

CADERNOS

Dereito
Actual

Número XX | 2023

Volumen Extraordinario

ISSN 2340-860X

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 20– 2023

Volumen Extraordinario - Mayo

ISSN 2340-860X

Cadernos de Direito Actual
Nº 20. Extraordinario - Mayo - 2023

EQUIPO EDITORIAL DEL VOLUMEN EXTRAORDINARIO

Director: Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Secretaria del volumen extraordinario: Sarah Gonçalves Ribeiro. *Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.*

COMITÉ CIENTÍFICO y COMITÉ EVALUADOR

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Consuelo Ferreiro Regueiro**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Juan Fernando López Aguilar** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rogelio Pérez-Bustamante González** *Universidad Rey Juan Carlos*, **Rufina Hernández Rodríguez**, *Tribunal Superior Popular de la Habana (Cuba)*, **Irene Maria Portela**, *Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Portugal)*, **Marcos Augusto Pérez**, *Universidade de São Paulo, (Brasil)*, **Alessandro Rosanó** *University of Padova (Italia)*, **José Julio Fernández Rodríguez** *Universidad de Santiago de Compostela*, **Camila Clarisse Romero Gomes**, *Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)*, **Emilia Santana Ramos**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Dávid Barczy**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andes (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Daniel Camilo Beltrán Casti-blanco**, *Pontificia Universidad Javierana de Bogotá (Colombia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Manuel Pérez Rodríguez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**, *Universidade de São Paulo*, **Gabriel Martín Rodríguez**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Gemma Minero Alejandre**, *Universidad Autónoma de Madrid*. **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**,

Universidade Federal de Sergipe, (Brasil), Márcio Luís de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil), Lucas Gonçalves da Silva, Universidade Federal de Sergipe, (Brasil), Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, (Ecuador), Lucio Pegoraro, Università di Bologna, (Italia), Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal), Natalia Pérez Rivas, Universidad de Santiago de Compostela, Cristiane Elias Campos Pinto, Universidade Católica de Santos, (Brasil). Sebastián Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil), Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil), Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil), Gilberto Atencio Valladares, Universidad de Salamanca, (España), J. Eduardo Amorim, Universidade do Porto, (Portugal), Celso Hiroshi Iocohama, (Universidade Paranaense, Brasil), Salvador Tomás Tomás, (Universidad de Murcia), Viviane de Sêlos Knoerr, (Unicuritiba), Juan Emilio Oviedo Cabañas, (Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) Armando Rovai, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), Felipe Chiarello, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), João Relvão Caetano, (Universidade Aberta, Portugal), Irene Patricia Nohara, (Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie), Ignacio Covarrubias Cuevas, (Universidad del Desarrollo, Chile), Enoque Feitosa, (Universidade da Paraíba, Brasil), Lorena Freitas, (UNIPÊ, Brasil), Sidney Guerra, (Universidade do Rio de Janeiro, Brasil), Maria Teresa Alonso (Universidad de Zaragoza, España), Gonzalo Martínez Etxeberria, (Universidad de Deusto), Vânia Aieta, (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil), Flávio Martins, (Damásio Educacional, Brasil). Jose Eduardo Cardozo (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). José Barroso Filho (Superior Tribunal Militar do Brasil). Angelo Viglianisi Ferraro (Università Mediterranea, Italia). Márcio Aleandro Correia Teixeira (Universidade Federal do Maranhão, Brasil). Daniela Serra Castilhos (Universidade Portucalense, Portugal). Carlos García Soto (Universidad Monteávila, Venezuela). Claudia Gurgel (Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil). João Proença Xavier (Universidad de Salamanca). Santiago Trujillo Santana (Universidad Fernando Pessoa, Canarias). Cláudia Ribeiro Pereira Nunes (Universidade Veiga de Almeida, Brasil). Jorge Miranda (Universidade de Lisboa, Portugal). Nuno Garoupa (Texas A&M University School of Law, EEUU). Marco Olivetti (Università LUMSA, Italia). Deilton Ribeiro Brasil (Universidade de Itaúna-MG, Brasil). Beata Stepień Zalucka (University of Rzeszów, Polonia). María Camacho Zegarra (Universidad ESAN, Perú). Antonio-Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela, España). José Ignacio Martínez Estay (Universidad de los Andes, Chile). Valter Moura do Carmo (Universidade de Marília, Brasil), Hadassah Santana (Universidade Católica de Brasília, Brasil). Letícia Mirelli Faleiro e Silva (Universidade de Itaúna, Brasil). Eduardo Leite (Instituto Latino Americano das Nações Unidas, Brasil). Ana Maria Davila Lopes (Universidade de Fortaleza, Brasil). Oscar Coronado Rincón (Universidad de Sonora, México). Erick Urbina Lovón (Universidad de Lima, Perú). Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de San Marcos, Perú). Eduardo Vera-Cruz Pinto (Universidade de Lisboa, Portugal). Marco Antonio Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). Diana María Molina Portillo

*Universidad de Nariño, Colombia). **Karlos Navarro Medal** (Universidad Centroamericana y Americana de Nicaragua, Nicaragua). **Livia Gaigher Campello** (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasil). **Enrique Díaz Bravo** (Universidad Santo Tomás, Chile). **Alejandro González-Varas Ibáñez** (Universidad de Zaragoza, España). **Juan Manuel Rodríguez Calero** (Universidad de La Laguna). **Joel Hernández García** (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). **Geison López Barrantes** (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica). **Paulo de Brito** (Universidade Lusófona do Porto). **Priscila Luciene Santos de Lima** (Universidade Presbiteriana Mackenzie).*

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN:** 2340-860X - **ISSNe:** 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

- Conhecimento e saber na era digital: riscos, desafios e limites
Nereu José Giacomolli 08
- Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal
Aury Lopes Jr. & Salah H. Khaled Jr. 23
- Limites éticos e jurídicos à produção do ato jurídico estatal com base em inteligência artificial: o ato jurídico produzido sem consciência ou vontade
Maurício Zockun & Carolina Zancaner Zockun 40
- O *ius commune* latino-americano e o direito brasileiro: uma estratégia para superação das permanências autoritárias e democratização do processo penal
Denise Luz 58
- Contornos legais do crime de operação não autorizada de instituição financeira: uma análise dos casos de empréstimo consignado por associação de servidores
Eugênio Pacelli de Oliveira & Federico Horta 76
- Defesa técnica: da defesa deficiente ou de “quando o direito saiu de férias”
Geraldo Prado 98
- Libre convencimiento judicial y verdad: crítica hermenéutica a las teorías de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán
Lenio Luiz Streck & Luã Nogueira Jung 118
- A falácia da isonomia entre as partes no processo penal brasileiro: quando a estruturação material e orçamentária importa!
Leonardo Costa de Paula & Vinícius Diniz Monteiro de Barros 134
- Processo penal autoritário e as relações entre polícia e justiça na conferência judiciária-policia de 1917
Manuela Abath Valença 157
- Actos preparatorios y tentativa: el sacrificio de la legalidad en nombre de la seguridad antiterrorista en la legislación brasileña
Paulo César Busato 176

Las reformas de los sistemas de justicia criminal latinoamericanos: ¿modelos acusatorios, racionalidad neoliberal?

Ricardo Jacobsen Gloeckner

191

A proteção de dados no brasil em face das demandas de segurança pública e persecução penal: limites e possibilidades

Rogério Gesta Leal

221

La solución consensual de los casos penales: el acuerdo de no persecución penal brasileño

Rodrigo Leite Ferreira Cabral

246

CONHECIMENTO E SABER NA ERA DIGITAL: RISCOS, DESAFIOS E LIMITES

Knowledge in the digital age: risks, challenges and limits

Nereu José Giacomolli¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumário: 1. Introdução; 2. O conhecimento-guia e as novas tecnologias; 3. Navegando na era digital; 4. A missão da docência na construção do saber na era digital; 5. Superando o ensino tradicional; 6. Desafios no processo ensino-aprendizagem na era digital; 7. Riscos e limites na era digital; 8. Considerações finais; 9. Referências.

Resumo: a informação e o conhecimento antecedem a construção do saber ou do conhecimento-guia, em todas as ciências, atingindo o direito, inclusive seu processo de ensino-aprendizagem. Riscos, desafios e necessidade de limites ao emprego das novas tecnologias, da inovação, mormente da inteligência artificial, são problemáticas contemporâneas que necessitam de uma substancial e urgente reflexão. A abordagem tem por escopo investigar a realidade virtual contemporânea, produzida pelas inovações tecnológicas, mormente pelo emprego da inteligência artificial e de suas múltiplas metodologias. A estrutura textual e do pensamento utiliza a metodologia explicativa-descritiva, avançando na perspectiva hermenêutica e teleológica, inserindo-se na perspectiva do pensamento complexo, considerando as singularidades e especificidades, sem olvidar e negar o ser humano (fundamento material do sistema) afetado pelas inovações. A relevância e o impacto se revelam em face da exponencialidade com que as novas tecnologias estão sendo empregadas em todos os ramos do conhecimento e do direito, inclusive no processo de ensino-aprendizagem, produzindo profundas modificações na realidade vital.

Palavras-chave: Novas Tecnologias. Era Digital. Saber. Riscos. Limites.

Abstract: the information and knowledge precedes the construction of knowledge or knowledge-guide, in all sciences, reaching the law, including its teaching-learning process. Risks, challenges and the need for limits on the use of new technologies, innovation, especially artificial intelligence, are contemporary issues that require substantial and urgent reflection. The scope of the approach is to investigate contemporary virtual reality, produced by technological innovations, especially by the use of artificial intelligence and its multiple methodologies. The textual and though structure uses the explanatory-descriptive methodology, advancing in the

¹ Doutor em Direito pela *Universidad Complutense de Madrid*, Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil (PUCRS), vinculado ao Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais, onde leciona a disciplina de processo penal e sistemas jurídico-criminais comparados, respectivamente. Líder do projeto de pesquisa "Processo Penal na Era Digital" e do Grupo de Estudos Processo Penal Contemporâneo: fundamentos, perspectivas e problemas atuais. Pesquisador Integrado do *Ratio Legis* - Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal, no Projeto *Corpus Delicti*, Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional. Desembargador jubilado do Tribunal e Justiça do Rio Grande do Sul, Brasil, Advogado e consultor jurídico.

hermeneutic and teleological perspective, inserting itself in the perspective of complex thought, considering the singularities and specificities, without forgetting and denying the human being (material foundation of the system) affected by the innovations. The relevance and impact are revealed in view of the exponentiality with which new technologies are used in all branches of knowledge, including in the teaching-learning process, producing relevant impacts on vital reality.

Keywords: New Technologies. Digital Age. Knowledge. Risks. Limits.

1. INTRODUÇÃO

Há fatos e circunstâncias, na atualidade, que rompem o analógico previsível e estático, rumo à perspectiva do digital, inovadora e dinâmica. Entre os vários fatos, põe-se de relevo alguns deles. Noticia-se que até 2030, mais de um bilhão de pessoas estarão integradas no mundo paralelo do metaverso, possibilitando-se o ingresso com um capacete e um *software*, tendo a 75ª edição do festival de Cannes, de 2022, operado no metaverso. Modelos geoespaciais (*hotspots* – pontos de acesso) estão sendo substituídos, gradativamente, por instrumentos de inteligência artificial (IA) que utilizam as técnicas de *big data* para investigar condutas passadas e acessar a fase preparatória do crime, identificando não apenas os *hotspots*, mas um rol de prováveis delinquentes, geradas por algoritmos (*heatlists* - listas de calor). O software *strategic subject list* é utilizado para “ranquear” indivíduos, em pontuações de 0 a 500, como potenciais infratores ou vítimas. Na lista de Chicago, por exemplo, em idade entre 20 a 29 anos, os brancos ocupam apenas 2%. Marck Zuckerberg, da meta (facebook), está trabalhando em uma nova classe de inteligência artificial (IA), permitindo a geração de mundos virtuais, tendo mostrado o *builder bot* (robô construtor), o qual não passa de um avatar em 3d, que aparece em uma ilha e dita comandos para que o sistema crie uma praia, adicione nuvens, árvores, etc. O facebook, ao mudar o algoritmo com a intenção de incrementar a interação familiar, inesperadamente, observou que a consequência foi o aumento de conteúdos agressivos na rede, segundo o *wall street journal* de 15/09/2021. Redes neuronais e novas experiências com o cérebro humano poderão desencadear novas realidades vitais.

A utilização das novas tecnologias se verificam desde o policiamento (predição)², na investigação criminal e na obtenção da prova (monitoramento eletrônico, agentes infiltrados digitais, georreferenciamento, *GPS*, reconhecimento facial, *surveillance*, *datavallence*, mineração de dados, por exemplo), no processamento criminal (virtualização do procedimento, videoconferências, por exemplo), no julgamento e administração da justiça criminal (juiz robô, cortes on-line, processo eletrônico, decisões por algoritmos) e na execução das sanções (*smart prisons*, monitoramento do preso). Portanto, o impacto do projeto é relevante ao sistema criminal, mormente ao processo penal, na medida em que essas inovações produzem importantes alterações no *modus procedenti* dos sujeitos e nos atos de investigação, de prova no processo, nos procedimentos e na administração da justiça.

O presente artigo pretende responder à seguinte problemática: quais os riscos, desafios e limites que o emprego das novas tecnologias, mormente da inteligência artificial está produzindo e produzirá no direito, inclusive no processo ensino-aprendizagem? É possível estabelecer algumas respostas prévias à problemática trazida, sem prejuízo da confirmação no todo ou em parte. A utilização dos algoritmos, dos dados, da inteligência artificial já é uma realidade no âmbito

² Para Elisa Macrì a predição se aplica em diversas atividades, inclusive também na decisão judicial. In: MACRÌ, E. “Intelligenza artificiale e giustizia predittiva”, em: VIGLIANISI FERRARO, A. *Tratado de inteligencia artificial y derecho en el nuevo milênio*, Olejnik, Santiago-Chile, 2022, p. 406.

criminal e está produzindo profundas modificações nas metodologias tradicionais empregadas no direito, nisso incluído o processo ensino-aprendizagem. Contudo há riscos de vieses algoritmos como já encontrado nos reconhecimentos faciais nos EUA, do aumento da exclusão (exclusão digital) e do dogma da verdade algorítmica, com a digitalização do cotidiano. Por isso, é necessário e possível estabelecer limites, a partir de diplomas internacionais e da normatividade constitucional doméstica, com priorização do ser humano, base ética irrenunciável, na medida em que os avanços tecnológicos deverão estar a serviço do ser humano e não este a serviço da tecnologia.

A construção do texto emprega a metodologia explicativa-descritiva, avançando na perspectiva hermenêutica e teleológica, inserindo-se na perspectiva do pensamento complexo³, considerando as singularidades e especificidades (microtodo), sem olvidar e negar o ser humano (fundamento material do sistema) afetado pelas inovações – metodologia analética (Dussel). A relevância e o impacto se revelam em face da exponencialidade com que as novas tecnologias estão sendo empregadas em todos os ramos do conhecimento e do direito, inclusive no processo de ensino-aprendizagem, produzindo profundas modificações na realidade vital.

As inovações tecnológicas, o emprego da inteligência artificial, a estruturação algorítmica são realidades que aumentam progressivamente e adentram no mundo do direito e influenciam, sobremaneira, todo o sistema jurídico. Situar os fenômenos da era digital em uma perspectiva crítico-construtiva, na perspectiva do conhecimento-guia constitui-se no objetivo geral da abordagem. Propiciar a reflexão, discussão acerca do quanto as inovações tecnológicas influenciam na construção do saber, quais seus desafios, riscos e limites no direito, constituem-se objetivos específicos.

A relevância de investigar essa nova realidade criada pela inovação, a qual, juntamente com a dinâmica, se constituem na “lógica do ser vivo”⁴, mormente pela utilização de algoritmos e da inteligência artificial, se infere da utilização cada vez mais constante dessas novas metodologias, em todos os ramos do conhecimento, inclusive no direito.

Num primeiro momento, o artigo aborda o conhecimento-guia diante das novas tecnologias. Após, navega na era digital da quarta revolução industrial. A seguir trata da missão da docência na construção do saber na era digital e das superações do ensino tradicional. Depois, refere os desafios do processo ensino-aprendizagem na era digital. Ainda, trata dos riscos e limites na era digital para, ao final, tecer algumas considerações a guisa de conclusão.

2. O CONHECIMENTO-GUIA E AS NOVAS TECNOLOGIAS

A aprendizagem abarca o conhecimento e o saber. O dizer que “é assim”, “sempre foi assim”, “não sei” e também o “já sabia” revelam o alheamento do processo de aprendizagem, bem como uma rejeição *in limine* do conhecimento e do saber, evidenciando ignorância, cujo custo supera o investimento em conhecimento. A informação catalogada nos planos de ensino das disciplinas ou distribuídas

³ Complexo no sentido de *complexus*, do que é “tecido em conjunto”, capaz de relacionar, contextualizar e religar diferentes saberes ou dimensões da vida. Refere Morin, que a humanidade necessita de mentes mais abertas e de escutas mais sensíveis, de pessoas responsáveis e comprometidas com a transformação de si e do mundo.

⁴Jean-François Raux explica que as palavras “dinâmica” e “inovação” se constituem na lógica do ser vivo porque a vida é movimento e equilíbrio dinâmicos, os quais acabam com a morte. A inovação é a força proveniente dessa realidade vital, a qual suporta a evolução biológica e social. Refere que a evolução biológica possui um poder incomum de inovação, o mesmo ocorrendo com a evolução social, em face das especificidades do ser humano: consciência e intencionalidade. *In: RAUX, J.F., “Elogio da filosofia para construir um mundo melhor”, in: MORIN, E. A sociedade (...) Ob. Cit., p. 13.*

apresentam dados perceptíveis, mas não ainda o conhecimento a ser formado pela absorção do que captado na interação com a complexidade da constituição do ser (implicações subjetivas) e do entorno, das ideias, símbolos, arranjos sociais e políticos, valores e normatividade tradicional (objetividade).

A revolução tecnológica nos fornece apenas o conhecimento-meio (informação) ou conhecimento técnico (limitado), mas não o conhecimento-guia (saber), com aplicação prática do conhecimento. Podemos estar dobrando e triplicando a informação e o conhecimento com as novas tecnologias. Contudo, isso não significa incremento ao saber. Este perpassa a tradição e o pensamento moderno. Insofismavelmente, o individualismo, a violência, o tempo e a memória influenciam no ritmo do conhecimento-guia. A instantaneidade temporal contemporânea, incrementada pela inovação e pelas novas tecnologias, mormente pelos algoritmos de inteligência artificial, desmarca as horas do relógio, qual energia e matéria. Desacelerar, problematizar, tensionar a realidade, pensar e meditar parecem situarem-se em outra dimensão, mas se constituem em uma necessidade na era digital. Pensar sobre o que fazemos pode evitar a superficialidade vazia e panfletária das mídias sociais, a qual ofusca o saber, operando no presenteísmo ou do “aqui e agora”, condensando-se o futuro e o passado no presente. De qualquer maneira, o infantilismo e a instantaneidade contemporânea da era digital informam um estilo de vida no qual estamos inseridos, conscientes ou não desta realidade vital.

Segundo Chesneaux, vivemos em uma sociedade do efêmero, a qual privilegia o instantâneo (*instant cofffe*), o clipe, o momento zero, onde tudo parece ser descartável, cujo sentido de duração, do ser-no-tempo (Heidegger), bem como da gestão do tempo são problemáticas^{5 6}.

Não há como estancar o tempo e nem a velocidade natural, mas podemos gerir metodologicamente o tempo a favor do cuidado com o ser humano e com o ecossistema planetário⁷. A superficialidade eficientista e tecnológica empodera a aceleração, permitindo um deslocamento espacial em alta velocidade, sem deslocamento. Segundo Marc Guillaume, a nossa sociedade qualifica-se como moderna, um elemento temporal, ao invés de ser definir a partir de um princípio intemporal, de modo que valoriza o tempo e a mudança. Por isso, identifica duas temporalidades: uma das organizações e suas estratégias (técnicas, econômicas, administrativas) que aceleram os acontecimentos e as invenções e outra do ser humano comum e de suas táticas, hábitos, crenças e resistências a formar a trama social e cultural. Foi o desenvolvimento das “instituições provenientes da informação, das regras e das empresas industriais, das regras, dos objetos que dão forma a um modo de vida”, segundo Guillaume, que possibilitou esse domínio sobre o tempo do ser humano. Por isso as crises é contemporâneo com a ordem industrial⁸. Há uma crise de temporalidade e um tensionamento entre a velocidade das organizações (produtos, aparelhos de celular, computadores...) e a do ser humano, do refletir, do pensar, da construção do saber.

Esse paradigma de movimento, de aceleração e locomoção superou a estaticidade do medievo (séc. XVI), também por influxo do expansionismo terrestre e marítimo, das cruzadas e das guerras e incrementou-se no decorrer do tempo. Mas foi no século XIX que se passou a refletir com mais intensidade acerca do tempo, da

⁵CHESNEAUX, J. “Tiranía do efêmero e cidadania do tempo”, in: MORIN, E. *A sociedade (...)*, Ob. Cit., p. 119.

⁶GUILLAUME, M. “A competição das velocidades”, in: MORIN, E. *A sociedade (...)*, Ob. Cit., p. 119.

⁷Neuro José Zambam trata da metáfora da “casa comum”, extraída da Encíclica “Laudato si”, influenciada pelos debates sobre políticas de desenvolvimento sustentável, de recursos naturais e ambientais. In: ZAMBAM, N.J. “Ética e inteligência artificial: a responsabilidade humana como cuidado da ‘casa comum’”, em: VIGLIANISI FERRARO, A. (coord.), *Tratado de inteligencia artificial y derecho em el nuevo milênio*, Olejnik, Santiago-Chile, 2022, p. 143.

⁸GUILLAUME, M. “A competição das velocidades”, in: MORIN, E. *A sociedade (...)*, Ob. Cit., pp. 109-110.

“falta de tempo”, principalmente ao lazer, o que conduzia e conduz à falta de tempo para meditar, pensar e refletir. Há uma mudança referencial da terra para a luz (maior velocidade). No século XXI, com a inovação e as novas tecnologias, mormente dos algoritmos de inteligência artificial, o “fazer sem pensar” e automatizado exponencializaram-se, reduzindo a estruturação do saber, os questionamentos acerca da certeza e da verdade, mitos que parecem superados e incontestáveis pela “verdade algorítmica”. Quiçá estamos vivendo uma era de extremos e de vazio desconstrutíveis não só do ser humano, mas do ecossistema vital. Ferramentas forjadas na era digital, como os aparelhos celulares, assumem importância vital, como se novos membros do corpo biológico fossem (outro braço, outro neurônio). Velocidade e novas tecnologias se incorporam ao mundo material e ao mundo neurobiológico^{9 10 11}.

A ilusão de estabilidade e de absoluto do tempo social (anos, meses, dias, horas...), construído como sendo universal, marca a civilização ocidental. Quiçá nesta era digital se avance a um tempo cósmico, em uma concepção mais macro, de um “tempo da terra”, a construir novos saberes e propiciar a evolução do ser humano. Mesmo a repetição dos ponteiros do relógio ou de suas batidas repetidas, em círculo, incorpora e projeta o que já se foi, o passado ao presente.

O processo ensino-aprendizagem explica a cultura, constitutiva de ideias, valores, normas tradicionais, símbolos, mas ao mesmo tempo, na complexidade contemporânea, esse processo é explicado pela cultura, de modo que as linguagens, e os conceitos estão conectados de modo não linear, mas vinculadas ao elemento “poder”, o qual é alheio à neutralidade. A cultura representa um arsenal necessário para compreender. No mundo jurídico, da decisão pelo oráculo à sentença proferida por um humano (racionalidade aparente) e a pretensão de decisões por um robô (tecno-oráculo?), com ou sem controle humano, inseparável a influência da cultura. As inovações tecnológicas afastarão o sistema de crenças, da magia e do oráculo? De qualquer forma, sempre haverá um terceiro diante das incapacidades e limitações do ser humano. Assim como o julgador humano continuará imprescindível^{12 13}, as novas tecnologias necessitarão do professor humano para estabelecer o conhecimento-guia. Por mais aproximação da racionalidade informada pelas novas tecnologia, a cultura de um povo continuará contendo o componente da sacralidade da tradição.

O cuidado com o ser humano, uma exigência frente à pretensão de cientificidade racional, protege a cidadania e o ecossistema vital terrestre, frente ao poder¹⁴ bruto das máquinas (não são produtos da cultura) e dos que as alimentam

⁹BEAR, M.F; CONNORS, B.W. & PARADISO, M.A. *Neurociências: desvendando o sistema nervoso*, Artmed, Porto Alegre, 2017.

