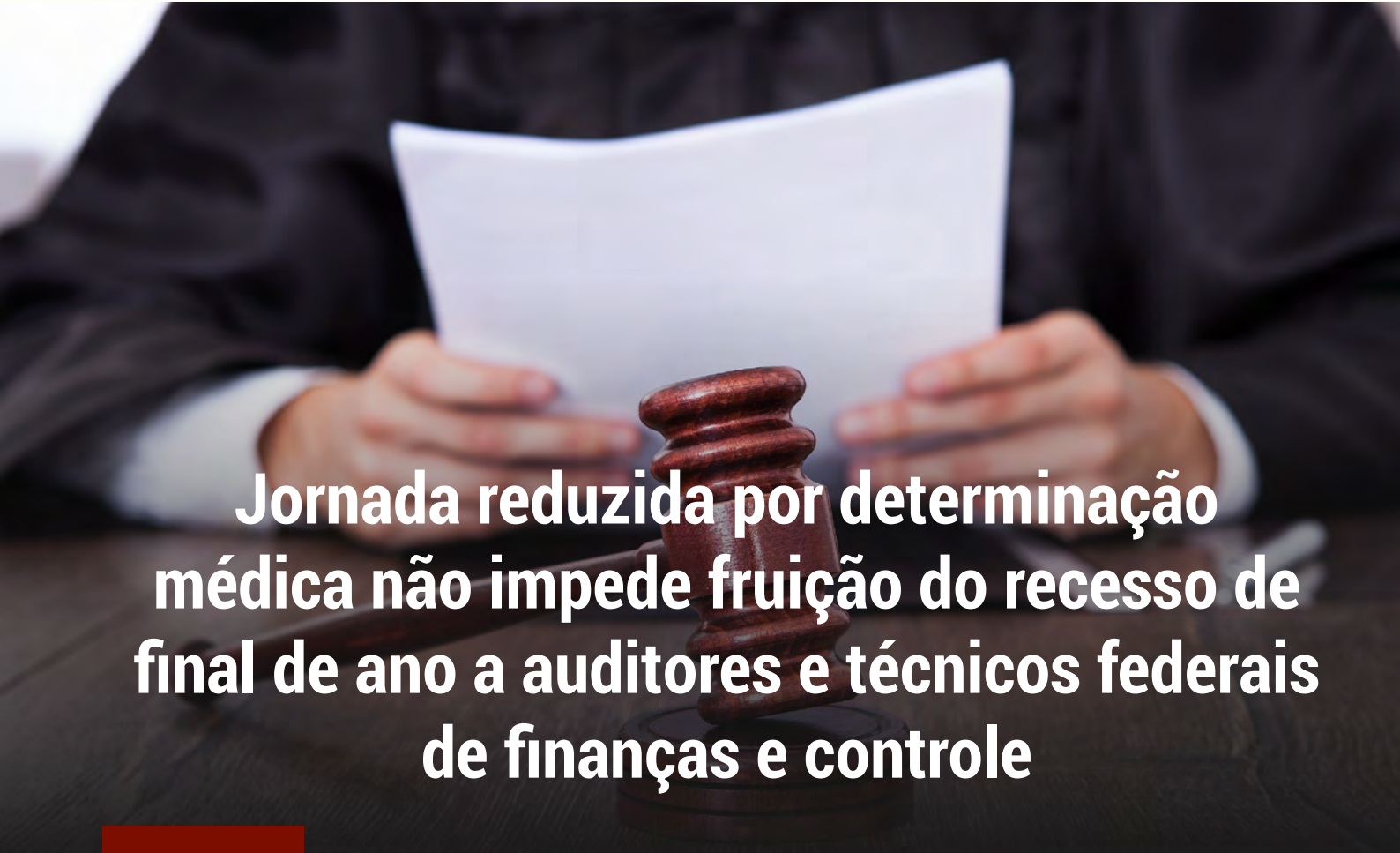
Em trecho da sentença, a juíza federal Diana Wanderlei, em auxílio na 1ª Vara da SJDF, destacou que “embora a União (Receita Federal) tenha informado que o valor da base de cálculo arbitrada foi menor do que o valor contido no arbitramento, é certo que o ocorreu a espontaneidade do contribuinte, já que, quanto aos anos de referência da autuação, AI nº 10283 720697/2007, declarou até a maior o valor das suas operações, nos anos calendários de 2002 a 2005”.

