



É com vívida alegria que se apresenta aos associados este primeiro Boletim da SACERJ. Vários motivos levaram nossa sociedade ao que se poderia chamar de hibernação. Um deles foi o falecimento precoce de um dos seus mais entusiasmados fundadores, o saudoso advogado José Carlos Frago, responsável pela edição dos poucos números publicados desse Boletim. Outro foi o fato de Evandro Lins e Silva, grande referência da advocacia criminal, também ter nos deixado, baqueando ainda mais os ânimos.

Por isso estamos homenageando esses dois exemplos de advogados criminais. José Carlos Frago, com a republicação digitalizada dos Boletins de sua lavra, agora à disposição dos associados no sítio eletrônico da SACERJ; e Evandro Lins e Silva, com a publicação de pequeno excerto de seu “A Defesa tem a Palavra”.

O despertar da SACERJ não poderia ocorrer em momento mais apropriado. Pois essa fênix ressurgiu em concomitância a uma devastadora onda punitiva e conservadora, revelada cruamente nas últimas eleições presidenciais. Deveras, as pautas político-jurídicas do novo governo federal ruborizariam os mais ferozes candidatos a ditadores. Drones com fuzis adaptados e navios-presídios são algumas das propostas na área da segurança pública.

Não por outras razões, integrantes do Conselho Consultivo da SACERJ estão produzindo um conjunto de pareceres relativos a temas objeto de anunciadas proposições legislativas como, por exemplo, as “medidas anticorrupção”, bandeira desfraldada por integrantes do Ministério Público que seguem atuando na chamada “Operação Lava-Jato”. Também se tem notícia da gestação de desenhos de lei que incrementarão a violência interpessoal, a criminalizarão condutas até então puníveis sob a égide do direito administrativo, assim como o aumento de penas daquelas já contempladas pela lei penal.

Foi promessa de campanha a implementação de reforma legislativa atinente à facilitação para obtenção de armas e do seu porte em locais públicos, o que potencializará a ocorrência de crimes contra pessoas. Prega-se a redução da maioria penal, visando ao encarceramento em estabelecimentos prisionais de adolescentes com 16 ou 17 anos de idade, o que contribuirá em muito para o aumento da já alarmante população carcerária: 720 mil pessoas, segundo os últimos dados divulgados. Preconiza-se a inclusão de uma causa de exclusão de ilicitude específica para agentes de segurança pública, criando-se um estado de legítima defesa pere-

ne, posto que despido dos requisitos da atualidade e injustiça da agressão e do emprego de meios necessários para seu exercício. Intenta-se a ampliação do conceito de terrorismo, destinado a classificar como tais grupos reivindicatórios de reforma agrária e ocupação de imóveis públicos abandonados. Até mesmo o tradicional decreto de indulto natalino se quer reduzir a abrangência, quiçá extingui-lo.

É aterrador o que se apresenta para breve. E não é só.

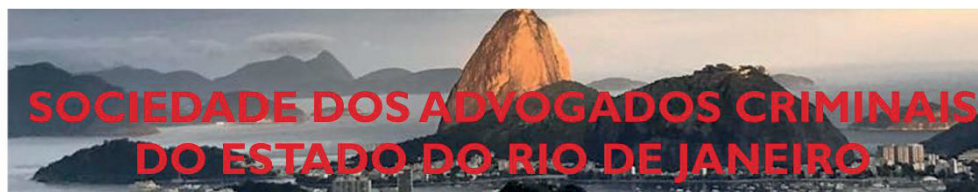
No âmbito judiciário, serão discutidas pela Suprema Corte matérias de alta relevância, como a relativa ao princípio da presunção de inocência. O Supremo também deverá se pronunciar sobre a descriminalização do uso de drogas e do aborto. Terá essa composição do STF a coragem de decidir contra majoritariamente?

Sub-repticiamente, também se quer dar fim aos embargos declaratórios, tradicionalíssimo instituto processual destinado ao esclarecimento de pontos obscuros verificados em decisões judiciais, à justificativa de que sua interposição não passa de chicana de advogados com o fim de postergar o imediato cumprimento da pena. Esquece-se, ou finge-se não ver que na maior parte das decisões proferidas pelas Cortes de Apelação quem redige os votos são assessores e não os magistrados, sem falar nos sistemas de “inteligência artificial” programados para utilização de logaritmos em julgamentos “virtuais”, inclusive pela Suprema Corte.

Também tem virado moda o indeferimento liminar de habeas corpus, com aplicação subsidiária de dispositivo previsto no Código de Processo Civil. Esse expediente inviabiliza a sustentação oral, já que o agravo regimental a ser apresentado contra essa medida não comporta manifestação do advogado na tribuna.

Ao que se antevê, os advogados criminais terão muito com o que se (pre)ocupar nos próximos quatro anos. Afinal, como dito em tempos mais explícitos, políticas criminais de cunho autoritário aquecem os ovos darão à luz a crias fardadas, trajando toga negra ou faixa vermelho-sangue, a depender somente da espécie do ofídio.

Há que estar atento, pois no embalo desse retrocesso ao exercício das liberdades públicas virão violações às nossas prerrogativas – que, aliás, não são nossas, mas daqueles que nos constituem para representá-los perante o poder judiciário. Vivemos “tempos estranhos”,

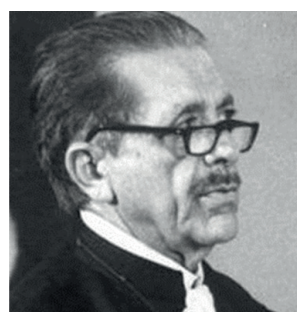


disse empolada voz. E mais estranhos ainda ficarão.

Para enfrentar essa tempestade perfeita, composta por ventos repressivos, chuvas de balas e tsunamis prisionais, o novo alvorecer da SACERJ será um refrigerio. Resistir aos avanços autoritários só nos fortalecerá. Parafraseando o poeta, é na luta que se aprende a lutar. E isso, os criminalistas sabem fazer.

Exemplo de combatividade é o que se faz nessa edição do Boletim da SACERJ. Nossos associados trazem formidáveis contribuições nas seções de doutrina, jurisprudência comentada e literatura do Boletim, com textos da lavra de Luiz Guilherme Vieira, João Carlos Castellar, Rodrigo Machado Gonçalves, Antonio Pedro Melchior, Luiz Flavio Bolchini, Carmem da Costa Barros e Alexandre Moura Dumans. Esse espaço é aberto a todos que se interessarem em publicar seus trabalhos.

Por fim, o Boletim encerra essa edição com sensacional entrevista de Antonio Carlos Barandier, realizada por Marcia Dinis, João Carlos Castellar, Alexandre Dumans e Marcio Barandier.



EVANDRO LINS E SILVA
Presidente de Honra da SACERJ



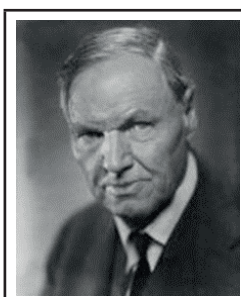
JOSÉ CARLOS FRAGOSO
Membro Fundador

MEDICINA E DIREITO PENAL

A história da pena privativa de liberdade é a história da sua gradual abolição, como sempre lembrava Evandro Lins e Silva. Segundo o mestre, “não se elimina o mal com o ódio ou com a crueldade ou com sentimento de vingança, mas com a caridade, com o amor e com a compreensão”. Citando Clarence Darrow, anotou que não será castigando, prendendo, enforcando, nem com a adoção de um terror geral que se eliminarão o crime e o criminoso. Eis a pitoresca passagem do grande advogado norte-americano:

‘Se um médico fosse chamado para tratar de um caso de febre tifoide, provavelmente tentaria descobrir que espécie de leite ou de água bebia o paciente, e talvez limpasse o poço para que ninguém mais pudesse pegar tifo naquela mesma fonte. Mas se um bacharel fosse chamado para tratar um paciente de tifo, daria a ele trinta dias de cadeia, e depois pensaria que ninguém mais teria coragem de apanhar tifo. Se o paciente sarasse dentro de quinze dias, ficaria preso até terminar sua sentença; se a doença estivesse pior, ao fim de trinta dias, o paciente seria posto em liberdade, porque a sentença dele teria expirado’.

In: A Defesa tem a Palavra (o caso Doca Street e algumas lembranças). Rio de Janeiro, Aide, 1980, p. 28



Darrow era um frasista genial: o Boletim selecionou a seguinte: No peito de cada advogado jazem enterrados os restos de um poeta.

Caso alguém se interesse por saber mais sobre a vida e a obra do intímido advogado estadunidense, recomenda-se a biografia intitulada “Advogado da Defesa”, de Irving Stone. A versão em português que este Boletim conhece é a de 1967, da Editora Itatiaia Ltda, Belo Horizonte.



QUADRINHAS REDONDAS

Moro na Encruza

Lá na encruza, existe um homem valente,
Com sua capa e cartola, seu punhal e tridente,
É madrugada e ele está ao meu lado,
Por isso, seu Tranca Rua, seja meu advogado.

In: SIMAS, L. & RUFINO, L. Fogo no Mato – a ciência encantada das macumbas. RJ: Mórula, 2018, p. 24.

De Advogado e louco, Todos temos um pouco

Quero pertencer à escola dos loucos, porque tenho certeza que a dos prudentes não fará senão trazer o expediente em dia

José Antônio Saraiva, o Conselheiro Saraiva, foi advogado. O texto data de 18/08/1860.

EVENTOS

O Boletim sabe que no período compreendido nessa edição (janeiro, fevereiro e março) não há muitos eventos a serem noticiados, haja vista tratar-se de período de férias escolares, carnaval e outras carioquices.

Mas aguarda que seus associados se valham do Boletim para divulgar congressos, seminários, ciclos de palestras, lançamentos de livros etc.

SUMÁRIO



Doutrina4



Literatura30



Jurisprudência Comentada28



Entrevista32

UM MINUTO DE SILÊNCIO

Pede-se ao leitor que interrompa por um minuto a leitura desse Boletim em memória do advogado Wilson Mirza, que por décadas honrou a advocacia carioca e brasileira. Mirza faleceu em novembro próximo passado.



MAIS UM MINUTO, POR FAVOR...

Também faleceu no final do ano passado (25/12/18) o advogado LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS. Advogado criminal, Sigmaringa atuou em defesa de opositores do regime e teve intensa participação nas lutas em prol da redemocratização do País, sendo, inclusive, eleito deputado constituinte.



PRECISA-SE

O Boletim precisa de um revisor. Fica então lançado o convite entre os associados versados nas armadilhas da língua de Camões que se habilitem a ocupar essa missão. A Diretoria Cultural agradece penhoradamente.



DOCTRINA

SIGILO PROFISSIONAL: PRERROGATIVAS DE ADVOGADOS INTEGRANTES DE DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Por Luís Guilherme Vieira¹

I. A MOTIVAÇÃO DO RESGUARDO SO SEGREDO DA PROFISSÃO DE ADVOGADO

Desnecessário ser jurista, sendo bastante a leitura dos principais periódicos brasileiros, para saber que, ultrapassada a fúria persecutória iniciada nos anos 2000 contra advogados, escritórios de advocacia e departamentos jurídicos de sociedades empresárias, medidas cautelares excepcionais voltaram a atingi-los a partir da deflagração da *Operação Lava-jato* e de seus desdobramentos, circunstâncias que elevam à ordem do dia a detida análise das prerrogativas previstas no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB) vis-à-vis as disposições previstas no Código de Processo Penal, sempre sob a égide da Constituição da República.

Não há dúvida acerca da projeção das prerrogativas inerentes à advocacia sobre os respectivos escritórios (ou em qualquer local onde o profissional exerça seu labor; em tempos modernos, multiplicam-se os *home office*, *caworking* e similares) nos quais são desempenhadas as atividades, apesar das evidentes violações que pululam país afora³; porém, questão menos discutida se de-

bruça sobre a relação entre estas e os departamentos jurídicos de sociedades empresárias, que não são propriamente escritórios de advocacia, mas desenvolvem, essencialmente, atividades inerentes a este mister.

Destaca-se, na cabeça, que a direção de departamentos jurídicos somente pode ser exercida por quem esteja inscrito como advogado na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), consoante disposto no art. 1º, II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, do EOAB. A doutrina demarca que:

Não pode o departamento, ou qualquer outro nome que lhe tenha dado a empresa pública ou privada que trate de atividade jurídica, seja na postulação em juízo, seja na parte de consultoria (pareceres), seja na de assessoria, propriamente ditas, ser dirigido por quem não esteja inscrito na OAB como advogado.⁴

Em seu art. 18, o EOAB estabelece que o advogado empregado não perde sua isenção técnica ou sua independência profissional. Não perde, de igual forma, suas prerrogativas profissionais, estrutura na qual se pauta o exercício da advocacia.

Nesse sentido, frise-se que o Projeto de Lei nº 8.347/2017, em tramitação na Câmara dos Deputados, prevê a criminalização de atos que violem as prerrogativas da advocacia, relacionadas nos incisos I, II, III, IV, V, XIII, XVI e XXI do art. 7º do EOAB, fixando pena de um a quatro anos de detenção. O texto propõe, ademais, que, caso o advogado seja conduzido ou preso arbitrariamente, o agente público responsável pelo ato poderá perder o cargo e ser proibido de exercer função pública por até três anos.

Especificamente em relação ao direito ao sigilo profissional, mais que uma prerrogativa do advogado, é uma garantia do cidadão ou da sociedade empresária. É correta, portanto, a observação da doutrina ao aduzir que o fundamento da proteção do sigilo profissional – quer em sede de direito privado, penal ou administrativo – reside nos direitos humanos. Observe-se:

- o sigilo profissional encontra as suas raízes mais profundas no princípio fundamental da inviolabilidade da pessoa humana, da sua dignidade e da intimidade da sua vida privada, em todas as manifestações que são próprias destes direitos, designadamente as privadas, morais, artísticas, técnicas, econômicas, jurídicas, sentimentais, intelectuais, físicas e psíquicas. Logo, *“le secret professionnel relève, même sans texte, de l’intérêt général de l’humanité”*⁵

¹ Advogado criminal; fundador e membro do Conselho Deliberativo do Instituto de Defesa do Direito de Defesa e da Sociedade dos Advogados Criminais do Rio de Janeiro. Foi membro do Conselho Diretivo da RIBC-Crim, coordenador executivo do Curso de Especialização em Advocacia Criminal da Universidade Candido Mendes (RJ e PR), membro titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, ex-secretário-geral do Instituto dos Advogados Brasileiros, onde presidiu a Comissão Permanente de Defesa do Estado Democrático de Direito, e conselheiro titular da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro.

² Colaboraram com o trabalho os criminalistas Lucas Rocha e Ana Carolina Soares, sócio e advogada associada, respectivamente, de Luís Guilherme Vieira Advogados Associados, todos membros da Sociedade dos Advogados Criminais do Rio de Janeiro.

³ A título de exemplo, veja: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-05/>

oab-proibida-ver-abertura-material-apreendido-escritorio, acessado em 6/3/2018.

⁴ CORRÊA, Orlando de Assis. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 25.

⁵ SANTIAGO, Rodrigo. *Do crime de violação de sigilo profissional no Código Penal de 1982*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 103-104.



Ao tutelar o segredo profissional, previa o art. 7º, II, da Lei nº 8.906/1994, entre as prerrogativas dos advogados, a inviolabilidade do escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins – com a ressalva de caso de busca apreensão determinada por magistrado e acompanhada por representantes da OAB.

A Lei nº 11.767/2008 alterou o preitado inc. II, do art. 7º, do EOAB, e incluiu os §§6º e 7º, ficando com a seguinte redação:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

(...)

§6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do *caput* deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

§7º A ressalva constante do §6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

Anote-se que o Projeto de Lei nº 36/2006, que resultou na Lei nº 11.767/2008, previa a inclusão de um §5º, que definia os “*instrumentos de trabalho*” do advogado como todo e qualquer bem “móvel ou intelectual utilizado no exercício da advocacia, especialmente seus computadores, telefones, arquivos impressos ou digitais, bancos de dados, livros e anotações de qualquer espécie”. E ainda “*documentos, objetos e mídias de som ou imagem, recebidos de clientes ou de terceiros*”. Este parágrafo sofreu veto presidencial, em razão do fato de que tal definição poderia gerar consequências indesejadas. Segundo a Mensagem nº 594, de 7 de agosto de 2008,

Segundo o autor, as raízes do segredo profissional não se encontram em um contrato qualquer, na ordem pública, ou em pretensos valores sociais ou morais como durante muito tempo se entendeu, sobretudo, na doutrina francesa.

(...) de um lado, clientes investigados poderiam, utilizando-se de artifício que extrapola os limites da relação cliente-advogado, valer-se da norma em questão para ocultar provas de práticas criminosas; de outro lado, a obtenção legítima de provas em escritórios de advocacia poderia ficar prejudicada, pois aumentaria sensivelmente a possibilidade de ataque à licitude das provas por sua potencial vinculação a “clientes ou terceiros”.

O §8º previa outro dispositivo obstado, que estabelecia que

- a quebra da inviolabilidade referida no §6º deste artigo, quando decretada contra advogado empregado ou membro de sociedade de advogados, será restrita ao local e aos instrumentos de trabalho privativos do advogado averiguado, não se estendendo aos locais e instrumentos de trabalho compartilhados com os demais advogados.

Conforme referido veto, a redação acima “contém um comando que pode inviabilizar a investigação criminal na hipótese de arquivos e documentos compartilhados em um escritório de advocacia”. Além dessa observação, alegou-se que “a supressão do dispositivo em nada altera o resguardo do exercício profissional, uma vez que o acesso aos instrumentos de trabalho compartilhados em um escritório de advocacia não poderá extrapolar os limites do mandado judicial”.