¹⁰Paulo César Busato também faz análise sobre os fundamentos das neurociências, dos sistemas sensoriais e motor, bem como do encéfalo em mudança e do comportamento. In: BUSATO, P.C. *Neurociência e Direito Penal*, Atlas, São Paulo, 2014.

¹¹Ainda: TARUFFO, M. & FENOLL, J.N. *Neurociencia y proceso judicial*, Marcial Pons, Madri, 2013.

¹²ROSA, A.M. & BOEING, D.H.A. *Ensinando um robô a julgar*, EMais, Florianópolis, 2020.

¹³Sobre a discussão acerca da possibilidade ou não de haver atos humanos insubstituíveis. In: GRECO, L. *Poder de Julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

¹⁴Segundo Max Weber, um dos componentes da tríade da sociologia clássica, ao lado de Durkheim e Marx, já relacionava o exercício do poder com a dominação, a essência do poder. Essa dominação, segundo Weber, pode se dar de três formas. Dominação legal: uma dominação por meio de leis, na medida em que a lei permite o exercício do poder, tanto na esfera do Executivo, quanto do Legislativo e do Judiciário. Atualmente podemos identificar outros poderes, os denominados “poderes de fato” tanto em outras instituições (Ministério Público - acusatório, Polícia - investigatório...) quanto na sociedade (corporações midiáticas, v.g.). Também, na contemporaneidade, não podemos descartar as hipóteses de que há poderes que atuam à margem da lei, como o das milícias formadas por agentes do Estado, por associações e organizações criminosas, nacionais e internacionais. Dominação tradicional: a

(vieses autoritários e destrutivos da vitalidade humana). Por isso, a resistência à destruição do direito, da vida, da democracia e do professor humano a cuidar dos humanos que buscam não só informação, mas a construção do conhecimento que os conduzirá ao saber.

3. NAVEGANDO NA ERA DIGITAL

Como bem enunciado pelo Parlamento Europeu, estamos em plena era da robótica, da inteligência artificial. Enfatiza que a humanidade estaria no limiar de uma era em que os *bots* e outras manifestações de inteligência artificial, cada vez mais sofisticadas, estariam a desencadear uma nova revolução industrial, de modo a afetar a integralidade da sociedade, exigindo-se uma intervenção legislativa ponderativa dos efeitos jurídicos e éticos, sem impor entraves à inovação¹⁵.

A quarta revolução industrial recebe a marca da convergência de tecnologias físicas, digitais e biológicas. Klaus Schwab afirma que há três razões para sustentar a ocorrência desse quarto movimento industrial: velocidade, amplitude, profundidade e impacto sistêmico¹⁶. Diferentemente das outras revoluções, imersa em um mundo multifacetado e profundamente interconectado, a quarta revolução industrial evolui em um ritmo exponencial e não linear. Por isso, há uma evolução constante de tecnologias, onde novas ferramentas geram outras ainda mais especializadas e qualificadas. Em relação à amplitude e profundidade, Schwab sustenta que a revolução digital, combinada com outras técnicas e tecnologias constitui-se na base desse movimento, produzindo uma ruptura de paradigmas sem precedentes na economia, nos negócios, na sociedade e nos indivíduos. Esse movimento não modifica apenas “o que” e “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos. Ademais, essa revolução envolve a transformação de sistemas inteiros entre sociedades, países e toda a estrutura econômica e industrial da rede social, gerando um impacto sistêmico relevante no contexto mundial.

Esse movimento de expansão algorítmica, virtual e digital não se refere apenas a sistemas e máquinas inteligentes e interconectadas, mas de ondas de novas descobertas, decorrente do aprimoramento tecnológico e da interconexão entre áreas do conhecimento, como a inteligência artificial, o *machine learning*¹⁷, o sequenciamento genético, a nanotecnologia, a computação quântica e as energias renováveis. É uma revolução capitaneada pela inteligência artificial, por computadores e por robôs, na qual a fusão entre todas essas tecnologias e a

dominação se dá pela tradição, pelos comportamentos, atividades, pela atuação que vem sendo praticada e aceita. Dominação carismática: se justifica pelo apoio popular ao líder carismático, que possui o dom de atrair esse apoio popular, principalmente do senso comum, que é feito por discursos, aparições ao lado de pessoas influentes, por decisões que receberão o apoio da grande massa. Napoleão Bonaparte, Hitler, Mussolini, Getúlio Vargas, Fidel Castro, para não citar atores brasileiros da atualidade. Esses sujeitos carismáticos tendem a agir *a latere* das garantias penais e processuais, por pensarem que o apoio da massa justifica a sua conduta. Isso não passa de um retorno à fundamentação da punição pelo oráculo e à vontade divina, com sacralização da tradição sem sujeição à lei.

¹⁵Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, fez recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil acerca da Robótica (2015/2103(INL). In: PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu - de 16 de fevereiro de 2017 - 2015/2103 (INL)*, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html, acesso em 15/04/2023.

¹⁶Em: SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*, Edipro, São Paulo, 2016, pp. 15-16.

¹⁷*Machine Learning* - ML é um conjunto de métodos para detectar padrões em dados de forma automática e, utilizando esses padrões, realizar uma projeção ou encaminhar uma ação. “Se refere à capacidade da máquina em apreender sem ter sido previamente programada, quer dizer, adquirir conhecimento a partir da experiência”. In: MURPHY, K.P. *The machine learning: a probabilistic perspective*, Mit Press, Cambridge, 2012.

interação entre os domínios físicos, biológicos e digitais transporta esse movimento para outra escala de especialização¹⁸.

Neste cenário, a inteligência artificial é a principal responsável pela ascensão exponencial da curva tecnológica, da capacidade de processamento das máquinas e pela disponibilidade de grande quantidade de dados – como *softwares* empregados em novos medicamentos até algoritmos que preveem a probabilidade de ocorrer um crime em uma certa localização (predição). A insegurança gerada a partir dos algoritmos por detrás desse tipo de inteligência se constitui em um problema importante. Conforme salienta Schwab, “muitos desses algoritmos aprendem a partir das “migalhas” de dados que deixamos no mundo digital”, resultando em uma série de “novos tipos de “aprendizagem automática” e captação de dados que possibilitam robôs “inteligentes” e computadores a se autoprogramar e (re)encontrar as melhores soluções a partir das premissas iniciais inseridas no código. Diante dessa realidade, cabe o questionamento: como esses algoritmos são desenvolvidos? Quais as premissas utilizadas para a sua construção? É possível que o código seja alterado ao longo do tempo, pela aprendizagem da máquina? Como isso impacta no resultado e na mineração de dados gerada pela inteligência artificial? O que se percebe, portanto, é que há uma série de respostas que devem ser dadas – e limites devem ser estabelecidos – para que se tenha um mínimo de segurança no uso e no emprego dessas novas tecnologias no contexto criminal, seja durante a investigação, no processamento, no julgamento ou no cumprimento das penas.

Esse enxame digital, melhor, massa digital contemporânea diferenciada das massas, por se importar não com o coletivo, mas com o individual, o *profile* próprio, diferentemente da massa humana tradicional (Byung-Chul Han), muitas questões se evidenciam: a) a realidade digital interfere no exercício do poder político, mas também no direito e nos poderes de investigar, processar, julgar (o mais terrível dos poderes segundo Montesquieu) e fazer cumprir a penas; b) quiçá estejamos vivendo uma nova forma de escravidão; c) a nova realidade virtual impacta nos comportamentos, sensações, percepções, pensamentos, no direito, inclusive nas metodologias de busca de prova; d) redes neuronais e novas experiências com o cérebro poderão desencadear novas realidades vitais. Assim como o *homo digitalis* ou *homo eletronicus* não é um ninguém na massa digital, há o perigo de as metodologias nesse universo digitalizado, se tornarem exponencialmente ocultos, opacos, atípicos e com carga de tarification probatório superior e irrefutável.

Nessa realidade digital e virtual, a regra é a efemeridade, a instabilidade e a volatilidade. Por isso, por um lado, as metodologias tradicionais se tornam supérfluas, ineficazes e inapropriadas à reconstrução da realidade probatória digital e virtual, onde a *internet of things* (IoT) interligará o humano às coisas e estas entre si, formando uma aldeia tecno-humana, com simbiose entre o biológico e o mental, entre os objetos, com escassa ou nenhuma intervenção humana, mas em grande difusão. Por outro, incrementam-se os riscos¹⁹ de erosão das garantias constitucionais e, no âmbito criminal, da legalidade, da humanidade, do contraditório e da ampla defesa²⁰.

Como afirma Pascal Bruckner, os efeitos do desenvolvimento da ciência aparecem a longo prazo “que não podemos dominar”. Por isso, desde agora, do presente há que ser verificada a responsabilidade das profissões e não apenas no

¹⁸Em: SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*, Edipro, São Paulo, 2016, p. 19.

¹⁹Teresa Armenta Deu acentuou quatro problemas emergentes: viéses e padronização; controle; servidão linguística; gestão e colaboração público-privada; infalibilidade; subjetividade e opacidade. In: ARMENTA DEU, T. “El proceso en la europa digital”, em: CATALINA BENAVENTE, M.C.B; OUBIÑA BARBOLLA, S.O.B. & COLOMER HERNÁNDEZ I.C.H. (coord.), *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022, pp. 127 e ss.

²⁰Nereu José Giacomolli, em sua obra, tratou da formação e fundamentação do processo penal. In: GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*, Gen/Atlas, São Paulo, 2016, pp. 87-114.

futuro, após terem produzido seus danos. Cada ser humano possui o “dever de deixar a terra no mesmo estado em que a encontrou” ao nascer. Assim, a exigência de responsabilidade se aplica o princípio da “desproporção”, ou seja, o menor erro poderá produzir efeitos desastrosos (anestesista, piloto de aeronave...). Portanto, há responsabilidade individual, coletiva e tecnológica²¹.

4. A MISSÃO DA DOCÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DO SABER NA ERA DIGITAL

Um dos principais desafios do século XXI é a evolução do sistema educativo afirmou Goéry Delacôte, ex-diretor do *Exploratorium* de São Francisco²². Roberto Carneiro, membro da Comissão Internacional para a Educação no Século XXI, assevera que “podemos distinguir quatro maneiras de aceder ao saber: por um lado, ‘saber o quê’, e ‘saber o porquê’, de acordo com as formas tradicionais da aprendizagem e, por outro lado, ‘saber quem’ e ‘saber como’, que enriquecerão os métodos tradicionais através da experiência e do relacionamento com o mundo concreto”, destacando os quatro pilares da Comissão Delors: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a estar e aprender a viver em conjunto²³.

Não é demasiado frisar que o conhecimento e o saber não podem ser confundidos com mera comunicação e informação e nem com a velocidade dos *teleteaching*, dos *web-training* e de todos os mecanismos de contato imediato. Quiçá os maiores desafios estejam na conscientização da problemática, no querer avançar e progredir, bem como na incorporação do reconhecimento valorativo do ser humano, em todo o processo de desenvolvimento da cognição. O processo ensino-aprendizagem há de forjar possibilidades de contextualização das realidades particulares e singulares e, concomitantemente, de “concretizar o global, de por o global em relação às partes”, acentuando a condição humana, o saber viver e a formação de cidadãos²⁴. Nesse sentido há de ser organizado o paradigma metodológico, na medida da constatação do esgotamento da programação reducionista da acumulação de conhecimento.

É assim porque sempre foi assim; não sei e já sabia, são expressões que rejeitam o conhecimento, o saber e mesmo a aprendizagem, beirando os arquivos da ignorância. Os dados perceptíveis da realidade constituem a informação que, quando absorvidos, se traduzem em conhecimento, o qual não se confunde com o saber. Há exigências interativas com o entorno humano e vital. Essas realidades são tangíveis quando se busca o essencial nas profundezas do oceano e não na superficialidade da crista das ondas. Melhor fazer que pedir para fazer, quando o interlocutor atinge apenas o plano da informação (e quando o atingir), sem perpassar o conhecimento e o saber. Isso porque a dimensão temporal obedece à diversidade do outro. O tempo em que faz é preenchido com eficiência antes do explicar informativo.

Na era digital, o saber continuará sendo uma aspiração, mesmo diante da tecno-cientificidade e sempre será um edifício em construção, uma via a ser remodelado, reconstruído, reestruturado e cuidado. As novas tecnologias podem abrir novas vias de acesso ao conhecimento e ao saber, diminuir as distâncias, incluir no processo ensino-aprendizagem outros agentes que não teriam acesso sem o auxílio das novas tecnologias. Quiçá, isso propicie um incremento na integração dos seres humanos, diminuindo se não suprir, toda ordem de discriminação. Marc Guillaume

²¹BRUCKNER, P. “Filhos e vítima: o tempo da inocência”, em: MORIN, E. *A sociedade (...)*, Ob. Cit., p. 53.

²²DELACÔTE, G., “Educação à distância, novas tecnologias e novos métodos de aprendizagem”, em: UNESCO AAVV, *As Chaves do Século XXI*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000, p. 292.

²³CARNEIRO, R., “A educação para todos ao longo da vida e os novo programas”, em: UNESCO AAVV, (...), Ob. Cit., pp. 299-301.

²⁴MORIN, E. *As chaves do século XXI*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000, p. 287.

enuncia a possibilidade do surgimento de um “novo regime de pensamento e de criatividade”²⁵.

5. SUPERANDO O ENSINO TRADICIONAL

As informações jurídicas nas salas de aula passaram a ser transmitidas de forma compartimentada e fragmentada, mediante uma metodologia eminentemente expositiva e acrítica (reprodutora do estabelecido, de sentido), analítica e linear, sem integração com a *práxis*, com os demais saberes, com o conhecimento e com a experiência discentes. Os encontros circunscrevem-se aos limites de uma sala, de uma faculdade, de uma escola, de um campus. O conteúdo restringe-se aos programas espelhados na normatividade ordinária, passado ao aluno e avaliado mediante exames programados, não raras vezes de assertivas certo ou errado, verdadeiro ou falso, sim ou não (dicotomia ultrapassada). A responsabilidade é compilatória, certificada na perspectiva do dever cumprido, desde que o armazém da memória do discente seja preenchido. Porém, a concepção de Montaigne ainda tem relevância: “mais vale uma cabeça bem-feita, do que bem cheia”²⁶. O perigo é de que as novas tecnologias elevem ao máximo o acúmulo e reduzam a possibilidade de tensionar a situação e os elos de religação do conhecimento, reduzindo o saber e o desenvolvimento humano e intelectual.

O ensino jurídico não pode transformar-se em monólogo inaudível e de parca absorção nos auditórios jurídicos. Ultrapassada se encontra a transmissão fragmentária e desvinculada do contexto, mormente da realidade internacional, da normatividade constitucional e convencional. Quiçá a inovação possa auxiliar no rompimento das amarras unidirecionais e possam auxiliar a religar as informações e o conhecimento das diversas áreas das ciências e dos partícipes da construção do saber.

A fragmentação do conhecimento e a utilização de um instrumental meramente expositivo e alheio à tessitura dos vários ramos do direito e do conhecimento afastam a necessária ligação das partes, evidenciando a árdua tarefa de compreender e situar o fenômeno jurídico no contexto da sociedade e da comunidade jurídica.

A fragmentação em disciplinas, em unidades (civil, penal, constitucional, tributário, v.g.), de forma desvinculada da diversidade e da universalidade (completude do direito e demais ramos do conhecimento), produz problemas de difícil transposição e solução, potencializados pela carência de vínculos relacionais entre os diversos elementos do complexo jurídico e vital. A metodologia arcaica, ou seja, de mera transferência de informações, parcamente memorizadas, de necessidade de acúmulo e armazenamento, unidirecionadas verticalmente (docente-discente), sem possibilidades de questionamentos no plano horizontal (discente-discente) e contributivo (discente-docente), dificulta a transformação da informação em significado, afastando as possibilidades de apropriação, assimilação e incorporação do conhecimento, produzindo desinteresse na aprendizagem, dificultando a formação do saber.

6. DESAFIOS DO PROCESSO ENSINO-APRENDIZAGEM NA ERA DIGITAL

²⁵ GUILLAUME, M., “A competição das velocidades”, in: MORIN, E. *A sociedade (...)*, Ob. Cit., p. 113.

²⁶ Edgar Morin quando inicia o capítulo com esta célebre frase do cético Montaigne, momento em que explica constituir-se cabeça bem cheia uma cabeça onde o saber é acumulado, empilhado, e não dispõe de um princípio de seleção e organização que lhe dê sentido. Por outro lado, cabeça bem feita significa que em vez de acumular o saber, é mais importante dispor ao mesmo tempo de uma aptidão geral para colocar e tratar os problemas e princípios organizadores que permitam ligar os saberes e lhes dar sentido. In: MORIN, E. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2003, p. 21.

A missão do professor sempre foi desafiadora e desafiante. Muitos são os desafios na contemporaneidade. Apenas alguns, para pensar e tensionar: a) necessidade de compartilhamento das responsabilidades professor-aluno; b) laborar na perspectiva da docência como auxiliar no desenvolvimento cognitivo crítico e sistemático, criador de possibilidades cognitivas à autoaprendizagem e à auto-organização intelectual e volitiva; c) utilizar e desenvolver novas tecnologias pelos docentes e discentes, em rede, no processo ensino-aprendizagem (videoconferência, acesso a bases de dados doutrinários e jurisprudenciais, comunicação on-line entre professores e alunos através de ferramentas eletrônicas, ligação de ambientes e auditórios externos e internos à sala de aula *v.g.*); d) superação da metodologia meramente expositiva; e) integração docente e discente dos diversos níveis graduação com a pós-graduação *lato e stricto sensu*; f) avaliação recíproca docente-discente, com decisões responsáveis acerca dos resultados apontados; g) evoluir do escrito e da linguagem vocal à representação por imagem integrada em áudio e vídeo (*visual law*²⁷, *legal design*)²⁸; h) continuidade da interatividade e não clausura do processo-ensino aprendizagem à temporalidade da graduação e ao espaço da faculdade ou universidade; i) superação da verticalidade na direção de uma horizontalidade dialógica transparente, lúcida, explícita entre docente e discente; j) reconhecimento da diferença e da desigualdade na relação professor/aluno e aluno/aluno e saber compatibilizá-las e contextualizá-las; l) utilização de todas as formas de aprendizagem que permitam acessar, analisar e avaliar; m) integração da comunicação analógica com a digital; n) utilização de todos os sentidos cognitivos e analíticos e afetivos (Tapio Varis); o) funcionalidade construtiva do aluno enquanto ser humano e integrativa de todos na cidadania.

Certamente, o emprego das novas tecnologias induzirão a novas práticas pedagógicas, possibilitando uma educação transformadora. Contudo, o norte há de estar centrado no cuidado com a condição humana, com o discente, com o aluno, com ser humano, em todas as duas dimensões. Os sete saberes necessários, segundo Morin, são: a) evitar a cegueira do conhecimento (erro e ilusão), o qual não poderá ser uma ferramenta *ready made*, sendo necessário introduzir e desenvolver os estudos das características cerebrais, mentais, culturais dos conhecimentos humanos, de seus processos e suas modalidades psíquicas e culturais que levam ao erro e à ilusão; b) buscar o conhecimento pertinente, ou seja, o capaz de apreender problemas globais e fundamentais para neles inserir os parciais e locais; c) ensinar a condição humana, em sua complexidade física, biológica, psíquica, cultural, social e histórico; d) ensinar a identidade terrena, a qual está interconectada e com os mesmos problemas de vida e morte; e) enfrentar as incertezas, o inesperado, o imprevisível, as quais não foram neutralizadas pelas ciências; f) ensinar a compreensão, meio e fim da condição humana; g) ensinar a ética do ser humano, considerando o caráter ternário do ser humano: *indivíduo-sociedade-espécie*²⁹.

²⁷Recurso visual para comunicar informações e ideias com maior precisão e possibilidade de assimilação, diminuindo a complexidade. Elementos: vídeos, *QR codes* ou *links*, gráficos, infográficos, fluxogramas, símbolos, ícones, mapas, animações.

²⁸Técnica focada na criação de sistemas, ferramentas, fluxos de trabalho e formas de apresentar soluções, tendo-se como principal foco, o ser humano, sendo o *visual* uma das partes. Por isso é entendida como uma área-mãe, mais abrangente, contemplando tanto o design de sistema, quanto o organizacional, de serviço, de produto e de informação.

²⁹Edgar Morin firma se poder ver as conclusões da Conferência Internacional sobre os Sete Saberes Necessários à Educação do Presente, realizada em Fortaleza, Ceará, Brasil, de 21 a 24 de setembro de 2010, a qual assentou que a educação se pautar no desenvolvimento da compreensão e da condição humana, na cidadania planetária e na ética do gênero humano. Assim, poderá enfrentar as crises sociais, econômicas, políticas e ambientais que colocam em risco a preservação da vida no planeta. Para isso são necessárias novas práticas pedagógicas envolvendo as relações *indivíduo-sociedade-natureza*. In: MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, Cortez Editora, Lisboa, 2011, p. 13.

Uma das justificativas ao desenvolvimento da inteligência artificial ou inumana foi a facilitação da vida dos seres humanos. Na contemporaneidade, indiscutível a interferência da IA no direito e na educação, mas não podemos olvidar ou colocar num plano secundário a condição humana, os marginalizados e mais vulneráveis. A educação por meios digitais não poderá aprofundar as desigualdades existentes. Por isso, Raquel Lucía Pérez Brito propõe um acordo supranacional para evitar o incremento da desigualdade³⁰.

Nesse processo ensino-aprendizagem alinhar tempo e o conhecimento nas trilhas abertas e povoadas pelo humano continua sendo um desafio recompensador. Quiçá o mais desafiador seja ingressar nos dispositivos originários a essa integração homem-máquina e torna-los transparentes, cognoscíveis, explicáveis (início factual). Embora não possam ser olvidadas as novas tecnologias e nem ignoradas e rejeitadas, há o perigo de enviesarem o eu interior (percepção própria, humildade científica e humana) e o eu exterior (percepção alheia, o expressado, a honra). O aprendizado se dá com o todo, com o ecossistema, com todos os seres e não só com as máquinas ou com o conjunto de dados que fazem com que a máquina responda de forma automática.

7. RISCOS E LIMITES NA ERA DIGITAL

Admitir as vantagens, observar os riscos e estabelecer limites à aplicação de soluções baseadas nas inovações tecnológicas e inteligência artificial, na perspectiva epistemológica e ética são realidades indispensáveis a uma vida biológica, cognitiva e social saudáveis e preserváveis. Caliendo enfatiza que o "receio de que as máquinas morais evoluam para agentes morais fazem parte da contemporaneidade", questionando se essas máquinas se tornariam um desafio à própria existência da humanidade, já que o agente moral, além de tomar decisões, há de justificá-las^{31 32}.

Evidente o risco do incremento da lógica da eficiência, do retorno ao paradigma contemplativo utilitário do século XVII (conhecimento relacionado ao que poderia ser medido, quantificável), do regresso aos modelos mecanicistas materialistas e do conhecimento advindo unicamente do método empírico, com redução dos fatos sociais ao seu aspecto externo (séc. XVIII), não só diferenciando o pensamento científico do senso comum, do subjetivismo (séc. XIX), mas eliminando-os. Os frágeis pilares científicos do século XX, mesmo com a aceleração do tempo, da dinamicidade e a quantificação (da certeza e da verdade ao falibilismo) submetem-se à testagem e tensionam um saber cada vez mais verticalizado.

No século XXI incrementa-se a aceleração do tempo, mormente pós-pandemia do COVID-19 e das inovações tecnológicas (mundo *online* e digital), com a simplificação da linguagem e do cotidiano, padronização e flexibilização, volatilidade, incertezas, disrupção digital (quebra regras, transforma o improvável)³³,

³⁰PÉREZ BRITO, R.L. "El papel de la inteligencia artificial en la educación del siglo XXI", em: SOLAR CAYÓN, J.I. & SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O., *El impacto de la inteligencia artificial em la teoría y la práctica jurídica*, La Ley, Madrid, 2022, pp. 196-205.

³¹Paulo Caliendo discute a "possibilidade da existência de agentes morais artificiais (AMA) e não somente de máquinas dotadas de algoritmos morais". Questiona se é possível a existências de "um agente moral artificial autêntico, dotado de decisões morais próprias", diferenciando o agente moral implícito (programador) e o explícito ("o sistema é capaz de tomar decisões por si próprio, sem recorrer à deliberação externa [...]). O agente se autogoverna, autolegisla e decide qual escolha tomar sobre como deve agir"). In: CALIENDO, P. "Ética e Agentes Morais Artificiais", in: SARLET, G.B.S., et. all. (coord), *Inteligência Artificial e Direito*, Editora Fundação Fênix, Porto Alegre, 2023, pp. 19 e ss.