Consta na decisão judicial que, no caso concreto, o arbitramento feito gerou base de cálculo aquém da declarada pelo contribuinte. Com isso, a parte autora fora beneficiada. “Não sendo o caso de desconstituição da obrigação principal. Contudo, a premissa para a imposição da multa punitiva, de 75% do valor devido, foi equivocada, pois considerou que o autor não entregou os documentos fiscais, que não cumpriu a sua obrigação acessória”.

A magistrada julgou parcialmente procedentes os pedidos da ERAM Estaleiro, declarando nulas as multas punitivas impostas na autuação relativa a todos os tributos objeto da AI n. 10283 720697/2007, devendo apenas incidir as multas moratórias e a correção monetária.

Para saber os detalhes desse julgamento, acesse a íntegra da sentença [AQUI](#).

Gilbson Alencar - redação/edição



Jornada reduzida por determinação médica não impede fruição do recesso de final de ano a auditores e técnicos federais de finanças e controle

A União deverá franquear a fruição do recesso de final de ano aos auditores e técnicos federais de finanças e controle (substituídos processuais) que estejam sob o regime de jornada reduzida por determinação médica.

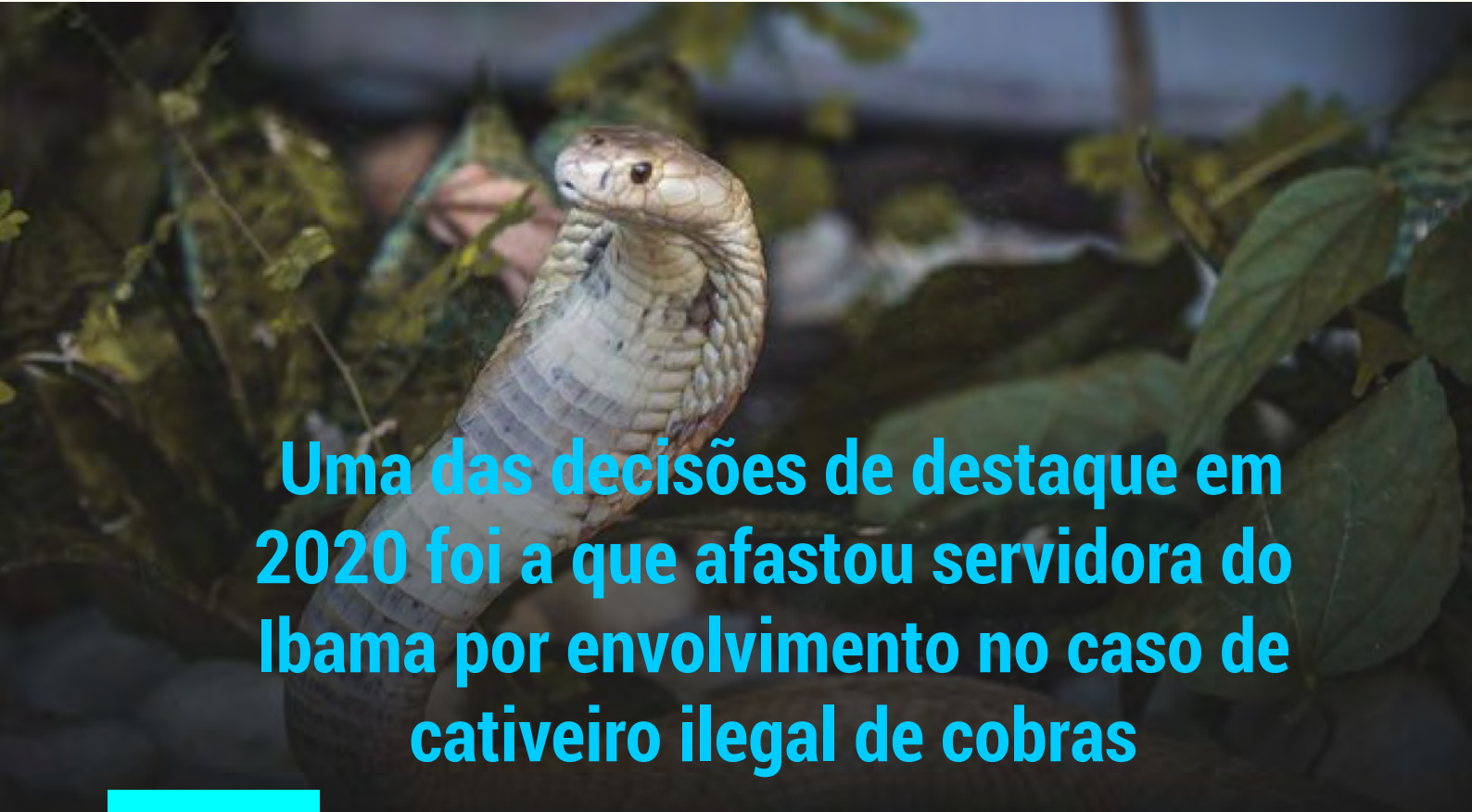
A decisão foi tomada pela 14ª Vara federal em ação, com pedido de tutela de urgência, ajuizada pelo sindicato nacional que representa a categoria (Unacon Sindical).