As alterações no EAOAB foram propostas no seminário internacional Propostas para um novo modelo de persecução criminal – combate à impunidade, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no ano de 2005. No evento sugeriu-se, a título legislativo, a modificação do EAOAB, prevendo as hipóteses suspensão do *privilegê*⁶ nas presunções de indícios de autoria, coautoria ou participação do advogado no cometimento de crimes, inclusive em relação aos quais o próprio cliente esteja sendo investigado.

A nova legislação apenas atualizou o conteúdo dos elementos protegidos pelo sigilo profissional, em seu inc. II, incluindo as comunicações telemáticas (antes abrangidas pela expressão “*afins*”). Com o §6º, tornou mais explícito o que já se encontrava no texto anterior: quando o próprio advogado é o autor do crime, hipótese à qual não se aplica a inviolabilidade de seus arquivos, ressaltando os dados de seus clientes. O §7º cuida da hipótese de o advogado ser coautor ou partícipe de seu cliente, circunstância em que a ressalva prevista no parágrafo anterior

⁶ No direito norte-americano, o mais antigo *privilege* é o *attorney-client privilege*. Um *privilege*, naquele ordenamento, significa, em linhas gerais, a liberdade de não ser obrigado a fornecer provas para instruir processo judicial, em situações nas quais normalmente essa obrigação ocorre. A finalidade desse privilégio é proteger a tutela do segredo e a confiança entre o advogado e seu cliente, de modo que somente possa ser rompida essa proteção caso haja o que denominam de “razoável relação” entre o crime/fraude e a comunicação entre advogado e o cliente.



“vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes”) é rechaçada.

Tornam-se, portanto, violáveis os dados do advogado, incluindo os referentes às suas comunicações com seu cliente, quando investigado formalmente, cenário no qual, a rigor, a lei em sua redação anterior também afastava a inviolabilidade do sigilo profissional, até porque, em tais situações (suspeito de cometer crime ou sendo ele partícipe ou coautor de seu próprio cliente), não se está a cuidar da relação advogado-cliente.

II. CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB COMO INSTRUMENTO À DIGNIFICAÇÃO DA ADVOCACIA

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (1995) trata, em seu Capítulo III, da matéria pertinente ao sigilo profissional. No art. 25 está consignado que o *“sigilo profissional é inerente à profissão”*, não existindo qualquer norma que realize distinção entre escritório de advocacia e departamento jurídico de sociedade empresária.

Diferenciação não há, de outro giro, na norma penal, que tipifica como crime a conduta de *“inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador”* (art. 356 do Código Penal). Ela é indiferente se o causídico que comete a conduta íntegra, ou não, sociedade de advogados ou departamento jurídico de sociedade empresária. Basta que, no exercício da advocacia, realize aquela conduta.

No mundo atual, o direito ao sigilo *“passou a integrar os direitos absolutos da personalidade, que são direitos invioláveis inclusive em face do legislador infraconstitucional. Destina-se a proteger o segredo da pessoa”*.⁷

A inviolabilidade do advogado alcança seus meios de atuação profissional, abrangendo seu escritório ou local de trabalho, seus arquivos, seus dados, sua correspondência, suas comunicações, sejam eles de natureza física ou eletrônica. O EAOAB refere-se a escritório e local de trabalho. Entende-se por local de trabalho *“qualquer um que o advogado costume utilizar para desenvolver seus trabalhos profissionais, incluindo a residência, quando for o caso”*.⁸ Tal expressão engloba inequivocamente departamentos jurídicos de sociedades empresárias.

Sob o aspecto do dever de sigilo, o dever do advogado é o mesmo: independentemente de atuar de forma autônoma, em sociedade de advogados, como advogado empregado ou membro de departamento jurídico de sociedade empresária, permanece obrigado ao dever, por imposição ética e legal, sendo, nos termos acima, seus arquivos e documentos invioláveis.

Nesse particular, é imperiosa uma digressão quanto à inviolabilidade de suas comunicações, tendo em vista que julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça validaram interceptações telefônicas de advogados, em situações nas quais a medida excepcional havia se dado contra o cliente e não contra o advogado, mas, fortuitamente, captara diálogos com o causídico.⁹ Outrossim, há precedentes no sentido de que a referida captação acidental, ainda que divorciada do objeto da investigação inicial, quando ensejar a descoberta de outras irregularidades (achado fortuito), deve ser considerada lícita e apta para a instauração de outro procedimento apuratório.¹⁰

Tal orientação vai de encontro, contudo, à necessidade de vinculação causal da prova obtida ao ato judicial que autorizou a obtenção de informações bancárias, fiscais, telefônicas etc., que, por sua vez, está restrita à apuração do crime que a ensejou. Isso porque, quando se trata de restrição a direitos fundamentais, a leitura deve ser sempre restritiva e a aplicação devidamente legitimada, de modo a impedir investigações genéricas ou por prospecção.

Em 2016, durante as investigações de supostos crimes cometidos pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, um dos escritórios que o patrocina teve seu sigilo telefônico *quebrado*. Com isso, conversas de todos os 25 (vinte e cinco) advogados da banca com pelo menos trezentos clientes foram *grampeadas*, além de telefonemas de empregados e estagiários. Na ocasião, o juiz federal Sérgio Moro alegou ter permitido interceptações apenas na Lils Palestras, Eventos e Publicações, da qual Lula é sócio, e que a inclusão do escritório de advocacia seria um equívoco em razão do excesso de trabalho.

Trata-se, como se vê, de um grave exemplo de como a ausência de limites bem-definidos quanto à restrição a direitos fundamentais pode levar, como levou naquele processo, a arbitrariedades. Além de violar frontal e inequivocamente prerrogativa do advogado acerca da inviolabilidade telefônica quando inerente ao exercício da advocacia (art. 7º, inc. II, da Lei nº 8.906/1994), atenta-se gravemente contra as bases do Estado Democrático de Direito.

⁹ AgRg no AREsp 457.522/SC. Relator o ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10 nov. 2015, DJe 25 nov. 2015. RMS 33.677-SP. Relatora a ministra Laurita Vaz, julgado em 27 maio 2014. DJe 14/11/2015.

¹⁰ HC 197.044/SP. Relator o ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 4 set. 2014, DJe 23 set. 2014. HC 189.735/ES. Relator o ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 7 fev. 2013, DJe 19 fev. 2013.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao novo Estatuto da Advocacia e da OAB*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1994. p. 46.

⁸ *Ibidem*. p. 48.



Outra questão que se impõe seja tratada neste ensaio está relacionada ao armazenamento de documentação confidencial, se no escritório do advogado autônomo, se no departamento jurídico da sociedade empresária ou se em escritório de advocacia externo contratado.

Os escritórios de advocacia possuem o ônus de zelar pela proteção e conservação dos documentos que são inerentes ao exercício da advocacia, devendo devolvê-los quando concluída a causa, se dela desistirem ou se desvincularem, nos termos do art. 9º do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Ao advogado incumbe a guarda de tais documentos em decorrência de seu mister, de modo que a preservação de documentos não se encontra entre as atividades privativas da advocacia (art. 1º, da Lei nº 8.906/1994), sendo, por conseguinte, obrigação acessória. Por outro viés, o departamento jurídico de sociedade empresária, em virtude de ser dirigido e composto por advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, detentores das prerrogativas precitadas, poderá arquivar sua documentação tal qual um escritório de advocacia, ou seja, tais documentos possuem a mesma natureza sigilosa e, igualmente, recebem o mesmo pálio legal. Excetuadas as circunstâncias previstas em lei,¹¹ tais arquivos são invioláveis.

III. INVIOABILIDADE DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS A ELA EQUIPARADAS

Destarte, não havendo o exercício de atividade da advocacia por parte do advogado, a conservação de quaisquer documentos que venha a receber não estará protegida pela inviolabilidade prevista

¹¹ Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

(...)

§6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do **caput** deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

§7º A ressalva constante do §6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

pela legislação. O advogado somente portará documentos que utiliza em decorrência de seu ofício, não em virtude de melhor protegê-lo, e o cliente, por segurança, na grande maioria dos casos, deverá possuir *backup* das informações eletrônicas enviadas para seu advogado, bem como cópia dos documentos, físico e eletrônico, que encaminhou.

Como não se trata de direito absoluto a inviolabilidade do escritório de advocacia ou de departamento jurídico de sociedade empresária, podem estes ambientes ser alvos de buscas e apreensões. Derivam daí, assim, justamente para emprestar efetividade à prerrogativa e conter abusos no cumprimento destas cautelares por parte das autoridades, que se editou, em 30/6/2005, as Portarias nº 1.287 e nº 1.288 do Ministério de Estado da Justiça, as quais estabelecem, respectivamente, (i) orientações gerais para a execução das diligências pela Polícia Federal (servindo, pelo efeito cascata e respeitada a independência dos entes federados, como padrão) e (ii) regulamentação a respeito da execução e do cumprimento de ordens de busca e apreensão especificamente em escritórios de advocacias, *in verbis*:

PORTARIA Nº 1.287, DE 30 DE JUNHO DE 2005

Publicada no DOU de 1º/7/2005

Estabelece instruções sobre a execução de diligências da Polícia Federal para cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão.

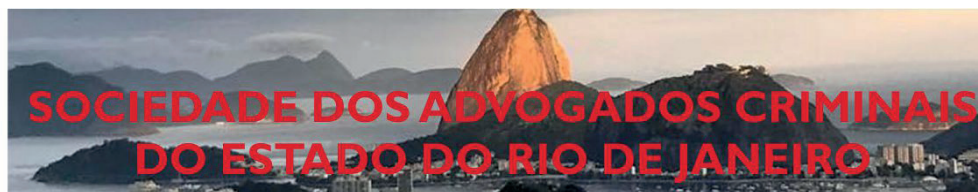
O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, no uso da atribuição que lhe conferem os incisos I e II do Parágrafo único do artigo 87 da Constituição, e tendo em vista o disposto nos artigos 240 a 246 do Código de Processo Penal, e nas normas constitucionais dos incisos X e XII do artigo 5º;

Considerando a necessidade de uniformizar e disciplinar as ações da Polícia Federal relativas ao cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão;

Considerando a conveniência de expedir instruções sobre o modo como a Polícia Federal deve executar as diligências relativas ao cumprimento dos mandados judiciais de busca e apreensão, nos termos da legislação processual penal em vigor;

Considerando a importância de assegurar que as ações policiais se dêem no estrito cumprimento do dever legal e que se circunscrevam ao objeto do mandado judicial, prevenindo a prática de atos que extrapolem seus estritos limites; resolve:

Art. 1º. Ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, a autoridade policial indicará fundamentadamente as razões pelas quais a autorização da diligência é necessária para a apuração dos fatos sob investigação, instruindo o pedido com



todos os elementos que, no seu entender, justifiquem a adoção da medida.

Parágrafo único. A representação da autoridade policial indicará, com a maior precisão possível, o local e a finalidade da busca, bem como os objetos que se pretende apreender.

Art. 2º. O cumprimento do mandado de busca e apreensão será realizado:

I. após a leitura do conteúdo do mandado para preposto encontrado no local da diligência;

II. sob comando e responsabilidade de Delegado de Polícia Federal;

III. de maneira discreta, apenas com o emprego dos meios proporcionais, adequados e necessários ao cumprimento da diligência;

IV. sem a presença de pessoas alheias ao cumprimento à diligência;

V. preservando ao máximo a rotina e o normal funcionamento do local da diligência, de seus meios eletrônicos e sistemas informatizados; e

VI. estabelecendo apenas as restrições ao trânsito e ao trabalho que sejam indispensáveis à execução do mandado judicial, resguardada a possibilidade de realização de buscas pessoais para evitar a frustração da diligência.

Art. 3º. Salvo expressa determinação judicial em contrário, não se fará a apreensão de suportes eletrônicos, computadores, discos rígidos, bases de dados ou quaisquer outros repositórios de informação que, sem prejuízo para as investigações, possam ser analisados por cópia (back-up) efetuada por perito criminal federal especializado.

Parágrafo único. O perito criminal federal, ao copiar os dados objeto da busca, adotará medidas para evitar apreender o que não esteja relacionado ao crime sob investigação.

Art. 4º. Os objetos e documentos arrecadados serão formalmente apreendidos e encaminhados a exame pericial assim que possível.

§1º. Será facultado ao interessado extrair cópia dos documentos apreendidos, inclusive dos dados eletrônicos.

§2º. Os objetos arrecadados ou apreendidos que não tiverem relação com o fato em apuração serão imediatamente restituídos a quem de direito, mediante termo nos autos.

Art. 5º. O descumprimento injustificado desta Portaria sujeitará o infrator às sanções administrativas previstas na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou na Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, conforme o caso.

PORTARIA Nº 1.288, DE 30 DE JUNHO DE 2005

Publicada no DOU de 1º/7/2005

Estabelece instruções sobre a execução de diligências da Polícia Federal para cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão em escritórios de advocacia.

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, no uso da atribuição que lhe conferem os incisos I e II do Parágrafo único do artigo 87 da Constituição, e tendo em vista o disposto nos artigos 240 a 246 do Código de Processo Penal, no artigo 7º, incisos I a IV, da Lei nº 8.906/94, e nas normas constitucionais dos incisos X e XII do artigo 5º e no artigo 133;

Considerando que nas ações permanentemente desenvolvidas pela Polícia Federal no combate ao crime organizado, objetivo prioritário do Governo Federal na área de segurança pública, não se pode afastar a possibilidade legal de realização de buscas e apreensões fundamentadas em mandados judiciais validamente expedidos, mesmo em escritórios de advocacia;

Considerando que nessas ações as prerrogativas profissionais não podem se impor de forma absoluta nem, tampouco, o poder da autoridade policial deve se revestir de caráter ilimitado, devendo sempre prevalecer o bom senso e o equilíbrio, para que se realize o superior interesse público;

Considerando a necessidade de uniformizar e disciplinar as ações da Polícia Federal relativas ao cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão em escritórios de advocacia; e

Considerando, ainda, o disposto na Portaria nº 1.287, de 30 de junho de 2005; resolve:

Art. 1º. Quando no local em que se requer a busca e apreensão funcionar escritório de advocacia, tal fato constará expressamente na representação formulada pela autoridade policial para expedição do mandado.

Parágrafo único. Antes do início da busca, a autoridade policial responsável pelo cumprimento do mandado comunicará a respectiva Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, facultando o acompanhamento da execução da diligência.

Art. 2º. As diligências de busca e apreensão em escritório de advocacia só poderão ser requeridas à autoridade judicial quando houver, alternativamente:

I. provas ou fortes indícios da participação de advogado na prática delituosa sob investigação;

II. fundados indícios de que em poder de advogado há objeto que constitua instrumento ou produto do crime ou que constitua elemento do corpo de delito ou, ainda, documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração.



Art. 3º. A prática de atos inerentes ao exercício regular da atividade profissional do advogado não é suficiente para fundamentar a representação pela expedição de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia.

Parágrafo único. O exercício regular da atividade profissional do advogado compreende a prática de atos tais como:

I. elaboração de opiniões, peças e pareceres jurídicos com orientação técnica;

II. a elaboração de instrumentos e documentos de competência do advogado, na forma da legislação em vigor, ainda que indevidamente utilizados na prática do suposto delito pelo cliente ou por terceiro; e

III. a simples representação do cliente junto a autoridades e órgãos públicos ou como procurador de sociedade, nos termos da legislação em vigor.

Art. 4º. Salvo expressa determinação judicial em contrário, não serão objeto de busca e apreensão em escritório de advocacia:

I. documentos relativos a outros clientes do advogado ou da sociedade de advogados, que não tenham relação com os fatos investigados;

II. documentos preparados com o concurso do advogado ou da sociedade de advogados, no exercício regular de sua atividade profissional, ainda que para o investigado ou réu;

III. contratos, inclusive na forma epistolar, celebrados entre o cliente e o advogado ou sociedade de advogados, relativos à atuação profissional destes;

IV. objetos, dados ou documentos em poder de outros profissionais que não o(s) indicado(s) no mandado de busca e apreensão, exceto quando se referirem diretamente ao objeto da diligência; e

V. cartas, fac-símiles, correspondência eletrônica (e-mail) ou outras formas de comunicação entre advogado e cliente protegidas pelo sigilo profissional.

Art. 5º. Aplicam-se às diligências de busca e apreensão em escritórios de advocacia as disposições gerais estabelecidas na Portaria do Ministro da Justiça no 1.287, de 30 de junho de 2005.

Art. 6º. O descumprimento injustificado desta portaria sujeitará o infrator às sanções administrativas previstas na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou na Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, conforme o caso.

Em consequência do sigilo inerente aos documentos e informações sob a guarda de advogados, quer em seus escritórios, quer nos departamentos jurídicos de sociedades empresárias, a segurança da informação se desvela ativo valioso para as organizações diante das variadas ameaças a que está sujeita, provenientes de diversas fontes, internas ou externas, acidentais ou não, questão

sobre a qual se exige controle. Apesar de os sistemas de controle de confidencialidade – como a cifragem, a criptografia, a guarda de documentos em cofres, esconderijos etc. – existirem desde os primórdios da história, a disciplina da segurança da informação é relativamente recente.

Com efeito, foi com o advento da computação científica e comercial, a partir da década de 1960, que surgiram as disciplinas de análise de sistemas, programação de computadores e auditoria de sistemas. Foram os profissionais envolvidos com esta última que começaram a delinear e sistematizar a segurança da informação.