³²Também: BARCAROLLO, F. *Inteligência Artificial - Aspectos Ético-Jurídicos*, Almedina, São Paulo, 2021.

³³Quebra regras, transforma o improvável.

surgimento do inesperado, oculto, improvável, capitalismo³⁴ do conhecimento, resiliência (lógica adaptativa e transformadora)³⁵, "imediatidade". A crise incrementada pela pandemia e pela aceleração da aplicação das novas tecnologias no direito e no processo ensino-aprendizagem evidenciam um novo paradigma. Este, sustentado por novas experiências, com uma roupagem própria e problemática, inclusive à linguagem, ao significado das instituições, conteúdo, métodos e práticas do direito. Isso refuta a tese de o mundo ser um sistema já acabado, embora dinâmico (Newton).

O grau de aceitação desse novo paradigma tecno-científico, seus avanços (muito em face da quebra do paradigma anterior) guiará o conhecimento dos próximos anos. As novas tecnologias estão a deixar vestígios (objetos, dados, marca, sinais relacionados ou não com o fato), perceptíveis, mas também latentes (não apreensíveis *ictu oculis*). Por ora, há apenas indícios de que as novas tecnologias servirão ao desenvolvimento do ser humano e do ecossistema terrestre. Estamos muito longe de evidências, a qual exige coerência fática, clareza, fiabilidade metodológica e análise no contexto fático.

As novas tecnologias possuem a pretensão de verdade totalizante (criam medo para evitar o questionamento), a qual é intangível no mundo do direito, em face da exigência do contexto filosófico e metafísico, não podendo ser confundida com a mera correspondência, a qual, por si só, não outorga existência ao fato e nem conhecimento (crença justificada), mesmo que construído. Ademais, arvoram-se na pretensão de dominação da vida, do planeta e do ecossistema, mantendo o pensamento mágico conspiratório (fascínio das *fake news*) e a ignorância científica (superficialidade das redes, dos pensadores de curto prazo).

Diante do acúmulo e aumento das informações disponíveis, apresenta-se o risco de o ser humano não avançar até o saber, permanecendo no conhecimento-informado, na superficialidade fragmentária, sem tensionar a realidade e construir o saber na contextualização. O mito da verdade algorítmica e o poder de superar atividades poderão redundar na exclusão digital, mormente em países com parco grau de desenvolvimento social, econômico e cultural³⁶, bem como na fragilização das democracias políticas. A concentração do poder, da riqueza com poucas pessoas, com exclusão digital dos que sempre não lograram atingir *status* da igualdade e do bem-estar são perigos que podem e devem ser evitados.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deparamo-nos, atualmente, com uma nova gestão semiótica, técnica e digital informadas pela extensão planetária da internet; pela generalização do uso de tecnologias informáticas e móveis; pelo uso da inteligência artificial e de algoritmos na análise de *big data*; pelo intercâmbio de informação em grande velocidade; pelo desenvolvimento de dispositivos globais de vigilância informática através de satélite. Embora sempre seja temerário antecipar problemas e riscos, há situações que não necessitam muito esforço para antever o futuro.

Assim como o *homo digitalis* ou *homo eletronicus* não é um ninguém na massa digital ("perfil estatístico"), é premente o perigo de as metodologias nesse universo digitalizado e direcionado, se tornarem exponencialmente ocultos e atípicos, ultrapassando a excepcionalidade. Em determinadas sociedades, aos excluídos do bem-estar social se somarão os excluídos digitais. Os dados, metadados

³⁴Para Shoshana Zuboff quando utiliza denomina de capitalismo da vigilância o fornecimento gratuito de nossos dados, a alimentar a *machine intelligence* e instrumentos preditivos. In: ZUBOFF, S. *A era do capitalismo da vigilância*, Relógio d'Água, Lisboa, 2020, p. 22.

³⁵Possível concepção da crise como uma oportunidade de crescimento e desenvolvimento.

³⁶Em muito lugares, o saneamento básico, alimentos às necessidades diárias são mais prementes que a internet.

(informações sobre os dados), os bancos de dados serão fontes milagrosas, mesmo que ausente a transparência na coleta, tratamento, gestão e compartilhamento.

As novas tecnologias podem corroer o que de humanidade ainda preservamos ("captura do comportamento"), com a privatização da segurança, incluindo sistemas de alarme, monitoramento, câmeras, radares e sensores, a transformar do ser humano em *bits* e em um ser formatado por algoritmos. Assim, triunfalmente, poderemos estar adentrando em um delírio cibernético. Há o risco de uma insegurança gerada a partir dos algoritmos por detrás desse tipo de inteligência. "Muitos desses algoritmos aprendem a partir das "migalhas" de dados que deixamos no mundo digital", resultando em uma série de "novos tipos de "aprendizagem automática" e captação de dados que possibilitam robôs "inteligentes" e computadores a se autoprogramarem a reencontrar as melhores soluções a partir das premissas iniciais inseridas no código.

Em sociedades altamente diferenciadas, estigmatizantes e excludentes, o risco é da continuação ou incremento da exclusão, agora por meio e no digital. Os riscos poderão ser diminuídos, senão evitados, com o estabelecimento de um escudo forte e resistente às violações dos direitos humanos e do ser humano, em todas as suas dimensões: física, psicológica, ética e espiritual. Por isso, necessário o estabelecimento de parâmetros e diretrizes normativos nacionais e supranacionais, coesos e harmônicos, a partir dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Princípios fundantes devem ser estruturados, como a autodeterminação informacional a não discriminação, a auditabilidade, transparência, imparcialidade, controlabilidade pelos usuários e segurança. Acima de tudo, que o julgamento se constitui em ato humano e que há atos humanos insubstituíveis.

Verifica-se, pois, uma verdadeira simbiose ou sobreposição, cada vez mais frequente, do biológico com o digital e com a navegação nos ambientes virtuais do metaverso. Essa simbiose atingirá toda estrutura clássica do direito e da administração da justiça.

Muito além da secura da dogmática e da técnica, o processo ensino-aprendizagem há de priorizar o ser humano, em qualquer disciplina e não olvidar o que já ensinava Rousseau: "quero ensinar-lhe a condição humana". A construção de comunidades autênticas e éticas, moralmente comprometidas na formação integral do ser humano e da cidadania (formação de cidadãos) é um dos desafios da era digital, em todos os ramos do conhecimento.

O grau de aceitabilidade das novas tecnologias depende da respeitabilidade, da credibilidade e fiabilidade do auxílio prestado na construção da decisão por um humano ou mesmo no resultado proposto. O labor há de centrar-se, também, no sentido de que as inovações tecnológicas não transformem o ser humano em mero consumidor, retirando-lhe ou diminuindo a potencialidade criadora, inclusive de respostas e soluções ao problema concretizado.

O robô, certamente, não será capaz de imaginar os pensamentos e as emoções do ser humano, pois "imaginamos e supomos o que os outros seres sentem" (Margaret Atwood), mas há riscos de aumentar a vulnerabilidade humana³⁷ e do ecossistema planetário e do sistema jurídico.

Na estruturação da nova realidade da internet das coisas e da inteligência artificial, o ser humano há de compreender e preocupar-se de que as novas tecnologias podem estar minando as instituições, a vida planetária, o ser humano, o direito, a própria linguagem, o modo de pensar e de agir (aumento da ansiedade, compulsão e insegurança e desconfiança).

Espera-se que as novas tecnologias reconectem o ser humano e não o fracione ou divida em tribos e o torne dependente da digitalização entorpecente e do poder político que domina o conhecimento.

³⁷ROMAN, J, "Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno", in: MORIN, E. *A sociedade (...), Ob. Cit.*, pp. 39-49.

A construção de novas bases epistêmicas (como conhecer), ontológicas (o que existe) e éticas (como fazer) são exigências de sobrevivência digna e humana.

9. REFERÊNCIAS

- ARMENTA DEU, T. "El proceso en la europa digital", in: CATALINA BENAVENTE, M.C.B; OUBIÑA BARBOLLA, S.O.B. & COLOMER HERNÁNDEZ I.C.H. (coord.), *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022.
- BARCAROLLO, F. *Inteligência Artificial. Aspectos Ético-Jurídicos*, Almedina, São Paulo, 2021.
- BEAR, M.F; CONNORS, B. & PARADISO, M.A., *Neurociências: desvendando o sistema nervoso*, Artmed, Porto Alegre, 2017.
- BRUCKNER, P. "Filhos e vítima: o tempo da inocência", in: MORIN, E. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre cepticismo e dogmatismo*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000.
- BUSATO, P.C. *Neurociência e Direito Penal*, Atlas, São Paulo, 2014.
- CALIENDO, P. "Ética e Agentes Morais Artificiais", in: SARLET, G.B.S., et. all., *Inteligência Artificial e Direito*, Fundação Fênix, Porto Alegre, 2023.
- CARNEIRO, R. "A educação para todos, ao longo da vida e os novos programas", in: UNESCO AAVV. *As Chaves do Século XXI*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000.
- CARNELUTTI, F. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, Libreria del Puerto, Buenos Aires, 1960.
- CHARDIN, P. T., *O fenómeno humano*, Tavares Martins, Porto, 1970.
- CHESNEAUX, J., "Tiranía do efêmero e cidadania do tempo", in: MORIN, E. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre cepticismo e o dogmatismo*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000.
- DELACÔTE, G. "Educação à distância, novas tecnologias e novos métodos de aprendizagem", in: UNESCO AAVV. *As Chaves do Século XXI*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000.
- GIACOMOLLI, N.J., *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*, Gen/Atlas, São Paulo, 2016.
- GRECO, L. *Poder de Julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- GUILLAUME, M. "A competição das velocidades", in: MORIN, E. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre cepticismo e o dogmatismo*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000.
- HALÉVY, M. *A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a revolução no ética no século XXI*, Unesp, São Paulo, 2010.
- MACRÌ, E. "Intelligenza artificiale e giustizia predittiva", in: VIGLIANISI FERRARO, A. *Tratado de inteligencia artificial y derecho en el nuevo milênio*, Olejnik, Santiago-Chile, 2022.
- MORIN, E. "Reforma do Pensamento e da Educação no Século XXI", in: UNESCO AAVV. *As Chaves do Século XXI*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000.
- MORIN, E. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2003.
- MORIN, E. *A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à alternativa entre cepticismo e dogmatismo*, Instituto Piaget, Lisboa, 2020.
- MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, Cortez, Lisboa, 2011.
- MURPHY, K.P. *The machine learning: a probabilistic perspective*, Mit Press, Cambridge, 2012.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu - de 16 de fevereiro de 2017 - 2015/2103 (INL)*, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017_0051_PT.html, acesso em 15/04/2023.

- PÉREZ BRITO, R.L. "El papel de la inteligencia artificial en la educación del siglo XXI", *in*: SOLAR CAYÓN, J.I. & SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. *El impacto de la inteligencia artificial em la teoria y la práctica jurídica*, La Ley, Madrid, 2022.
- PÉREZ, T J.M. & VARIS, T. *Media Literacy and New Humanism*, Federação Russa, UNESCO, 2010;
- RAUX, J.F. "Elogio da filosofia para construir um mundo melhor", *in*: MORIN, E. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre cepticismo e o dogmatismo*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000.
- ROMAN, J., "Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno", *in*: MORIN, E. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre cepticismo e o dogmatismo*, Instituto Piaget, Lisboa 2000.
- ROSA, A.M. & BOEING, D.H.A. *Ensinando um robô a julgar*, EMais, Florianópolis, 2020.
- SARLET, G.B.S., *et. all. Inteligência Artificial e Direito*, Fundação Fênix, Porto Alegre, 2023.
- SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*, Edipro, São Paulo, 2016.
- TARUFFO, M. & FENOLL, J.N., *Neurociencia y processo judicial*, Marcial Pons, Madri, 2013.
- UNESCO AAVV. *As Chaves do Século XXI*, Instituto Piaget, Lisboa, 2000.
- ZOLO, D. *Globalizzazione. Una Mappa dei Problemi*, Laterza, Roma, 2004.
- ZAMBAM, N.J., "Ética e inteligência artificial: a responsabilidade humana como cuidado da 'casa comum', *in*: VIGLIANISI FERRARO, A. (coord.), *Tratado de inteligencia artificial y derecho em el nuevo milênio*, Olejnik, Santiago-Chile, 2022.
- ZUBOFF, S. *A era do capitalismo da vigilância*, Relógio d'Água, Lisboa, 2020.
- WARAT, L.A. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2004.

PELO ABANDONO DA ABSTRAÇÃO RACIONALISTA MODERNA: POR UMA FENOMENOLOGIA DECOLONIAL DO PROCESSO PENAL

For the abandonment of modern rationalist abstraction: for a decolonial phenomenology of the criminal process

Aury Lopes Jr.¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

Salah H. Khaled Jr.²

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

Sumário: 1. Introdução; 2. Modernidade, colonialidade, colonização e decolonização do processo penal; 3. A fenomenologia do processo penal e a colonização do processo penal pela colonialidade moderna; 4. Confrontando a abstração racionalista moderna no Processo Penal; 5. Conclusões: a necessária construção de uma perspectiva decolonial no Processo Penal; 6. Referências.

Resumo: Este texto propõe uma abordagem decolonial e fenomenológica do processo penal, representando um esforço inicial de releitura e desconstrução dos fundamentos processuais penais contemporâneos assentados na modernidade/colonialidade, compreendidos como facilitadores de violências e práticas punitivas autoritárias. No curso da exposição, os argumentos são desenvolvidos de forma a integrar a emergente perspectiva decolonial, aqui representada por autores como *Quijano*, *Vazquez*, *Dussel*, *Maldonado-Torres* e *Mignolo*, com a tradição fenomenológica do processo penal que remete a *Goldschmidt*, bem como a outras leituras que contestam as bases da razão moderna abstrata e violenta, que perpetua, ainda que de forma velada, a ambição de verdade inquisitorial. A partir dessa perspectiva, o texto faz uma análise crítica dos conceitos de “verdade” alicerçados em *Tarski* e presentes nas epistemologias de *Taruffo*, *Ferrer Beltran* e *Ferrajoli*. Parte de uma perspectiva decolonial para propor uma epistemologia processual penal “transmoderna” libertadora que, desde a “margem”, pretende integrar a tradição “periférica” de Direito Processual Penal com o melhor da modernidade e da pós-modernidade.

Palavras-chave: Verdade – Decolonialidade – Modernidade – Transmodernidade – Processo Penal - Epistemologia

Abstract: This paper proposes a decolonial and phenomenological approach to criminal proceedings, representing an initial effort to reread and deconstruct contemporary criminal procedural foundations committed to modernity/coloniality, understood as facilitators of violence and authoritarian punitive practices. During the exposition, the arguments seek to integrate the emerging decolonial perspective, represented here by authors such as *Quijano*, *Vazquez*, *Maldonado-Torres* and *Mignolo*, with the phenomenological tradition of criminal proceedings that refers to *Goldschmidt*, as well as other readings that contest the foundations of abstract and violent modern reason, which perpetuates, albeit in a veiled way, the inquisitorial ambition of truth. This text makes a critical analysis of the concepts of “truth” based

¹Doutor em Direito Processual Penal (Universidad Complutense de Madrid, 1999). Professor titular da Faculdade de Direito da PUCRS e professor permanente do PPG em Ciências Criminais da PUC-RS. Advogado. Autor da Editora SaraivaJur.

²Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

on *Tarski* and present in epistemologies of *Taruffo*, *Ferrer Beltran* and *Ferrajoli*. The analysis is grounded in a decolonial perspective, which dialogues with *Quijano*, *Mignolo* and *Dussel*, to propose a liberating “transmodern” criminal law epistemology that from the margins, aims to integrate the “peripheral” tradition of criminal procedural law with the best of modernity and postmodernity.

Keywords: Decoloniality – Coloniality – Modernity – Criminal proceedings – Phenomenology – Epistemology.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o debate sobre o colonialismo, a colonialidade e a perspectiva decolonial assumiu centralidade nas ciências humanas latino-americanas. Existe uma consciência crescente sobre o quanto é importante repensar a recepção e reprodução acrítica de teorias produzidas em outros contextos históricos e geográficos, fundamentalmente distintos da realidade periférica de quem se encontra na margem. Tais teorias capacitam práticas violentas, destrutivas e discriminatórias, legitimadas por uma retórica racionalista, abstrata e desvinculada da realidade de sofrimento vivenciada pelos povos latino-americanos, particularmente por aqueles que experimentam as violências perpetradas por sistemas que subalternizam categorias inteiras de pessoas com base em critérios de gênero, orientação sexual, etnia e raça, que remetem à modernidade.

Sem sombra de dúvida, este debate é pertinente para as Ciências Criminais. Pode ser dito inclusive que ele já se fez presente de forma precursora no Direito Penal e na Criminologia pensada desde a margem, com *Eugenio Raúl Zaffaroni* e *Lola Aniyar de Castro*, respectivamente com o “realismo marginal” e a “criminologia da libertação”, por exemplo. De modo geral, a perspectiva decolonial já foi introduzida de forma significativa no Direito, mas permanece pouco explorada no campo processual penal, para o qual é de extraordinária importância.

Todo conhecimento é datado, ou seja, é produto de um conjunto de interesses fortemente localizados e historicamente situados, inclusive politicamente, motivo pelo qual é necessário um escrutínio constante sobre os efeitos resultantes da adoção e reprodução de premissas potencialmente violentas, particularmente em uma área tão sensível quanto o Direito Processual Penal. Poucas áreas do saber têm uma capacidade tão grande para produzir um discurso que, inadvertidamente ou não, legitima práticas autoritárias de imposição de dor e sofrimento.

A “razão moderna” ainda conforma o postulado orientador e fundante de uma parcela significativa da literatura processual penal, que continua a reproduzir as premissas violentas de subalternização da colonialidade. Nesse sentido, não se trata somente de uma reprodução de categorias oriundas de sistemas repressivos inquisitoriais e fascistas, mas fundamentalmente, de uma conexão muitas vezes não explicitada entre razão moderna e colonialidade, enquanto expressão de domínio sobre o outro.

A colonialidade é a faceta sombria e destrutiva da modernidade, legitimada pela retórica abstrata e racionalista que oculta o exercício autoritário de poder que lhe é constitutivo e que deve ser confrontado para que outros mundos se tornem possíveis.

As epistemologias processuais contemporâneas alicerçadas na razão moderna ainda estão impregnadas de colonialidade. Tais teorias propõem um afastamento completo das vívidas realidades de risco, incerteza e conflito que são constitutivas da experiência concreta do processo penal, propondo sistemas abstratos e simplificadores que não conseguem se desvencilhar de sua gênese violenta. Ao reproduzir premissas que estiveram à serviço do colonialismo e, portanto, a propósitos de domínio, elas ainda conformam um repertório de veias abertas para práticas punitivas autoritárias.

Nesse sentido, este texto é um manifesto politicamente comprometido. Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma *fenomenologia decolonial* do processo penal.

2. MODERNIDADE, COLONIALIDADE, COLONIZAÇÃO E DECOLONIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Inicialmente, é preciso definir o que representa a decolonialidade enquanto matriz compreensiva oriunda da realidade periférica e projeto político para ela. Em apertada síntese, pode ser dito que a decolonialidade é uma perspectiva de resistência e desconstrução da modernidade e das hierarquias de superioridade e inferioridade por ela estabelecidas. Nesse sentido, seu escopo não se esgota no colonialismo em termos de domínio e reorganização do espaço segundo perspectivas eurocêntricas, mas sim compreende a colonialidade³ fundada na cisão cartesiana, da qual se extraem conceitos que subalternizam categorias inteiras de pessoas e seres, com base em dicotomias opressoras: razão (homem) x emoção (mulher); razão (branca) x irracionalidade (nativa, negra e indígena, por exemplo); razão (homem) x irracionalidade (animal), o que legitima o patriarcalismo, o racismo, o heterossexismo, o imperialismo, o antropocentrismo e também o epistemicídio⁴, no sentido de que modelos compreensivos que se diferenciam da matriz moderna eurocêntrica devem ser silenciados e apagados da história pelo pensamento único, compreendido como única leitura racional e, logo, verdadeira, do mundo. No entanto, como *Dussel*⁵ pontuou, a filosofia europeia não é universal.

Desse modo, o termo colonialidade indica a permanência de padrões de exercício de poder de longa duração, que permanecem em jogo em diferentes avenidas contemporâneas, envolvendo, dentre outras, relações étnico-raciais, questões de gênero e orientação sexual, bem como diferentes epistemes ou formas de conhecimento. A perspectiva decolonial considera que a colonialidade é constitutiva e enraizada, conformando um movimento de silenciamento, apagamento e negação, que estabeleceu e ainda sustenta a modernidade e as suas estruturas violentas⁶. A modernidade é indissociável da colonialidade, que é "a lógica subjacente da fundação e do desenvolvimento da civilização Ocidental"⁷.

Portanto, a perspectiva decolonial está comprometida com premissas que contestam, denunciam, resistem e visam transformar padrões enraizados de exercício autoritário de poder, cujas trajetórias e efeitos permanecem em curso na atual quadra histórica^{8 9}.

Para efeito da presente análise, é importante enfatizar que o que denota o pertencimento de uma dada matriz compreensiva à colonialidade é a sua reprodução de premissas racionais, abstratas e potencialmente violentas da modernidade. Assim, uma teoria produzida no que já foi definido como Norte Global pode estar alicerçada na pluriversalidade, enquanto uma teoria produzida no Sul Global pode, diferentemente, reproduzir violentas premissas modernas universalizantes e, logo, ser objeto de uma contestação e de uma desconstrução decolonial, como a que é proposta aqui.

³QUIJANO, A. "Colonialidad, modernidad/racionalidad", *Peru Indigena*, v. 13, n. 29, pp. 11-20, 1992.

⁴SANTOS, B.D.S. *Epistemologies of the south: justice against epistemicide*, Routledge, New York, 2014.

⁵DUSSEL, E. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*, Paulus, São Paulo, 1995.

⁶VAZQUEZ, R. "Precedence, earth and the Anthropocene: decolonizing design", *Design Philosophy Papers*, v. 15, n. 1, pp. 1-15, 2017.

⁷MIGNOLO, W. *The darker side of western modernity: global futures, decolonial options*, Duke University Press, Durham, 2011, p. 02.

⁸MALDONADO-TORRES, N. "On the coloniality of being: contributions to the development of a concept", *Cultural Studies*, v. 21, n. 2-3, pp. 240-270, 2007.

⁹QUIJANO, A. "Colonialidad, (...)", *Idem*.

Para autores como *Dussel* e *Vazquez*, não é com o “Iluminismo” que nasce a modernidade, mas com a conquista das “Américas”, que se inicia no final do século XV, sustentada por uma missão “civilizatória” e pela “cristianização” que colocaram sob o domínio da racionalidade europeia branca um conjunto de populações “irracionais” colonizadas e escravizadas.

No entanto, para efeito de uma compreensão histórica da constituição da colonialidade no campo processual penal, existe um precedente que é ainda mais significativo: o esquadrinhamento da realidade em nome da erradicação da diferença, movido inicialmente pela Inquisição no século XIII. Nos séculos seguintes, o poder punitivo inquisitorial veio a recair de forma quase genocida sobre expressões religiosas dissidentes e, posteriormente, sobre mulheres acusadas de feitiçaria, para enfim se tornar, na pré-modernidade, a prática comum na jurisdição laica e eclesiástica que acompanhou a revolução mercantil e o colonialismo e assegurou a “superioridade” do inquisidor frente ao “herege” e ao “criminoso”¹⁰.

O sistema inquisitório efetivamente reintroduziu a *cognitio*, o aparato processual penal do inimigo da Roma Antiga e estruturou um ritual em que o sujeito do conhecimento confronta um corpo objetificado, do qual deve ser arrancada uma “verdade”, que confirma o que desde o princípio o inquisidor elegeu como “verdade”. Em um sistema assim configurado, prospera o primado das hipóteses sobre os fatos¹¹, assim como a ambição de verdade¹².

Uma perspectiva decolonial evidencia o fato de que a razão moderna não rompeu com a sistemática de anulação, subalternização e objetificação do outro que era subjacente ao engenho inquisitório. Pelo contrário. Ela veio a velar e a constituir várias formas de exercício autoritário de poder colonial europeu, com base em critérios de racionalidade e cientificidade amparados nas emergentes ciências naturais.