A Unacon informou nos autos que o Ministério da Economia editou ofício “afetando todos os servidores da respectiva pasta ministerial, a exemplo dos Auditores e Técnicos Federais de Finanças e Controle”. A norma do ministério, segundo o sindicato, inova nos seguintes termos: “Entretanto, caso a redução de jornada de trabalho tenha sido determinada por laudo médico pericial, não é possível o usufruto do recesso, de forma a resguardar a jornada diária máxima de trabalho estabelecida pela junta médica oficial”.

O juiz federal Waldemar Claudio de Carvalho diz em sua decisão que “o ato normativo fulmina direito de servidores que estejam com horário reduzido em razão de laudo médico, podendo, inclusive, afetar aqueles servidores com deficiência e outros que estejam acometidos de doenças físicas e psíquicas, sem que haja uma justificativa plausível para o mencionado discrimen”.

Acesse [AQUI](#) a íntegra da decisão e conheça os detalhes desse ato jurisdicional.

Gilbson Alencar - redação/edição



Uma das decisões de destaque em 2020 foi a que afastou servidora do Ibama por envolvimento no caso de cativeiro ilegal de cobras

No início do segundo semestre de 2020, a 9ª Vara federal da Seção Judiciária do DF determinou o afastamento de servidora pública do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e a proibiu de acessar as dependências do órgão, salvo para prestar depoimento em processo disciplinar. Também a proibiu de acessar sistemas da autarquia diretamente relacionados à prática ilícita.

Segundo investigação da Polícia Civil do Distrito Federal relacionada à picada sofrida pelo estudante de medicina Pedro Henrique Krambeck por uma serpente naja, agentes ambientais federais e policiais se depararam com caixas de contenção de animais provenientes do Centro de Triagem de Animais Silvestres (Cetas/DF), contendo cobras em cativeiro ilegal.

O Ibama, parte autora da ação, aduziu que na residência de um dos investigados, por meio de mandado de busca e apreensão, foi encontrada licença de captura/coleta/transporte expedida pela servidora (parte ré).

A autarquia argumentou no pedido judicial que a licença expedida pela ré, além de violar gravemente a legislação, demonstra a intenção deliberada da servidora em conceder a licença infringindo norma legal, uma vez que, à época dos fatos, era ela a responsável pelo Cetas/DF, possuindo larga experiência da função, o que afasta possível alegação de erro de procedimento.

Confira [AQUI](#) a íntegra da decisão proferida pelo juiz federal Renato Borelli.