Em meados de 1970, o Departamento de Defesa Norte-Americano publicou o *Livro laranja* (*Orange Book by DoD – Department of Defense*), fazendo com que o tema da segurança da informação ganhasse relevância e passasse a ser sistematizado. O *Livro laranja* organiza e privilegia o princípio da confidencialidade, classificando os sistemas de informação (*hardware, software* e ambientes) em vários níveis de segurança (A1, B1, B2, B3, C1, C2 e D; partindo-se do nível mais restrito – A1, *Verified Protection* – até o mais baixo – D, *Minimal Protection*). Naqueles idos, os princípios de segurança, como *integridade* e *disponibilidade*, ainda não eram muito enfatizados.¹²

Desde então o interesse sobre a matéria foi se desenvolvendo com a definição de novos conceitos. A certificação pioneira do profissional de segurança da informação foi o CISSP¹³ – *Certified Information Systems Security Professional* – criada pelo instituto (ISC).¹⁴

Com a instituição da disciplina da segurança da informação, normas específicas passaram a ser geradas diante da necessidade de se garantir a *confidencialidade, integridade e disponibilidade* da informação crítica das organizações. Em 1995, o governo britânico criou, por intermédio do Instituto Britânico de Padronização (*British Standards Institution, BSI*), a norma BS 7799. Trata-se de um padrão oficial de segurança da informação, com o escopo de criar um conjunto de boas práticas e permitir que entes públicos ou privados possam desenvolver, implementar e avaliar as suas práticas de gestão da segurança da informação.

A BS7799 se destacou e passou a ser reconhecida internacionalmente e, após sucessivas revisões, a Organização de Normas Internacionais (ISO – *International Organization for Standardization*) criou uma norma de segurança da informação internacio-

¹² FERREIRA, Fernando Nicolau Freitas; ARAÚJO, Márcio Tadeu. *Política de segurança da informação – guia prático para elaboração e implementação*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna. 2008.

¹³ Idem. Segundo os autores, existem outros certificados tão importantes quanto o CISSP, tais como o CISM (*Certified Information Security Manager*), o CISA (*Certified Information Systems Auditor*) e os certificados profissionais do *SANS Institute*, conhecidos como a família GIAC de certificados.

¹⁴ Ver www.isc2.org.



nal baseada na inglesa, batizada primeiramente de ISO 17799, e, mais tarde, no ano de 2007, renomeada ISO/IEC 27002.

A ISO também incorporou da BSI o processo de certificação em segurança da informação, lastreado no padrão internacional de qualidade e no modelo PDCA – *Plan, Do, Check & Act*. Permitiu, assim, que as organizações apliquem e implantem o processo de segurança preconizado pela norma, submetendo-se a um processo formal de auditoria para a obtenção da certificação, batizada ISO/IEC 27001.¹⁵

Entre os procedimentos de segurança da informação, encontram-se: *a)* utilização dos recursos de tecnologia da informação – TI (disponibilidade dos recursos, titularidade das informações, segurança das informações, sigilo da informação, autorização para uso dos recursos de TI, estações de trabalho e servidores, estações móveis de trabalho, termos de confidencialidade); *b)* proteção contra *softwares* maliciosos (vírus de computador e *softwares* não autorizados); *c)* procedimentos para acesso à internet; *d)* procedimentos para uso de correio eletrônico; *e)* gerenciamento, controle da rede, monitoração do uso e acesso aos sistemas (processo de *logon*, identificação e autenticação do usuário, senhas, parametrização de senhas, restrições de acesso remoto); *f)* uso de controles de criptografia (criptografia, assinatura digital); *g)* trilhas de auditoria ou *logs* de acesso e atividade; *h)* planos de continuidade; *i)* *backup*, cópias de segurança e restore (periodicidade e retenção, armazenamento, documentação e rotulação); *j)* notificação e gerenciamento de incidentes de segurança (tipos de incidentes, notificações de incidentes, engenharia social, forense computacional); *k)* uso de pastas públicas na rede (monitoração e limpeza de pastas); *l)* controle de acesso físico às áreas sensíveis (acesso de funcionários e terceiros às dependências da organização, monitoração por circuito fechado de TV e a proteção física a centros de processamento de dados); *m)* desenvolvimento de sistemas e gerenciamento de mudanças (segregação de funções, segregação de ambientes, gerenciamento de mudanças); *n)* segurança na administração, aquisição e uso de *hardware* e *software* (regras para aquisição, instalação e manuseio de *hardware* e *software*, gerenciamento de licenças instaladas e adquiridas, manutenção e testes de *hardware* e *software*); *o)* segurança e tratamento de mídias (descarte, reutilização e formatação de mídias, transporte de mídias); e *p)* divulgação de informações ao público.¹⁶

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Houve, e ainda está em processo, uma intensificação dos controles internos das organizações com o advento da Lei Sarbanes-Oxley (criada em 2002 com o fito de garantir a criação de

mecanismos de auditoria e segurança confiáveis nas sociedades empresárias, estabelecer regras para a criação de comitês encarregados de supervisionar suas atividades e operações, mitigando riscos e evitando fraudes, e assegurar meios de identificá-las quando ocorrem, garantindo a transparência na gestão das empresas). Muitos dos requisitos de segurança que antes não eram justificados, com a novel legislação conseguiram sua aprovação orçamentária, além da priorização de execução,¹⁷ de modo que a

¹⁷ *Ibidem*, p. 145.

¹⁷ O autor é Doutor em Direito (PUC-Rio)

¹⁷ HOUAISS, Antônio (*et alii*). *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1a ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1371.

¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério público*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167.

¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Idem*.

AGAMBEM, Giorgio. *O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 25.

¹⁷ Por “**sistema jurídico**” deve-se entender o “conjunto de regras e instituições de direito positivo pelas quais se rege uma determinada sociedade”, as quais devem ser “suficientemente completas e importantes para os homens aos quais se aplicam permaneçam ligados entre si por uma comunidade de direitos”. In: CASTÁN TOBEÑAS, José; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Sistemas Jurídicos Contemporâneos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 15.

¹⁷ AUDIT, Bernard. *L'américanisation du droit. Introduction*. Paris: Dalloz, 2001, p. 7

¹⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del ‘Common Law’. Granada: Editorial Colmares, 2002, p. 5

¹⁷ TRF-4. HC nº 502901671.2014.4.04.0000. 8ª Turma. Relator Desembargador JOÃO PEDRO GEBRAN NETO. Jultº 10/12/2014. Denegada a ordem à unanimidade.

¹⁷ DECRETO nº 40, de 15/02/1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (art. 1º). Veja-se, também, a Lei nº 9.455, de 07/04/1997.

¹⁷ ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Vol. I. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1981, p. 433-435.

Art. 12. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete: I - articular, integrar e propor ações entre os órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e o Ministério Público para o enfrentamento da corrupção, da lavagem de dinheiro e do crime organizado transnacional, inclusive no âmbito da ENCCLA; II - coordenar a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro - Rede-Lab; III - estruturar, implementar e monitorar ações de governo, além de promover a articulação dos órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e do Ministério Público nas seguintes áreas: a) cooperação jurídica internacional em matéria civil e penal, inclusive em assuntos de prestação internacional de alimentos, subtração internacional de crianças, adoção internacional, extradição, transferência de pessoas condenadas e transferência da execução da pena; e b) recuperação de ativos; IV - exercer a função de autoridade central, por meio da coordenação e da instrução de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III, por delegação do Ministro de Estado, exceto se houver

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Idem*.



segurança da informação foi amplamente beneficiada.

Juridicamente conclui-se que, sob o aspecto do sigilo profissional e da inviolabilidade dos arquivos profissionais do advogado autônomo, do escritório de advocacia equiparam-se ao departamento jurídico de sociedade empresária, bem como o *home office*, *caworking* etc.

No tocante à guarda de documentos confidenciais, o escritório de advocacia externo ou mesmo o departamento jurídico de sociedade empresária se prestam a protegê-los na exata medida de sua atuação jurídica em casos concretos a eles relacionados.

Em derradeiro, no que atinente à segurança da informação, existe normatização consagrada internacionalmente com especificações próprias para o tipo de sociedade empresária e características peculiares.

designação específica que disponha de maneira diversa; V - exercer a função de autoridade central federal em matéria de adoção internacional de crianças, nos termos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; VI - negociar acordos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III e aqueles relacionados com os demais temas de sua competência, além de exercer as funções de ponto de contato, enlace e similares nas redes de cooperação internacional e de recuperação de ativos; e VII - atuar nos procedimentos relacionados com a ação de indisponibilidade de bens, de direitos ou de valores em decorrência de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos da Lei nº 13.170, de 16 de outubro de 2015.

Veja-se a qualificação e a formação profissional de cada um dos seus Coordenadores em: <http://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/quemequem/departamento-de-recuperacao-de-ativos-e-cooperacao-juridica-internacional>

Apud MANNHEIN, Hermann. *Criminologia Comparada* (trad. de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade): Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, vol. II, p. 724.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROVA

Por João Carlos Castellar

I - CRIMES DE PROVA DIFÍCIL?

O Ministério Público tem se valido em suas manifestações processuais do argumento de que a avaliação das provas colhidas, assim como as garantias individuais e a legislação ordinária, e, até mesmo a dogmática penal devem ser mitigadas pelo Poder Judiciário para que réus sejam condenados em determinadas ações penais, notadamente aquelas envolvendo agentes públicos, acusados de corrupção, aderência a organizações criminosas e lavagem de capitais.

Quem lê essas manifestações, especialmente da forma como vêm noticiadas na imprensa, pode ser induzido a crer que o Ministério Público é uma instituição deficiente em termos humanos e materiais; que carece de mobilidade em sua atuação na investigação de delitos de qualquer espécie; que não conta com o gigantesco e tentacular Departamento de Polícia Federal – órgão cujo controle externo exerce por mandamento constitucional, podendo, inclusive, valer-se de seus agentes para executar as diligências de que necessita para apurar infrações penais (art. 129, VII, CF); que não dispõe de sofisticado instrumental em termos de equipamentos e de técnicos treinados para maneja-los; que seus servidores são insuficientes para a elaboração de provas periciais, independentemente de sua complexidade; que conta com dificuldades intransponíveis para se relacionar cooperativamente com autoridades de outros países; e que, por tudo isso, precisa de enorme elastério na admissão e avaliação judicial das provas que produz no exercício de suas funções.

Argumento desse jaez, com todas as vênias, é falacioso, sendo necessário seja despido dos elementos retóricos com que são expostos, sem jamais esquecer que no processo penal condenatório, não obstante livre para formar sua convicção, o Juiz deve analisar a prova com todo o rigor, sempre adstrito aos princípios norteadores ditados pelo bom senso e pela ideia de que se a dúvida lhe sobrevier à mente, deve sempre emprega-la para beneficiar o réu.

II – A “FORÇA-TAREFA”

Para início de conversa, em determinados feitos, com destaque para aqueles em que afirmam ser difícil obter provas contra os investigados, o Ministério Público tem atuado em forma de “Força-Tarefa”, contando com o auxílio da Polícia Federal, que também a integra. São dezenas Procuradores da República, Procuradores Regionais e Subprocuradores, quase todos escolhidos a dedo pelo chefe do *Parquet*. O termo “Força-Tarefa”, não custa lembrar, provém do jargão militar, significando “grupamento



de unidades de diferentes tipos, temporariamente sob comando único, para executar missão específica, que exige certa independência de cada unidade”.

Para integrar essa “Força”, as atribuições dos órgãos de execução não decorrem de lotação prévia à distribuição ordinária do feito, mas sim de indicações do Procurador-Geral. Esse tipo de designação, ou de escolha de certo nome para funcionar em certo feito, não se pode deslembrar, malgrado prevista no artigo 49 da Lei Complementar nº. 75, de 20/05/1993, fere mortalmente o **princípio do “promotor natural”**.

Nessa direção, tenha-se em consideração que referido princípio não visa apenas garantir o próprio integrante do Ministério Público, no sentido de assegurar-lhe o exercício das funções do cargo. Constitui-se, também – e muito mais importante, como assinala HUGO NIGRO MAZZILLI – numa **“garantia da sociedade, de que não haverá acusador de exceção ou de encomenda”**. Esses últimos, na voz de MAZZILLI, “longe de serem prévia e abstratamente estabelecidas pela lei, são da livre escolha do procurador-geral, que os designa e afasta *ad nutum*”.

Conforme MAZZILLI, “as designações efetuadas pelo procurador-geral, pelo Conselho Superior do Ministério Público ou por qualquer órgão de administração superior da instituição só se podem admitir quando decorram de taxativa hipótese legal, pois, se não, sob a roupagem de mera portaria de designação, poder-se-ia estar fazendo indireta burla à inamovibilidade, em afronta a garantias constitucionais”.

Pode-se mesmo alvitrar que a existência de uma “Força-Tarefa” do Ministério Público atuando em determinadas causas implica em excepcionar as atribuições constitucionais desse órgão. Pode-se até conjecturar que se verifica aqui aquilo que AGAMBEN qualifica como **estado de exceção**, isto é, a **forma legal daquilo que não pode ter forma legal**. Diz o autor:

O que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disso, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta*. **O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão**. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída.

Assim sendo, a criação de uma “Força-Tarefa” no âmbito da atuação do Ministério Público se constitui numa exceção às regras que regem a organização funcional desse órgão, o que, antes de tudo, é perigoso, na medida em que a neutralidade que deve nortear as funções desse órgão público, sujeito aos princípios que regem o Direito Administrativo, vai para as urtigas.

III – MEIOS DE PROVA E LEGISLAÇÃO EM VIGOR

Demais disso, a legislação em vigor prevê a utilização de meios de obtenção de prova que, por si mesmos, afastam de muito garantias individuais internacionalmente consagradas, em prol de uma persecução eficiente. Desses dispositivos vem se valendo à larga o órgão do Ministério Público.

Fala-se aqui, entre outras, da Lei nº 12.850, de 02/08/2013, que aperfeiçoou os institutos da delação premiada, da ação controlada e da infiltração de agentes. Tais métodos investigatórios, ora banalizados pela reiteração com que são autorizados e empregados, têm sua gênese em sistemas jurídicos baseados no costume e não no Direito codificado, como é o caso dos Estados Unidos da América, nação de onde são originários.

Esse país exportador de direitos – e de medidas de política criminal que atendem precipuamente aos seus interesses internos – dispõe, todavia, de um sistema de freios e contrapesos para regular a aplicação desses métodos, inegavelmente supressores de garantias. Exemplo disso são as IV, V e VI Emendas à Constituição Norte-Americana, que assim estabelecem:

IV Emenda (1791): Não se atingirá o direito dos cidadãos de estarem livres de busca e apreensão arbitrárias, quanto a sua pessoa, domicílio e seu patrimônio; **nenhum mandado poderá ser expedido se ele não se baseia em motivos plausíveis, se não se apoia em declarações ou afirmações sob juramento** e se não menciona de forma detalhada os locais objeto da busca e as pessoas ou objetos a apreender.

V Emenda (1791): Ninguém poderá responder por crime capital ou infamante, exceto por denúncia ou julgamento perante um grande Júri, salvo situações ocorridas em tempo de guerra, no serviço ativo do exército, da marinha ou na milícia, ou em caso de perigo público; ninguém poderá pelo mesmo delito ser duas vezes ameaçado em sua vida ou personalidade; **ninguém poderá ser obrigado a testemunhar contra si mesmo em um processo criminal, nem ser privado de sua vida, sua liberdade ou de seus bens, sem processo legal regular (due process of law)**; não será possível qualquer apropriação no interesse público sem uma justa autorização.

VI Emenda (1791): Em qualquer processo criminal, o acusado terá direito de ser julgado rapidamente e publicamente, por um júri imparcial do Estado e do distrito em que o crime tenha sido cometido, devendo o dito distrito ser previamente determinado por lei, ser informado da natureza e dos motivos das denúncias que pesam sobre ele, direito de ser acareado com as testemunhas de acusação, direito de citar testemunhas de defesa; direito de se beneficiar da assistência de um advogado para sua defesa.

Deveras, conforme palavras de BERNARD AUDIT, na atualidade “estamos envolvidos em um movimento chamado de mundia-



lização, cuja iniciativa deve-se principalmente aos EUA. O aspecto principal deste movimento é a liberalização do mercado; mas em razão do peso econômico dos EUA, ele é acompanhado de uma forte influência cultural, no sentido mais amplo da palavra. No que diz respeito ao direito, isto se traduz principal e diretamente por uma implantação de práticas americanas.

Assim sendo, a recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro dessas técnicas e métodos investigatórios, ou seja, a “introdução em nosso sistema jurídico de regras, noções ou institutos pertencentes a um outro sistema”, deve merecer acurada atenção, seja no ato da elaboração legislativa subsequente ou na formulação da jurisprudência a ser edificada após sua inserção.

Afinal, no dizer de PIÑA ROCHEFORT, “fazer direito comparado é uma tarefa titânica, pois, assim como resulta fácil a comparação isolada de instituições, inútil resulta comparar dois sistemas deste modo”. Ademais, as consequências de se carrear “comparações descontextualizadas” de um sistema para outro podem ser extremamente perniciosas.

Não se pode afirmar que a recepção dos conceitos em apreço tenha sido decorrência de “atos impositivos de potências colonizadoras”. Essa recepção é fruto de ato voluntário do Governo brasileiro, que, como satélite orbitando em torno de astro, vem acolhendo e promulgando as normativas evocativas da necessidade de se criminalizar com severidade cada vez maior e de se suprimir, com ascendente desenvoltura, as liberdades públicas e as garantias individuais. E tudo isso em prol da almejada eficácia investigativa, cujo desiderato é dar cabo da impunidade.

Mas o que se tem verificado é que a aplicação de tais métodos e medidas de política criminal vêm se operando com muito pouca parcimônia e sem maiores cuidados, e os resultados mais visíveis não são a redução dos índices de criminalidade e, sim, uma exponencial onda aprisionamento, que se traduz em cerca de 700 mil presos, segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça.