Com o advento do pensamento científico moderno no século XVII, desponta a ciência como campo privilegiado para a revelação da verdade segundo o modelo galilaico-newtoniano, que fundou a matriz mais relevante da tradição ocidental moderna. Foi sob a chancela desse paradigma científico que a “verdade” encontrou nova fundamentação para amparar-se na ideia de adequação entre a coisa e o juízo do sujeito racional, proposta por Descartes, surgindo uma ambição de “[...] comprovação de uma nova verdade, precisamente a que é ditada pela ciência”¹³.

As premissas que complementam e demarcam o conhecimento científico e que serviram como pressupostos para o Direito estão estruturadas na experimentação, objetividade, neutralidade e generalização. Enquanto a experimentação trouxe a primazia da técnica, a objetividade sustentou o discurso da neutralidade do cientista, assim como a do juiz¹⁴.

O método seria, assim, o caminho para a verdade, que decorreria da assunção de uma onipotência: a essência do objeto seria conquistada pelo sujeito do conhecimento, de modo que a ciência moderna, com base na filosofia da consciência cartesiana, desfigurou o fenômeno da compreensão¹⁵. O esquema sujeito-objeto foi incorporado ao processo penal em construtos simplificadores e abstratos de “busca”

¹⁰ZAFFARONI, E.R. *O inimigo no Direito Penal*, Revan, Rio de Janeiro, 2007, p. 39.

¹¹CORDERO, F. *Guida alla procedura penale*, UTET, Torino, 1986, p. 51.

¹²KHALED JR., S.H. *Ambição de verdade no processo penal: uma introdução*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021.

¹³GAUER, R.M.C. “Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo)”, in: GAUER, R.M.C. (Org.), *A qualidade do tempo: para além das experiências históricas*, in: GAUER, R.M.C. (org.), *A qualidade do tempo: para além das experiências históricas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 01.

¹⁴GAUER, R.M.C. *A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação*, in: GAUER, R.M.C. (coord.), *Sistema penal e violência*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 09.

¹⁵GADAMER, H.G. *Verdad y método II*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1992, p. 184.

da verdade por correspondência¹⁶, de modo que existe uma imbricação entre o sistema inquisitório e a filosofia da consciência^{17 18}.

Tais critérios ainda orientam a produção de conhecimento processual penal e a produção da “verdade” no processo penal, demonstrando, mais uma vez, como a colonialidade sobreviveu ao ocaso do colonialismo. Os pilares da colonialidade ainda são reafirmados e reproduzidos em artigos e livros científicos, bem como conformam um critério para reconhecimento de excelência acadêmica entre pares, de orientação para políticas-criminais e migratórias e para a elaboração de legislação penal e processual penal. Ela está inscrita em nossas formas de pensar, sentir, representar, perceber, conhecer e estar no mundo e molda não só a nossa experiência subjetiva, como um conjunto de práticas circunscritas aos seus parâmetros, o que é visível nas práticas punitivas e nos discursos que as legitimam.

Ao denunciar essa complexa rede estrutural e fundante, a perspectiva decolonial explicita as diferentes formas de opressão, dano e epistemicídio que fazem parte dela. Nesse sentido, a “inferioridade” do criminoso e do colonizado legitimaram, respectivamente, o poder punitivo e o neocolonialismo, no século XIX¹⁹. O pensamento político moderno construiu a ideia do criminoso como inimigo do corpo social que não vive de acordo com a regra da razão²⁰, princípio que também pode ser encontrado em autores como *Rousseau*, *Fichte* e *Kant* e que de diferentes formas contrapõe a “sociedade civil” e seus “inimigos”, conformando prenúncios para teorias de “defesa social” como a de *Ferri*, que incorporou em sua criminologia positivista a noção racista generalizada associada à antropologia colonial de que os nativos eram cerebralmente imaturos, intelectualmente inferiores, impulsivos e, portanto, propensos ao crime.

Com sua “tradução” de *Lombroso*, *Nina Rodrigues* esboçou um modelo de controle racial que definiu a negritude como “inferior” propondo um paradigma de “criminalidade nata” que fundou um estoque de imagens lombrosianas da periculosidade negra que ainda orienta parcela significativa da atuação policial seletiva no Brasil e que sem dúvida impacta os acusados no curso do processo²¹.

Mas o esquema sujeito-objeto e a construção do inimigo são apenas uma parte da história que funda a colonialidade e que conforma um aspecto do legado epistemológico violento da modernidade para o processo penal. Para efeito de uma decolonização do processo penal, existem outras instâncias de inserção de colonialidade que também devem ser levadas em consideração.

A primeira delas é de caráter legislativo. Com a implementação na França do sistema “misto” de processo penal pelo *Code d'instruction criminelle* de 1808, de Napoleão, ocorreu uma “restauração inquisitória”, que sepultou o sistema acusatório introduzido após a revolução francesa. Esse é o sistema processual penal recepcionado pela legislação pátria no Código de Processo Penal de 1941, que incorpora os subsídios político-criminais persecutórios do processo penal fascista italiano, reproduzindo os postulados de Manzini²². Na exposição de motivos do CPP, *Francisco Campos* refere ser injustificável a primazia de pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum, reproduzindo o argumento presente no Manual dos

¹⁶KHALED JR., S.H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*, Letramento, Belo Horizonte, 2023.

¹⁷COUTINHO, J.N.D.M. “Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado”, in: SILVEIRA, M.A.N.D. & PAULA, L.C.D. (Org.), *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018, p. 123.

¹⁸STRECK, L.L. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 13.

¹⁹ZAFFARONI, E.R. *A questão criminal*, Revan, Rio de Janeiro, 2013, p. 76.

²⁰LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 386.

²¹GÓES, L. A “tradução” de *Lombroso* na obra de *Nina Rodrigues*: o racismo como base estruturante da *Criminologia Brasileira*, Revan, Rio de Janeiro, 2016.

²²GLOECKNER, R.J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Tirant Lo Blach, Florianópolis, 2020.

Inquisidores de que o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo²³.

A segunda diz respeito aos horizontes compreensivos que, no Brasil, viriam a conformar duas interpretações distintas e divergentes sobre o processo penal, que ainda estão em questão na atual quadra histórica. Uma delas acena com um sopro de esperança fenomenológico passível de refundação decolonial. A outra, diferentemente, encontra-se comprometida com os postulados abstratos e violentos da colonialidade moderna.

3. A FENOMENOLOGIA DO PROCESSO PENAL E A COLONIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL PELA COLONIALIDADE MODERNA

Fenomenologia soa como uma palavra sofisticada e de difícil compreensão. Em apertada síntese, pode ser dito que ela remete a uma tradição filosófica significativa, cuja maior virtude consiste no engajamento com a experiência vivida e no abandono da abstração que é constitutiva da modernidade/colonialidade. Enquanto a razão moderna funda uma perspectiva que legitima o exercício de poder autoritário em diferentes campos, a fenomenologia está comprometida com o encontro e a compreensão da realidade que pretende retratar.

Para efeito da presente proposta, uma “leitura fenomenológica” será utilizada com a intenção de descrever de modo rico e denso as experiências do “mundo vivido” e, em especial, as singularidades da realidade situada do processo penal, enfatizando o risco que lhe é inerente e, portanto, o perigo que representa a abstração racionalista dogmática, especialmente no que diz respeito ao conceito de verdade e à ideologia de “busca da verdade” que legitima a interferência do juiz na gestão da prova.

Um olhar fenomenológico exige uma atenção especial para o que efetivamente ocorre no processo, de modo a produzir uma descrição detalhada de seus limites, peculiaridades e riscos. Ele é, por definição, decolonial no sentido de que se contrapõe ao reducionismo simplificador, abstrato e silenciador de violências da episteme moderna fundada na filosofia da consciência.

Não se trata de uma proposta inteiramente inovadora e sim de uma ampliação e de um refinamento de uma das mais lúcidas interpretações sobre as duras realidades do processo penal. Nas primeiras décadas do século XX, *James Goldschmidt*²⁴ desenvolveu uma concepção de processo como conjunto de “situações jurídicas” em constante fluxo e movimento. O autor foi criticado devido à suposição equivocada de que a sua teoria seria “sociológica” e não “jurídica”. Incompreendido inicialmente e posteriormente reconhecido como um “mestre do liberalismo processual”, *Goldschmidt* realizou o que possivelmente foi o primeiro esforço de compreensão fenomenológica do processo penal.

Deixando de lado a abstração típica das teorias de seu tempo, *Goldschmidt* atentou para o que o processo efetivamente é, não para aquilo que outros sustentavam que ele *seria* ou deveria *ser*. O autor ousou pensar para além do já pensado, propondo uma releitura do processo penal na qual a vívida realidade triunfou sobre a abstração dogmática que então era dominante. Para ele, o processo é dinâmico e se encontra em constante movimento, tensão e transformação. É marcado pela incerteza e pelo risco, o que visibiliza o quanto é necessária a ênfase nas regras do devido processo penal, devendo ser essa a sua opção política.

Ao desenvolver seu esforço compreensivo fenomenológico, *Goldschmidt* especificamente apontou o equívoco da visão “estática” de *Bülow*, bem como as equivocadas consequências político-criminais da noção de “segurança jurídica” por ela aludida. A leitura de *Goldschmidt* também representa um contraponto

²³EYMERICH, N. *Manual dos inquisidores*, Rosa dos Tempos, Rio de Janeiro, 1993, p. 122.

²⁴GOLDSCHMIDT, J. “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”, in: GOLDSCHMIDT, J. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

significativo ao arbítrio inquisitorial, pois não se limita a explicitar o risco, indicando que a posição do juiz deve ser exclusivamente receptiva.

Ao compreender e elucidar a dinâmica instável do processo, *Goldschmidt* se posicionou intelectualmente de modo favorável a produzir uma concepção político-criminalmente responsável e sensata de processo penal, capacitada para conter o arbítrio punitivo. Ela representa uma fundação em torno da qual pode ser erguida uma leitura engajada e comprometida com a defesa de direitos fundamentais, como a que é encontrada em *Lopes Jr.*^{25 26} e *Khaled Jr.*²⁷.

Diferentemente da proposta de *Goldschmidt*, a leitura do processo como “relação jurídica”, de *Bülow*, está fundada na razão moderna e, logo, na abstração. Embora *Bülow* não tenha escrito especificamente sobre o processo penal, disse que eventualmente sua teoria poderia lhe ser de alguma valia²⁸. Suas ideias podem ser percebidas nas obras de *Wach*, *Chiovenda*, *Carnelutti*, *Calamandrei* e *Liebman*, entre tantos outros. Foi com o processualista italiano *Liebman* que a teoria de *Bülow* veio a ser introduzida e difundida no Brasil, posteriormente vindo a assumir caráter de verdade insuperável, apesar de seu distanciamento da realidade²⁹.

Com relação a essa recepção, pode ser constatada uma espécie diferente de colonialismo. Ela não é circunscrita ao domínio sobre o território, mas sobre um campo de atuação específico, que é o do processo penal, objeto de um esforço colonizatório que visa transformá-lo em um apêndice do processo civil.

O movimento reproduz os fundamentos da colonialidade não só por estar alicerçado na episteme moderna, mas também no sentido de que consiste na negação, silenciamento e apagamento do outro (o que inclui povos, civilizações e conhecimentos) de forma concomitante com uma ocultação dessa negação, mediante uma narrativa universalizante e racionalizadora, típica de práticas de epistemicídio. Desse modo, a dinâmica da colonialidade é fortemente visível na teoria geral do processo, tão difundida no Brasil pela escola paulista de Direito Processual.

Mas o reducionismo e a simplificação teórica do processo penal não se restringem a *Bülow* e às diferentes teorias que foram construídas com base em sua perspectiva. De modo contemporâneo, esforços teóricos simplificadores procuram racionalizar o processo penal por meio de abstrações racionalistas totalizantes, que resultam em construtos artificiais e epistemologicamente estéreis, que esvaziam de significado as realidades complexas da experiência efetivamente vivida do e no processo penal, reproduzindo a colonialidade e os pressupostos oriundos do processo civil, que desconsideram a complexa fenomenologia do processo penal³⁰.

Por um lado, tendo sido criada a abstração racionalista fundada na colonialidade da epistemologia moderna, os processualistas passam a se dedicar ao seu estudo e a sua inserção em sistemas mais amplos e ainda mais afastados da realidade específica do processo penal; por outro lado, tais abstrações epistemológicas são facilmente cooptáveis para os piores propósitos imagináveis, facilitando um alargamento do arbítrio punitivo que demonstra que o pensamento simplificador não é apenas conhecimento rudimentar – ele produz dor e sofrimento real³¹.

Na segunda parte deste texto, será desenvolvida uma desconstrução e contestação decolonial das teorias contemporâneas assentadas nos postulados da modernidade, bem como será delineada, de modo inicial, uma fenomenologia decolonial do processo penal, comprometida com a compreensão dos seus múltiplos

²⁵LOPES JR., A. *Fundamentos do processo penal*, Saraiva, São Paulo, 2023.

²⁶LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*, Saraiva, São Paulo, 2023.

²⁷KHALED JR., S.H. *A busca da verdade (...)*, *Idem*.

²⁸BÜLOW, O.V. *La teoria das excepciones procesales y los presupuestos procesales*, EJEA, Buenos Aires, 1964.

²⁹COUTINHO, J.N.D.M. *A lide e o conteúdo do processo penal*, 3º ed., Juruá, Curitiba, 1998, p. 122.

³⁰LOPES JR., A. *Fundamentos (...)*, *Ob. Cit.*, p. 163.

³¹MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*, Sulina, Porto Alegre, 2005, p. 83.

significados e com o desenvolvimento de conceitos capacitados para a contenção do arbítrio punitivo.

Afinal, como escreveu *Quijano*³², a libertação da prisão da colonialidade significa a libertação de todo poder organizado como desigualdade, discriminação, exploração e dominação.

4. CONFRONTANDO A ABSTRAÇÃO RACIONALISTA MODERNA NO PROCESSO PENAL

Na primeira parte deste artigo, indicamos que a perspectiva racionalizadora da colonialidade ainda carrega um enorme poder de sedução no campo processual e preparamos o terreno para confrontar as teorias contemporâneas alicerçadas na razão abstrata moderna, o que exige uma desconstrução de seus fundamentos.

A “razão” europeia foi fundada no “espírito geométrico”, ou seja, na percepção de que a realidade poderia ser compreendida e dominada com base na matemática³³. Ela veio a se tornar a mais relevante tradição do pensamento ocidental com a filosofia da consciência, cujo parâmetro igualmente era a matemática, percebida por *Descartes* como a “rainha das ciências”³⁴.

Na atual quadra histórica dos estudos processuais, essa matriz de conhecimento é visível em uma série de intelectuais, com especial destaque para *Michelle Taruffo*, *Jordi Ferrer Beltrán* e *Luigi Ferrajoli*, que são recebidos e reproduzidos de forma acrítica por uma parcela significativa da literatura processual brasileira.

Ainda que possam existir diferenças entre esses autores, todos assumem um postulado comum: o conceito de verdade formulado por *Alfred Tarski*, um intelectual polonês, conhecido por seus trabalhos no campo da lógica e da matemática. Em sua teoria, é encontrada de forma inequívoca o que referimos como abstração racionalista. Seu conceito de verdade é um empreendimento lógico (matemático), que pretende dialogar com a teoria do conhecimento, mas o próprio autor o reconhecia como pertencente à filosofia das ciências exatas³⁵.

Pelo menos dois textos de Tarski merecem menção, pois neles pode ser encontrada a sua discussão sobre verdade. No primeiro deles³⁶, o conceito de verdade nas linguagens comuns (ou coloquiais) é tratado pelo autor de modo muito breve, como uma introdução ao problema que realmente o interessa, que é o da verdade nas linguagens formalizadas. Linguagens formalizadas são aquelas desenvolvidas para um propósito específico, como linguagens de programação, da matemática e da química, que se diferenciam de linguagens comuns, cujo desenvolvimento foi histórico e cultural.

Em sua exposição inicial pode ser encontrada a fórmula lógica “x é um enunciado verdadeiro se e somente se p” – desse modo, “está nevando” é um enunciado verdadeiro se e somente se está nevando³⁷. Essa fórmula parece evocar o conceito clássico de verdade como correspondência de *Aristóteles*. Mas o próprio *Tarski* não se limita a ela no texto e passa a discutir outras questões, que não envolvem a “correspondência” entre um enunciado e o mundo, e sim a coerência interna de um enunciado, motivo pelo qual o próprio caráter aberto da linguagem comum seria um problema em contraste com as linguagens formalizadas.

³²QUIJANO, A. “Colonialidad,(...)”, *Ob. Cit.*, p. 20.

³³BAUMER, F.L. *O pensamento europeu moderno: volume I séculos XVII e XVIII*, Edições 70, Lisboa, 1977, p. 68.

³⁴GAUER, R.M.C.. “Conhecimento e aceleração (...)”, *Idem*.

³⁵MANCOSU, P. “Tarski, Neurath, and Kokoszynska”, in: PATTERSON, D. (org.), *New essays on Tarski and philosophy*, Oxford University Press, London, 2008

³⁶TARSKI, A. “O conceito de verdade nas linguagens formalizadas”, in: TARSKI, A., *A concepção semântica da verdade*, Unesp, São Paulo, 2007.

³⁷TARSKI, A. “O conceito de verdade (...)”, *Idem*.

Em um texto posterior³⁸, o autor retorna ao tema de forma mais detida. Nessa oportunidade ele abertamente se propõe a reinterpretar a correspondência aristotélica, ou seja, a aperfeiçoar a formulação “Dizer do que é que não é, ou do que não é que é, é falso, enquanto dizer do que é que é, ou do que não é que não é, é verdadeiro”.

Sua (re)formulação é muito diferente da original e extraordinariamente conhecida: o enunciado a “neve é branca” é verdadeiro se e somente se a neve é branca. A existência de aspas no lado esquerdo da equivalência indica que ali se encontra o “nome” do enunciado, enquanto do outro lado, está o próprio enunciado. Esse procedimento é conhecido como Esquema T (do inglês, *truth*).

Para *Tarski*, essa é uma definição muito mais sucinta e elegante, que pode ser aceita independentemente de qualquer atitude epistemológica, pois a concepção semântica de verdade seria “neutra” com relação a atitudes realistas ingênuas, realistas críticas ou idealistas, empiristas ou metafísicas que possamos ter tido³⁹. A proposta é ambiciosa, por mais simples que aparente ser. Ela pretende aperfeiçoar a definição aristotélica de correspondência e, para além disso, almeja universalidade.

Mas será essa realmente uma teoria de “correspondência”, como muitos diriam? Parece-nos que *Tarski* tinha uma concepção de verdade como correspondência em mente, mas que a definição que ele construiu não é de verdade como correspondência, segundo critérios pelos quais a “verdade” de um enunciado dependeria de como o mundo é. O esquema T de *Tarski* não oferece nenhuma explicação sobre a conexão/adequação enunciado-mundo, ou seja, entre um enunciado e a realidade externa, visível e tangível.

Dito de outro modo, a formulação o enunciado a “neve é branca” é verdadeiro se e somente se a neve é branca resulta em um conceito abstrato e autorreferente, pois não oferece nenhum critério para contrastar o enunciado com o mundo e concluir se ele é “verdadeiro” ou “falso”, o que é exigido pela ideia de correspondência.

Fica a impressão de que o modelo de *Tarski* não é propriamente o de verdade como correspondência – o que ele de fato desenvolve e apresenta são as condições em que um dado enunciado pode ser considerado verdadeiro, de modo interno ao próprio enunciado: o Esquema T utiliza o próprio enunciado para determinar se um enunciado é verdadeiro. Se a apreciação de sua teoria que arriscamos está correta (e há farta literatura que lhe dá suporte), na “semântica” de *Tarski* a representação narrativa da realidade (textual, oral ou visual) não está em questão – basta que exista coerência lógica interna ao enunciado para que ele seja considerado verdadeiro.

Como parece óbvio, esse conceito abstrato, desvinculado da realidade e desprovido de critérios de verificabilidade pode satisfazer a lógica formal, mas não retrata a fenomenologia da prova no processo – Penal ou Civil. A rigor, tudo indica que ele é completamente inadequado para esse propósito. E para infinitos outros também, como ilustraremos a seguir.

A proposta de *Tarski* foi objeto de enormes controvérsias. Para alguns positivistas lógicos que participaram do *First International Congress on the Unity of Science*, realizado em Paris em 1935, ela pareceu reavivar a noção de verdade como correspondência entre a linguagem e a realidade. Mas houve quem pensasse de modo muito diferente na época, como *Otto Neurath*, que se preocupava com a possibilidade de que o formalismo lógico seduzisse as pessoas em direção a posições metafísicas, ou seja, abstratas cortinas formais atraentes para indivíduos de mente lógica. *Neurath* acreditava que o conceito semântico de verdade não poderia ser conciliado com um ponto de vista estritamente empirista e antimetafísico, ou seja, contrário a proposições científicas não verificáveis⁴⁰.

³⁸TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica*, Unesp, São Paulo, 2007.

³⁹TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade (...)*, Ob. Cit., p. 190.

⁴⁰MANCOSU, P. *Tarski, Neurath, (...) Ob. Cit.*, pp. 196-197.

Em correspondência com *Tarski*, *Neurath* apontou que as restrições que o autor tentou impor ao seu conceito de verdade não seriam observadas e que as suas formulações seriam usadas para todos os tipos de especulações metafísicas. *Neurath* temia um uso metafísico da teoria de *Tarski*, devido a uma extensão inadequada de seu campo de validade (das linguagens formalizadas às comuns), como também se opôs ao uso de *Tarski* da noção de “verdade”⁴¹.

Há pelo menos outra crítica relevante sobre a teoria de *Tarski* que deve ser considerada. *Hilary Putnam* refutou veementemente a assertiva de *Tarski* de que sua teoria era uma teoria de correspondência. Ele usa um exemplo extraído de *Lewis Carroll* para ilustrar seu ponto de vista: “O *Snark* era um *Boojum*” é verdadeiro se e somente se o *Snark* era um *Boojum*.

E prossegue: “Mas o que isso nos diz? Se isso nos diz alguma coisa (e um caso forte pode ser feito para a visão de que não nos diz nada), o que faz é transmitir as informações de que as frases à esquerda e à direita do ‘se e somente se’ são de alguma forma equivalentes: que, por exemplo, quem aceita o último está comprometido a aceitar o primeiro. Isso pode ser um fato importante, se for um fato, sobre o uso de ‘verdadeiro’, mas dificilmente é o tipo de fato que o teórico da correspondência pensou que estava apontando”⁴². Para o autor, como uma explicação filosófica da verdade, a teoria de *Tarski* falha tanto quanto é possível que uma teoria falhe⁴³.

As críticas de *Neurath* e *Putnam* não são pós-modernas, psicanalíticas, decoloniais, situadas na tradição da hermenêutica filosófica ou pensadas segundo critérios da virada linguística (elas seriam muito mais devastadoras). São críticas niveladas por um interlocutor contemporâneo de *Tarski* ou com base em ambições anunciadas e não satisfeitas na própria teoria, em contraste com a teoria “clássica” que ela pretende resgatar.

Portanto, se uma “teoria da correspondência” deve ser adotada no processo (o que não nos parece adequado), a escolha de *Tarski* como matriz parece, no mínimo, questionável. Para *Putnam*, teria sido melhor se *Tarski* tivesse se restringido a construir “definições de verdade” em linguagens formalizadas e não tivesse feito nenhuma afirmação filosófica, posição semelhante à de *Neurath*⁴⁴.

Afinal, a “teoria” de *Tarski* é uma teoria de verdade como correspondência? Ela reabilita a ideia de que a verdade envolve relações entre a linguagem e o mundo? A definição semântica da verdade de *Tarski* é realmente uma reinterpretação moderna da teoria clássica da verdade como correspondência de *Aristóteles*?

Para *Tarski*, sim. Ele afirma que essa é uma formalização do conceito de verdade como correspondência. E há processualistas que sucumbiram aos efeitos de sedução utilizados pelo autor. Ele é adotado, sem qualquer espécie de problematização ou contraste de fundo epistemológico, por *Ferrajoli*, *Ferrer Beltrán* e *Taruffo*.

Dentre os três, *Ferrajoli* é o único autor que consegue avançar e de fato faz uma discussão sobre a verdade no processo, ainda que insuficiente. Em *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*⁴⁵, ele utiliza a fórmula de *Tarski* para propor um conceito de verdade correspondente relativa, que ainda é abstrato e sequestrável pela pulsão punitiva. Mas ao menos ele pensa no Processo Penal de modo específico e percebe a questão da verdade histórica. Tal aspecto foi tratado por *Khaled Jr.*⁴⁶, que explora a questão do lugar da verdade levantada por *Rui Cunha Martins*⁴⁷ e, a

⁴¹MANCOSU, P. *Tarski, Neurath, (...) Ob. Cit.*, p. 198.