Gilbson Alencar - redação/edição

VITRINE HISTÓRICA

Em 2010, a Seção Judiciária comemorava 43 anos com o tema “Justiça Federal/DF na Era Digital”

No dia 20 de maio de 2010, a Seção Judiciária do Distrito Federal promoveu solenidade em comemoração aos seus 43 anos, da qual participaram diversas autoridades e o corpo funcional da Casa. À época, a diretoria do foro era exercida pelo juiz federal Marcus Vinicius Reis Bastos. O tema do evento foi “Justiça Federal/DF na Era Digital”.

A escolha dessa abordagem pretendeu destacar o pioneirismo da Seccional do DF e o seu vanguardismo, tendo em vista ter a instituição largado na frente na criação e implantação de mudanças e aperfeiçoamentos. Em janeiro de 2010, a SJDF foi a primeira seção judiciária da 1ª Região a implantar o processo virtual.

Passada uma década, percebe-se que a Justiça Federal do DF continua na vanguarda da era digital. Neste ano de 2020, a SJDF concluiu a digitalização e migração de seu acervo físico de processos para o PJe. Confira a matéria completa nesta edição, na seção “Notícias”.

Momentos da solenidade dos 43 anos



Gilbson Alencar - Edição e redação

CULTURA

Poesia

O CASARÃO



Do centenário casarão só restaram ruínas.
Os móveis, as roupas, os livros, as cortinas, as paredes... tudo foi consumido pelo fogo e pelo tempo.
E a história daquele lugar?
Quem eram os seus habitantes?
Quais eram os seus anseios?
Quem poderá contar?
Ao vasculharem as ruínas, os pesquisadores ficaram admirados com o que encontraram...
De fato, tudo foi dissipado.
Mas, inacreditavelmente, algumas poesias e versos impressos em simples papéis foram preservados...
O fogo e o tempo atingiram somente as suas bordas, como se reverenciassem as emoções existentes naqueles singelos poemas.
E através dos poemas, que falavam da mulher amada, filhos e a crença em Deus, todos puderam imaginar um pouco de quem lá viveu e da sua incrível vocação de expressar, em versos, os mais belos sentimentos...

Jefferson Miguel
Servidor da 10ª Vara Federal



COLINHO DE PAI

*DE VERÔNICA VINCENZA

Meu pai, quando chegava em casa depois do trabalho, sempre tinha um tempinho para mim. Ele me olhava com os olhos curiosos e respondia as minhas perguntas. Um dia meu pai me disse que eu poderia ser o que eu quisesse
Que eu poderia ser astronauta
Não importava se fosse ficar baixinha ou alta
Que eu poderia ser cientista
Ter o meu nome em uma estrela ou então ser uma famosa artista
Que eu poderia construir grandes prédios e até cidades
E podia fazer isso em todas as idades
Que eu poderia ser igual a Branca de Neve e ter vários anõezinhos pela casa
Ser leve, bater asas...
Que eu poderia ser bruxa má, rainha e princesa, tudo no mesmo dia
-Dá nó até em pingo-d'água, essa guria!
Era isso que ele repetia
Ser dona do tempo? Bem que eu poderia
Que eu poderia ver no céu o que eu quisesse nuvens, cavalos, aviões ou tudo o que lá estivesse
Ser mágica e espantar o medo com magia
Eu poderia, ah, eu poderia ver o mundo com os óculos que eu quisesse
Poderia ser rosa, azul, cinza ou de fantasia
E se algum dia, alguém me dissesse que algo eu não poderia,
Seria o maior mentiroso da história!
Um dia meu pai me disse que eu poderia ser o que eu quisesse...
E, depois que muitos dias se passaram
Quem diria!
Eu vi, ele tinha toda a razão.