A requerimento do Ministério Público são escarafunchadas a intimidade e a vida privada de um sem número de pessoas. Algumas pelo simples fato serem empregados de certas companhias ou de instituições financeiras. Mas nesse grupo se incluem, substancialmente, aqueles que tiveram o infortúnio de serem mencionados em declarações de colaboradores ou, até mesmo, por serem parentes ou amigos de investigados.

Relativamente a alguns desses indivíduos podem até terem sido colhidos indícios ou provas de participação criminosa, mas relativamente a muitos outros não. Mesmo assim, seus nomes povoam o noticiário, suas fotografias circulam nos meios de comunicação social, sua vizinhança passa a vê-los com desconfiança, circunstâncias que causam privações, enormes transtornos sociais e até mesmo prejuízos materiais.

Deste modo, não assiste razão ao Ministério Público quando sustenta a tese utilitarista de que a interpretação das regras em vigor

devam ser flexibilizadas para permitir melhor êxito nas apurações que vem desenvolvendo. Trata-se na verdade de discurso meramente retórico, pois dispõe esse órgão de poderoso arsenal legislativo, humano e material, que vem sendo efetivamente utilizado e aplicado sem a menor economia.

IV – CAUTELARES PATRIMONIAIS E PESSOAIS

A par das técnicas e métodos investigativos de procedência alienígena, no âmbito dessas momentosas também têm sido amiúde determinadas medidas cautelares já tradicionais em nosso ordenamento jurídico. Entre essas pode-se citar a indisponibilidade de bens e a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico, invariavelmente todas de uma só vez.

Além disso, são reiteradamente ordenadas buscas e apreensões de documentos na residência e escritórios de suspeitos, assim como sua condução coercitiva à presença da autoridade policial para prestarem declarações, sendo a última revestida da expressa finalidade de que os investigados não “combinem versões” entre si. Por paradoxal que seja, essas conduções se dão mesmo quando o objeto da investigação é a prática de crime de concurso necessário de agentes, como o é o delito de pertencimento em organização criminosa.

Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP), não foi recepcionada pela Constituição de 1988. A decisão foi tomada no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O emprego da medida, segundo o entendimento majoritário, representa restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal.

E mais.

Com essa restrição, que se imaginava viria como forma de resguardar a direitos de investigados, com alarmante frequência se tem verificado a decretação da prisão temporária de investigados. Não poucas vezes a justificativa declarada pelo Ministério Público para a postulação dessa grave medida é a de que assim os atingidos confessarão sua participação no delito investigado e firmarão a acordos de colaboração, pactos estes que, se soltos estivessem, talvez não anuíssem com seus termos.

Assim é porque, em tais situações, além das muitas obrigações previstas na Orientação Conjunta nº 1/2018 das 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do MPF, os delatores, para fazerem jus aos favores legais pretendidos devem abrir mão de garantias individuais péticas, como o direito a não produzirem prova contra si mesmos ou do exercício do duplo grau de jurisdição.



Veja-se, propósito do acima afirmado, ementa de parecer emitido por integrante do Ministério Público Federal em sede de habeas corpus que tramitou na 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, relator o Desembargado João Gebran Neto.

Conversão de prisão temporária em preventiva. Operação Lava Jato. Paciente Presidente da Construtora UTC. Existência DE PRESSUPOSTOS autorizativos da prisão preventiva. Artigo 312, do Código de Processo Penal

1. O país foi acometido por sucessão de atentados à administração e às finanças públicas, de modo que se mostra absolutamente necessário preservar a ordem pública, sendo que as medidas cautelares alternativas são imprestáveis ao propósito.

2. Além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos.

3. Parecer pela denegação da ordem, porquanto o decreto de segregação encontra agasalho em dois elementos autorizativos do artigo 312, do CPP, quais sejam, a garantia da ordem e a conveniência da instrução criminal.

Isso ocorre a despeito da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da qual o Brasil é signatário, considerar que o termo tortura “designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões”.

Mas a imposição da prisão de investigados para obter sua confissão ou, como quer o Ministério Público, sua colaboração, é rechaçada pela doutrina e isso não vem dos dias atuais. ALTA-VILLA, muito antes da existência desse Tratado Internacional já mencionava em sua Psicologia Judiciária que entre os “meios violentos para extorquir a verdade” está, ao lado dos “interrogatórios prolongados”, está a “coação psíquica” decorrente da prisão do investigado ou da ameaça desta lhe ser imposta. Segundo o autor:

A polícia judiciária recorre, com frequência, a meios de coação moral. Os agentes prendem pessoas de família para obter a apresentação às autoridades ou para impor a confissão. Às vezes, com a ameaça de manter uma prisão com a promessa de libertar, obtém-se falsas declarações.

A ameaça de prisão, sobretudo em pessoas que nunca responderam, que estão a contas com a justiça pela primeira vez, tem um poderoso efeito intimidativo. Por outro lado, é-se facilmente levado à confissão, pelo pensamento de que, uma vez em liberdade, ela poderá retratar-se, quando a verdade é que, muitas vezes, se criou o irreparável.

Assim obtida, segue o autor, “a confissão perde todo o seu valor

probatório, de modo que só é possível considerá-la verdadeira se estiver de acordo com outros elementos processuais, se contiver circunstâncias depois verificadas como verdadeiras, que os interrogadores não podiam de modo algum conhecer”.

Também por esse conjunto de razões não se pode dizer que o Ministério Público conte com dificuldades para investigar os delitos de corrupção, lavagem de capitais ou pertencimento a organização criminosa.

Não se está afirmando aqui que ilícitos graves não tenham sido cometidos e que a tarefa de os perseguir mereceu dedicação um pouco maior por parte das autoridades públicas brasileiras. O que se alude é ao fato de o Ministério Público postular a derrogação de princípios forjados através de séculos, quicá milênios, amesquinhá-los para obter a condenação de acusados em relação aos quais não conseguiu reunir provas seguras, límpidas, transparentes e inequívocas.

V – COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Resta lembrar que os acordos de cooperação internacional em matéria penal firmados pelo Brasil não encerram maiores complicações para o relacionamento das autoridades brasileiras com suas correspondentes estrangeiras. Nas formas bilaterais ou multilaterais, há nesses tratados previsão para transmissão de provas a serem colhidas em outros países, inclusive com o afastamento do sigilo bancário de investigados e o congelamento de contas suspeitas, bem como para a recuperação de valores ilícitamente mantidos para o exterior.

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, órgão do Ministério da Justiça, tem ampla competência para atuar no cenário internacional. Nos termos do artigo 12 do Decreto nº 9.150, de 04/09/2017, está dotado de pessoal extremamente qualificado e vem atuando intensamente no atendimento às demandas que lhe são encaminhadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, estando estes autos instruídos com diversos documentos assim obtidos.

VI – CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, seja nas hipóteses de crimes contra a administração pública praticados no âmbito de organizações criminosas com ramificações no exterior ou naquelas que SUTHERLAND qualificou como de crimes “colarinho branco”, ou seja, cometidos por pessoas respeitáveis, com elevado ‘status’ social e no exercício de sua profissão, as provas para lastrearem eventuais condenações devem ser robustas, não bastando ilações ou indícios isolados, nem devem ser apequenados os princípios que regem sua apreciação.

A (IN)EFICÁCIA DA DEFESA-RESPOSTA PRELIMINAR PARA O JUÍZO DE INADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA:

UM SINTOMA DA DESCONFIANÇA NO ADVOGADO BRASILEIRO.

Rodrigo Machado Gonçalves*

I - BREVE INTROITO

O presente trabalho constitui desabafo literário-jurídico em face da agonia gerada pela desconfiança no advogado e foi originalmente publicado em homenagem ao Professor Geraldo Luiz Mascarenhas Prado por ocasião dos seus cinquenta anos, em 2010. O cenário jurídico vivenciado cotidianamente tem solidificado as perspectivas analisadas outrora e ampliado seu sentido, posta a passagem da desconfiança à perseguição da advocacia, mormente a criminal.

A exiguidade volumétrica do texto permite apenas um desenvolvimento incidental dos seus conteúdos filosóficos estruturais, todavia, tal limitação não impede a compreensão da questão e seus desdobramentos jurídicos, sobretudo no que diz respeito à transformação de um instrumento legal de exercício do contraditório, e conseqüentemente de formação de convencimento, em mera peça de preenchimento formal das proceduralizações processuais penais.

O tema é fruto da incitação epistemológica gerada pelas discussões relativas à *cognição* jurisdicional vinculada aos *indícios* informativos, *evidenciados* numa relação de *confiança* estabelecida com a argumentação do Ministério Público e da Defesa, os quais buscarão, respectiva e tecnicamente, a admissibilidade e a inadmissibilidade da *inicial acusatória pública*.

As questões discutidas adiante assumem relevante papel na construção de um novo *ethos* administrativo-jurisdicional, segundo o qual a *imparcialidade* precisa de contornos materiais, deixando de ser mera balela principiológica, mesmo que não negado seu viés mitológico. Destarte, a sua *metajuridicidade* não deve servir de fundamento *pessoal* para a manutenção de um sistema de exclusão de *confiança* no advogado, fato diuturnamente verificado.

Propõe-se, sobretudo, uma indiscutível e imperiosa adequação das fundamentações de admissibilidade e inadmissibilidade da inicial pública, na qual sua legitimidade democrática se integralize pelas inequívocas bordas argumentativas e pela demonstração da correlação entre os fatos apresentados na narrativa material e a possibilidade do exercício do poder persecutório e, posteriormente, punitivo.

II – A DEFESA-RESPOSTA PRELIMINAR COMO INSTRUMENTO DE CONTRADITÓRIO E DE AMPLA DEFESA PARA A ADMISSIBILIDADE

A reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, operada pela Lei 11.719/2008, instituiu nas ritualísticas procedimentais comuns, especificamente no artigo 396-A combinado com os artigos 397 e 399, a necessidade do juízo de admissibilidade da denúncia (ou queixa) se dar a partir do confronto entre as teses da acusação e defesa, perfazendo a aplicabilidade dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões jurisdicionais.

Como forma de manutenção específica da temática proposta, demarca-se o entendimento de que o primeiro *juízo de admissibilidade* previsto no artigo 396, *caput*, da Lei Processual constitui antinomia procedimental clarividente, especialmente porque a reforma estabelece o reconhecimento de que a admissibilidade da inicial acusatória se dê obediente ao assecuramento do contraditório e da ampla defesa.

A previsão infraconstitucional buscou instrumentalizar ao acusado o direito de contraditar as alegações ministeriais e apresentar tese constitutiva da impossibilidade de ser admitida a exordial penal pública. Nesse escopo, atinge a demanda democrática de estruturação reservada dos preceitos constitucionais.

Ao menos formalmente, o conteúdo legal reformado permite a discussão relativa à regularidade formal e material do exercício do direito de ação, entre as quais a *justa causa*, elemento fático-meritório legitimador da admissibilidade da peça vestibular, posto que no Estado Democrático a instauração de processo criminal dependa da demonstração do *lastro* “*probatório*” (*informativo*) *mínimo*, ou seja, de indícios suficientes à constatação *provável* de autoria e ocorrência (materialidade – nas infrações que deixam vestígios) do fato delituoso.

Como consequência lógica da discussão acerca da *justa causa*, tendo ela natureza eminentemente fática, a defesa teria na *resposta preliminar* a oportunidade de desconstituir a informação indiciária apresentada pela acusação e, obviamente, estruturar suas alegações em fatos convincentes da impossibilidade de *recebimento* da denúncia (ou queixa-crime) e, nesse sentido, produzir tese jurídica sobre elementos informativos dubitáveis e pueris, gerando convencimento negativo à tese acusatória.

Resta analisar, esse é o cerne do trabalho, como são avaliadas as teses apresentadas ao magistrado e, conseqüentemente, se a instrumentalização formal-assecuratória em comento se materializa.



III – A DEFESA E SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL

O princípio da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Republicana do Brasil de 1988 consagra ao cidadão o direito à autodefesa e à defesa técnica no processo judicial e no administrativo. Além disso, a fim de dar efetividade à acusatoriedade processual, a Magna Carta entrega ao defensor a função de administrar *justiça, munus* exercido igual e concomitantemente pelo juiz e pelo promotor público.

Da alusão acima se pode inferir que o princípio da ampla defesa é estrutural do Estado Democrático, consubstancia artefato da plena cidadania e materializa a liberdade como regra, como preceitua o *devido processo legal democrático*. Tais considerações dão perfeita noção da importância democrático-legitimadora do princípio em comento, sobretudo pelo reconhecimento de que seu asseguramento é condição sem a qual não se perfaz *Justiça*.

O *devido processo legal democrático* impõe a existência de mecanismos de controle processuais que garantam a legitimidade das decisões, dentre os quais, estariam inseridos no Estado Democrático de Direito: o da *jurisdição* e o da *fundamentação das decisões judiciais*, este último acrescido por Aury Lopes Júnior à princiologia garantista de Ferrajoli.

Tal assertiva se consubstancia pela determinação, inequívoca no Estado Democrático, da existência de mecanismos processuais que garantam a legitimidade dos atos processuais, sendo certo que a forma processual é garantia da aplicabilidade material de um ou mais princípios. Binder assevera a esse respeito:

(...) as formas são a garantia, que assegura o cumprimento de um princípio determinado ou do conjunto deles. Por esta razão, o nível de adequação de um sistema processual aos princípios do Estado de direito não se mede somente pela incorporação desses princípios à ordem normativa, mas pelo grau em que eles estejam garantidos;

Nessa seara, a reforma processual penal, prospectivamente, instrumentaliza forma assecuratória da legitimidade da decisão de admissibilidade da inicial acusatória pública, posto que, instaura contraditório e ampla defesa no momento avaliativo dos indícios apresentados na peça vestibular e inflige fundamentação decisional calcada na apreciação das argumentações parciais, regra estabelecida desde a previsão do princípio do devido processo legal na Carta Democrática, mas não obedecida pelo legislador constituído e desconsiderada pela jurisprudência, a qual, ignorando a Constituição de 1988, aprofundou vigência aos dispositivos do Código (fascista) de 1941 e validou decisões de admissibilidade das iniciais acusatórias públicas não fundamentadas - por “etiquetas”. Relativamente ao absurdo manifestado, Canotilho e Vital aclaram:

“A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme a Constituição); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional (...)”.

A mais grave identificação de violação formal-garante se observa na desconsideração hodierna da reforma, haja vista a rotineira desobediência aos comandos legais esculpido na Lei Processual, sobretudo identificada pela ausência de fundamentação do *decisum* admissional da exordial acusatória pública (comando legal indiscutível) e pelo, quase regrativo, desprezo das argumentações defensivas – decorrente da absoluta *confiança* nas assertivas ministeriais, as quais são sistematicamente levadas à condição de *evidências*, mesmo nas mais ineptas iniciais processuais.

A situação aventada gera profunda frustração defensivo-democrática, maiormente pela violação ao princípio da inocência, e modifica a forma de elaboração da peça processual resposta preliminar, que deixa de servir à forma instrumentalizada pela reforma e passa a ser manejada oportuna, conveniente e estrategicamente para que não haja prejuízo ao acusado.

IV – A (DES)CONFIANÇA NA DEFESA E SUA CONSEQUÊNCIA NO PLANO DA EVIDENCIAÇÃO INFORMATIVO-INDICIÁRIA

O principal aspecto a ser discutido nesse capítulo se refere à (*im*) *parcialidade* do julgador no momento de formação da cognição admissional da peça vestibular pública, isto porque, a principal condição de legitimidade da decisão de admissibilidade da denúncia é a fundamentação analítica das teses apresentadas pela acusação e defesa, levando-se em conta que a *inocência* do acusado deve ser considerada sobre quaisquer ilações construídas pelo persecutor – o que, via de regra, incorre!

A extraordinariedade da fundamentação minuciosa no ato de *recebimento* da denúncia, a despeito da imposição constitucional e infraconstitucional, é sintoma indiscutível de depósito de *confiança* ilibada na tese ministerial em detrimento das assertivas da defesa, fato identificador da desobediência ao *princípio da inocência* pelo juiz e gerador de uma postura defensiva cuidadosa e estratégica de discussão indiciária informativa, quando muito pertinente na fase processual trazida à baila, posta a absurda, ile-



gal e não rara permissão de “réplica” ministerial e ausência de “tréplica” defensiva por parte de alguns juízos.

Importante asseverar, a *fundamentação* das decisões judiciais é elemento estrutural da Democracia, nela são afastadas quaisquer dúvidas acerca da legitimidade do *decisum* e são traçadas as bordas de compreensão do ato, o qual será identificado com mantenedor de segurança jurídica, portanto, e nesse sentido, *justo*.

Luigi Ferrajoli, ao delimitar os princípios basilares do pensamento garantista, identifica a necessária fundamentação das decisões como um deles. Nessa reta, afirma o valor do formalismo, “*que está em presidir normativamente a indagação judicial, protegendo a liberdade dos indivíduos contra a introdução de verdades substancialmente arbitrárias ou incontroláveis*”, as quais podem servir de fonte produtora / fundamentadora de convencimento. A motivação das decisões, segundo Gilson Bonato:

(...) é uma imposição do princípio do devido processo legal, onde se busca que o julgador exteriorize as razões de sua decisão, qual a interpretação que foi dada ao direito e aos fatos do caso em julgamento.

Chaïm Perelman ao tratar da motivação das decisões judiciais explica, inicialmente, que tal ato pode ser compreendido: “ora como a indicação das razões que motivam o julgamento, como ocorre na terminologia jurídica francesa, ora como a indicação dos móbeis psicológicos de uma decisão”. Completa sua explanação com a afirmação: “O direito autoritário, aquele que se impõe pelo respeito e pela majestade, não precisa motivar. Aquele que se quer democrático, obra de persuasão e de razão, deve procurar, pela motivação, obter uma adesão arrazoada”.