⁴²PUTNAM, H. “Do true assertions correspond to reality?”, in: PUTNAM, H. *Mind, language and reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975, p. 71.

⁴³PUTNAM, H. “A comparison of something with something else”, *New Literary History, Philosophy of Science and Literary Theory*, v. 17, n. 1, p. 61-79, Autumn, 1985, p. 64.

⁴⁴PUTNAM, H. “Do true assertions (...)”, *Ob. Cit.*, p. 72.

⁴⁵FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

⁴⁶KHALED JR., S.H. *A busca da verdade (...)*, *Idem*.

⁴⁷MARTINS, R.C. *O ponto cego do Direito: the brazilian lessons*, Atlas, São Paulo, 2010.

partir de uma nova estratégia, demonstra que um conceito de verdade correspondente relativa baseado em *Tarski* não é suficiente para a fenomenologia processual penal, o que o leva a propor um regime de verdade específico, comprometido com a contenção do poder punitivo.

Já em *Simplemente la verdad*, *Taruffo* argumenta que não é possível abordar o problema insolúvel que representa definir a verdade, mas que: "conforme a teoria filosófica e epistemológica amplamente prevalecente, cabe assumir como válido o critério proposto por *Tarski*, segundo o qual o enunciado 'a neve é branca' é verdadeiro se e somente se a neve é branca"⁴⁸. Nesse sentido, para um exemplo da: "necessária adoção de um conceito de verdade como correspondência no processo" *Taruffo*⁴⁹ remete o leitor a *Prueba y Verdad en el Derecho*, de Jordi Ferrer Beltrán⁵⁰.

Na referida obra, definida como de "filosofia do direito", *Ferrer Beltrán* adverte que não fará nenhuma discussão sobre a noção de verdade. O autor diz que simplesmente está pressuposta a assunção de uma teoria da verdade como correspondência com base em *Tarski*, sendo o livro dedicado à análise entre essa noção de verdade e a prova. Em nota de rodapé, *Ferrer Beltrán* destaca que os distintos problemas e teorias relativos à verdade exigiriam um estudo de maior fôlego, além de que a bibliografia seria gigantesca, de modo que se limita a indicar um único livro sobre o tema⁵¹.

Por fim, após acusações de "irracionalidade" desferidas contra outras teorias, é utilizada a formulação de *Tarski*, com a seguinte conotação: "a neve é branca" é verdadeiro se, e somente se, a neve é branca, o que para *Ferrer Beltrán*, significa "caso se produza uma correspondência entre o que diz o enunciado e os fatos do mundo"⁵². No entanto, como já referido, é amplamente questionável se a correspondência de fato está contemplada no escopo da teoria de *Tarski*. O tema é desenvolvido em menos de um parágrafo.

Em defesa de *Ferrer Beltrán*, é preciso reconhecer que no curso de sua trilogia, ele procura propor critérios por meio dos quais a correspondência poderia se dar (e ser verificável intersubjetivamente) no sentido de que "está provado que *p*" significaria que "há suficientes elementos de juízo a favor de *p*" e, portanto, a coerência interna do enunciado não é suficiente para que ele seja considerado "verdadeiro": o enunciado deve ser contrastado com uma realidade externa a ele. Por outro lado, para uma teoria que reivindica e até se apropria da designação "epistemologia", isso certamente é insuficiente⁵³.

Não há como escapar de uma conclusão quanto ao esforço dos três autores referidos: o conceito de verdade de *Tarski* é simplesmente reproduzido de forma acrítica sem que um esforço epistemológico significativo seja feito para adaptá-lo ao processo (e especialmente ao Processo Penal, apesar de ainda haver autores que pensam na perspectiva – a nosso ver inadequada e tantas vezes denunciada – da teoria geral do processo). *Tarski* tentou propor um aperfeiçoamento do conceito de correspondência e produziu um conceito que aparentemente não corresponde a essa proposta. *Ferrajoli*, *Taruffo* e *Ferrer Beltrán* incorporaram o conceito de *Tarski* aos seus sistemas de pensamento acreditando que nele teriam encontrado um conceito de correspondência adequado para a fenomenologia do processo. Quais são os resultados?

No caso de *Ferrajoli*, insuficientes. Mas em *Taruffo* e *Ferrer Beltrán*, encontramos algo muito mais preocupante. O conceito de *Tarski* vem a assumir condição de centralidade em uma concepção de processo e prova centralizada na busca, demonstração e averiguação da verdade, apesar de seu duvidoso conteúdo. E aqui nos deparamos com outra faceta da questão. Em quais premissas político-

⁴⁸TARUFFO, M. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 98.

⁴⁹TARUFFO, M. *Simplemente (...)*, Ob. Cit., p. 95.

⁵⁰FERRER BELTRÁN, J. *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁵¹FERRER BELTRÁN, J. *Prueba (...)*, Ob. Cit., p. 18.

⁵²FERRER BELTRÁN, J. *Prueba (...)*, Ob. Cit., p. 73.

⁵³KHALED JR., S.H. *A busca da verdade (...)*, Idem.

criminais e concepções de Direito Penal e Processual Penal estão alicerçadas as construções de *Ferrajoli*, *Taruffo* e *Ferrer Beltrán*?

Sob esse aspecto, novamente *Ferrajoli* se diferencia dos demais. Embora permaneça preso às amarras da correspondência⁵⁴ e algumas vezes utilize a expressão “busca da verdade”, ele não admite nenhuma espécie de participação do juiz nela, pois considera que isso é típico do processo inquisitório. No entanto, apesar de importantes salvaguardas, o garantismo é uma teoria de justificação do poder punitivo repleta de artefatos da colonialidade. Ele foi pensado para uma realidade muito distinta da marginal, motivo pelo qual somente pode ser acolhido parcialmente e com muitos cuidados, pois é sequestrável pelos piores discursos autoritaristas (e interpretações punitivistas distorcidas, como é o caso do “garantismo integral” refutado pelo próprio *Ferrajoli* e despedido de qualquer fundamento de matriz “garantista”).

Já sobre *Taruffo* e *Ferrer Beltrán*, uma análise um pouco mais detida é necessária. *Taruffo* considera que a busca da verdade é um elemento essencial da imparcialidade do juiz e corresponde a uma exigência de caráter epistemológico, na linha do esquema sujeito-objeto moderno, uma vez que: a) as partes não teriam interesse na verdade⁵⁵; e b) o enfrentamento dialético entre elas não consistiria em um bom método para o descobrimento da verdade, que é o propósito do processo⁵⁶. O autor considera que é importante atribuir ao juiz poderes instrutórios em busca de provas não inseridas pelas partes, com a evidente finalidade de que a verdade possa ser determinada, tendência prevalecente nas legislações contemporâneas⁵⁷.

Taruffo esclarece (ou melhor, tenta, pois isso não é viável) que não se trata de fazer do juiz um inquisidor, com atuação lesiva aos direitos e garantias que correspondem às partes, mas de poderes acessórios e complementares, que consistiriam em verificar se todos os elementos probatórios foram aportados pelas partes e, se não o foram, o juiz deve assumir um papel ativo⁵⁸. O autor refuta qualquer preocupação em termos de comprometimento do juiz com o material probatório por ele produzido no âmbito de sua atuação de ofício⁵⁹.

Para *Taruffo*, não cabe discutir os poderes de instrução do juiz, mas sim submetê-los a controles efetivos; o que importa é que as partes estejam em condição de controlar a relevância e a admissibilidade das provas trazidas de ofício pelo juiz e que estejam em condições de aportar provas contrárias; ele considera que o correto é garantir a vigência integral do contraditório e não anular os poderes instrutórios do juiz⁶⁰.

Evidentemente, essa perspectiva viola o que há de mais essencial e básico no sistema acusatório: a proibição de interferência do juiz na gestão da prova, imposta pelo princípio dispositivo⁶¹ para criar condições de possibilidade de termos um “juiz imparcial” (princípio supremo do processo, como define *Werner Goldschmidt*). *Taruffo*, neste ponto, incide no que há de mais grave no pensamento colonizador do Processo Civil em relação ao Processo Penal, desconsiderando não apenas as categorias jurídicas próprias e seus fundamentos, mas a história e o preço cobrado pelo sistema inquisitório (gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz, violando ainda o elementar *ne procedat iudex ex officio* que marca a jurisdição).

E quanto a *Ferrer Beltrán*? Além de seguir na errônea perspectiva de *Taruffo* (desconsiderar a especificidade do Processo Penal), o autor elege a função de busca/averiguação da verdade como pilar de todo o sistema jurídico e avalia eventuais conflitos entre esse “objetivo primordial do Direito” e outros objetivos que

⁵⁴FERRAJOLI, L. *Direito e razão (...)*, Ob. Cit., p. 54.

⁵⁵TARUFFO, M. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*, p. 202.

⁵⁶TARUFFO, M. *Simplemente (...)*, Ob. Cit., p. 195.

⁵⁷TARUFFO, M. *Simplemente (...)*, Ob. Cit., p. 197.

⁵⁸TARUFFO, M. *Simplemente (...)*, Ob. Cit., p. 199.

⁵⁹TARUFFO, M. *Simplemente (...)*, Ob. Cit., p. 200.

⁶⁰TARUFFO, M. *Simplemente (...)*, Ob. Cit., pp. 201-202.

⁶¹COUTINHO, J.N.D.M. “O papel do juiz no processo penal”, in: COUTINHO, J.N.D.M (coord.), *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

com ele possam conflitar. Conclui que o valor ou finalidade de averiguação da verdade não tem estruturalmente a mesma posição que os demais propósitos.

Afirma que o objetivo do processo é a averiguação da verdade e não poderia ser de outra maneira para que o Direito funcione como um mecanismo de motivação de condutas. Somente se as consequências jurídicas previstas pelo Direito para determinadas ações forem aplicadas, os cidadãos terão motivos para atuar conforme prescreve o Direito e ele poderá cumprir sua função como mecanismo de resolução de conflitos⁶².

Não se equivoca quem intui o que isso poderia representar para o Processo Penal. Ferrer Beltrán o diz explicitamente: o processo somente poderá influir na conduta de homens e mulheres para que não matem se, efetivamente, cumprir a função de averiguar quem matou e impor a sanção prevista pelo Direito⁶³. Em outro trecho, Ferrer Beltrán sustenta que a maior exigência probatória no Processo Penal deve ser repensada, pois nas últimas décadas, o recurso ao Direito Penal como forma de governar a sociedade se superdimensionou, deixando de ser um instrumento de *ultima ratio*, enquanto simultaneamente foram ampliados os tipos de sanção penal usados para motivar condutas⁶⁴.

Tais trechos evidenciam a estrutura política subjacente (não epistemológica) ao pensamento de Taruffo e Ferrer Beltrán no que tange ao Direito Penal e Processual Penal. Ela pode ser sintetizada conjuntamente nos seguintes termos: o Processo Penal é um instrumento de averiguação da verdade no qual o juiz deve ter poderes de instrução para buscar a verdade e impor sanções a quem violou as normas estabelecidas pelo Direito, com o propósito de motivar a conduta da coletividade como um todo, por meio de penas exemplares.

Leitores de Bentham, que é utilizado como argumento de autoridade em inúmeros trechos, Taruffo e Ferrer Beltrán reproduzem as grandes narrativas modernas de justificação da pena⁶⁵, com destaque para a prevenção geral negativa, que configura a crença metafísica e empiricamente não comprovável (abstrata) de que o Direito Penal pode “proteger bens jurídicos” por meio da ameaça e imposição de castigos⁶⁶. Sob esse aspecto, estamos às voltas aqui com outra parcela do lado sombrio da modernidade⁶⁷. Não coincidentemente, é a mesma razão abstrata que pode ser encontrada nas teorias de escolha racional contemporâneas, que renunciam a qualquer pretensão de crítica das mazelas e injustiças do sistema penal.

Desse modo, podemos concluir que a proposta de Taruffo e Ferrer Beltrán é epistemologicamente frágil e político-criminalmente mal direcionada. Alicerçada em um conceito lógico desenvolvido para linguagens formalizadas e orientada para a motivação de condutas por meio da imposição de castigos, ela certamente não foi pensada segundo critérios de redução de danos, que são o postulado do qual se deve partir na margem, onde prospera um sistema penal predador de Direitos Humanos municiado por persistentes inquisitorialismos.

5. CONCLUSÕES: A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL NO PROCESSO PENAL.

O colonialismo pode ter sido encerrado, mas a colonialidade permanece enraizada. Por meio da colonialidade persiste uma conquista do imaginário dos dominados, produto de uma repressão dos modos de conhecer e de produzir conhecimentos e perspectivas⁶⁸. Portanto, como escreveu Quijano⁶⁹, precisamos

⁶²FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 82.

⁶³FERRER BELTRÁN, J. *La valoración (...)*, Ob. Cit., p. 30.

⁶⁴FERRER BELTRÁN, J. *La valoración (...)*, Ob. Cit., p. 140.

⁶⁵CARVALHO, S.D. *Antimanual de criminologia*, Saraiva, São Paulo, 2022.

⁶⁶ZAFFARONI, E.R; BATISTA, N.; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Direito Penal brasileiro – I*, Revan, Rio de Janeiro, 2003.

⁶⁷MIGNOLO, W. *The darker (...) Idem*.

⁶⁸QUIJANO, A. *Colonialidad (...)*, Ob. Cit., p. 13.

⁶⁹QUIJANO, A. *Colonialidad (...)*, Ob. Cit., p. 19.

libertar o conhecimento, a reflexão e a comunicação da racionalidade/modernidade europeia. Mas para sermos claros, o caminho não consiste na simples e sistemática negação de todas as suas categorias, e sim em uma decolonização epistemológica que preservará as conquistas democráticas da modernidade (e da pós-modernidade), mas com base em racionalidades que são diferentes, outras, mas não por isso irracionais.

Como escreveu *Ricardo Timm de Souza*: “A acusação de irracionalidade é uma das retóricas preferidas de modelos de racionalidade hegemônicos para tentar desqualificar outras racionalidades, ou mesmo outras possibilidades da racionalidade”⁷⁰.

A razão abstrata violenta pode ser contestada de muitas formas. Hermenêutica filosófica, pós-modernidade, psicanálise, feminismo(s) e muitas outras correntes filosóficas e intelectuais já o fizeram. Todas essas tradições críticas são retratadas grosseiramente como “irracionais” de forma genérica por *Taruffo*⁷¹, que arremata a narrativa com *Tarski*, afirmando que teríamos chegado à “pós-pós-modernidade”, o que representaria o “retorno da verdade”.

Sob essa perspectiva, destacamos que uma nova aproximação é necessária. A pós-modernidade é uma crítica importante, mas ainda é uma crítica “interna” da modernidade. A opção decolonial⁷² permite outro nível de crítica, uma crítica “externa”, global, não provinciana. Na linha de *Dussel*, nossa cultura não é “moderna” e, portanto, não pode ser “pós-moderna” e, menos ainda como propôs *Taruffo*, “pós-pós-moderna”.

Ela é atualmente irradiada por dinâmicas pré-modernas (anteriores e/ou não pertencentes à modernidade), contudo contemporâneas à modernidade e logo será *transmoderna*: algo diferente a partir de suas próprias raízes. Nesse sentido, o conceito de “transmoderno” indica essa radical novidade: a partir de outro lugar, são construídas respostas e soluções impossíveis para a modernidade, com base na nossa própria experiência histórica e tradição cultural, mas assumindo os momentos positivos da modernidade (e da pós-modernidade), de modo reativo à modernidade. A opção decolonial nos coloca entre duas culturas (a nossa e a moderna) e empodera o pensamento crítico, conectado com os problemas específicos da realidade periférica⁷³. Nas palavras de *Dussel*:

Um projeto desta envergadura requer tenacidade, tempo, inteligência, investigação, solidariedade. Trata-se de um longo período de amadurecimento de uma nova resposta da resistência cultural, e não apenas de coabitação com outras elites de outras culturas, especialmente as dominantes, senão contra o eurocentrismo de suas próprias elites da mesma cultura periférica, colonial, fundamentalista⁷⁴.

Mas nós temos uma boa notícia. Essa trajetória já está em curso. O caminho trilhado por *Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, *Geraldo Prado* e outros autores críticos do Processo Penal, levou-os a novas respostas, pensadas e forjadas desde a margem e para a margem. Fez com que produzissem um contradiscurso que inevitavelmente os colocou em confronto com os defensores e reprodutores de sistemas alheios à nossa realidade marginal e que continuamente invoca(ra)m o “centro” como um critério pelo qual deve ser medida a “periferia”. É por isso que todas as acusações levantadas contra o campo democrático por ter constituído uma

⁷⁰ SOUZA, R.T.D. *Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX* – Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2004, p. 165.

⁷¹TARUFFO, M. *Simplemente (...)*, Ob. Cit., pp. 89-98.

⁷²MIGNOLO, W. *The darker (...)*, Idem.

⁷³DUSSEL, E. “Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação”, *Revista Sociedade e Estado*, Volume 31, Número 1, Janeiro/Abril 2016.

⁷⁴DUSSEL, E. *Transmodernidade (...)*, Ob. Cit., p. 67-68.

leitura “nova” e “diferente” do Processo Penal partem de premissas equivocadas. Nossa realidade tem seus próprios problemas e exige soluções condizentes com eles.

No Brasil, convivemos com racismo estrutural⁷⁵, níveis altíssimos de letalidade policial e seletividade, encarceramento massivo, erosão generalizada dos espaços democráticos e uma mentalidade inquisitória ainda predominante. Essas condições “marginais” demandam uma intelectualidade engajada e atenta para essa realidade nacional e a especificidade do Processo Penal (e o poder nele exercido, que demanda uma luta constante pela sua limitação/contenção).

Mas a trajetória “transmoderna” desse acúmulo de pensamento crítico contramajoritário alicerçado na Constituição ainda não está conclusa, devendo ser ampliada e refinada por outras matrizes, dentre elas, a opção decolonial. Ela pode nos empoderar e autonomizar. Pode nos auxiliar a desenvolver epistemologias diferenciadas, cujos eixos compreensivos e ferramentas conceituais sejam libertadores e não cooptáveis por razões arditas.

Essa epistemologia deve incluir uma crítica interna, bem como uma valorização da nossa própria tradição, do nosso próprio lugar, inclusive de epistemes ancestrais negras e indígenas que sobreviveram ao epistemicídio e nos dão a chance de reinventar uma epistemologia comprometida com a liberdade, que também deve incluir o melhor da própria modernidade e da pós-modernidade, depuradas da razão abstrata e potencialmente violenta da colonialidade. Afinal, ainda podemos sonhar.

O Processo Penal brasileiro e latino-americano pode e deve ser outro, não é mesmo?

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, S. *Racismo estrutural*, Jandaíra, São Paulo, 2019.
- BAUMER, F.L. *O pensamento europeu moderno*: volume I séculos XVII e XVIII, Edições 70, Lisboa, 1977.
- BÜLOW, O.V. *La teoria das excepciones procesales y los presupuestos procesales*, EJE, Buenos Aires, 1964.
- CORDERO, F. *Guida alla procedura penale*, UTET, Torino, 1986.
- CARVALHO, S.D. *Antimanual de criminologia*, Saraiva, São Paulo, 2022.
- COUTINHO, J.N.D.M. “O papel do juiz no processo penal”, in: COUTINHO, J. N.D.M. (coord.), *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- COUTINHO, J.N.D.M. *A lide e o conteúdo do processo penal*, 3º ed., Juruá, Curitiba, 1998.
- COUTINHO, J.N.D.M. “Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado”, in: SILVEIRA, M.A.N.D & PAULA, L.C.D. (Org.), *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018.
- DUSSEL, E. “Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação”, *Revista Sociedade e Estado*, Volume 31, Número 1, Janeiro/Abril 2016.
- _____. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*, Paulus, São Paulo, 1995.
- EYMERICH, N. *Manual dos inquisidores*, Rosa dos Tempos, Rio de Janeiro, 1993.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- _____. *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁷⁵ALMEIDA, Sílvia. *Racismo estrutural*, Jandaíra, São Paulo, 2019.

- GAUER, R.M.C. "Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo)", in: GAUER, R.M.C. (org.). *A qualidade do tempo: para além das experiências históricas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.
- _____. "A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação", GAUER, R.M.C. (coord.), *Sistema penal e violência*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- _____. "Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo)", in: GAUER, R.M.C. (Org.), *A qualidade do tempo: para além das experiências históricas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.
- GADAMER, H.G. *Verdad y método II*, Ediciones Sigueme, Salamanca, 1992.
- GÓES, L. A "tradução" de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da Criminologia Brasileira, Revan, Rio de Janeiro, 2016.
- GLOECKNER, R.J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Tirant Lo Blach, Florianópolis, 2020.
- GOLDSCHMIDT, J. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal", in: GOLDSCHMIDT, J. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- KHALED JR., S.H. *Ambição de verdade no processo penal: uma introdução*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021.
- KHALED JR., S.H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*, Letramento, Belo Horizonte, 2023.
- LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- LOPES JR, A. *Direito Processual Penal*, Saraiva, São Paulo, 2023.
- LOPES JR, A. *Fundamentos do processo penal*, Saraiva, São Paulo, 2023.
- MALDONADO-TORRES, N. "On the coloniality of being: contributions to the development of a concept", *Cultural Studies*, v. 21, n. 2-3, pp. 240-270, 2007.
- MANCOSU, P. "Tarski, Neurath, and Kokoszynska", in: PATTERSON, D. (org.), *New essays on Tarski and philosophy*, Oxford University Press, London, 2008.
- MARTINS, R.C. *O ponto cego do Direito: the brazilian lessons*, Atlas, São Paulo, 2010.
- MIGNOLO, W. *The darker side of western modernity: global futures, decolonial options*, Duke University Press, Durham, 2011.
- MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*, Sulina, Porto Alegre, 2005.
- PUTNAM, H. "Do true assertions correspond to reality?", in: PUTNAM, H., *Mind, language and reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975.
- _____. "A comparison of something with something else", *New Literary History, Philosophy of Science and Literary Theory*, v. 17, n. 1, p. 61-79, Autumn, 1985.
- QUIJANO, A. "Colonialidad, modernidad/racionalidad", *Peru Indigena*, v. 13, n. 29, p. 11-20, 1992.
- SANTOS, B. D. S. *Epistemologies of the south: justice against epistemicide*, Routledge, New York, 2014.
- SOUZA, R.T.D. *Razões plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX – Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2004.
- STRECK, L.L. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.
- TARSKI, A. "O conceito de verdade nas linguagens formalizadas", in: TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade*, Unesp, São Paulo, 2007.
- _____. *A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica*, Unesp, São Paulo, 2007.
- TARUFFO, M. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- VAZQUEZ, R. "Precedence, earth and the Anthropocene: decolonizing design", *Design Philosophy Papers*, v. 15, n. 1, p. 1-15, 2017.
- ZAFFARONI, E.R. *O inimigo no Direito Penal*, Revan, Rio de Janeiro, 2007.
- ZAFFARONI, E.R. *A questão criminal*, Revan, Rio de Janeiro, 2013.

ZAFFARONI, E.R; BATISTA, N; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Direito Penal brasileiro – I*, Revan, Rio de Janeiro, 2003.

LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS À PRODUÇÃO DO ATO JURÍDICO ESTATAL COM BASE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O ATO JURÍDICO PRODUZIDO SEM CONSCIÊNCIA OU VONTADE

Ethical and legal limits to the production of the state legal act based on artificial intelligence: the legal act produced without conscience or will

Maurício Zockun¹

Carolina Zancaner Zockun²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Sumário: 1. Introdução: há ética fora do direito?; 2. Ética pública como moralidade administrativa; 2.1. Noção de princípio; 2.2. Moralidade administrativa: um valor jurídico constitucional; 2.3. A atuação administrativa circunscrita aos limites da lei: o positivismo; 2.4. Moralidade como princípio juridicamente qualificado; 3. O princípio da motivação; 3.1. O dever de motivação; 3.2. A motivação explícita, clara, suficiente e congruente; 3.3. A motivação nos atos produzidos com fundamento em competência vinculada e discricionária; 4. O princípio da motivação em atos sugeridos ou produzidos com base em algoritmos; 4.1. O dilema na motivação do ato praticado ou proposto com base em algoritmos; 4.2. Entendendo os arranjos de algoritmos e a produção de atos com base em inteligência artificial; 4.3. Inteligência artificial na fase preparatória da produção de atos jurídicos; 4.4. Inteligência artificial utilizada na proposição e na produção de atos jurídicos finais; 4.5. O direito dos administrados em relação ao ato praticado ou cuja prática deu-se com base em algoritmos; 5. Conclusão; e, 6. Referência.