"Para todos os papais que incentivam seus filhos com ternura e admiração"

* Márcia Devincenzi Reis Terra, cujo pseudônimo é Verônica Vincenza, é bacharel em Comunicação Social, pós-graduada em Marketing e Política e Estratégia de Governo, entre outros. É membro de diversas academias de letras brasileiras e internacionais. Prêmios: Pensando Educação, Monteiro Lobato, CONINTERARTES, Comenda Luis Vaz de Camões e Jane Austen. Possui 9 livros publicados: Arthur quer tocar berimbau; Beatriz e a festa da chuva; O chocalho de Carlinhos; A Bateria de Maria; O tamborim de Joaquim; O circo dos amigos; Meus irmãos chegaram; O dono da gravata; e o livro de poesias Lagarta-Borboleta: a vida em versos contada. Diretora de Literatura Infantil do Sindicato dos Escritores do DF e Diretora-Adjunta de projetos da ALB-DF. Desenvolve projetos de incentivo à leitura, escrita e reflexão por meio da literatura.

A MORTE É UMA VIAGEM

Quando ela estava em agonia de morte, José foi chamado. Não havia hora nem dia para essa tarefa que seu pai havia lhe passado num tipo de dever. Uma dinastia que há cinco gerações fazia o trabalho inverso das parteiras: ajudar as pessoas a saírem deste mundo.

A moribunda na cama arregalou os olhos quando viu que José havia entrado no quarto. Algumas pessoas foram se retirando discretamente com lágrimas nos olhos. Quedaram no quarto uns dedos de gente. A colcha de retalhos coloridos cobria o corpo arroxeadado deitado na cama. Pouca luz entrava pela janela de madeira rústica que José mesmo fizera, ainda mais que havia uma cortina verde balançando no caminho do sol.

Ele se aproximou com uma vela amarelada na mão. Fixou seu olhar nos olhos dela e segurou sua mão. Ela chorou com lágrimas, mas quase sem ar. Ele a ajudou a erguer-se um pouco e um dos presentes apoiou suas costas com algumas almofadas gastas. Cochichos viajavam da sala da casa rústica até o quarto. Pela janela do quarto, o som de algumas crianças brincando no quintal dava uma inexatidão àquele momento.

“Pai Nosso que estás no céu”, rezou José e pediu-lhe que o acompanhasse, se pudesse. Ela tentou, mas faltava-lhe o fôlego para completar as frases curtas. Ele fechou os olhos e recomeçou, palavra por palavra. Ela repetiu com os olhos fitos nele, rosto de lágrimas e corpo de suor.

Ao final, ele acendeu a vela e entregou nas mãos dela com um piresinho de suporte.

– A morte é uma viagem para se fazer sozinho. O povo diz que uma mãe dá à luz uma criança. A gente acha que a mãe apresenta o rebento para a luz. Mas a luz de verdade a gente encontra quando vai embora daqui. Quando a gente se encontra com aquele que criou tudo isso.

Ela tinha o olhar fixo na chama da vela que trepidava. Ele mirava os olhos dela que tomavam emprestado o amarelo e alaranjado do fogo. As pessoas no quarto olhavam para aquela unidade: ela com a vela na mão, ele com as mãos unidas para rezar.

– Chegou a hora. Não tenha medo daquele que mata o corpo, mas que não pode matar a alma. Caminhe para a luz e vá se encontrar com o Criador.

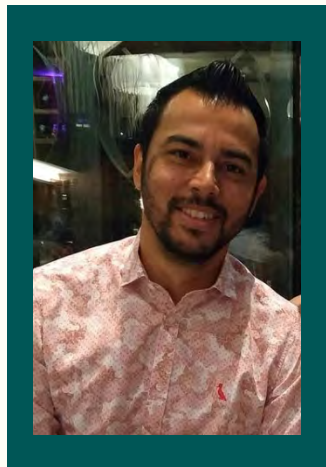
O fogo da vela mais forte ficou. Cochichos abafados foram ouvidos no quarto. José insistiu.

– Em suas mãos, entregamos este espírito, Criador.

– Amém, ela sussurrou.

O ar fez um movimento apressado, partindo da janela para a cama. As cortinas abriram caminho. Os fios castanhos do cabelo dela se agitaram. Ela arregalou os olhos e abriu a boca. A chama se apagou. O piresinho com a vela deslizou pelo ar até a colcha de retalhos. A cabeça da coitada pendeu para a esquerda.