Todavia, não basta o *fundamentar* para *legitimar*, é preciso que a *cognição* jurisdicional satisfaça uma série de exigências preceituais do regime democrático, entre elas estão: a *imparcialidade* e a *inocência*.

Chega-se a um ponto crítico, a imparcialidade, condição imposta principiologicamente ao julgador, é categoria metajurídica, ou seja, transcende ao Direito e se insere numa seara obscura: a do controle subjetivo próprio das presunções e ilações na manifestação cognitiva, o que leva a função judicial, caso não haja esse domínio, à parcialidade e imperfeição. Nesse sentido, Ferrajoli aduz:

(...) *la legitimidad de la función judicial, que reside en los vínculos que le impone la ley en garantía de su carácter cognoscitivo y para tutela de los derechos de los ciudadanos, es siempre parcial e imperfecta*”.

Julgar imparcialmente é um exercício subjetivo-volitivo que demanda a compreensão de “(...) que existem inúmeros fatores que influem no convencimento do julgador, muitos até inconscientes, pois ‘no julgamento há premissas ocultas imperceptíveis’”.

O julgamento do qual se extrai a admissibilidade da denúncia

deve velar rigorosamente pela consideração da inocência do acusado, segundo determinação da Magna Carta de 1215, a qual diz: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” – artigo 5º, inciso LVII. Destarte, o acusador deve apresentar todos os indícios vinculativos do acusado ao crime imputado, de forma que o julgador, em análise probabilística, reconheça a possibilidade, a necessidade e a utilidade da submissão do cidadão ao processo penal.

Todavia, dado cruel nos assola! Denúncias ineptas são rotineiramente admitidas como cabais à instauração dos processos criminais, transgredindo-se todo o leque de garantias constitucionais previsto na Constituição da República Brasileira.

A admissibilidade precária de legitimidade denota o depósito de *confiança* cega na argumentação ministerial e elide a possibilidade do defensor discutir fato informativo-indiciário na *resposta preliminar*. Claro! Se em virtude da fíducia parcial as alegações da acusação pública são *evidências* da vinculação ao delito, que gerará certamente o *recebimento* da peça inicial, adentrar na órbita do fato indiciário significa antecipar argumentos de desconstituição da eventual prova a ser produzida no processo, o que permite ao ministério público saber exatamente a linha defensiva e atacá-la com sua argumentação (presumidamente crível).

A inexistência, ordinária, de fundamentação profícua do juízo de admissibilidade positivo da denúncia, o qual deve cobrar da acusação vencer o estado inequívoco de inocência, clarividência a mencionada relação de *confiança* no persecutor e, direta e proporcionalmente, a *desconfiança* no defensor.

Citada *desconfiança* que, nas razões do admitir, obriga a defesa, nos casos mais graves de violação das garantias constitucionais, a “prova” da inocência do indiciado para a inadmissibilidade da exordial, como se essa não devesse ser a única certeza do magistrado naquele momento. Em outros tão piores, alguns juízes estão abrindo vista ao Ministério Público para se manifestar sobre a *resposta-preliminar* sem a mesma oportunidade para a defesa (!) – confirma-se a intenção de aniquilação do instrumento jurídico defensivo.

Visivelmente se forma um sistema de cerceamento de direitos e garantias, o qual encontra, via de regra, nas decisões colegiadas a máxima protetividade sob o manto da fundamentação decisional exemplificativa: “A inexistência de *justa causa* demanda a análise perfunctória da “prova” e a admissibilidade da denúncia se faz sob o crivo do *in dubio pro societatis*”.

O ato de denunciar, pura e simplesmente, passa a ser - no aludido sistema jurídico penal - *evidência*, elemento probabilístico indiscutível do delinquir. O advogado, por sua vez, se torna o algoz da *Justiça*, pronto para desequilibrar a sociedade por manter impune o criminoso. Invertem-se os paradigmas da Democracia,



arruinam-se as conquistas humanas e se retorna a um sistema de manutenção de crueldades jurídicas, porquanto o processo gere, inevitavelmente, sofrimento.

Assistimos atônitos a esdrúxulas fundamentações, quando existentes, de admissibilidade da acusação vestibular, as quais muitas das vezes exercitam o poder de inversão da lógica democrática, ao ponto do julgador ignorar elementos probatórios da inocência em nome da máxima: “*Se foi denunciado, alguma coisa fez*”. Em determinadas hipóteses, não excepcionais, decisões genéricas de *recebimento* afrontam visivelmente os preceitos legais vigentes.

Ernst Cassirer, em *A Filosofia das Formas Simbólicas (Livro I – A Linguagem)* constrói, de forma indefectível, a noção de que a *desconfiança* na argumentação leva, por mais lógicas que sejam as apresentações fáticas, ao não reconhecimento do fato, sendo que a aniquilação do verossímil é capaz, até mesmo, de subsumir a realidade à concepção relacional entre os sujeitos, levando o fato à própria inexistência.

Como consequência do raciocínio ante-exposto, a resposta preliminar deixa de ser, oportuna e convenientemente, peça de argumentação informativo-indiciária para ser, lamentavelmente, mero instrumento de negativa genérica dos fatos e apresentação do rol de testemunhas.

V – CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 representa insofismável ganho para a sociedade brasileira, porquanto esculpa um feixe de garantias voltado à tutela dos direitos e garantias fundamentais individuais e ao limitar do poder estatal. Em virtude dessa construção, entrega a *administração da Justiça* àqueles que, segundo o legislador constituinte e, conseqüentemente, a sociedade brasileira, são os entes guardiões da Democracia: o *juiz*, o *promotor público* e o *defensor*.

A mencionada conquista social é aniquilada cotidianamente pelas interpretações político-institucionais dadas aos preceitos constitucionais. Eles têm sido manipulados e levados à falência assecuratório-democrática pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, tudo em nome da satisfação social-sensorial comum de segurança e da credibilidade orgânica pela resposta aos delitos e aos “delinquentes”, pelo pseudo combate à corrupção.

Em decorrência dessa cobrança social, a coexistência igualitário-processual imposta constitucionalmente entre *juiz*, *acusador* e *defensor* fica prejudicada. A defesa passa de administradora de *Justiça* a entrave ao punir, a responsável pela impunidade que assola o país, logo, se o *juiz* acolhe a tese defensiva, passa a ser algo da “paz social”. A repulsa pelo criminoso atinge o advogado e suas argumentações, as quais são tidas como artifícios retóricos de proteção dos culpados.

Günter afirma que: “Como procedimento, as argumentações são processos de entendimento nos quais, sob condições especiais de interação, os participantes ingressam em um discurso buscando cooperativamente a verdade. Disso faz parte a pressuposição de que estejam desonerados da pressão de agir e de ter experiências, bem como de se reconhecerem mutuamente como participantes com iguais direitos. A verdade é possibilitada por regras, como franqueza ou reconhecimento da repartição de encargos argumentativos. Como processo, afinal, argumentações buscam alcançar um consenso racionalmente motivado entre os participantes. Devem reinar condições gerais de simetria que excluam qualquer coação, exceto a do melhor argumento. Estas condições podem ser reconstruídas em regras que determinam a participação geral de todos os interlocutores componentes, com chances iguais de expressão, percepção e aproveitamento desses direitos”.

As assertivas Günterianas demonstram a necessidade de se considerar que os atores processuais repartem encargos argumentativos, os quais precisam ser respeitados para que sejam possíveis a igualdade, a verdade e a imparcialidade.

Quando o Estado-Juiz nega a premência do *defensor* na manutenção da estrutura democrática e desconsidera suas argumentações se instaura um estado de insegurança jurídica assustador, no qual o cidadão pode sucumbir ao arbítrio estatal mesmo que injustamente. A ação jurisdicional passa a ser invocada “*no sentido de aniquilar o ‘outro’*”, criando-se, inexoravelmente, um sistema de condenação de inocentes e de *desconfiança* na defesa técnica – inadmissível na Democracia.

Caso o magistrado sucumba à exigência, arruína-se a *acusatoriedade* democrática, haja vista que a cognição decisional restará maculada pela *parcialidade*.

A reforma processual, especificamente no que tange à viabilização da admissibilidade da acusação pautada no exercício do contraditório e da ampla defesa na *resposta preliminar*, falhou, já que o *recebimento* das iniciais processuais penais públicas tem ocorrido segundo uma estrutura de *evidenciação* regrativa da argumentação ministerial, como se o *munus* defensivo fosse inimigo da sociedade e não um de seus pilares protetivos.

Infelizmente, em pleno terceiro milênio, as palavras de Aquiles Côrtes Guimarães são indiscutíveis:

Os tribunais são verdadeiros teatros dos desencontros humanos, das mútuas recusas, das imensas frustrações, das misérias como subproduto da humana condição”.

VI - REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.



- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo Penal - Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Penal*. 2. ed. Madri: Edersa, 1997.
- BACILA, Carlos Roberto. *Os Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais*. In: Gilson Bonato (Org.). *Garantias Constitucionais no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 75-110.
- BARATTA, Alessandro. *Coleção pensamento criminológico*. In: BATISTA, Nilo (Dir.). *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juares Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. Tradução do original: *Criminologia crítica e crítica del diritto penale*.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Motivação das Decisões como Garantia Inerente ao Estado de Direito*. In: *Temas de Direito Processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BINDER, Alberto. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma análise crítica da teoria das nulidades no processo penal*. Tradução de Ângela Nogueira Pessoa. Revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Tradução do original argentino: *El Incumplimiento de Las Formas Processales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*.
- BOBBIO, Norberto. *Os Intelectuais e o Poder – Dúvidas e Opções dos Homens de Cultura na Sociedade Contemporânea*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 1996.
- BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *O Juiz e a Jurisprudência - um desabafo crítico*. In: Gilson Bonato (Org.). *Garantias Constitucionais no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 01-12.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASSIRER, Ernst. *A Filosofia das Formas Simbólicas, Livro I – A Linguagem*. Tradução: Marion Fleischer, São Paulo: Martins Fontes, 2001 – (Coleção Tópicos).
- CHEPTULIN, Alexandre. *A Dialética Materialista: Categorias e Leis da Dialética*. Tradução de Leda Rita Cintra Ferraz. São Paulo: Alfa - Omega, 1982.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Crise da Segurança Pública no Brasil*. In: Gilson Bonato (Org.). *Garantias Constitucionais no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 181-186.
- _____. *O Projeto de Justiça Criminal do Novo Governo Brasileiro*. In: Gilson Bonato (Org.). *Processo Penal: Leituras Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 123-146.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 1. ed. Tradução do Original em Italiano: *Diritto e ragione: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1995.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *A concretização dos princípios constitucionais no estado democrático de direito*. In: YARSHHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos IV*. In: *Estratégia, poder – saber*. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. MOTTA, Manoel Barros da (Org.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. Tradução do original em francês: *Dits et écrits*.
- _____. *Vigiar e Punir: Nascimento das prisões*. Tradução de Raquel Ramallete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. Tradução do original em francês: *Surveiller et punir*.
- FRANCO, Alberto da Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 1 v.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: RT, 1973.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco Lições de Filosofia do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- GÜNTER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Cláudio Molz; introdução à edição brasileira: Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. *A Forma Acusatória Pura, uma Conquista do Anteprojeto*. In: *Revista de Direito Penal*, nº 13/14, São Paulo: RT, janeiro-julho 1974.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Pena Pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3. ed. Rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.
- MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MARTINS, Rui Cunha, *Estado, Tempo e Limite*. In: “*Revista de História das Ideias*”, vol. 26, Coimbra, Faculdade de Letras, 2005.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema Acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *O Compromisso dos Magistrados é com a Justiça Social*. Disponível em: < <http://www.direitosfundamentais.com.br>>, MMFD, 18 de agosto de 2003. Acesso em: fevereiro de 2010.



_____. Sobre Procedimentos e Antinomias. São Paulo: IBCCRIM, Boletim, ano 16, nº: 190, setembro/2008, p. 4.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico Penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos: O crime e o criminoso,

entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Sistemas Penales y Derechos Humanos. Buenos Aires: Depalma, 1986.

ZOMER, Ana Paula. Participação Cidadã na Administração da Justiça. Disponível em: < <http://perso.wanadoo.fr/societe.internationale.de.criminologie/pdf/Intervention%20Zomer.pdf> >. Acesso em: 05 de fevereiro de 2010.

A TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO PENAL

Antonio Pedro Melchior *

“O que o pensamento crítico vai propor depois do grande encarceramento parece ser a principal questão política dos novos tempos”.

Vera Malaguti Batista.

I - INTRODUÇÃO

A força do pensamento crítico está vinculada à construção de um determinado projeto de transformação social e cultural. Em matéria processual penal, isto significa intervir para a construção de um saber de resistência, enquanto afirmação enfática da necessidade de novas práticas na administração da justiça criminal.

Não negar a realidade, modificar as relações de poder e atuar para transformar o universo das práticas punitivas dentro do processo penal. Enfrentar a experiência dura da prisão, questionar suas funcionalidades, instituir instrumentos que funcionam como diques de contenção à opressão pública ou privada. Uma teoria crítica do processo penal apresenta uma dogmática que melhor se apresenta como controle político e jurídico das respostas violentas do Estado aos desvios criminalizados e às pessoas criminalizadas. Também constitui o mais apto instrumento jurídico de afirmação das garantias fundamentais em face do poder estatal e, finalmente, a melhor possibilidade de se construir uma solução justa e legítima do caso penal.

II - ADESÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL À TEORIA CRÍTICA:

A expressão teoria crítica representa, neste texto, o modelo crítico construído a partir do trabalho de Marx Horkheimer, *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*, apresentado em 1937. A ideia de um *modelo crítico* demarca um campo teórico que estimula a multiplicidade de contribuições. A teoria crítica valoriza a pluralidade de abordagens críticas no seu interior e, assim, se mantém aberta à constantes renovações.

Não há, portanto, óbices metodológicos, desde a própria concep-

ção teórica de Horkheimer, em tratar-se de uma teoria crítica do processo penal. O programa de investigação traçado ele quando esteve à frente do Instituto de Pesquisa Social foi justamente caracterizado pelo trabalho coletivo interdisciplinar. As investigações se unificam pela referência comum ao pensamento marxista, e por esta razão a experiência em Frankfurt ficou conhecida como *materialismo interdisciplinar*.

A teoria crítica designa, em suma, um campo teórico, cuja convergência está em tomar a obra de Marx como referência primeira de investigação, o que não significa tomá-la como doutrina acabada. A finalidade primeira de uma teoria crítica é dar conta do seu próprio tempo e, desta forma, enfrentar uma configuração histórica e política específica. O objetivo comum de toda teoria crítica é “o de produzir um diagnóstico do tempo capaz de fornecer uma compreensão acurada e complexa do momento histórico e de suas potencialidades emancipatórias”.

A adesão da dogmática brasileira tradicional ao método lógico formal seguiu, entretanto, a orientação de Arturo Rocco, segundo o qual não se deve ultrapassar a experiência assinalada pelo direito positivo vigente. Esta concepção traduz um projeto metodológico, mas igualmente político jurídico: submeter a ciência penal à finalidade de assegurar a instauração e conservação do modelo de produção capitalista, onde a relação entre saber, norma penal e opressão social não se deve verificar.

Uma teoria crítica, fundada em uma epistemologia dialética subverte este paradigma dogmático. A análise lógico formal das normas processuais penais é superada por um racionalismo renovado, que se interessa em compreender *como* é utilizado o *poder* em que o saber científico implica; e como é utilizado não só pelos próprios juristas, mas também por aqueles que encomendam, manipulam e aplicam os resultados das ciências, no caso do sistema de justiça criminal, o Estado e seus agentes.

III – ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DA TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO PENAL:

a. Um Saber prático

O saber processual penal crítico deve estar orientado para enfrentar não apenas as disposições legais nitidamente inquisito-



riais, mas, igualmente, as grandes e pequenas práticas, hábitos e ideias cristalizadas no ensino jurídico do processo criminal. Trata-se de construir ferramentas que, em última instância, sirvam à elaboração daquilo que Alberto Binder chamou de um saber de batalha: um saber que oriente a atuação dos atores jurídicos e intervenha neste duelo de práticas, em que se jogam os valores fundamentais da sociedade.

Para que sirva como ferramenta de intervenção prática e não somente analítica, o saber processual penal não pode ser visto sob uma perspectiva meramente sequencial, ou seja, um conjunto de normas que regulam os atos processuais ou a faculdade das partes (*ideologia do trâmite*). É no campo processual penal que corre o sangue do sistema, como disse Rui Cunha Martins. A normatividade, quando se está em questão esta parcela do poder que administra a justiça criminal, deve considerar diferentes regras e modelos informais de funcionamento. A constituição de um saber processual penal crítico, com aptidão para resistir em nome de novas práticas deve, portanto, dar conta de todas as dimensões do sistema penal, inclusive e principalmente, do chamado sistema penal subterrâneo.

Vê-se, neste contexto, a importância de se compreender o espaço judicial como um espaço de lutas políticas, onde se deve interferir para orientar a atuação dos atores judiciais em seu dia a dia. Esta luta política – importante sublinhar – está para além do cidadão que está juiz, promotor ou defensor, individualmente isolados. O processo penal como espaço de batalha entre diversas perspectivas ideológicas e discursivas (crença na funcionalidade da prisão, crença na verdade real, etc.) deve focar especialmente no funcionamento das organizações, onde a grande maioria daqueles atores estão inseridos. As organizações tem um grande poder de configuração de suas condutas e respondem, sem dúvida, pela maior parte das práticas e disseminação da cultura inquisitiva no processo penal. Investigar radicalmente o funcionamento de todas as máquinas organizacionais, responsáveis pela produção de subjetividade que, ao fim, incorpora o juiz, o agente penitenciário, policial ou o promotor, é de extrema importância para a construção de um processo penal crítico.