Resumo: O artigo se propõe a examinar as formas da produção de ato jurídico estatal a partir das múltiplas tecnologias existentes criadoras da denominada "inteligência artificial" e, a partir delas, apurar em que medida a sua utilização se compatibiliza com o direito brasileiro, especialmente em relação ao controle de sua legitimidade.

Palavas-chave: Inteligência artificial. Ato jurídico estatal. Motivação. Controle.

Abstract: The article proposes to examine the ways in which the production of state legal acts occurs through multiple existing technologies that create what is so-called "artificial intelligence" and, based on them, determine to what extent their use is compatible with Brazilian law, especially with regard to controlling their legitimacy.

Keywords: Artificial intelligence. State legal act. Motivation. Control.

¹Professor de direito administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-docente e doutor em direito administrativo pela PUC/SP. Mestre em direito tributário pela PUC/SP. Advogado.

²Professora de Direito Administrativo na PUC/SP. Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal) Mestre e doutora em direito administrativo pela PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

1. INTRODUÇÃO: Há ética fora do direito?

1. O Decreto federal 1.171/1944, veiculador do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, ao fixar as regras deontológicas para sua interpretação prevê que "O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal"³.

Procurando desbastar o conceito de honestidade, as regras deontológicas daquele Código de Ética preveem que "A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo".

Esta não é, contudo, a ideia de "ética" que adotamos, pois se há um padrão de comportamento exigido do Estado, este decorre de um comando normativo. Assim, parafraseando as regras deontológicas anteriormente referidas, no cumprimento da ordem jurídica, o *bem* ou o *mal* só existem no sistema de direito positivo e na conformidade que lhe imprime o Direito.

Neste sentido, qual seria o padrão ético a ser observado pela Administração Pública? Aquele ditado pelo princípio da moralidade, que acolhe juridicamente certos padrões éticos- sociais. Expliquemo-nos.

2. ÉTICA PÚBLICA COMO MORALIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. NOÇÃO DE PRINCÍPIO

2. Antes de adentrarmos propriamente no tema a que nos propusemos tratar, cumpre destacar que princípio, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, é o vetor direcional de todo um sistema, sustentáculo estrutural do ordenamento jurídico, pilar edificante que dá harmonia e coerência à ordem jurídica de uma sociedade.

Assim é que os princípios correspondem a normas gerais, abstratas e necessárias para construir, sustentar e informar os valores que deverão preponderar na edificação dos confins das prescrições normativas em um dado ordenamento jurídico. É por isso que ao infringir um princípio, está-se a atentar de forma muito mais grave, contra o sistema, do que quando se viola uma norma de estatuta hierárquica inferior, pois, no primeiro caso, atinge-se o coração que bombeia, irradia e espraia seus comandos valorativos para a inteligência do sentido, conteúdo e alcance das demais normas, ao passo que, na segunda hipótese, atinge-se apenas de modo periférico os valores propugnados pelo ordenamento jurídico⁵.

2.2. MORALIDADE ADMINISTRATIVA: UM VALOR JURÍDICO CONSTITUCIONAL

3. Dentre os vetores normativos norteadores do ordenamento jurídico pátrio, a moralidade foi alçada, pela Constituição Brasileira de 1988⁶, a princípio expresso, conforme se verifica da redação do artigo 37, caput, ora transcrita: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

³BRASIL. Decreto nº 1.171 de 1994, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

⁴BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo*, 36ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 863.

⁵BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo (...)*, Ob. Cit., pp. 863-864.

⁶Marcelo Figueiredo afirma não ter localizado no texto das Constituições do mundo ocidental contemporâneo qualquer alusão ao princípio da moralidade tal como vazado na Constituição brasileira. In: FIGUEIREDO, M. *O controle da Moralidade na Constituição*, Malheiros, São Paulo, 1999, p.16.

publicidade e eficiência (...)"

Por ser baliza ao desenvolvimento da atividade administrativa, esse mandamento adjudica em favor do administrado o direito subjetivo ao controle das condutas da Administração. Tanto é assim que, em outra passagem, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXIII, prevê que: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência"⁷.

Assim, verifica-se que a moralidade corresponde tanto a um princípio constitucional, como a objeto de resguardo do interesse público por meio de ação popular.

2.3. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CIRCUNSCRITA AOS LIMITES DA LEI: O POSITIVISMO

4. De fora a parte o primado da moralidade, o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, prevê que à Administração Pública cabe, também, obedecer à estrita legalidade. É dizer: se os particulares podem fazer tudo o que não está proibido em lei, à Administração só é permitido atuar dentro dos precisos limites legais.

Assim, o princípio da legalidade possui duas facetas: a legalidade que permeia a atuação dos particulares e a legalidade atrelada à função administrativa⁸.

5. É certo que a obediência à lei não somente se restringe à sua literalidade, mas, principalmente, a seu espírito, à sua consagração como instrumento de agregação de valores e princípios de uma sociedade em dado espaço e tempo.

Não foi por outra razão que Geraldo Ataliba⁹ afirmou: "é mais que isso: a lei é, no direito constitucional brasileiro, necessariamente genérica, isônoma, abstrata e irretroativa".

Assim é que a atividade administrativa só pode agir debaixo da lei, ou seja, a função administrativa dá-se *secundum legem*, jamais *ultra* ou *contra legem*. Daí Ruy Cirne Lima ter averbado que "jaz consequentemente a administração pública, debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito"¹⁰.

É por isso que a função administrativa é definida por Celso Antônio¹¹ como a função do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas e dentro de uma estrutura hierárquica, para fiel aplicação da lei, mediante comandos complementares dela; comandos esses plenamente contrastáveis, no tocante à legalidade, pelo Poder Judiciário¹².

Com base nessas ideias, tentar-se-á delimitar o conteúdo do princípio da moralidade, compatibilizando-o com a estrita legalidade que se impõe à Administração Pública, quando no exercício de sua função precípua, qual seja, a função administrativa.

2.4. MORALIDADE COMO PRINCÍPIO JURIDICAMENTE QUALIFICADO

6. Nesta seara, cabe indagar, como já o fez Márcio Cammarosano¹³, se deve a

⁷BRASIL, *Constituição (...)*, *Idem*.

⁸Para Santi Romano: "é princípio fundamental do direito público moderno que esta função deva ser exercida dentro dos limites da ordenação jurídica e segundo os escopos traçados pela lei, que é a sua fonte principal". In: ROMANO, S. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Tradução de Maria Helena Diniz, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 255.

⁹ATALIBA, G. *República e Constituição*, 2ª ed., Malheiros Editores. São Paulo, 1998, p. 124.

¹⁰CIRNE LIMA, R. *Princípios de Direito Administrativo*, 3ª ed., Editora Sulina, Porto Alegre, 1954, p. 22.

¹¹BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 33-34.

¹²Com o mesmo entendimento, Renato Alessi: "Ora, funzione amministrativa, sul piano giuridico, è la funzione di emanare statuizioni (o quanto meno atti preparatori od integrativi delle medesime) aventi valore complementare nel senso sopradetto, rispetto ad um precetto normativo astratto mancante di concreta ed immediata operatività, al fine appunto di permettere siffatta operatività concreta". In: ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo*, 4ª ed., Giuffrè Editore, Milão, 1978, p.10.

⁹CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 21.

Administração pautar sua conduta em outras normas que não apenas as qualificadas como legais, ou se sua atuação deve cingir-se às normas legais. Ou seja, se além das regras de origem legal, cabe, também, imprimir à Administração a necessidade de se atender às regras de moral comum, para cumprimento do princípio da moralidade.

Antes de envidarmos qualquer tentativa no sentido de responder as questões suscitadas acima, cabe-nos esclarecer qual seria o conteúdo dessas regras ditas morais.

7. Os preceitos de moral comum consistem em valores mutáveis, tanto no que diz respeito ao local de onde provém, quanto no tocante à época em que são avaliados.

Mesmo dentro de um país cuja língua, raça e religião são praticamente idênticas em todo o seu território - como ocorre com o Brasil - há incontáveis e diferentes valores a serem protegidos nos diversos núcleos de agrupamentos de pessoas, isto é, cada pessoa, família, comunidade, bairro, município e rincão deste país tem sua concepção sobre o que é moral e o que não o é, tornando inviável qualquer aferição de um conceito padrão de moralidade.

Tanto isso é verdade que existem assuntos polêmicos – *exempli gratia*, a liberação de transgênicos, aborto, eutanásia, bingos, cassinos, legalização de algumas drogas etc. – que dividem as opiniões sem que se consiga estabelecer qual é, efetivamente, a posição moralmente correta, mesmo porque, no tocante à moralidade é impossível estabelecer critérios de verdade e falsidade.

Isto porque, como dito, cada um tem sua própria opinião sobre o que é moral e o que não é.

8. As regras de moral comum são tão fluidas e variáveis que considerá-las como conteúdo do princípio da moralidade consistiria em uma negação ao próprio objetivo do Direito.

Deveras, se é fato que o Direito regula condutas humanas de modo coercitivo para que a vida em sociedade se torne possível, não é menos verdade que o Direito atua dessa forma para fornecer ao cidadão um mínimo de segurança.

Há muito já dizia Rousseau que o homem deve ceder parcela de sua liberdade para que, em contrapartida, possa receber a segurança necessária para não sofrer intervenções imprevisíveis, seja por parte do Estado, seja por parte de outro particular.

De fato, os efeitos dessa segurança no campo normativo (ou segurança jurídica) têm a aptidão de, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴, (i) impedir modificações surpreendentes que desestabilizem a situação dos administrados e (ii) reduzir os efeitos traumáticos que decorram de novas manifestações jurídicas que alcançariam situações em curso.

Se o objetivo maior do Direito é a segurança jurídica, como poder admitir que a moralidade a que a Constituição Federal se refere diz respeito às regras de moral comum retiradas do corpo social¹⁵?

A resposta a tal indagação somente pode ser negativa, tendo em vista que qualquer tentativa visando a enquadrar o princípio da moralidade às regras de moral comum restará sempre frustrada, pois, como demonstrado, as regras de moral comum estão em constante mutação, variando em sentidos diametralmente opostos dependendo do tempo/espaço em que se insiram¹⁶.

Assim, se o Direito visa a garantir segurança, não poderá pautar-se em regras que, justamente, não fornecem qualquer padronização e, via de consequência, geram total insegurança.

Um Estado que se constitui como Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, Constituição da República¹⁷) deve subsumir-se a uma ordem normativa previamente estabelecida, cabendo obedecê-la até que venha, legitimamente, a ser alterada pelos procedimentos que estiverem consignados nessa própria ordem normativa, ou até que

¹⁴BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo (...)*, Ob. Cit., pp. 106-111.

¹⁵CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa (...)*, Ob. Cit., pp. 24-25.

¹⁶CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa (...)*, Ob. Cit., pp. 25-27.

¹⁷BRASIL. *Constituição*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

essa seja rompida por revoluções e outra seja iniciada.

9. Ademais, se as regras morais pudessem adentrar a esfera jurídica pela porta do princípio da moralidade, bastaria conhecer as regras morais para conhecer o Direito e, no confronto entre regras morais e regras jurídicas valeriam as primeiras, posto que ao ingressarem na ordem jurídica deveriam ser obedecidas, dado o seu posterior ingresso na ordem jurídica e sua natural proeminência¹⁸.

O argumento colacionado acima traz uma consequência inarredável, também anotada por Márcio Cammarosano, qual seja, o esvaziamento da função do legislador. E isto porque este somente poderia legislar em consonância com as regras de moral comum, mas essas já estariam jurisdicizadas pela existência do princípio da moralidade, cujo conteúdo seria preenchido pelas próprias regras ditas morais. Por tal razão, a atividade legislativa se tornaria inócua, pois (i) ou o legislador criaria normas idênticas às já existentes – que, inclusive, já fariam parte do sistema pela, repita-se, “porta de entrada” do princípio da moralidade – ou (ii) o legislador elaboraria normas dissonantes das normas de moral comum e, aí, as normas elaboradas seriam inconstitucionais, visto que em confronto com o princípio da moralidade.

Diante disso, não há como se aceitar que o conteúdo do princípio da moralidade seja preenchido pelas regras de moral comum, primeiro porque isso geraria total insegurança jurídica, segundo porque ocorreria frontal ofensa à tripartição de funções¹⁹, tendo em vista a ausência de atividade relegada ao Poder Legislativo.

10. Essa, contudo, não é a conclusão de consagrada e qualificada doutrina^{20 21 22 23} que, diversamente do que apregoamos, firma entendimento no sentido de que o conteúdo do princípio da moralidade deve, sim, ser extraído dos valores éticos existentes na sociedade em que se insere.

Neste sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello apregoava que “são as regras éticas que informam o direito positivo como mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita e costumeira. Encerram normas jurídicas universais, expressão de proteção do gênero humano na realização do direito. E, para emprestar-se imagem de Carnelutti, podia-se dizer ser o álcool que conserva o vinho, lhe dá vitalidade, está dentro dele, mas com eles não se confunde”²⁴.

Weida Zancaner²⁵ esclarece que o princípio da moralidade deve ser compreendido como princípio autônomo, eis que tal entendimento parece mais consentâneo com as ideias que embasam o Estado Democrático de Direito. Acresce a professora que “a redução do princípio da moralidade ao da legalidade obstaculiza que o perfil constitucional do Estado Democrático de Direito se concretize em sua inteireza”.

11. Ousamos dissentir, pois ao nosso juízo o princípio da moralidade não tem o seu sentido, conteúdo e alcance edificado a partir da moral comum, mas do próprio Direito²⁶; isto é, será moral ou eticamente aceitável aquilo que o Direito disser que é.

Assim, não há moral jurídica fora do Direito positivo. Só a lei (em sentido lato) obriga: as regras de moral comum não possuem força coercitiva e, por isso, não fazem

¹⁸CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa* (...), *Ob. Cit.*, pp. 81-83.

¹⁹A nossa Constituição preconiza em seu artigo 2º, caput, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Para garantia dessa divisão tripartite, estabelece em seu artigo. 60, §4º, III, que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação de Poderes”. In: BRASIL. Constituição, *idem*.

²⁰FEDER, J. *O Estado e a Sobrevida da Corrupção*, Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1994.

²¹FIGUEIREDO, L.V. *Probidade Administrativa*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.

²²JUSTEN FILHO, M. “O princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário”, *Revista de Direito Tributário*, Malheiros Editores, São Paulo, n. 67, p. 70.

²³FERRAZ, S. *Tratado de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. 1, Fórum, Belo Horizonte, 2022, pp. 260/267.

²⁴*Princípios Gerais de Direito Administrativo* - vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1969, p. 360.

²⁵“Razoabilidade e Moralidade”, In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. (Cord.), *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 629.

²⁶Novamente acatamos o entendimento sempre oportuno de Márcio Cammarosano. In: CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa* (...), *Ob. Cit.*, p. 100.

parte do ordenamento jurídico positivo, não podendo ser invocadas para preencher o conteúdo do princípio da moralidade, sob pena de se atentar contra o princípio maior da segurança jurídica.

O princípio da moralidade é, então, um princípio intrinsecamente vinculado à legalidade, pois é esta que lhe define a substância, erigindo os valores em que aquele deve se pautar.

Se tudo o que é moral deve ser também legal, para que possa ter seu cumprimento exigido, não vislumbramos a possibilidade de se considerar o princípio da moralidade como um princípio autônomo.

De fato, a segurança é o maior dos anseios da humanidade e, para ser alcançada, necessita que a competência para elaboração das normas jurídicas seja exercida pelas pessoas previamente identificadas pelo ordenamento jurídico. Tais pessoas, consubstanciadas nos Poderes Legislativos das ordens jurídicas parciais, devem erigir as condutas humanas que entenderem passíveis de regramento para que os cidadãos saibam, de antemão, como deverão se comportar para não sofrerem (ou sofrerem) as consequências jurídicas já previstas pela lei.

12. O escopo do princípio da segurança jurídica é justamente resguardar os cidadãos das influências nefastas de uma alteração repentina, sem respaldo legal e, ainda, por quem não titulariza esse plexo de competência.

A adoção do princípio da moralidade como princípio autônomo leva, ao nosso ver, à conclusão de que o cidadão pode ser, a qualquer tempo, surpreendido por ter adotado uma conduta que, a par de ser legal, é imoral e, com isso, vir a sofrer sanções, na medida em que se entender que ocorreu afronta ao princípio da moralidade. Acresça-se que entendemos ser tais sanções inconstitucionais²⁷ pela falta de previsão legal expressa.

Assim, o princípio da moralidade somente pode ser invocado se caminhar *pari passu* com a estrita legalidade, pois não é Direito sem este e não possui aplicação prática sem regras jurídicas que lhe definam expressamente o conteúdo para cada caso.

13. De todo o exposto, concluímos que o princípio da moralidade não terá a sua substância edificada segundo a moral comum, mas, diversamente, pela extensão em que a moral comum foi juridicamente positivada.

Logo, o padrão ético a ser observado pela Administração Pública equivale à *moral comum* juridicamente positivada.

14. Um dos padrões éticos jurisdicizados e que devem ser servilmente observados pelo Poder Público resulta, precisamente, na transparência das razões de fato e de direito que levam o Estado a adotar providências jurídicas a seu encargo; e mais: a transparência a respeito do *iter* percorrido para adoção da referida providência jurídica.

3. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

3.1. O DEVER DE MOTIVAÇÃO

15. A motivação é o dever constitucionalmente imposto ao Estado por meio do qual se comina ao agente público o inexcusável encargo de revelar as razões que o levaram a adotar uma determinada providência, segundo a norma jurídica habilitante. Ademais, ao motivar, o agente público estará igualmente compelido a demonstrar a pertinência lógica entre a sua deliberação e os fatos ocorridos, sem o que não se apura a razoabilidade e a proporcionalidade da medida jurídica ou fática adotada, segundo a finalidade da regra de competência.

3.2. A MOTIVAÇÃO EXPLÍCITA, CLARA, SUFICIENTE E CONGRUENTE

16. Segundo o art. 50, § 1º, da Lei federal 9.784, “a motivação deve ser explícita,

²⁷O artigo 5º, II da Constituição Federal dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. In: BRASIL. *Constituição*, *Idem*.

clara e congruente (...)”²⁸. Contudo, não há motivação explícita, como já sustentamos²⁹.

16.1. Com efeito, como os institutos jurídicos e as prescrições normativas são exteriorizados por meio de signos³⁰, a construção do seu sentido, conteúdo e alcance exige interpretação, como observa José Souto Maior Borges³¹. Isso se dá pelo fato de que a norma jurídica e os institutos jurídicos se revelam por meio e em razão da interpretação que dela fazemos. Neste contexto, não há falar em comando normativo ou instituto jurídico explícito. E, pela mesma razão, também não há falar em motivação explícita.

Afinal, tanto os conceitos jurídicos afamadamente explícitos – como legalidade – como os reconhecidamente implícitos – como boa-fé e segurança jurídica – revelam esse atributo no plano formal (se, por exemplo, estão ou não veiculados em texto legal, se tem sua existência proclamada e exteriorizada no texto legislado). Já no plano material, sua substância jurídica, seu conteúdo, sentido e alcance, sempre se revelam por meio da interpretação.

Assim, a interpretação procura extrair do instituto jurídico ou de uma prescrição jurídica a sua carga normativa e, por esta razão, José Souto Maior Borges acertadamente afirma que todo conceito ou comando jurídico é, pois, implícito.

Ora, se a motivação também se revela no mundo jurídico da mesma forma que os conceitos jurídicos e as prescrições normativas, é um despropósito pretender atribuir um sentido literal ao art. 50, § 1º, da Lei federal 9.784, exigente de “motivação explícita”.

Por esta razão, a “motivação explícita” prescrita no art. 50, § 1º, da Lei federal 9.784, deve ser compreendida como a necessidade de essa motivação ser exteriorizada, possibilitando ao intérprete e ao destinatário tomar conhecimento das justificativas que levaram a produção do ato³².

16.2. No mais, a ideia de congruência – prescrita no art. 50, § 1º, da Lei federal 9.784 – diz respeito à correlação e à pertinência lógica entre um dado fato e a providência jurídica adotada pela autoridade pública (no que consiste a razoabilidade³³), aí se incluindo a adequação entre a intensidade da providência adotada segundo a sua finalidade (no que consiste o princípio da proporcionalidade).

Esse também é o pensamento de Augusto Durán Martínez, para quem:

“La congruencia es una exigencia de razonabilidad. El acto administrativo es una declaración de voluntad razonable, puesto que la voluntad presupone la inteligencia. La motivación, además de suficiente y congruente, para ser legítima debe, además, ser exacta. La motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido. Mientras que la suficiencia y la congruencia se aprecian con la sola lectura del acto, la exactitud exige ‘un salto del papel’, puesto que es preciso

²⁸BRASIL. Lei nº 9.784 de 1999, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

²⁹ZOCKUN, M. & ZOCKUN, C.Z. “A relação de sujeição especial no direito brasileiro”, A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, (DOI: 10.21056/aec.v19i77.1141), p. 121-137, jul./set. 2019.

³⁰Sobre o conceito de signos jurídicos: ARAÚJO, C.O. “Semiótica jurídica”, In: CAMPILONGO, C.F., GONZAGA, A.A. & FREIRE, A.L. (Cords.), *Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/96/edicao-1/semiotica-juridica>, acesso em: 23. Abr. 2023.

³¹BORGES, J.S.M. “O Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 22, Dialética, São Paulo, 1997, pp. 24-29.

³²Motivação explícita é, para Augusto Durán Martínez, motivação suficiente, para quem: “La motivación es suficiente cuando con su sola lectura se pueden advertir las razones determinantes del acto”. Daí arrematar “Si no se expresan las razones que pretendidamente apoyan la decisión, difícilmente podrá decirse que el ejercicio del poder que la decisión presunta se somete a un control público democrático, y difícilmente podrá ejercerse sobre ellas un control jurídico posterior”. In: MARTÍNEZ, A.D. “Motivación del acto administrativo y buena administración”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, janeiro/junho de 2013, p. 22.

³³Neste mesmo sentido é o pensamento de Edmir Netto de Araújo. In: ARAÚJO, E.N. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 82.

comparar lo dicho en el acto con la realidad”³⁴.

Mas a motivação é sempre necessária?

3.3. A MOTIVAÇÃO NOS ATOS PRODUZIDOS COM FUNDAMENTO EM COMPETÊNCIA VINCULADA E DISCRICIONÁRIA

17. A motivação dos atos administrativos nem sempre é necessária.

17.1. Com efeito, o ato administrativo emanado sem consciência ou vontade (tratamos dele mais adiante, no item 24) pode ser guiado pela mesma lógica da incidência das regras de conduta, pois a eclosão dos seus efeitos no mundo jurídico se aperfeiçoa de modo automático e infalível, como assinala Alfredo Augusto Becker³⁵, sendo desnecessária qualquer espécie de motivação. Tome-se, por exemplo, uma placa de trânsito e as luzes automática e sequencialmente projetadas por um semáforo. São formas por meio das quais se aperfeiçoam emanações constantes de atos administrativos fundados no exercício de uma competência vinculada, e validamente produzidos sem qualquer espécie de motivação. Mas não só.

Os atos administrativos vinculados que prescindem de motivação, são aqueles cuja válida produção exige (i) a demonstração da ocorrência do fato jurídico descrito na hipótese da regra de competência; ou (ii) implicitamente afastada pelo direito, porque inviabilizaria a própria tutela do interesse público (como nos atos produzidos de forma oral ou urgentes).

17.2. Se alguns atos administrativos produzidos no exercício de uma competência vinculada prescindem de motivação, outros atos fundados na mesma competência exigem essa providência para a sua válida produção.

Deveras, muitos atos produzidos no curso de processos ou procedimentos administrativos são rigorosamente vinculados – como, por exemplo, a concessão de medidas acautelatórias³⁶, o não conhecimento ou o desprovimento de pleitos ou recursos intempestivos –, e, sem embargo desta morfologia, a motivação deverá ser declinada contemporaneamente à sua produção, sob pena de ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Daí Celso Antônio Bandeira de Mello afirmar que “As decisões jurisdicionais, quaisquer que sejam, confirmadas ou reformadas, persistentes ou superadas por orientação jurisprudencial nova, são sempre proferidas na qualidade de atos vinculados a dizer o Direito. Então, não há supor que o juiz tenha discricção para deferir ou indeferir pedido de liminar”³⁷.