José foi rápido e apoiou o tronco do corpo para que ele não caísse da cama. Retirou as almofadas de apoio e reclinou a moça. Aproximou seu rosto da boca e do nariz dela. Deteve-se um instante. As pessoas no quarto em silêncio e imóveis. José ergueu-se e baixo falou: “Acabou. Ela passou.”.



Angelo Faleiro
Analista judiciário - Semad

<https://varandaparaomar.wordpress.com>



VAQUEIRO

Autor: Misael Leal
Local: Fortaleza - CE
Data: 21.08.2018

Especificações técnicas:
Canon EOS REBEL T3i
f/3.5
1/6s
ISO-3200

AGENDA

Série Monografias em 2021: Centro de Estudos Judiciários do CJF abre chamada para seleção de trabalhos

O interessado deve enviar seu texto até o dia 26 de janeiro de 2021 para o *e-mail* editoracao@cjf.jus.br, com o assunto "Submissão Série Monografias do CEJ – 2021".

"A *Série Monografias do CEJ* é uma coleção editada pelo Centro de Estudos Judiciários, desde 1995, com 36 volumes, todos disponíveis, na íntegra, no Portal do CJF. O objetivo da coletânea é oferecer espaço para que magistrados, servidores da instituição ou outros profissionais de Direito divulguem à comunidade jurídica suas dissertações de mestrado e teses de doutorado sobre temas relevantes para a Justiça Federal, em particular, ou para o Judiciário, em geral", trecho do sítio do CJF.

O Conselho Editorial do CEJ selecionará três monografias para publicação durante o próximo ano. O resultado da seleção e o cronograma de publicação serão divulgados até 5 de abril de 2021, em www.cjf.jus.br.

O edital está disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/cej-abre-chamada-para-selecao-de-trabalhos-a-serem-publicados-na-serie-monografias-em-2021-1/edital-serie-monog-2020-2021.pdf>.

Fundação Getúlio Vargas oferece cursos no formato live

A FGV online está oferecendo cursos MBA e de curta e média duração no formato live. De acordo com o sítio da instituição, as aulas são 100% ao vivo, transmitidas por webconferência.

"Os cursos privilegiam a troca de experiência e o debate entre professor e aluno. E para aqueles que não puderem assistir às aulas ao vivo, elas serão gravadas e disponibilizadas na plataforma eClass FGV", diz a página da Fundação Getúlio Vargas.

No momento, são 14 cursos de MBA oferecidos em diversas áreas. Entre eles, direito empresarial e direito tributário.

Para saber mais, acesse <https://educacao-executiva.fgv.br/df/brasil/cursos/live>.

Assédio moral e sexual no trabalho é tema de curso do ILB

O Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), escola de governo do Senado Federal, oferece para início imediato o curso virtual, sem tutoria, "Assédio Moral e Sexual no Trabalho".

O objetivo das aulas é debater o tema abertamente, visando "melhorar as condições de trabalho e as relações entre os trabalhadores e, assim, tornar o ambiente laboral livre de qualquer prática ofensiva", informa o sítio da ILB.

Com carga de seis horas, o curso tem duração de até 60 dias e é dividido em dois módulos.

O link do curso é <https://saberes.senado.leg.br/course/index.php?categoryid=233>.

Edição: Gilbson Alencar

NOTÍCIAS

Semana da Conciliação na SJDF comunica mais de 21 mil partes sobre a possibilidade de acordo em processos de execução fiscal