Em síntese, a primeira característica de uma teoria crítica do processo penal ratifica a necessidade de construção de um saber cuja tarefa seja a reconstruir o sentido das normas processuais, levando em conta o funcionamento concreto da justiça criminal (formal e subterrâneo); buscar a modificação das práticas do poder criminal, consciente de que estamos em um campo de larga disputa política e ideológica; finalmente, um saber que se ocupe das *formas patológicas* de exercício do poder no interior do processo penal, admitidas como normais e sem importância.

b. Um garantismo crítico e criminologicamente fundado

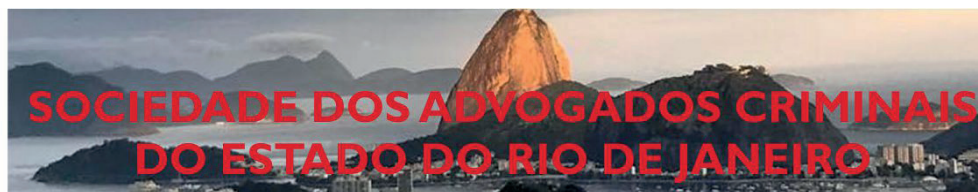
A criminologia crítica representa uma das principais vias de desconstrução do papel desempenhado pelo poder criminal. A demonstração prática de sua (des) funcionalidade como instrumento efetivo de tutela de bens jurídicos e sua afirmação como mero fato de poder implica numa visão limitadora da persecução estatal frente ao indivíduo, essencial à reconstrução hermenêutica do processo penal, conforme se propõe neste texto. O direito processual penal, ancorado na criminologia crítica, considera as diversas formas de opressão (funcionamento concreto do sistema) como parte integrante do seu próprio saber. Da formulação dos dispositivos legais à interpretação e aplicação pelos atores judiciais, todos devem orientar-se no sentido de transformação destas práticas. A criminologia crítica finca o processo penal na realidade e, desta forma, produz uma nova análise do papel do Estado e dos processos de criminalização. Sem isto, o saber processual penal se reduz à uma teoria perdida no universo concreto das práticas punitivas.

No interior de uma teoria crítica do processo penal há um compromisso político concreto com a emancipação, aqui entendida como efetiva realização da liberdade em um sistema de justiça criminal atravessado pela lógica social do capitalismo e, conseqüentemente, fascistizado. Este compromisso com a emancipação joga a teoria crítica do processo penal para além do garantismo abstrato da dogmática tradicional, entendida como “ciência normal”.

O garantismo, como lembra Salo de Carvalho, em razão da fundação kantiana baseada em Hume, nega os vínculos com a sociologia, ciência do ser. O garantismo penal, no contexto de uma teoria crítica do processo penal deve, portanto, ser muito bem “enquadrado” como uma espécie de pauta mínima, piso, e não teto.

A dogmática crítica do processo penal é fortemente alimentada pelo conhecimento empírico dos sistemas punitivos e, desta forma, está em melhores condições de proteger os direitos humanos. Esta dogmática, nos parece, corresponde àquilo que Vera Regina Andrade chamou de ciência extraordinária e marca o compromisso com a busca da segurança prometida, dos direitos humanos e de igualdade, inscritos no projeto político e social da modernidade. Nas palavras de Alessandro Baratta:

O diagnóstico realista sobre a incapacidade da Dogmática de controlar o sistema punitivo conjugando racionalidade e emancipação (as duas promessas contraditórias da modernidade) se abre numa perspectiva de esperança: uma nova ciência do direito penal que encontra as suas premissas numa adequada relação com a análise empírica sobre o real funcionamento do sistema punitivo,



poderá talvez “resgatar” o potencial de controle da Dogmática e as “promessas da modernidade” repensando-as sobre as condições do tempo presente.

Estas ponderações lembram as objeções de Alberto Binder sobre a orientação constitucional do processo penal. A par de seus inegáveis avanços, esta perspectiva não incorpora a visão empírica sobre os sistemas judiciais, novas formas de ensino do saber processual e, como tal, ainda se apegam a categorias comuns de tipo procedimental, vinculadas a uma análise sequencial do processo penal, superada em uma teoria crítica do processo penal.

IV - FUNDAÇÕES DEMOCRÁTICAS DA TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO PENAL

a. Preocupação com o exercício do poder:

O propósito forte do Estado (Democrático) de Direito é o de sujeitar os poderes públicos à lei, em última instância, a limites de contenção. O processo penal, dentro deste contexto, é o principal dispositivo de que se vale o Estado de direito para conter o seu próprio poder.

A relação entre tendências inquisitoriais e amplos poderes conferidos ao Estado (especialmente, ao juiz) é inafastável. Diogo Malan demonstrou como a significativa concentração de poderes políticos (centralismo político) produz, indissociavelmente, uma espécie de concepção autoritária do processo penal, cuja marca principal é o *intervencionismo estatal intenso*, ilustrado no *caráter plenipotenciário* do julgador criminal. Uma democracia, na qual a preocupação com o poder integra o próprio conceito, deve nos conduzir ao caminho inverso.

O Processo Penal, desde uma teoria crítica, surge (e só se justifica) como limite ao poder estatal, ao poder punitivo, na redução do arbítrio e na racionalização das respostas estatais aos desvios criminalizados. Dispositivo de contra-poder jurídico: esta é a natureza política do processo penal em uma democracia real.

Em suma, o principal ponto que estrutura o processo penal crítico é a preocupação com o exercício do poder do Estado. A limitação do poder punitivo como cerne da preocupação democrática se justifica pela “suposição” de que o seu exercício *goza* na propensão natural de tendência ao arbítrio. Esta é a forma encontrada pelo processo penal crítico para “criar blindagem prático-teórica contra as violações”.

b. Descrença na bondade do poder punitivo:

A crença na bondade do poder é “um golpe pelo *imaginário*”, como concluiu Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

O desvelamento desta ilusão (de confiança no poder punitivo) é

um desdobramento da preocupação democrática com o exercício do poder do Estado. Como tivemos a oportunidade de dizer, com Rubens Casara: se a pessoa que se dispõe a pensar o processo penal não toma esta preocupação como fundamento de identificação do conteúdo democrático, tudo muda. Diga-me a crença que tens no poder e te direi qual processo penal terás. Muda a forma com que se compreende o papel do julgador, os limites do poder por ele exercido e, ao fim, modifica-se a forma com que se pensa a missão do processo penal na “era do grande encarceramento”.

O “*princípio da irregularidade dos atos dos poderes*, expresso no absoluto pessimismo em relação ao agir persecutório” gera repercussões práticas de grande envergadura. A desconfiança não apenas redefine as posturas dos sujeitos processuais, questiona a pretensão de busca da verdade real, como altera radicalmente o regime probatório.

c. Defesa intransigente do sistema acusatório:

Este espaço não permite o desenvolvimento do que se deve entender como princípio e sistema acusatório. Entretanto, é impossível traçar – ainda que brevemente – algumas características da teoria crítica do processo penal sem afirmar categoricamente a importância da consolidação de uma cultura acusatória no país.

O sistema processual recoloca o processo penal no contexto dos processos políticos, sociais e culturais que estão por trás do exercício do poder criminal, da funcionalidade real do sistema de justiça e da atuação dos atores jurídicos.

Um sistema representa, antes de tudo, um “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo orgânico, destinado a uma determinada finalidade”. Em um contexto democrático, esta finalidade, da qual o princípio unificador (acusatório) dá conta, é justamente o controle da *concentração quântica do poder*.

Esta é a razão pela qual a primeira e fundamental interdição que se coloca no sistema processual acusatório é a proibição da iniciativa probatória do juiz. Todas as outras características defluem da mesma finalidade, mesmo porque a produção de coerência sistêmica é o que funda a necessidade de um princípio unificador. Assim, na finalidade de limitar o poder, destituiu-se o protagonismo do julgador no processo (veda-se gestão da prova e a atuação de ofício *contra reum*), fortalecendo-se o papel das partes, a quem caberá – através do método adversarial (dialético) - construir a solução justa do caso penal. Para cumprir o mesmo propósito, garante-se a dignidade do imputado (sujeito de direito e deveres), a publicidade dos atos estatais, oralidade e, de uma forma geral, a vigência das inviolabilidades e demais garantias presentes na Constituição da República.

V - INTERVENÇÕES PRÁTICAS DA TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO PENAL

a. Campo da investigação preliminar:

O Inquérito Policial é a forma, por excelência, de investigação preliminar no Brasil. Não se vê como, desde o ponto de vista de uma teoria crítica do processo penal, se possa estudar o inquérito, sem problematizar, a fundo, a forma com que a polícia age no país.

Embora não lhe caiba a função de polícia judiciária (onde interessa o inquérito e se fixa a dogmática tradicional), não podemos perder de vista a forma com que a Polícia Militar atua. Monopolizando a ponta do controle punitivo institucionalizado, esta polícia é responsável pela quase totalidade dos flagrantes e, ainda, por milhares de condenações criminais. Uma intervenção prática da teoria crítica do processo penal redundaria em tomar com premissa, jamais a presunção de legitimidade, mas sim a presunção de irregularidade dos atos do poder punitivo, neste caso, trazidas ao processo na palavra do agente policial.

Anderson Lobo da Fonseca apresenta as pesquisas realizadas pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo, em que se constatou que 74% das prisões por tráfico de drogas neste Estado contaram apenas com testemunhos de policiais que realizaram a prisão e, em 76 % dos inquéritos da cidade, os agentes que dela participaram foram ouvidos como principais testemunhas. Estudos preliminares no Rio de Janeiro apontam que 96% das condenações por tráfico de drogas no Estado do Rio de Janeiro tem na palavra da polícia a sua fundamentação exclusiva.

Ao mesmo tempo, uma pesquisa elaborada pelo DIREITO FGV quanto ao índice de confiança na Justiça (ICJBrasil) indica que “77% da população com renda inferior a dois salários mínimos não confia na atuação da polícia. Esta descrença atinge 59% da população com renda acima de 10 salários mínimos. Já entre a população com nível de renda entre dois e dez salários mínimos, o grau de desconfiança varia entre 65% e 63%. De uma forma geral, apenas 36% da população declarou estar satisfeito com a polícia”.

Em um país, cujo histórico de violações aos direitos humanos pela instituição policial é imenso, onde a maioria esmagadora da população diz não confiar na polícia, não pode admitir condenações lastreadas unicamente na palavra do agente policial.

O processo penal crítico promove, neste contexto, uma mudança de paradigma no regime de valoração da prova, destituindo a validade do enunciado n. 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ex., responsável por conferir à exclusiva palavra

do agente policial uma absoluta força probante. Da mesma forma, torna plenamente possível contraditar o testemunho policial por considerá-lo indigno de fé.

Várias outras intervenções práticas poderíamos produzir na investigação preliminar. Considerando a forma violenta e arbitrária, ao arrepio da lei, com que a instituição policial atua no país, devemos considerar imprestável o “reconhecimento de pessoas” por álbuns em delegacias ou as confissões extrajudiciais. Finalmente, eliminaríamos do contexto democrático bordões como “nulidade do inquérito não contamina a ação penal”, dissuadindo velhas práticas institucionalizadas pelo Estado, como a tortura ou as pressões psicológicas para delatar.

b. Campo da admissibilidade da acusação e do julgamento antecipado da causa penal:

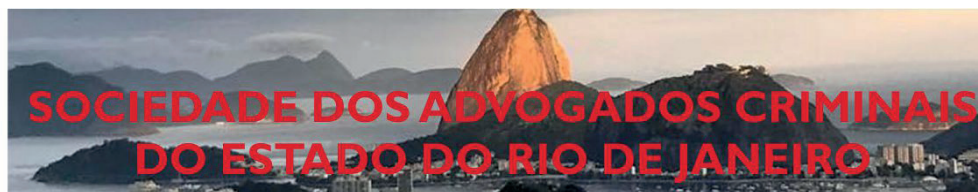
A fase do juízo de admissibilidade da imputação é o momento apropriado para controlar o poder de perseguir as pessoas conferido, por exigência do sistema acusatório, ao Ministério Público (regra). Exercer o filtro judicial das acusações infundadas pelo exame rigoroso da justa causa, perquirir a licitude na obtenção dos elementos de informação (também as provas cautelares ou irrepetíveis), enfim, controlar o trabalho das agências repressivas.

A teoria crítica do processo penal, ao contrário do que faz a dogmática tradicional, empresta imenso valor à fase da admissibilidade da acusação. Neste campo, podemos produzir novas e importantes práticas.

Em primeiro lugar, impõe-se que a decisão que recebe a denúncia seja suficientemente motivada. O recebimento da denúncia modifica o lugar simbólico que o cidadão ostenta na sociedade (passar a réu), joga o sujeito no espetáculo degradante do processo penal, ampliando toda sorte de sofrimento psíquico e moral. Qualquer ato do poder estatal que toque no indivíduo, atingindo direitos fundamentais, deve, portanto, ser absolutamente fundamentado. Assim, são nulas as decisões por etiqueta na capa dos autos, respostas padronizadas e, ainda, ilegítima a posição teórica que considera o recebimento da denúncia um mero ato ordinatório.

Ainda nesta fase, por pressuposto, a teoria crítica do processo penal torna inadmissível a regra do *in dubio pro societate*. O apelo ao significant “sociedade” constrói a ideia artificial de um interesse comum, supostamente consensual, de que, na dúvida, vale mais a submissão do indivíduo ao processo penal do que a limitação ao poder de perseguir do Estado. Este deslizamento é a senha para reduzir o cidadão à ‘engrenagem da máquina repressiva do poder estatal’.

Para uma teoria crítica do processo penal, a dúvida jamais produzirá consequências contrárias ao interesse do indivíduo em face



do Estado, por serem interesses protegidas em razão da própria relação de poder que se coloca, vertical e de sujeição. Em nenhuma fase do processo penal, portanto, como disse Aury Lopes Jr., o cidadão perde a proteção constitucional. A regra do *in dubio pro societate* ou, melhor, *in dubio contra reum* (Geraldo Prado) está fora de circulação em um novo modelo de funcionamento da justiça criminal.

Podemos igualmente produzir novos parâmetros na fase do Julgamento Antecipado da Causa Penal (art.397/art.399 do Código de Processo Penal). Este é o momento em que devemos excluir da justiça criminal todas as condutas que, ofendendo o princípio da ofensividade, da adequação social e da intervenção mínima, por ex., não deviam ingressar no sistema.

O dispositivo que autoriza a absolvição sumária por manifesta atipicidade da conduta ganha, desta forma, outros contornos. Na medida em que assume a função política de limitar o poder, a teoria crítica do processo penal torna a possibilidade de julgamento antecipado uma ferramenta importante para obstruir que condutas insignificantes ingressem na administração de justiça criminal, atuando para constranger a criminalização da miséria e o grande encarceramento.

c. Campo das Nulidades e das Medidas Cautelares, em especial da prisão:

Partindo da premissa de que a forma processual foi instituída pelo Estado com o objetivo de regular ele próprio (em uma atuação que poderá terminar com alguém encarcerado), a teoria crítica do processo penal não pode admitir que a prática de um ato irregular produza qualquer efeito. Não à toa, a aversão às formas processuais como instrumentos de garantia do cidadão é típica das concepções autoritárias do processo penal, na qual o poder do Estado-juiz é elevado à máxima potência. Se o princípio da instrumentalidade das formas é a maneira encontrada por modelos totalitários de processo penal para salvar suas próprias violações (regime das nulidades relativas), então, um modelo crítico e democrático há de servir-se integralmente ao contrário: blindagem política e jurídica contra os desvios estatais (regime das nulidades absolutas).

A constituição de um saber processual de batalha para enfrentar o problema das medidas cautelares em geral, e da prisão, em particular, é o nosso maior desafio. A realidade prisional do país é lamentável, com cárceres onde não se respira, superlotação e doenças. Uma máquina de triturar pessoas e expectativas, humilhar famílias e sentenciar permanentemente o preso ao sofrimento. Um processo penal que não tem este funcionamento concreto como pilar de sua teoria e prática deve se assumir como ferramenta à serviço do poder para impor dor e mais nada.

O processo penal crítico, ao contrário, reconhece a imperiosa tarefa permanente de realocação dos conflitos e deve, portanto, manter-se consciente da necessidade cotidiana de “abandonar a violência como interação social e política”. Está, ainda, atravessado pela perspectiva da criminologia radical (Juarez Cirino dos Santos) e, como tal, constitui igualmente um instrumento de resistência à seletividade penal. O processo penal crítico compreende “a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas de controle social” e tem consciência “da impossibilidade de resolver o problema do crime no capitalismo”.

Comprometido com “as classes trabalhadoras e o conjunto das categorias sociais subalternas e massas marginalizadas”, a prática imposta pela teoria crítica do processo penal não negocia com o paradigma etiológico do delito, o julgamento com base no direito penal do autor, tampouco pode admitir decisões judiciais que violentem a dignidade do povo oprimido do Brasil.

Por exemplo: recentemente, o juízo de uma das varas criminais do Estado do Rio de Janeiro deferiu mandado genérico de busca e apreensão coletiva em todas as casas do Complexo do Alemão. Milhares de residências sujeitas ao “pé na porta” da polícia. O compromisso do processo penal crítico com os obstáculos à opressão política de classe no país, evidentemente, não permite que uma medida cautelar de busca seja deferida sem determinar especificamente o local e o que deverá ser apreendido. A consequência que se impõe do ponto de vista dogmático e legal é um só: declaração de ilicitude de todas as provas obtidas em agressão à inviolabilidade do domicílio daquelas milhares de pessoas.

Uma decisão como esta – eis o motivo da importância de termos juízes críticos no Brasil – produziria uma grande transformação prática, obrigando as agências repressivas a fazerem o que já se sentem obrigadas a fazer quando pretendem cumprir mandados em regiões nobres da cidade.