Assim, muito embora a regra jurídica habilitante possa impor o exercício da função pública de modo vinculado, não raramente exige-se o prévio ou contemporâneo esclarecimento a respeito da situação fática ocorrida e da fundamentação jurídica adotada para, em vista dela, justificar a adoção de uma dada providência estatal. E isso de modo a permitir que o administrado afira a existência de pertinência lógica entre as circunstâncias fáticas e jurídicas e a solução adotada, segundo a referida regra de competência.

Por exemplo: havendo regra jurídica habilitante, o Poder Público tem o dever de adotar uma medida acautelatória capaz de preservar o bem da vida debatido nos autos de um processo ou procedimento administrativo, desde que demonstre, motivadamente, estarem presentes os requisitos autorizadores dessa medida processual (quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*).

17.3. A despeito de ser indubitosa a validade de algumas espécies de atos

³⁴MARTÍNEZ, A.D. “Motivación del acto administrativo y buena administración”, (...), *Ob. Cit.*, p. 23.

³⁵BECKER, A.A. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª ed, Lejus, São Paulo, 1998, pp. 303-309.

³⁶BRASIL. Art. 45 - Lei nº 9.783 de 1999, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

³⁷Neste sentido: BANDEIRA DE MELLO, C.A. “Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar”, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 3, n. 11, pp. 441-449, 2019, disponível em: <https://www.r dai.com.br/index.php/r dai/article/view/212>, acesso em: 21 abr. 2023.

administrativos produzidos sem consciência ou vontade e de modo imotivado, desde que decorrentes do exercício de competência vinculada, a mesma conclusão não se atinge nas hipóteses em que esse ato administrativo (produzido sem consciência ou vontade) for emanado com fundamento em competência discricionária.

E é precisamente neste movediço campo que se vai trilhando nos dias que correm, no qual Poder público – por necessidade ou incentivo – vai produzindo atos discricionários valendo-se da denominada “inteligência artificial”.

18. Assim, o clássico tema da motivação vem ganhando especial destaque em nossos dias, pois, de modo cada vez mais frequente, utiliza-se a inteligência artificial para (i) propor ao agente público o conteúdo do ato jurídico a ser produzido; ou, ainda, (ii) produzir, em nome do agente público, um determinado ato jurídico.

Como motivar esses atos discricionários que foram produzidos sem consciência ou vontade, já que emanados ou sugeridos a partir de inteligência artificial? Quem está incumbido de motivá-los? É a própria inteligência artificial?

Para respondermos estas indagações, temos que, inicialmente, conhecer o modo pelo qual a proposta de solução é edificada por meio desse expediente – da inteligência artificial – para, assim, esquadrihar o modo em que se dá (ou pode se dar) a sua válida produção.

4. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO EM ATOS SUGERIDOS OU PRODUZIDOS COM BASE EM ALGORITMOS

4.1. O DILEMA NA MOTIVAÇÃO DO ATO PRATICADO OU PROPOSTO COM BASE EM ALGORITMOS

19. No momento histórico em que vivemos, questiona-se em que medida e extensão pode-se exigir a motivação de ato estatal produzido por meio de programa que emprega ou adota algoritmos, base para construção de sistema de inteligência artificial.

Para tanto, impõe-se saber quais os modelos para criação do que se denomina inteligência artificial e, assim, aquilatar em que medida e extensão se pode dar a sua legítima adoção entre nós, segundo o nosso sistema normativo.

4.2. ENTENDENDO OS ARRANJOS DE ALGORITMOS E A PRODUÇÃO DE ATOS COM BASE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

20. Os limites da utilização da inteligência artificial na produção ou sugestão de produção de atos administrativos exige, preliminarmente, que conheçamos o modo por meio do qual essas engenhocas propõem soluções a partir do problema exposto.

Segundo Bruno Romani e Marcos Muller, “Até 2017, a arquitetura (ou técnica) de IA mais utilizada para analisar e gerar texto eram as chamadas redes neurais recorrentes (RNN, na sigla em inglês). Elas ‘olham’ para um conjunto de termos e geram a próxima palavra de forma sequencial, sempre baseada naquilo que aparece anteriormente - é uma espécie de ‘fila de palavras’”³⁸.

Sucede que “(...) as RNNs têm dois problemas. O primeiro é que elas não conseguem analisar várias palavras ao mesmo tempo, o que torna bastante lento o processo de treinamento desses sistemas. Além disso, elas não conseguem manter a ‘atenção’ em frases muito longas e acabam ‘esquecendo’ dos primeiros termos analisados. Ou seja, as RNN não conseguem lidar com uma fila de palavras muito comprida. Portanto, elas são incapazes de escrever parágrafos longos”³⁹, o que ensejou a criação de um algoritmo capaz de solver esse problema, que se passou a chamar *Transformer*, base de sistemas como Bert, do Google, e o GPT, que posteriormente viria a abastecer o ChatGPT.

³⁸ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT”, *O Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 144, n. 47.269, 19/3/2023, p. B7. Disponível em <https://www.estadao.com.br/link/cultura-digital/chatgpt-chat-inteligencia-artificial-como-usar-funcionamento/>, acesso em: 23 abr. 2023.

³⁹ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

E como concretamente funciona o sistema de inteligência artificial, que pode e vem sendo utilizado na produção ou na sugestão de produção de atos jurídicos? Como “computadores (...) não entendem palavras (...) a linguagem precisa virar matemática. (...) cada termo ganha um número (chamado de *token*) e essas identificações são transformadas em vetores multidimensionais, chamados de *embeddings*. Os *embeddings* ajudam a preservar a ideia de semântica porque agrupam os vetores de palavras similares - por exemplo, os vetores de ‘primavera’ e ‘verão’ tendem a ficar perto uns dos outros na ‘nuvem’ de palavras. Outro elemento dessa análise é a posição dessas palavras na frase. Um código referente à posição (chamado de *position encoding*) ajuda a determinar quais palavras costumam aparecer juntas e onde costumam aparecer em uma frase. Isso é importante porque o posicionamento de uma palavra na frase muda o seu significado. Para que a máquina entenda as relações e gere parâmetros são necessários volumes massivos de dados, chamados de modelos de linguagem ampla (LLM). O GPT-3.5, primeiro ‘cérebro’ do ChatGPT, foi treinado com 45 TB de texto, incluindo 10 bilhões de palavras e 8 milhões de textos. Faz parte do material toda a Wikipédia em inglês, pacotes de livros digitais (em conjuntos chamados Books 1 e Books 2) e dois pacotes massivos de páginas da internet (chamados de The Common Crawl e WebText2)”⁴⁰. Eis, pois, a transformação que se processa sobre a base de dados que serve de suporte para o funcionamento do sistema de inteligência artificial.

Esse tema ganha importância transcendente, pois se a base de dados for alimentada de acordo com vieses – textos que atribuam legitimidade a comportamentos racistas, sexistas, mitigadores de direitos dos administrados e jurisdicionados etc. – o padrão algoritmo (*embeddings* e *position encoding*) seguirá essa tendência nas respostas fornecidas. Teremos, pois, respostas racistas, sexistas, mitigadoras de direitos dos administrados e jurisdicionados.

Isso porque “(...) dentro de sistemas de IA, a palavra vira matemática. Ferramentas de IA que geram texto usam modelos de análise probabilística para entender a relação entre as palavras e selecionar os termos que melhor atendem às demandas dos usuários (...)”⁴¹. Justamente porque o algoritmo utiliza-se de métodos probabilísticos para selecionar palavras que, aglutinadas possam fazer sentido, não raramente dá-se “...um fenômeno batizado na comunidade científica de ‘alucinação’, que se refere a textos inventados pelas máquinas que extrapolam a realidade ou o bom senso (...) A transformação de palavras em números e vice-versa deixa claro os motivos pelos quais o ChatGPT alucina ou argumenta sobre informações erradas. Ele apenas está escolhendo palavras num modelo probabilístico. Não há sentimento nem compreensão”⁴².

Daí porque a inteligência artificial que causou um verdadeiro *frisson* mundial, o ChatGPT, é assim descrito, coerentemente com os modelos de algoritmos utilizados: “...o ChatGPT não entende o que escreve por uma razão simples: dentro de sistemas de IA, a palavra vira matemática. Ferramentas de IA que geram texto usam modelos de análise probabilística para entender a relação entre as palavras e selecionar os termos que melhor atendem às demandas dos usuários”⁴³.

Assim, nos denominados sistemas de inteligência artificial, não há sentimento, compreensão e tampouco um olhar para a realidade descrita em vista da finalidade da norma (que é a tutela do interesse público). Existe, pura e simplesmente, um arranjo entre palavras que, por meio probabilístico, podem fazer sentido, segundo a base de dados fornecida. Produz-se ou sugere-se a produção de um ato normativo *sem consciência ou vontade*.

A inteligência artificial não propõe solução alguma; propõe, pura e simplesmente, um arranjo de palavras segundo a maior probabilidade de elas fazerem algum sentido,

⁴⁰ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

⁴¹ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

⁴²ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

⁴³ROMANI, B. & MULLER, M. “Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT” (...), *Idem*.

segundo a base de dados que lhe serve de suporte. Não há consciência, sentimento ou empatia; a proposta de solução decorre de um método probabilístico das palavras utilizadas fazerem sentido, da forma como encadeadas.

Em termos jurídicos, a proposta de produção de um ato jurídico (ou a sua produção) com base em inteligência artificial equivale ao acender da luz de um sinal de trânsito: são atos jurídicos produzidos *sem consciência ou vontade*.

Vejamos o campo no qual essa ferramenta probabilística é utilizada no direito e a sua legitimidade, já que são atos jurídicos produzidos *sem consciência ou vontade*.

4.3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA FASE PREPARATÓRIA DA PRODUÇÃO DE ATOS JURÍDICOS

21. Em maio de 2018 o *site* do STF noticiou o início do projeto *Victor*, que seria uma ferramenta de inteligência artificial incumbida de “ler” todos os recursos extraordinários remetidos à Suprema Corte e identificar sua vinculação a temas de repercussão geral⁴⁴. Essa leitura, agora sabemos, ou transforma essa base de dados em uma “fila de palavras” ou, de forma mais evoluída, verte cada palavra em um *token*, que são transformadas em vetores multidimensionais (*embeddings*), que pretendem preservar a ideia semântica segundo palavras similares e em conformidade com a posição delas em cada frase (*position encoding*). Eis o que significa a “leitura” realizada por *Victor*.

Mas não só. Naquele estágio, segundo afirmava a notícia, *Victor* se encontrava “na fase de construção de suas redes neurais para aprender a partir de milhares de decisões já proferidas no STF a respeito da aplicação de diversos temas de repercussão geral”. Segundo se noticiou, naquele estágio de desenvolvimento do *Victor*, buscava-se alcançar níveis altos de acurácia – que é a medida de efetividade da máquina –, permitindo que aquela ferramenta pudesse auxiliar os servidores em suas análises.

A notícia conclui afirmando que “A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial”.

22. Neste contexto, *Victor* é empregado para produzir um ato jurídico que, no curso de um procedimento, viabiliza, instrumentaliza ou cria as condições necessárias para que o ato jurídico final seja produzido. Assim, *Victor* produz atos jurídicos preparatórios. Ele inova a ordem jurídica, mas não propõe (ou não propunha, naquele momento) a decisão final a ser adotada.

Percebe-se, pois, que a despeito de a notícia veiculada pelo STF afirmar que o *Victor* não exerce função jurisdicional, essa inteligência artificial interfere na decisão judicial a ser proferida, pois inova a ordem jurídica e produz atos que podem ser acolhidos na produção de atos jurisdicionais.

23. Ora, se a base de dados do *Victor* for composta por um vasto conjunto de decisões proferidas pelo STF nas quais não se tenha admitido o processamento do recurso extraordinário ou agravo em recurso extraordinário ao fundamento de que não cabe à Suprema Corte revolver matéria de fato (medida coirmã da intransponível Súmula 7 do STJ), *Victor* “aprenderá” e “decidirá” de modo viciado, já que o “cachimbo entorta a boca”, diz o ditado popular. *Victor*, portanto, poderá sugerir uma decisão enviesada.

Como esse método se baseia em inteligência artificial (explicado no item 20), a sugestão de decisão decorre da probabilidade matemática de as palavras que formaram a sua base de dados guardarem alguma pertinência lógica entre si, segundo a pergunta formulada. Como visto, a proposta de solução decorre de uma probabilidade matemática de esses elementos fazerem sentido; não há raciocínio, não há análise do caso concreto, não existe olhar algum para a realidade. É um ato jurídico produzido *sem consciência ou vontade*.

Daí porque o resultado proposto por meio dessa ferramenta pode ser circunstancialmente correto, incorreto ou, oxalá, uma verdadeira alucinação. E tudo isto

⁴⁴STF. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>, acesso em: 23 abr. 2023.

fundado em probabilidade de arranjo entre as palavras, já que é um ato jurídico produzido *sem consciência ou vontade*.

4.4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL UTILIZADA NA PROPOSIÇÃO E NA PRODUÇÃO DE ATOS JURÍDICOS FINAIS

24. Há tempos Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que não existe óbice algum na produção de ato administrativo por meio artificial, denominados de atos jurídicos produzidos sem consciência ou vontade. Segundo ele:

“(...) há atos jurídicos – *administrativos* – que não são necessariamente comportamentos humanos voluntários. Podem surgir ‘casualmente’, isto é, sem que seu produtor haja pretendido expedi-los e, portanto, sem propósito algum de gerar-lhes os correspondentes efeitos.

Tomemos como exemplo a seguinte hipótese. Suponha-se que um agente público encarregado de interferir, quando necessário, em uma central controladora dos semáforos da cidade (ou de certa parte dela), dirigida normalmente por computador, inadvertidamente aperte um botão concernente a um dado sinal luminoso de trânsito. Disto decorre que em certa esquina o sinal verde, isto é, a ordem ‘siga’, acende três, quatro ou cinco segundos antes do que estava programado e, correspondentemente, ilumina-se o sinal vermelho, isto é, a ordem ‘pare’, no outro ângulo do cruzamento. Por força disso haverá produzido, sem querer, as *ordens mencionadas, que são atos jurídicos administrativos*. E poderá, mesmo, jamais saber que o fez. É o que ocorreria se estivesse conversando com outro funcionário, de costas para o teclado, havendo nele tocado sem sequer se aperceber disto. Não houve qualquer manifestação volitiva e houve ato jurídico administrativo.

Figure-se, agora, a mesma central controladora de semáforos, comandada por um computador e que vá promovendo o câmbio de luzes em função de sinais de radar indicadores dos níveis de congestionamento de tráfego na região. Quem estará efetuando as sucessivas ordens de ‘siga’ ou ‘pare’, simbolizadas pela cor das luzes, é uma máquina; não um homem. Aliás, no futuro, certamente serão comuns atos praticados por máquinas. Hoje mesmo já existem outros casos além do indicado. Há ‘parquímetros’ que expedem multas, uma vez excedido o prazo de estacionamento. Têm-se nestes casos, portanto, demonstrações de que pode haver atos administrativos que não são produzidos por homens. Não se pode, de outro lado, falar em uma vontade da máquina que os expedem⁴⁵, ideia extensível às modernas ferramentas de Inteligência Artificial (...)”⁴⁶.

25. Tanto é assim que a Procuradoria-Geral do Distrito Federal se utiliza da *Dra. Luzia*, considerada a primeira “robô-advogada” do Brasil, criada pela startup LegalLabs⁴⁷. Sua função naquele órgão público é a análise do andamento de processos e, a partir dela, sugerir as manifestações da Advocacia Pública, pesquisando e colacionando informações concernentes às qualificações dos indivíduos, como endereços e bens⁴⁸.

26. Luis Felipe Salomão e Daniel Vianna Vargas testemunham que a inteligência artificial tem sido utilizada para o exercício de atos tipicamente jurisdicionais. Eles afirmam que “noutro giro, a identificação de causas de pedir, configurações fáticas e jurídicas, temas, *ratio decidendi*, adequação de causas, *distinguishing* e fundamentação são funções inexoravelmente ligadas ao exercício da jurisdição. Algumas das práticas acima relacionadas – com justificativa utilitarista e de eficiência quantitativa – revelam a utilização de inteligência artificial no processo de tomada de decisão, ou seja, na atividade

⁴⁵HUTCHINSON, T. “La actividad administrativa, la máquina y el Derecho Administrativo”, *Revista de Direito Público*, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano XIV, ns. 55-56, p. 37-45, notadamente pp. 41-43.

⁴⁶BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo (...)*, Ob. Cit., p. 294.

⁴⁷PGDF. *Inteligência artificial em Execução Fiscal*, disponível em: www.pg.df.gov.br/inteligenciaartificial/, acesso em: 23 abr. 2023.

⁴⁸ Pode-se verificar as propostas de peças indicadas pela *Dra. Luiza* em razão de múltiplas decisões judiciais. In: PGDF, *Modelo para atos processuais*, disponível em: www.pg.df.gov.br/wp-content/uploads/2020/06/ModeloDe_ParaAtosProcessuais_PGFAZ.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.

jurisdicional". Prosseguem observando que "a depender do resultado do processo legislativo, os julgamentos efetuados por meio (com o auxílio) dos sistemas RADAR e VICTOR podem vir a experimentar questionamentos, principalmente por aqueles que se sentirem prejudicados pelo resultado. Registre-se, o julgamento mais simples e mais repetido não deixa de ser julgamento".

E, por isto mesmo, concluem que "Faz-se necessário, no mínimo, um arcabouço teórico jurídico das ferramentas de governança, regulação e controle dos chamados algoritmos utilizados para o auxílio e, por vezes, substituição do juiz no ato de julgar."⁴⁹.

27. Esse alerta soa especialmente relevante na "automação em julgamentos", pois a depender do sistema de inteligência artificial utilizado para esse mister, o processo de *machine learning* adotado pelo algoritmo na produção do ato jurídico final dá-se em ambiente de "technological 'black box'" ou "tecnologia caixa-preta".

Estudo empreendido pela "The Australasian Institute of Judicial Administration Incorporated" descreve esse processo da seguinte forma, com os nossos destaques: "A technological 'black box' refers to human inability to grasp the inner workings of some technological systems. Even if humans can sometimes understand the inputs and outputs of a technological system, were they to view the inner workings of that system, they might find it incomprehensible. Accordingly, the person is unable to verify the integrity of the process used by the AI system to arrive at the output from the input. An explanation of connections in an artificial neural network is as unhelpful in understanding the system as is a neuron-by-neuron description of a human brain in understanding the reasons for a complex decision made by a human. This has led to interest in 'explainable' AI"^{50 51}.

28. Estas circunstâncias revelam a necessidade de o sistema de *positivação tecnológica*, com o emprego de inteligência artificial, ser transparente e permitir que o administrado identifique os caminhos lógicos (passo-a-passo) ou *ratio decidendi* percorrido pelo algoritmo para produção de um ato jurídico. Daí alguns designarem esse impedimento como "princípio da interdição à arbitrariedade algorítmica"⁵². E isso tudo para que, mesmo em se tratando de um ato jurídico produzido sem consciência ou vontade, é direito subjetivo do administrado ter acesso ao método por meio do qual ele foi produzido, de forma a aferir a legitimidade da sua automática produção.

4.5. O DIREITO DOS ADMINISTRADOS EM RELAÇÃO AO ATO PRATICADO OU CUJA PRÁTICA DEU-SE COM BASE EM ALGORITMOS

29. Em vista destas considerações, parece-nos que o princípio da motivação – associado aos princípios da publicidade, da transparência e da boa-fé – confere ao administrado o direito constitucional subjetivo de:

29.1. (i) acessar os dados e a base de dados que serviram de suporte para a construção do algoritmo no qual se funda e edifica a inteligência artificial. E isso para que seja possível apurar, por exemplo, se a base de dados sobre a qual o algoritmo iniciará o seu processo de "aprendizado" – também conhecido como '*machine learning*' – é (a) fundada na moral comum ou na moral juridicamente positivada; (b) adota pensamento minoritário, majoritário ou isolado da jurisprudência ou da doutrina; (c) toma como suporte jurisprudência ou legislação já superada; (d) adota como parâmetro padrões machistas, sexistas ou preconceituosos etc. Logo, a forma de construção de um algoritmo isento de

⁴⁹SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. "Inteligência artificial no Judiciário - Riscos de um positivismo tecnológico" (...), *Idem*.

⁵⁰BELL, F. *et. all. AI decision-making and the courts – a guide for judges, Tribunal Members and Court Administrators*, Aija, Australia, 2002, disponível em: https://mcusercontent.com/b49194247b86d30ad3cfe1745/files/42c3b454-e611-73e1-43b4-c2e67a1dd931/AI_DECISION_MAKING_AND_THE_COURTS_Report_V5_2022_06_20.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.

⁵¹Essa ideia foi igualmente trilhada por Jenna Burrel. *In*: BURREL, J. "How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms", *Big Data & Society*, January-June 2016, disponível em: sagepub.com/journalsPermissions.nav (DOI: 10.1177/2053951715622512), acesso em: 23 abr. 2023, pp. 1-12.

⁵²MUÑOZ, R.A. "El control judicial de la actividad administrativa automatizada" (...), *Ob. Cit.*, p. 241.

vieses ou tendencioso – garantia de imparcialidade, objetividade e previsibilidade na tomada de decisões – deve ser passível da mais ampla verificação e controle, razão por que se impõe o irrestrito acesso às informações que formaram a base de dados sobre a qual repousa o algoritmo.

Afinal, como bem observam Luis Felipe Salomão e Daniel Vianna Vargas, “De entrada, percebe-se que para um mínimo de controle e regulação da operação por meio de algoritmos é a supervisão da inserção de dados, uma vez que estes podem ser determinantes para os resultados alcançados e, por vezes, é a única ‘influência’ humana na tarefa desenvolvida por meio da inteligência artificial”⁵³.

A supervisão na inserção de dados remete a outra colocação igualmente relevante, antevista por Lenio Luiz Streck: “como controlar a discricionariedade para estruturar o algoritmo que vai resolver o problema da discricionariedade?”⁵⁴.

29.2. (ii) acessar o código fonte do algoritmo utilizado, pois, como adequadamente observou Henrique Alves Pinto, “...as decisões (*fundadas em inteligência artificial*) têm sofrido um intenso processo de automatização baseada em critérios, na maioria das vezes, não conhecidos ou bem explicados por seus criadores, de modo que passam a ter grande influência no dia a dia das pessoas sem que elas necessariamente percebam”⁵⁵.

Em vista disto, acessando-se o código fonte será possível apurar e auditar o modo adotado pela inteligência artificial para (a) construção da cadeia de premissas lógicas e fáticas acolhidas para uma decisão final, (b) a cadeia lógica de operações resultantes da aplicação do direito positivo (ou a interpretação que os Tribunais fazem dele) aos fatos submetidos ao seu exame e, a partir disto, (c) as conclusões que se materializarão em um ato jurídico.

A possibilidade de exame e controle do modo de funcionamento do algoritmo é imprescindível para que se apure a lisura jurídica das conclusões intermediárias que sirvam de suporte à tomada da decisão final, já que, como advertem, Luis Felipe Salomão e Daniel Vianna Vargas “(...) quando um sistema de inteligência artificial é utilizado para identificar a causa de pedir, o enquadramento jurídico de determinada pretensão ajuizada, delimitando o objeto de julgamento e, a partir da consulta a um banco de dados (jurisprudência), conduzir a uma conclusão sobre aquele conflito posto em juízo, a situação é consideravelmente distinta. A opacidade e os vieses algoritmos tornam essa tarefa de difícil (ou impossível) controle.”⁵⁶.

Essa etapa de aferição da lisura de atos produzidos com base em inteligência artificial assumiu ares de princípio autônomo para alguns autores estrangeiros, caso de Ricardo Muñoz⁵⁷, e nacionais, caso de Juarez Freitas⁵⁸, passando a denominar-se *princípio da explicabilidade*.

Neste contexto, aderimos à crítica antevista por Lenio Luiz Streck⁵⁹: *explicar* não é realizar *hermenêutica* ou *interpretar*. E os ‘leading cases’? A inteligência artificial explica sem interpretar? E a valoração dos bens jurídicos? Como pode a inteligência artificial valorar a dignidade da pessoa humana sem ser pessoa humana? E o direito à vida digna

⁵³SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. “Inteligência artificial no Judiciário. Riscos de um positivismo tecnológico”, *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 260, abr. 2022, disponível em: www.editorajc.com.br/inteligencia-artificial-no-judiciario-riscos-de-um-positivismo-tecnologico/, acesso em: 23 abr. 2023.

⁵⁴STRECK, L.L. “Um robô pode julgar? Quem programa o robô?”, *Consultor jurídico*, 3.9.2020, acessado em 21/4/2023, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-roboto-julgar-quem-programa-roboto>, acesso em: 23 abr. 2023.