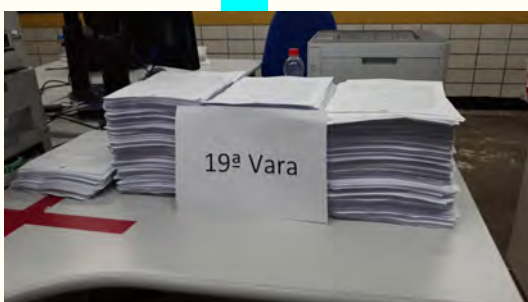
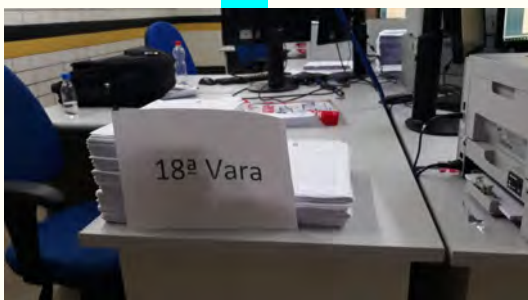
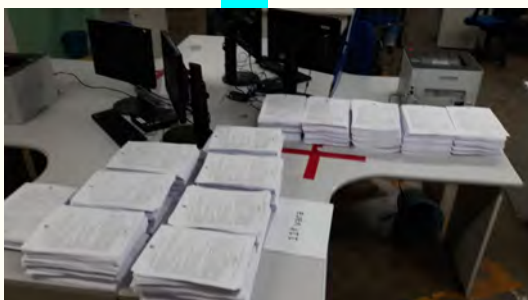


O Centro Judiciário de Conciliação (Cejud) e as varas de execução fiscal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em parceria com a Diretoria do Foro (Diref), o Núcleo Judiciário (Nucju), o Centro Local de Inteligência (Ceint), o Núcleo de Tecnologia da Informação (Nutec) e a Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN), organizaram um mutirão para comunicar mais de 21 mil partes sobre a oportunidade para negociação com descontos de débitos tributários de pequeno valor.

Poderão ser negociados os débitos de natureza tributária de pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte (EPP), com valor inferior a 60 salários mínimos, inscritos em dívida ativa há pelo menos um ano, de acordo com as regras do Edital n. 16/2020, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

A adesão será por via eletrônica, em sistema da Fazenda Nacional, que informará sobre o acordo no processo de execução que tramita em uma das três varas de execução fiscal da SJDF.

No total, foram selecionados 21.095 processos. Além da possibilidade de baixa do grande acervo das varas de execução fiscal, o mutirão possibilita ao cidadão a chance de uma solução consensual para pagamento ou parcelamento de seus débitos.



Conheça as etapas iniciais do projeto:

■ As varas de execução da SJDF disponibilizaram à Procuradoria da Fazenda Nacional a lista de seu acervo de execuções fiscais com indicação dos dados do executado.

■ A PFN apontou quais processos tratam de débitos passível de acordo, são mais de 21 mil autos.

■ O Cejud/DF e o Nucju/DF encaminharam correspondência aos executados, conclamando-os a dialogar com a Fazenda Nacional, com o objetivo de resolverem suas pendências tributárias.

Vantagens para todos os envolvidos:

■ Não será necessária a realização de audiência judicial entre as partes, tendo em vista que todo atendimento e acordo será concretizado pela PFN, administrativamente e *online*.

■ Realizada a transação e quitada a entrada, o procurador da Fazenda Nacional poderá requerer a desistência da execução fiscal, desde que não haja bens úteis à satisfação parcial ou integral dos débitos executados, nos termos do art. 13 da Portaria PGFN n. 9.917/2020.

O projeto, que recebe adesão das partes até o dia 29 de dezembro de 2020, tem potencial para redução significativa no acervo de processos das varas de execução fiscal da SJDF, com inegáveis reflexos em eficiência para a Administração e o Judiciário. Além de oferecer aos contribuintes condições consensuais para solucionarem suas dívidas tributárias.

Importância

Acesse **AQUI** o tutorial Regularize para mais informações.

Confira a íntegra do Edital n. 16/2020, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional **AQUI**.

Aline Albernaz - Redação

Gilbson Alencar - Edição



SJDF conclui digitalização e migração do acervo físico de processos para o PJe

Iniciado em 2019, na anterior gestão da Seção Judiciária do DF, o projeto de digitalização e migração de processos físicos para o sistema PJe se mostrou muito importante para modernizar a atuação da Justiça Federal e agilizar suas atividades.