V - CONCLUSÕES PARCIAIS

O processo penal crítico parte do pressuposto inafastável de que é preciso produzir novas práticas e alterar o funcionamento concreto da justiça criminal. Como tivemos a oportunidade de desenvolver em outro trabalho (com Rubens Casara), “o processo penal está condicionado por uma tradição e, portanto, a visão que se pode ter desta disciplina depende de uma compreensão acerca da fé ou da descrença que o observador deposite do sistema de justiça penal”.

A teoria crítica possui profunda desconfiança na bondade do poder punitivo e, desta forma, cria inúmeros instrumentos de controle do poder estatal. Instituído um modelo de processo penal concebido como dispositivo de contra-poder jurídico, o



pensamento crítico produz transformações sociais e culturais de larga escala e, ainda, oferece melhor segurança de que a decisão judicial será política e juridicamente legítima.

Eis, enfim, a finalidade de um processo penal crítico: construir um saber processual que incorpore a realidade concreta do Brasil e nos prepare para atuar neste campo do poder, responsável por organizar as respostas violentas do Estado. Constituir um saber prático que atravesse o sentido das normas processuais e nos permita escrever de forma digna, em atenção às milhares de pessoas encarceradas, sobre direito processual penal.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência a violência do controle penal. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do Grande Encarceramento**. Organização Pedro Vieira Abramovay/Vera Malaguti Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BINDER, Alberto M. **Derecho procesal penal**. Hermenéutica Procesal Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.
- CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: Escritos de direito e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CASARA, Rubens R.R., MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Brasileiro. Dogmática e Crítica**. Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 31, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FONSECA, Anderson Lobo da. **A Força da Palavra Repressiva**. In: Le Monde Diplomatique Brasil, ano 8, n. 93, Abril. 2015, p. 32-33.
- GUASP, Jaime. **Concepto y Metodo de Derecho Penal**. Madri. Editorial Civitas, 1997.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPODVIM, 2013.
- HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. (1937) In: **Textos Escolhidos**. Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas. Tradução de José Lino Grunnewald (et al). São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao Pensamento Epistemológico**. Rio de Janeiro: F.Alves, 1975.
- MALAN, Diogo. **Ideologia política de Francisco Campos**: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941) In: MELCHIOR, Antonio Pedro, MALAN, Diogo, SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Co-
- leção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro/ Geraldo Prado e Diogo Malan (organizadores) Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**. Conceito, Objeto, Método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados**. Corrupção, Expectativa e Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2013
- NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. (Organizador). **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas – SP: Papiros, 2013.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2014
- ROCCO, Arturo. El problema y el método de la ciencia del derecho penal. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- SANTOS, Juares Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. ICPC, 2013.



QUESTIONAMENTOS ACERCA DO CRIMINAL COMPLIANCE

Luis Flávio Souza Biolchini*

Em busca de uma gestão conforme os novos paradigmas do capitalismo, as próprias corporações se dotaram de sistemas de representação para se autofiscalizarem voluntariamente a fim de conquistarem segurança e maiores investimentos.

Logo após, esses mecanismos de controle passaram a ser exigência legal das agências reguladoras dos próprios países, ou de organizações internacionais como as instituições de Bretton Woods – Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional –, ou mesmo em solo pátrio, os códigos do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

No bojo desta estrutura de governança, aflora como cardinal ferreamenta o *compliance*, que deriva do termo inglês *to comply*: ou seja, agir de acordo com uma regra. No âmbito jurídico, conforme as palavras de Julianna Nunes Targino Barbosa: “*deve-se entender por programas de compliance modelos de organização empresarial de cunho preventivo cujo objetivo seria antecipar-se aos riscos produzidos pela atividade da empresa, buscando assim, por meio dessa organização, evitar sua responsabilização*” (BARBOSA, 2014).

Nesse panorama, são analisados os riscos que podem decorrer de determinada atividade empresarial. Dissecta-se o impacto de determinado negócio, contrato, ação e orienta-se da melhor forma a fim de extinguir ou ao menos reduzir futuros danos judiciais.

Frise-se, desde logo, que o *compliance* trata da criação de toda uma cultura de cumprimento de normas relacionadas a princípios e valores corporativos e morais que não se confundem exatamente com a atividade costumeira dos departamentos jurídicos.

Como Anna Paula Candeloro, Maria de Rizzo e Vinícius Pinho bem advertem: “o Compliance tem a função de zelar pela completa observância das leis, para evitar riscos de sanções e processos judiciais. Além disso, o Compliance pode vetar um determinado ato que, mesmo legal no sentido jurídico, pode ir contra os valores da instituição” (Candeloro, 2013).

Muitos autores apontam que a proliferação desses organismos de autofiscalização representam, de certa forma, uma falência do Estado em seu papel fiscalizador. A empresa deve contratar funcionários para fiscalizar o cumprimento não só das leis mas também de códigos de condutas e de valores morais.

Ora, isso não seria o papel do Estado com suas agências reguladoras, auditores, agentes públicos etc? Ainda mais polêmica é

a ênfase que se tem dado à necessidade de delatar membros da empresa que possivelmente possam estar incorrendo em ilícitos, tal como nas leis taciturnas dos regimes totalitários.

Há de ser colocado que a crise de 2008, com a bolha de crédito estadunidense, as *subprimes*, a falência de empresas que antes pareciam infalíveis degingolou ainda mais esse universo de autorregulação a que pertence o *Compliance*.

As severas leis para punir a corrupção, imbuídas do espírito “tolerância zero” em suas recentes alterações, como a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), ou mesmo a *UK Bribery Act* trouxeram maiores preocupações às multinacionais com os vários negócios firmados, inclusive com os países de “desenvolvimento tardio”.

No Brasil, recentemente foi aprovada a lei 12.846/2013, cujos estudiosos revelam ser ainda mais austera que as alienígenas, impondo vultosas sanções a ilícitos administrativos e cíveis à pessoa jurídica.

Porém, em seu artigo 7º, VIII, é previsto um abrandamento das sanções caso haja “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”, ou seja, se forem efetuados programas de *compliance*.

O *Criminal Compliance*, por sua vez, constitui uma atividade de antecipação dos riscos, voltada, por óbvio, ao âmbito criminal. No Brasil, com a entrada em vigor da Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12, combinadas com a Resolução n. 2554/98, do Conselho Monetário Nacional, instituiu-se o dever das instituições financeiras e empresárias de colaborarem com as investigações de lavagem de dinheiro e de criarem sistemas de controles internos que previnam não só esse crime, mas também práticas de corrupção e de outras condutas que possam colocar em risco a ordem econômica liberal, direcionando o *compliance* para o campo penal.

Necessário é também frisar que essas novas mudanças aliam-se à própria demanda da sociedade em estar associada – seja consumindo produtos ou mesmo investindo – a companhias seguras, que cultuam valores éticos probos. Da mesma maneira que o capitalismo atual não vende apenas produtos, mas sim símbolos, ninguém quer ser identificado como parte de uma corporação que cometeu ilícitos dos mais diversos gêneros. Assim, os famosos escândalos de governança, tais como Baring, Enron, World Com, Parmalat trouxeram à baila a necessidade de um sistema de *compliance* realmente eficiente.

Não obstante a atenção dada a esse novo modo de governança, é necessário questionar se para o direito *compliance* é algo além de um conceito da moda, vazio de significado, apenas destinado



ao marketing rasteiro mumbojumbo que abunda de expressões anglófonas, carentes de expressividade?

Essa é a indagação feita nos últimos anos, sobretudo, na *Univer-sitat Ausburg* e no *Center for Criminal Compliance*. Afinal, o imperativo “*to be in compliance with the law*”, i.e., agir de acordo com a lei, nada traz de novo às ordens do dia. Tampouco, a responsabilidade dos diretores de uma empresa ou mesmo a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é um tema novo advindo com o *compliance*.

O programa de *compliance* visaria apenas blindar a direção da empresa para deslocar a responsabilidade criminal para os cargos menos privilegiados, numa filme de robbin hood às avessas, ou realmente se trata de zelar pela empresa em seu conjunto, com todos os trabalhadores, não apenas à cúpula diretiva.

Outro aspecto relevante é que o Direito Penal Econômico ainda é controverso e possui bastante complexidade. Portanto, mesmo uma boa assessoria de *compliance* nem sempre é certa e segura porquanto a controvérsia da matéria.

As próprias normas que preveem mecanismos de autofiscalização são por demais ambíguas e vagas. Basta uma leitura mais atenta ao artigo 7º, VIII, da Lei 12.846, citado anteriormente. Embora não trate de crime, é de preocupar o sentido de “*mecanismos de integridade*”. O que isso significa exatamente? “*Códigos de ética e de conduta*” – a qual ética se trata? Quais condutas?

O uso e abuso dessas expressões imprecisas fere de morte qualquer redação normativa, principalmente a criminal, atenta ao princípio da legalidade estrita. Ademais, há o risco das próprias companhias punirem excessivamente seus empregados, ocorrendo uma espécie de terceirização do poder punitivo e da prestação jurisdicional, uma atualização de direito com as próprias mãos, na qual estas mesmas empresas “legislariam” e “julgariam” seus membros de forma arbitrária.

Outrossim, a vertiginosa carreira do *Criminal Compliance* também pode ser entendida como uma reação frontal às denúncias genéricas, à torção e distorção de teorias de concurso de agentes, tais como a teoria do domínio do fato, imputação *top-down* e *bottom-up*. O *Criminal Compliance*, de certa forma, é um reflexo da involução desse estado de coisas.

Segundo Thomas Rotsch, a impressão que os estudos jurídicos sobre *Criminal Compliance* têm causado na Europa e nos Estados Unidos é de que a tentativa de blindar a responsabilidade penal dos sócios, administradores e diretores da empresa não tem sido exitosa, já que cada vez mais a história do Direito Penal tem se revelado favorável à responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Assim, mesmo que se afaste a responsabilidade penal dos sócios, a empresa é condenada e sofre todos os prejuízos comerciais de praxe. Evidentemente, há o benefício de os administradores da

sociedade não serem condenados, mas o prejuízo comercial é inexorável.

Antecipar uma possível responsabilidade penal relacionada a comportamentos futuros é um imenso problema prático. Toda a advocacia criminal, diferentemente das outras especialidades, normalmente trabalha com a perspectiva *ex post*, i.e., após o fato. Assim, com o dano já efetuado, após o resultado naturalístico, é pensada a sua previsibilidade e sua extensão.

Como se já não fossem suficientes as indagações, surge um tema bastante controverso: a responsabilidade penal do próprio *compliance officer*. Imagine uma empresa, que seguiu todas as medidas propostas pela assessoria de *compliance*, ter sido considerada culpada pelos tribunais. Poder-se-ia exigir mais da empresa além de confiar no *compliance officer*? Até que ponto o profissional da área de *compliance* é responsável – civil e penalmente – quando sua assessoria for qualificada pelos tribunais como insuficiente?

Como narrado em nota de roda pé, na Alemanha, o Bundesgerichtshof (BGH) condenou um *compliance officer* entendendo que, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, o profissional teria adotado também uma posição de garantidor e deveria ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado, por obrigação de cuidado, proteção e vigilância.

Ainda nessa esteira, outra indagação há de surgir. Podem ser considerados garantes também os integrantes do conselho de administração? Afinal, eles têm o dever de supervisão dos *compliance officers*. Dessa forma, de nada adiantaria a investidura da empresa, ou pior, só ampliaria a responsabilização criminal.

Embora muito há de semelhante entre os problemas do *Criminal Compliance* com os do Direito Penal Econômico, torna-se cristalino que ele representa um novo objeto de trabalho ainda pouco estudado. Antes de tudo, o principal desafio é, portanto, delimitar quais são suas questões específicas, originais.

Na perspectiva do Estado, o *criminal compliance* busca prevenir e evitar a criminalidade empresarial; e, na ótica empresarial, o mesmo instituto presta-se para blindar – proteger da responsabilidade penal e afastar o perigo da criminalização pessoal – dos administradores e diretores da empresa.

O desafio para o futuro é apresentar soluções científicas sólidas para as questões práticas. Caso este contratempo não seja solucionado, haverá provavelmente um movimento vertiginoso de fuga do *Compliance*.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. Boletim IBCCRIM. Ano 22, nº 255 – Fevereiro/2014 – ISSN 1676-3661.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: de-

ficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance, inHIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (orgs.). Curso modular de direito penal. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, vol. 02.

BARRILARI, Cláudia Cristina; BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance Previne Responsabilidade Penal. In <http://www.conjur.com.br/2013-jul-17/criminal-compliance-previne-responsabilidade-penal-pessoa-juridica>

BIANCHI, Eliza. Criminal Compliance Sob a Ótica do Estudo do Risco. In <http://jus.com.br/artigos/18901/criminal-compliance-sob-a-otica-do-estudo-do-risco>

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O Que é Compliance no Âmbito do Direito Penal. In <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-complianc>

BUONICORE, Bruno Tadeu. Criminal Compliance Como Gestão De Riscos Empresariais. In <http://www.conjur.com.br/2012-jul-01/bruno-buonico-criminal-compliance-gestao-riscos-empressariais>

CANDELORO, Ana Paula P. Compliance 360° : riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo/ Ana Paula P. Candeloro, Maria Balbina Martins De Rizzo, Vinícius Pinho – São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012. p.66.

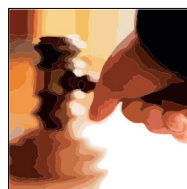
DUMANS, Alexandre Moura. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. Discurso proferido do Instituto dos Advogados Brasileiros em outubro de 2010. Ainda a ser publicado.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Os problemas das Sociedades Anonimas. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1931

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. Ausgabe 10/2010.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. InDret, n. 1, jan. 2012, p.7. Disponível em www.indret.com/pdf/876a.pdf

SAAVEDRA, Giovanni As. Reflexões iniciais sobre criminal compliance In Boletim IBCCRIM . São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.



JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

O ARTIGO 8º. DO CÓDIGO PENAL E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

Por Carmen da Costa Barros*

Em julgamento recente a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, negar provimento ao Recurso de *Habeas Corpus* n. 78684/SP, que visava o trancamento de ação penal por existência de *bis in idem* uma vez que o recorrente-paciente já cumprira pena, exatamente pelos mesmos fatos, em Zurique – na Suíça.

O recorrente-paciente fora processado e condenado na Suíça por fatos configuradores de lavagem de dinheiro oriundo de tráfico de entorpecentes. Tais fatos ocorreram parte na Suíça e, em parte, no Brasil e foram objeto do processo na Suíça.

Em 2010, quando a pena do recorrente já tinha sido extinta pelo cumprimento da sentença condenatória na Suíça, o Ministério Público Federal do Brasil ofereceu denúncia contra ele pela prática do crime de lavagem de dinheiro que teria ocorrido no Brasil.

O relator do Recurso de *Habeas Corpus*, Min. Joel Illan Paciornik, entendeu que apesar de não haver controvérsia quanto à identidade dos fatos, que foram objeto do processo e condenação na Suíça e não se tratar de hipótese de extraterritorialidade condicionada, uma vez que parte dos fatos ocorreu no Brasil e parte naquele País, o Brasil é também competente para julgar o fato. Concluiu, ainda, pela admissão da segunda persecução penal contra o recorrente –paciente, pelos fatos que fora condenado na Suíça, descontando-se de eventual futura condenação, a pena cumprida no exterior, tendo em vista o disposto no art.8º do Código Penal.

Os votos divergentes do Ministro Ribeiro Dantas e do Ministro Reynaldo da Fonseca, entretanto, reconheceram que os fatos eram absolutamente idênticos e que a ação penal contra o recorrente-paciente implicaria em ofensa à clausula que veda o *bis in idem* resultando em violação à garantia fundamental contra a dupla persecução penal.

O voto do Ministro Ribeiro Dantas que abriu a divergência, consignou que o princípio do *ne bis in idem* foi expressamente inserido na legislação brasileira pelo Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992 – art. 14, n. 7, que deu vigência ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos aprovado pela Assembleia-Geral das



Nações Unidas. O dispositivo dispõe que

“Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos de cada país”

O Ministro Dantas Ribeiro afirmou, ainda, que desde a Emenda Constitucional n.45 a hierarquia supralegal das normas contidas nos Tratados Internacionais possui, quando votados pelo Congresso valor constitucional e, quando não votados, valor supralegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal, mas acima da lei ordinária - no caso o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Invocou ainda, importante precedente do Supremo Tribunal Federal consignado na Extradução 1223 de relatoria do Ministro Celso de Melo que ao tratar da matéria decidiu:

- A questão do “Double Jeopardy” como insuperável obstáculo à instauração da persecutio criminis, no Brasil, contra sentenciado (condenado ou absolvido) no exterior pelo mesmo fato - pacto internacional sobre direitos civis e políticos-observância do postulado que veda o “bis in idem”

- Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, a situação de duplo risco, Essa é a razão pela qual a existência de hipótese configuradora de double jeopardy atua como insuperável obstáculo à instauração, em nosso País, de procedimento penal contra o agente que tenha sido condenado ou absolvido, no Brasil ou no exterior, pelo mesmo fato delituoso.

- A cláusula do artigo 14, n. 7 inscrita no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua (a de instrumento normativo impregnado de caráter supra legal ou a de ato revestido de índole constitucional), inibe, em decorrência de sua própria superioridade hierárquica-normativa, a possibilidade de o Brasil instaurar, contra quem já foi absolvido ou condenado no exterior, com trânsito em julgado, nova persecução penal motivada pelos mesmos fatos subjacente à sentença penal estrangeira.

O acórdão do Recurso em *Habeas Corpus* n. 78684 do Superior Tribunal de Justiça está pendente de publicação, mas a matéria é extremamente relevante e merece urgente reflexão dos penalistas tendo em vista o número cada vez maior de Tratados e Convenções de Cooperação Jurídica em matéria penal que o Brasil é signatário.