Essa força-tarefa contou com a participação de diversas áreas da Seccional do DF. A coordenação ficou a cargo do Núcleo Judiciário (Nucju) e do Núcleo Tecnologia da Informação (Nutec). O projeto mobilizou, nas fases iniciais, aproximadamente 100 profissionais, entre servidores e prestadores de serviço de varas e do Nucju, além da mão de obra da Linkcon, empresa contratada para realizar o trabalho de digitalização.

De acordo com o atual diretor do foro, juiz federal Marcelo Albernaz, essa iniciativa "permitiu que grande parte dos processos em tramitação continuasse sendo movimentada mesmo durante o período de pandemia, assegurando prestação jurisdicional de qualidade aos cidadãos."

O empenho e disponibilidade dos magistrados em cederem pessoal para a força-tarefa e o comprometimento da equipe resultaram na digitalização de praticamente todo o acervo de processos das unidades judiciais. Os números são expressivos: 51 mil processos físicos digitalizados e quase 33 milhões de imagens.

No dia 12 de novembro deste ano, ocorreu o encerramento do contrato de prestação de serviços com a empresa Linkcon, tendo em vista que não há mais processos físicos pendentes de digitalização nas varas da Justiça Federal no DF.

Após a finalização do contrato, constam menos de 4 mil processos físicos. A maioria é de ações findas prestes a serem arquivadas. Ademais, cerca de 200 mil processos já tramitam em formato digital, nos sistemas PJD-EF, JEF Virtual e SEEU.



Execução Fiscal

A Diretoria do Foro, com a força de trabalho alocada no Núcleo Judiciário, deu início à migração do sistema PJD para o sistema PJe do acervo virtual das três varas de execuções fiscais da Seccional do DF. Estima-se que 40 mil processos da 11ª Vara serão migrados nesse primeiro momento.

Atualmente, o Nucju permanece com uma equipe de prestadores de serviço para atender as demandas de digitalização dos processos físicos que são devolvidos pelos tribunais superiores, além das petições iniciais e incidentais de partes que não possuem advogado e das solicitações de desarquivamento de processos físicos para que voltem a tramitar nas unidades judiciais.

Aline Albernaz - Redação

Gilbson Alencar - Edição

Em decorrência da expansão do sistema PJe, estrutura organizacional das 16 varas cíveis da SJDF é alterada

As varas cíveis da Seção Judiciária do DF possuem em seu acervo um número excessivo de processos, em razão do foro nacional. Agora, com as novas modalidades de trabalho e com a eliminação ou redução de rotinas de processamento frente à expansão do sistema PJe, a tramitação processual foi acelerada. Essas mudanças promoveram o aumento da conclusão de feitos para decisão e sentença.

Com o objetivo de avaliar a necessidade de adaptação da estrutura organizacional das varas cíveis (secretarias e gabinetes), de modo a viabilizar e adequar o cotidiano laboral em virtude da digitalização do acervo físico, além de buscar alternativas para o melhor desempenho dessas novas rotinas e dos recursos humanos, o grupo de trabalho instituído pela Portaria SJDF Diref 10379935, e coordenado pela juíza federal Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, elaborou três propostas de reestruturação para remanejamento e valorização das funções, conforme a qualidade e a quantidade das atividades desempenhadas pelo servidor.

As propostas foram submetidas à votação dos 32 magistrados lotados nas varas cíveis da SJDF (titulares e substitutos), em dois turnos de votação, e o estudo vencedor serviu de base para o texto da Resolução Presi n. 11704460, que autoriza a transformação das funções e dos cargos em comissão, desde que sem aumento de despesa, das varas cíveis da Justiça Federal do DF.

A alteração da estrutura organizacional das dezesseis varas federais cíveis da Seccional do DF, por meio da transformação de funções comissionadas, passa a vigorar a partir de 2021.



Aline Albernaz - Redação

Gilbson Alencar - Edição



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Distrito Federal

SAU/SUL Quadra 2, Bloco G, Lote 8
Brasília - Distrito Federal
portal.trf1.jus.br/sjdf/
justic@trf1.jus.br