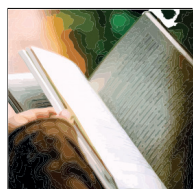
O art. 8º do Código Penal autoriza a persecução penal no Brasil ainda que o agente tenha cumprido pena no estrangeiro.

Essa incongruência do art.8º. do Código Penal à luz da expressa vedação contida no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos pouco é enfrentada na doutrina brasileira. O professor Guilherme de Souza Nucci é um dos poucos doutrinadores que ao comentar o art.8º. concluiu por sua inconstitucionalidade à luz da

Convenção Americana sobre Direitos Humanos no que se refere à vedação do *bis in idem*.

Essa previsão legislativa não se coaduna com a garantia constitucional de que ninguém pode ser punido ou processado duas vezes pelo mesmo fato- consagrada na Convenção Americana dos Direitos Humanos, em vigo no Brasil, e cuja porta de entrada no sistema constitucional brasileiro dá-se pela previsão feita no art.5º., parágrafo 2º. da Constituição Federal. Não é possível que alguém, já punido no estrangeiro pela prática de determinado fato criminosos, tornando ao Brasil, seja novamente processado e, conforme o caso, deva cumprir mais outra sanção penal pelo mesmo fato.

Além violações ao princípio do *ne bis in idem* descritas no voto vencido da lavra do Ministro Dantas Ribeiro no RHC n. 78684-STJ e do Ministro Celso de Mello na Extradução n.1223 -STF, observa-se que a norma do art.8º do Código Penal contém uma outra evidente violação as garantias constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) e- art.5º. incisos LIV e LVII da Constituição Federal, pois desde o início da segunda persecução penal instaurada, o réu já é considerado culpado.



LITERATURA

“BLOOMSDAY”

Por Alexandre Moura Dumans | 8

Parece ser hoje indiscutível que JJ está para a Literatura assim como Einstein para a Física, Marx para a Economia e Freud para Psicanálise. José Miranda Valverde afirma: *“A obra de JJ culmina em Ulisses – é o facto mais alto na experiência da literatura narrativa moderna... a revolução joyceana, pelo que tange à narrativa, desempenhou um papel equivalente à da relatividade na física, à do cubismo e do não figurativismo na pintura, à do funcionalismo na arquitetura, à do vanguardismo na poesia, à do comunismo na política. Não faltaria quem esperasse o acrescento: à da psicanálise”*¹⁹ J. L. Borges devota-lhe nada menos que sua *“Invocación a Joyce”*, do jeito que somente os poetas sabem fazer, assim:

*“Qué importa nuestra cobardia se hay en la tierra
un solo hombre valiente...
qué importa minha perda generación,
ese vago espejo,
Si tus libros la justifican”.*

A obra-prima de JJ é “Ulisses”, romance cômico²⁰ que narra o périplo dos heróis Leopold Bloom e Stephan Dedalus pelas ruas de Dublin, com tamanha precisão geográfica que o próprio JJ chega a dizer que se a cidade fosse destruída poder-se-ia reconstruí-la a partir de sua obra²¹.

E foi exatamente em Dublin, no dia 16 de junho de 1937, que

18 O autor é Presidente da SACERJ

19 José Maria Valverde, “Conhecer JJ e sua Obra”, do original *“Conocer Joyce y su Obra”*; Tradução de João Maia; Editora Ulisseia, página 11;

20 (a) Anthony Burgess: “Ulisses é um grande romance **cômico**. É um dos pouquíssimos livros que fazem alguém rir alto. Seu humor é de uma imensa variedade, indo da comédia de pancadaria irlandesa ao chiste mais refinado” (“Homem Comum Enfim – Uma Introdução a James Joyce para o Leitor Comum”; Tradução de José Antonio Arantes; Cia. das Letras, SP, 1994, página 191); (b) Peter Costello: *“Despite its ‘emetic’ details Ulysses was essentially a comic novel”* (“JJ – The Years of Growth 1882 – 1915”; Pan Macmillan Publishers Limited, London, 1994, página 16);

21 David Norris e Carl Flint: “If Dublin were ever to be destroyed, it could be rebuilt from the pages of my work” (“Introducing Joyce”; Totem Books, Nova York, 1995, página 12)

JJ teve seu primeiro encontro amoroso com Nora Barnacle²², que veio a ser a mulher de toda sua vida. Por essa razão JJ elegeu a data para posicionar no tempo seu romance, que começa às 08h00min do dia 16 e acaba, aproximadamente, às 02h00min do dia seguinte. Esse precioso período de dezoito horas é denominado por seus admiradores de “Bloomsday”.

Para construção do monumento literário que é “Ulisses”, JJ louvou-se na “Odisseia” de Homero e dela extraiu sua estrutura narrativa, estabelecendo similitudes entre personagens, lugares e situações.

Enquanto o grego descreve uma longa viagem, de Tróia a Ítaca, cheia de ciclopes e sereias, o irlandês cria uma densa viagem ao interior da consciência humana, prenhe de sonhos e pesadelos. Homero descreve o mundo exterior (a objetividade, o concreto) e JJ o interior (a subjetividade, o abstrato). Ambos se completam na demonstração da espécie humana como sublime conjugação de corpo e alma.

A característica lúdica de tentar identificar no “Ulisses” as cenas da “Odisseia” – a exemplo da cena das garçonetes no bar que corresponde à das sereias, pois em ambos os casos a graça feminina se expressa da cintura para cima: as primeiras por conta do balcão que lhes oculta da cintura para baixo e as segundas por causa da cauda de peixe - faz do romance um caleidoscópio de enigmas muito agradáveis de serem decifrados, sem pressa, com espírito desarmado e disposto a saborear o lado hilário da vida. A obra é um brinquedo intelectual definitivo, de difícil manejo, mas que proporciona o mais intenso entretenimento literário²³

22 Richard Ellmann: “Estabelecer o Ulisses nessa data foi o mais eloquente tributo indireto de Joyce a Nora, reconhecimento do efeito decisivo dessa ligação com ela na vida dele. Em 16 de junho, como perceberia mais tarde, Joyce entrou com relação ao mundo ao seu redor e deixara para trás a solidão que sentira desde a morte da mãe. Mais tarde ele lhe diria: Você fez de mim um homem. 16 de junho era o dia sagrado que dividia Stephen Dedalus, o jovem insurgente, de Leopold Bloom, o marido complacente”. (“James Joyce”; Tradução de Lya Luft; Ed. Globo, SP, 1989, página 203);

23 (a) Anthony Burgess: “Ulisses é um labirinto no qual podemos entrar em qualquer parte... É um dos poucos livros que podem ser lidos a qualquer hora, enriquecendo qualquer momento... é um livro para a cabeceira. Dizer que é preciso conviver com ele não é fazer uma declaração preconceituosa e partidária, mas expressar com muita objetividade que há nele **carne suficiente** para durar uma vida inteira. Seu escopo é deliberadamente enciclopédico e suas sutilezas e seus enigmas exigem uma espécie de lazer solitário para serem desvendados” (“Homem Comum Enfim – Uma Introdução a James Joyce para o Leitor Comum”; Tradução de José Antonio Arantes; Cia. das Letras, SP, 1994, página 190);

(b) Chester G. Anderson: “É o livro mais ‘consciente’ jamais escrito, ou, dizendo-o em termos aristotélicos, se ‘beleza depende de magnitude e ordem’, então é o **mais belo livro jamais escrito**” (“James Joyce”; Tradu-



Durante muito tempo alimentei o desejo de um dia elaborar um ensaio sobre o “Ulisses”, indicando exatamente suas correspondências com a “Odisséia”, até que fui surpreendido pelo seguinte comentário de Ezra Pound: “Os paralelos com a ‘Odisséia’ são mera mecânica; qualquer idiota pode voltar atrás e rastreá-los”²⁴. Abandonei a missão.

A dificuldade geralmente invocada para a leitura do “Ulisses” é aparente e já foi objeto de longa matéria publicada no *Jornal do Brasil*²⁵. De qualquer modo, pode-se dizer que “Ulisses” é uma leitura difícil ou como diria Anthony Burgess: “Difícil? Sim, claro que é difícil. Mas uma certa dificuldade é o pequeno preço que pagamos pela excitação, riqueza e originalidade”²⁶; ou como também diria Paul Valéry: “Meu fácil me enfada. Meu difícil me guia. Quase todos os livros que eu estimo e absolutamente todos os que me serviram para alguma coisa são difíceis de ler”²⁷. Um dos segredos para vencer essa dificuldade é a leitura em voz alta, ou na rimada expressão dos biógrafos David Norris e Carl Flint: “*when in doubt, read aloud*”²⁸.

Lembro-me de um crítico de JJ que, de certa feita, teria dito mais ou menos o seguinte: “Depois que li “Ulisses” todos os demais romances me parecem frouxos e mal-acabados”. Esse efeito avassalador talvez tenha sido assim identificado por **Otto Maria Carpeaux**: “Quando *Ulisses* foi publicado, todos os romances então já existentes teriam perdido algo do seu valor, ou antes, porém, lembram-se da frase, atribuída a Kierkegaard ou a Marx, de que toda história termina com a paródia de si própria; e vislumbraram em *Ulisses* o ponto final da história do romance, desse gênero típico da burguesia”²⁹.

A variedade de estilos utilizada por JJ no “Ulisses” (narrativa juvenil, catecismo pessoal, monólogo masculino, narrativa madura, narcisismo, incubismo, entimemática, peristáltica, dialética, labiríntica, fuga *per canonem*, gigantismo, tumescência e detumescência, desenvolvimento embrionário, alucinação, narrativa senil,

catecismo impessoal e monólogo feminino) é, decididamente, a demonstração mais candente da potencialidade da Literatura, de sua maiúscula capacidade de oferecer entretenimento e satisfação à humanidade. Viva o “Bloomsday”!

ção de Eduardo Francisco Alves; Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1986, página 109);

24 José Maria Valverde; Obra citada, página 104;

25 Matéria intitulada “A Difícil Leitura até o Final”, publicada no JB de 10 de outubro de 1985 e correspondência enviada pelo autor deste texto, publicada no JB de 12 de novembro de 1985, criticando as opiniões dos senhores Reis Velloso, Eduardo Portela e Manuel Puig em relação à leitura do “Ulisses”;

26 Anthony Burgess; Obra citada, página 213;

27 *Apud* Augusto de Campos, “Hopkins: A Beleza Difícil”; Ed. Perspectiva, São Paulo, 1997;

28 David Norris e Carl Flint: “*Joyce had a musical ear and the sound of prose was always extremely important to him. A golden rule for the reader is when in doubt, read aloud* (“*Introducing Joyce*”; Totem Books, Nova York, 1995, página 4);

29 Otto Maria Carpeaux, “Ensaio Reunidos”, vol. II, UniverCidade Editora e Topbooks Editora, RJ, 2005, página 730.



ENTREVISTA

Antonio Carlos da Gama Barandier



Quais as principais diferenças que você nota entre a advocacia criminal de hoje e a de outrora?

Nos primeiros tempos, o advogado tinha que saber latim. Depois, veio a era das citações dos livros em português. Usávamos as máquinas de escrever. A advocacia de hoje exige muito mais a utilização da tecnologia, que proporciona certas vantagens com agilização e comunicação mais fácil. Mas a advocacia sempre foi um desafio e ao mesmo tempo uma paixão. Autores, filósofos, como Voltaire, assinalaram que a advocacia é a mais bela das profissões. A advocacia criminal moderna tem advogados excelentes, mas não vejo superioridade em relação às gerações anteriores. Minha geração teve notáveis criminalistas. O advogado tem que defender o cliente como a Constituição exige, com amplitude e colocando todos os esforços para subtrair a presença da acusação no Tribunal.

A atual onda punitivista é temporária ou veio para ficar?

Essa onda punitivista é um sinal, um alerta no sentido de que se encaminha para a truculência, para o autoritarismo. E sempre foi

assim! Os autoritários, numa linha fascista, pedem penas duras, violentas, sem nenhum sentido. O direito penal do arbítrio caracteriza as ditaduras e as tiranias. Querem hoje novamente retirar as garantias fundamentais do acusado. Num artigo publicado no Jornal do Brasil em 1992, sob o título “o golpe está aí”, eu comentava sobre a ideologia repressiva, que conta com a crença dos leigos, estimulada pelos pseudotécnicos, para substituir o democrático “apurar e julgar” pelo fascista “prender e punir”. E naquele momento, há 26 anos, eu alertava para a necessidade de se reagir à impostura, porque já percebia o crescimento desse discurso do engodo. Espero que essa atual onda punitivista seja temporária. Enfrentá-la é dever dos advogados.

Conte-nos sobre a sua experiência na auditoria militar.

A experiência na auditoria militar, nos tempos da ditadura militar, foi riquíssima. Presenciei vários lances impressionantes que envolveram os militares e a polícia de maneira geral e do outro lado aqueles que acreditavam e lutavam pela democracia, pela liberdade, por tudo que a Constituição de 1988 expôs de maneira tão lúcida e abrangente. A vivência mostrou como a defesa se tornava cada vez mais importante num período de autoritarismo. Não havia *habeas corpus* e havia pena de morte. Defendi vários presos políticos, e alguns casos estão relatados no livro que escrevi sobre o tema. Havia uma diferença muito grande em relação aos processos em que nós estávamos acostumados a funcionar. Muitas vezes o advogado vivia situações dramáticas até para ver um cliente, para examinar a acusação ou os autos de um inquirido. A lei era dura, concebida para liquidar o réu, mas os advogados surgiam como escudo na defesa do cliente.

Diante da atual conjuntura política, você acha que vamos reviver essa luta?

Há todos os indícios para dizer que sim. Mas eu confio que o Brasil não volte a uma situação não o engrandeceu. Acontece que logo depois das “Diretas Já”, campanha que apaixonou setores da população, a defesa da democracia se resumia a meros slogans que logo perdiam a vitalidade. A Constituição de 1988, chamada por Ulysses Guimarães de Constituição Cidadã, sofreu e sofre vários arranhões porque não se cumpre um compromisso que todos assumimos. E através de um Direito Penal rigoroso, autoritário, se pretende desmoralizar as conquistas do próprio Direito Penal e do Processo Penal. Buscam até interpretações no Processo Civil, que é diferente porque não contempla o princípio da presunção de inocência, o princípio da ampla defesa, nenhum dos princípios que informam o Direito Processual Penal.



Assistimos no Brasil um fenômeno impressionante: de um lado, menospreza-se as garantias dos próprios cidadãos, e de outro, há uma mentalidade punitiva, uma mentalidade que eu diria fascista, segundo a qual tudo se resolve com punições longas e impiedosas. Uma pesquisa realizada em 2005 mostrou que a maioria dos brasileiros apoiava a violência direta contra cidadãos detidos. Uma parcela considerável da população era a favor de punições ilegais. Entre os consultados, 40% achavam certo, por exemplo, o estuprador sofrer a mesma violência por outros presos.

Barandier, fale sobre o Júri. Os crimes econômicos subtraíram do Júri o protagonismo do interesse público pelas coisas da Justiça?

Por que?

O Júri foi o palco principal, digamos assim, das gerações passadas, que levavam aos tribunais grande público. E era, como dizia Bandeira Stampa, o povo debatendo com o povo. Depois vieram à tona crimes econômicos, que realmente despertam interesse muito grande da população, até mesmo em razão da grande exposição proporcionada pelos órgãos de comunicação. Nesses casos, exige-se mais tecnicismo do que ardor defensivo. Mas o Júri não perdeu a sua importância. Eu diria que não há modificações relevantes no Júri, salvo na introdução dos modernos recursos tecnológicos.

No arquivo do seu escritório, há duas pastas tidas como muito importantes: “jurisprudência favorável” e “bestiário”. Pode dar alguns exemplos desses documentos?

Posso. Eu costumava analisar decisões judiciais e registrar o que fosse favorável aos meus clientes. Chegou a um ponto em que eu tinha tudo o que ajudaria à defesa nos temas discutidos, numa época em que não havia computador pessoal. Então, criei a pasta “jurisprudência favorável” para arquivar esse material, e ela existe até hoje.

A pasta “bestiário” reúne documentos com dizeres absurdos, engraçados e pitorescos de advogados, promotores e juizes. Há, por exemplo, uma antiga manifestação de um Procurador na qual ele dizia que “o réu foi beneficiado com a extinção da punibilidade pela morte”; tem uma petição em que um escritório de advocacia pede a nomeação de falecida irmã da requerente como inventariante; também tem uma decisão em que o juiz nega antecipação de tutela para portadores de AIDS dizendo que não havia risco de dano irreparável, pois todos somos mortais e “mais dia menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus!”

Quando eu era escrevente do II Tribunal do Júri, antes de começar a advogar, criei um boletim, chamado “O Tombo”, autodenominado o órgão de menor circulação no país. Só que ele foi apreendido pela juíza sumariante. Mas ao tomar conhecimento, o juiz presidente, Dr. Bandeira Stampa, que gostou do boletim, me chamou e determinou que fosse publicado todo mês, senão ele puniria os responsáveis. O título do boletim tinha o significado, de um lado, do livro em que se registra os processos e, de outro lado, também, dos “tombos” que as pessoas tomavam no exercício de suas atividades. Teve uma nota, por exemplo, que foi a seguinte: num registro policial constava que “o cadáver foi visto pouco antes pedalando uma bicicleta”. O mais engraçado é que, na medida em que “O Tombo” ficou conhecido no Fórum, as pessoas queriam aparecer nele. Certa vez, um advogado reclamou que nunca fora citado. Aí eu coloquei uma nota na edição seguinte mais ou menos assim: O advogado tal pediu para ser citado. Está atendido.