⁵⁵PINTO, H.A. “A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária *accountability*”, *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, pp. 43-60, jan./mar. 2020, disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43, acesso em: 23 abr. 2023

⁵⁶SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. “Inteligência artificial no Judiciário. Riscos de um positivismo tecnológico” (...), *Idem*.

⁵⁷MUÑOZ, R.A. “El control judicial de la actividad administrativa automatizada”, *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 10, n. 2, pp. 235-245.

⁵⁸FREITAZ, J. “Direito administrativo e inteligência artificial”, *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 20.

⁵⁹STRECK, L.L. “Um robô pode julgar? Quem programa o robô?” (...), *Idem*.

sem ao menos ter vida?

29.3. (iii) acessar e operar a interface manuseada pelo Poder Público para utilização da inteligência artificial, de modo que o particular possa, desejando, valer-se do mesmo meio para antever a proposta de resposta (ou a própria resposta) a ser fornecida pelo emprego desse mecanismo. Deste modo, criar-se-á um ambiente de maior segurança jurídica (pois o particular saberá antecipadamente se, aos olhos do Poder Público, uma conduta que aspira realizar será obrigatória, permitida ou proibida) e, outrossim, se a resposta antecipadamente fornecida por meio da inteligência artificial lhe parece compatível ou incompatível com o direito positivo e, sendo o caso, desafiá-la judicialmente.

Em síntese: nos casos em que a solução (ou proposta de solução) em razão de uma dada situação colocada sob exame do Estado venha a ser fornecida pelo emprego da inteligência artificial, no qual o ato jurídico é produzido sem consciência ou vontade, as dobras do princípio da motivação, da publicidade, da transparência e da boa-fé, impõem ao Poder Público o dever de conferir irrestrito acesso (i) à base de dados sobre a qual o algoritmo iniciou o seu processo de aprendizado (ou *machine learning*)⁶⁰; (ii) ao código fonte do algoritmo, à rede neural artificial (RNA)⁶¹ ou outro mecanismo algorítmico utilizado (como o *Transformer*); e (iii) à interface que o próprio Poder Público utiliza para solicitar a proposta de solução à inteligência artificial.

30. Desde que as garantias propostas sejam atendidas (item 29) admite-se a produção de “ato vinculado” fundado em inteligência artificial, desde que não demande qualquer espécie de motivação, pois esse ato terá sido produzido por meio desprovido de consciência e vontade.

Tem-se a mesma solução em relação a ato jurídico cuja emanção se radica em uma competência discricionária? Esse “ato discricionário” pode ser produzido sem vontade e consciência, por meio de inteligência artificial? Pelos pressupostos eleitos e segundo o nosso modelo normativo vigente, a resposta é negativa, pois a discricionariedade exige consciência e vontade, atributo exclusivamente humanos e irreproduzíveis em algoritmos (como esclarecido no item 20).

Mas como o direito cria as suas próprias realidades, existe a possibilidade jurídica de autorizar-se a produção de atos discricionários sem consciência ou vontade. Talvez aí, nas dobras desta possibilidade, poder-se-á apurar se o provérbio lançado em Asinaria, por

⁶⁰O que, afinal, é *machine learning*? Luis Felipe Salomão e Daniel Vianna Vargas esclarecem: “Os algoritmos podem ser programados ou não-programados, sendo que os primeiros seguem passo a passo as tarefas menores previamente definidas pelo programador. Quando a informação ingressa, o caminho a ser tomado pela inteligência artificial está determinado integralmente, sabe-se o resultado. No exemplo dado do aplicativo, podemos ilustrar com um destino que só possua um único caminho a ser tomado. O algoritmo programado dará as instruções detalhadas de cada uma das conversões que deverão ser realizadas pelo motorista, mas sabe-se que o caminho é aquele previamente definido pelo programador. Quanto aos algoritmos não-programados, possuem capacidade randômica de aprendizado. Os dados e o objetivo almejado são inseridos no sistema (*input*). É o sistema que irá produzir o algoritmo (*output*), transformando-o em outro, ‘escrevendo’ sua própria programação, sem interferência de um programador humano. Cuida-se da denominada técnica de ‘machine learning’. A máquina coleta dados, interpretando-os e transformando-os em novos dados, elaborando predições acerca dos resultados intermediários, ‘aprendendo’ com eles, desenvolvendo modelos e novos algoritmos sem que haja necessidade de nova programação. Quanto mais dados inseridos inicialmente, maior é a possibilidade de aprendizado do sistema”. In: SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. “Inteligência artificial no Judiciário. Riscos de um positivismo tecnológico” (...), *Ob. Cit.*, pp. 26-30.

⁶¹Segundo André de Carvalho, as RNAs “...são sistemas computacionais distribuídos baseados na estrutura e no funcionamento do sistema nervoso. Para isso, utilizam unidades de processamento simples, que simulam neurônios naturais, conectados de forma a simular a ocorrência de sinapses. Um tipo especial de RNAs, as RNAs profundas, tem superado o desempenho preditivo obtido por modelos gerados por outros algoritmos de AM. Para isso, são treinadas com algoritmos de aprendizado profundo. As RNAs apresentam, no entanto, uma característica que impede seu uso em algumas aplicações: a de serem modelos caixa-preta, ou seja, difíceis de entender seu funcionamento interno e todas as decisões”. In: CARVAHO, A. “Relatório de Pesquisa do projeto de pesquisa ‘Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro’”, 2ª fase, in: SALOMÃO, L.F. (Coord.). *Inteligência artificial*, 2º ed., FGV, São Paulo, disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.

Titus Maccius Plauto, uma vez mais terá curso entre nós. Afinal: *Homo homini lupus*⁶²?

5. CONCLUSÃO

31. Não há, e nunca houve, impedimento jurídico ou lógico para que ato jurídico e ato administrativo sejam produzidos por máquinas ou sistema de inteligência artificial. Trata-se de uma opção aberta à escolha legislativa.

A despeito disto, a Constituição da República, ao positivar os princípios da motivação, da publicidade, da transparência e da boa-fé, impõe que o agente público indique os fatos e o concatenamento lógico adotado para, em vista do sistema de direito positivo, produzir um ato jurídico qualquer.

Esse ônus cominado ao Estado se presta como instrumento hábil a permitir que os administrados possam controlar a lisura dos atos jurídicos estatais produzidos.

Deste modo, em nada se abala ou relativiza a ampla latitude dessa garantia, o fato de o ato jurídico ter sido produzido por meio de algoritmo ou ter sido produzido por um ser humano, a partir de uma proposta edificada por meio de algoritmo, desde que seja um ato jurídico fundado em competência vinculada. E, no primeiro caso, desde que não demande qualquer espécie de motivação, pois terá sido produzido por meio desprovido de consciência e vontade.

6. REFERÊNCIAS

- ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo*, 4ª ed., Giuffrè Editore, Milão, 1978.
- ATALIBA, G. *República e Constituição*, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1998.
- ARAÚJO. E.N. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010.
- ARAÚJO, C.O. "Semiótica jurídica", in: CAMPILONGO, C.F; GONZAGA, A.A. & FREIRE, A.L. (Cords.), *Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/96/edicao-1/semiotica-juridica>, acesso em: 23. Abr. 2023.
- BANDEIRA DE MELLO, C.A. "Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar", *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, Thomson Reuters, Livraria RT, São Paulo, v. 3, n. 11, (DOI: 10.48143/rdai/11.mello.cab), disponível em: <https://www.r dai.com.br/index.php/rdai/article/view/212>, acesso em: 15 jan. 2023.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*, 36ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2023.
- BANDEIRA DE MELLO, O. A. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1969.
- BECKER, A. A. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª ed, Lejus, São Paulo, 1998.
- BELL, F. et. all. *AI decision-making and the courts – a guide for judges, Tribunal Members and Court Administrators*, Aija, Australia, 2002, disponível em: https://mcusercontent.com/b49194247b86d30ad3cfe1745/files/42c3b454-e611-73e1-43b4-c2e67a1dd931/AI_DECISION_MAKING_AND_THE_COURTS_Report_V5_2022_06_20.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.
- BORGES, J. S. M. "O Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo", *Revista Dialética de Direito Tributário*, Dialética, São Paulo, n. 22, pp. 24-29, 1997.
- BRASIL. Constituição, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 23 abr. 2023.
- BRASIL. Lei nº 9.783 de 1999, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm, acesso em: 23 abr. 2023.

⁶²"Lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit", in: PLAUTO, T.M. *Asinaria I*, Gredos, Espanha, disponível em : <https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2018/05/plauto-tito-macio-asinaria-bilingue.pdf>, acesso em: 23 abr. 2023.

- BRASIL. Lei nº 9.784 de 1999, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm, acesso em: 23 abr. 2023.
- BRASIL. Decreto nº 1.171 de 1994, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm, acesso em: 23 abr. 2023.
- CAMMAROSANO, M. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da Função Administrativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2006.
- CARVAHO, A. "Relatório de Pesquisa do projeto de pesquisa 'Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro'", 2ª fase, in: SALOMÃO, L.F. (Coord.). *Inteligência artificial*, 2º ed., FGV, São Paulo, disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.
- FEDER, J. *O Estado e a Sobrevida da Corrupção*, Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1994.
- FERRAZ, S. *Tratado de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. 1, Fórum, Belo Horizonte, 2022.
- FIGUEIREDO, L. V. *Probidade Administrativa*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.
- FIGUEIREDO, M. *O controle da Moralidade na Constituição*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.
- FREITAS, J. "Direito administrativo e inteligência artificial", *Interesse Público*, Fórum, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar-abr., 2019.
- HUTCHINSON, T. "La actividad administrativa, la máquina y el Derecho Administrativo", *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XIV, ns. 55-56, pp. 37-43, jul-dez. 1980.
- JUSTEN FILHO, M.J. "O princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário", *Revista de Direito Tributário*, Malheiros Editores, São Paulo, n. 67, p. 70.
- LIMA, R.C. *Princípios de Direito Administrativo*, 3ª ed., Editora Sulina, Porto Alegre, 1954.
- MARTÍNEZ, A.D. "Motivación del acto administrativo y buena administración", *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, pp. 18-32, janeiro/junho de 2013.
- MUÑOZ, R.A. "El control judicial de la actividad administrativa automatizada", *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 10, n. 2, p. 235-245, ago. 2022.
- PLAUTO, T.M. *Asinaria I*, Gredos, Espanha, disponível em: <https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2018/05/plauto-tito-macio-asinaria-bilingue.pdf>, acesso em: 23 abr. 2023.
- PGDF. *Inteligência artificial em Execução Fiscal*, disponível em: www.pg.df.gov.br/inteligenciaartificial/, acesso em: 23 abr. 2023.
- PGDF, *Modelo para atos processuais*, disponível em: www.pg.df.gov.br/wp-content/uploads/2020/06/ModeloDe_ParaAtosProcessuais_PGFAZ.pdf, acesso em: 23 abr. 2023.
- PINTO, H.A.P. "A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária accountability", *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 43-60, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43, acesso em: 23 abr. 2023.
- ROMANI, B. & MULLER, M. "Palavras viram números: entenda como funciona a inteligência artificial do ChatGPT", *O Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 144, n. 47.269, 19/3/2023, p. B7, disponível em: <https://www.estadao.com.br/link/cultura-digital/chatgpt-chat-inteligencia-artificial-como-usar-funcionamento/>, acesso em 23 abr. 2023.
- ROMANO, S. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Tradução de Maria Helena Diniz, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.
- SALOMÃO, L.F. & VARGAS, D.V. "Inteligência artificial no Judiciário. Riscos de um positivismo tecnológico", *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 260, abr. 2022, disponível em: www.editorajc.com.br/inteligencia-artificial-no-judiciario-riscos-de-um-positivismo-tecnologico/, acesso em: 23 abr. 2023.
- STF. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*, disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038> ,
acesso em: 23 abr. 2023.

STRECK, L. L. "Um robô pode julgar? Quem programa o robô?", Consultor jurídico, 3.9.2020, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo>, acesso em : 23 abr. 2023.

ZANCANER, W. "Razoabilidade e Moralidade", in: BANDEIRA DE MELLO, C. A. (Cord.), *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2, Malheiros Editores, São Paulo, 1997.

ZOCKUN, M. & ZOCKUN, C. Z. "A relação de sujeição especial no direito brasileiro", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Fórum, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 121-137, (DOI: 10.21056/aec.v19i77.1141), jul./set. 2019.

O IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO E O DIREITO BRASILEIRO: UMA ESTRATÉGIA PARA SUPERAÇÃO DAS PERMANÊNCIAS AUTORITÁRIAS E DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

The latin american ius commune and brazilian law: a strategy to overcome authoritarian permanencies and democratize criminal proceedings

Denise Luz^{1 2}

Universidade de Pernambuco (UPE)

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito processual penal e a jurisdição no Brasil; 2.1. As *permanências autoritárias* pós constituição democrática de 1988; 2.2. Devido processo penal e democracia: *justo processo* como direito humano; 3. O *Ius Commune* Latino-Americano; 3.1. O *Ius Commune* Latino-americano no Direito Brasileiro; 4. Conclusões; 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: Este trabalho identifica um vínculo estreito entre processo penal e democracia, porque ele nunca é indiferente ou estático em relação ao regime político, o que justifica estudá-lo também sob enfoque constitucional. Porém, mesmo após a Constituição democrática de 1988, o Brasil persiste a sofrer com permanências autoritárias. Nessa ótica, a pesquisa se preocupa em superar esse autoritarismo, o qual se insere em uma conjuntura mais ampla, a latino-americana. Os países dessa região têm um passado em comum - colonialismo de exploração, escravidão de seres humanos e ditaduras civis-militares violentas - o qual não foi superado, apesar de todos contarem com ferramentas teóricas e instituições formais para tanto. A necessidade de sedimentar a democracia, efetivando garantias, impõe sejam avaliadas propostas capazes de interferir na realidade autoritária do processo penal brasileiro para alterá-la, adequando-lhe ao ambiente democrático. Por isso, investiga-se as recomendações do projeto teórico do *Ius Commune Latino-americano*, o qual, ciente da debilidade das instituições no Continente, busca desenvolver a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos, por meio de um constitucionalismo que interage direitos e garantias internas com as internacionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Palavras-Chaves: *Ius Commune* latino-americano; instituições jurídicas; permanências autoritárias; controle de convencionalidade; justo processo.

Abstract: This work identifies a close link between criminal procedure and democracy, because it is never indifferent or static in relation to the political regime, which also justifies studying it under a constitutional approach. However, even after the democratic Constitution of 1988, Brazil persists in suffering from authoritarian permanencies. From this perspective, this study is concerned with overcoming this authoritarianism which is part of a broader context, the Latin American one. The countries in this region have a common past - exploitative colonialism, human enslavement and violent civil-military dictatorships - which has not been overcome, despite all having theoretical tools and formal institutions

¹Doutora e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Sul (PUCRS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora de Direito Penal e Processo Penal da Universidade de Pernambuco (UPE).

²"*Soy América Latina. Un pueblo sin piernas pero que camina*", Calle 13.

to do so. The need to consolidate democracy and making guarantees effective requires evaluating proposals capable of interfering with the authoritarian reality of the Brazilian criminal procedure in order to change it, adapting it to the democratic environment. Therefore, the theoretical project recommendations of the Latin American *Ius Commune* are investigated herein, which, aware of the weakness of institutions on the Continent, seeks to develop democracy, the rule of law and human rights through constitutionalism which interrelates internal rights and guarantees with the international ones of the Inter-American System of Human Rights.

Keywords: Latin American *Ius Commune*; legal institutions, authoritarian permanencies; conventionality control; due process.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho têm o intuito de contribuir para transformar a *práxis* do processo penal brasileiro, harmonizando-a com o espírito democrático instalado pela Constituição de 1988. Quer-se trazer às relações sociais a *força normativa da Constituição*³. Esta “depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*”⁴.

O país dispõe de uma “Constituição real” que se impõe e, por vezes, opõe-se à “Constituição Jurídica”⁵. Existem práticas institucionais que, independente do conteúdo das normas constitucionais, mantêm-se em confronto com a normatividade constitucional. Percebe-se um largo distanciamento entre teoria e realidade na efetividade dos direitos no Brasil, em especial na Justiça criminal.

Este estudo objetiva identificar o porquê de o Brasil ainda não ter conseguido dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição democrática de 1988, especialmente as do processo penal; e buscar uma solução teórica capaz de interferir na realidade atual para superá-la.

Para tanto, inicia-se com uma breve análise histórica do direito processual penal no Brasil e a atuação da jurisdição criminal, identificando *permanências autoritárias* nas práticas institucionais mesmo após a Constituição democrática de 1988. Ainda na primeira seção, verifica-se a interrelação entre processo penal e democracia, assim como entre ambos e direitos humanos.

Na segunda seção, avilia-se a proposta do *Ius Commune Latino-Americano* e sua aptidão para persuadir a consolidação da democracia efetiva e de um direito processual penal em conformidade com a Constituição democrática no Brasil. Os pressupostos teóricos do *Ius Commune Latino-Americano*, seus objetivos e instrumentos de intervenção são estudados, para averiguar se esta teoria é capaz de atender a tais objetivos.

A metodologia empregada é da pesquisa bibliográfica e documental de avaliação qualitativa.

2. O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A JURISDIÇÃO NO BRASIL

O percurso histórico do processo penal brasileiro, em suas grandes linhas, registra notável caráter autoritário. Mesmo após a promulgação da Constituição democrática de 1988 – identificada política e teoricamente como *garantista* – a prática autoritária das agências estatais persiste até os dias atuais, destoando da normatividade.

³HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*, tradução: FERREIRA MENDES. G., Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.

⁴HESSE, K. *A Força Normativa (...) Ob. Cit.*, p. 21.

⁵Hesse usa as expressões “Constituição Jurídica” para definir as disposições normativas da Constituição e “Constituição real” para designar as forças reais de poder, as da *Realpolitik*, que atuam na prática do sistema de justiça, independente das previsões normativas. Embora sempre vá existir tensão entre uma e outra, a eficácia da “Constituição jurídica” se reflete na sua coincidência com a “Constituição real”, ou seja, a coincidência da norma com as práticas de Estado. Se a “Constituição real” não é atingida pela “Constituição jurídica”, em outros termos, se ela é capaz de produzir efeitos determinantes exclusivamente por si, o que se tem é a negação da própria “Constituição jurídica”. In: HESSE, K. *A força normativa (...) Ob. Cit.*, pp. 9-11.

Vê-se que a realidade do direito processual penal no Brasil, tanto do ponto de vista legal infraconstitucional, como das práticas das instituições estatais encarregadas da justiça e da segurança, não se harmoniza normativamente com a "Constituição jurídica".

O principal instrumento legislativo que regula o processo penal no Brasil é o Código de Processo Penal (CPP) positivado pelo Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, o qual entrou em vigor em 1º de Janeiro de 1942, inspirado no *Código Rocco*, o Código de Processo Penal italiano produzido pelo Ministro Rocco, durante o governo Mussolini. No plano constitucional, o país estava sob o comando da Constituição outorgada de 1937, inspirada na Constituição da Polônia, desenvolvida sob ideologia fascista, quando o país vivia um regime ditatorial denominado *Estado Novo*.

De 1946 a 1964⁶, o país teve uma breve experiência democrática entre períodos ditatoriais, mas as práticas da polícia política do Estado Novo se mantiveram. Em 31 de março de 1964, as forças armadas tomaram o poder político mediante uso da força, derrubando a ordem constitucional por meio de um golpe de Estado. Em 09 de abril do mesmo ano, o governo apresentou o primeiro ato institucional (AI), instrumento jurídico usado para fixação de um "poder constituinte originário", sob pretexto de ser resultado de uma "Revolução"⁷.

Os AIs foram os veículos jurídicos instrumentais utilizados para "legalizar" as ações do regime, criando regras novas e mantendo as antigas que não lhes fossem contrárias, viabilizando a mistura de normas anteriores, promulgadas em ambiente democrático – conforme Constituição de 1946, com normas autoritárias, dando aparência de normalidade e garantindo a continuidade. O próprio texto do primeiro AI previu a manutenção da Constituição naquilo que não lhe fosse contrária, ou seja, regrou que esta, a norma democrática, teria aplicação subsidiária em relação aquele, ato autoritário exclusivo do Poder Executivo.

A ditadura militar vigorou de 1964 a 1985 e foi, mediante a edição dos chamados atos institucionais, progressivamente, avançando no seu desiderato repressor de contensão da oposição⁸. O mais opressivo contra os direitos e garantias fundamentais^{9 10}, atingindo diretamente o processo penal, foi o AI5, de 13 de dezembro de 1968, que, dentre tantas restrições, suspendeu o exercício do *habeas corpus*, o que, na prática, deixou as pessoas submetidas à arbitrariedade de um Estado policial. O AI5 permaneceu vigente até 1978.

A ditadura que dominou o Brasil nesse período valeu-se, sobretudo, do direito penal e do processo penal (com a negação de um "Direito processual penal"), das polícias e demais agências de repressão para se impor pela força e pela violência. O incremento da criminalização de condutas, o fortalecimento das polícias políticas e o enfraquecimento do Direito Processual penal, além da violência de Estado institucionalizada marcaram esse período.

⁶A Constituição de 1946 retomou a linha democrática e restabeleceu direitos fundamentais. Em 1964, ocorreu o golpe militar que derrubou a ordem instituída e implantou uma ditadura.

⁷BRASIL. *Portal da Legislação. Atos institucionais*, disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>, acesso em: 03 out. 2022.

⁸Foram 17 Atos Institucionais de março de 1964 até outubro de 1969, quando entrou em vigor a nova Constituição outorgada.

⁹Importante esclarecer que, para este trabalho, *direitos*, *garantias* e *direito-garantia* tem o mesmo sentido. Sabe-se que esses termos recebem conceitos diversos e com matizes diversas, mas, para este artigo, essa distinção não é relevante. Isso, porque todas essas categorias possuem dignidade constitucional e convencional. Ver: SARLET, I.W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 12ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, p. 186.

¹⁰Sarlet leciona que as "garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas as direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes." Daí, explica o autor, o sentido da expressão *direito-garantia*, já que esses dispositivos além de terem caráter instrumental, também "fundamentam posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas". Além disso é, muitas vezes, difícil identificar diferenças. In: SARLET, I.W. *A Eficácia dos (...) idem*.

Em janeiro de 1985, foi eleito o primeiro presidente civil após o golpe - ainda não pelo voto direto e universal, mas por um colégio eleitoral - o qual veio a falecer antes mesmo de tomar posse, o que elevou o vice-presidente à titularidade da Presidência da República. Durante o mandato deste, foi promulgada a Constituição atual, em 05 de outubro de 1988. Apesar de a nova Constituição ser advinda de um ambiente de euforia democrática, as instituições jurídicas anteriores foram, em geral, mantidas.

Posteriormente, advieram leis em matéria penal, tanto de direito material quanto processual, distanciadas ou até contrapostas ao espírito democrático de 1988¹¹. Persistiu a criação de leis infraconstitucionais de caráter subversivo aos ditames constitucionais, evidenciando que a lógica autoritária continuou orientando o parlamento, mesmo quando escolhido por eleições livres.

A Constituição democrática estabeleceu uma forma equilibrada de distribuição de forças na sociedade. No que toca ao processo penal, pode-se exemplificar a distribuição proporcional de forças entre o Estado acusador e o réu na previsão, dentre os direitos e garantias fundamentais, do devido processo legal (art. 5º, LIV), do estado de inocência (art. 5º, LVII), da ampla defesa (art. 5º, LV), do contraditório (art. 5º, LV), da prova lícita (art. 5º, LVI), do direito de não ser obrigado a se autoincriminar (art. 5º, LXIII), do juiz natural (art. 5º, XXXVII), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), da gratuidade do habeas corpus (LXXVII), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), do direito de recorrer contra decisão condenatória (art. 5º, LV), da imutabilidade da decisão absolutória transitada em julgado (art. 5º, XXXVI), da proteção contra prisão arbitrária (art. 5º, LXI), e demais direitos e garantias constitucionais como o da fundamentação das decisões e da imparcialidade judicial (art. 93, IX), dentre outros. Como o réu é a parte *débil*¹² no processo penal, a Constituição lhe conferiu uma série de garantias na tentativa de equilibrar suas forças com o poder do aparato estatal acusador. No entanto, as relações fáticas entre os suspeitos ou acusados e as instituições estatais expõem a prevalência de fatores reais de poder sobre os fatores jurídico-constitucionais.

2.1. AS PERMANÊNCIAS AUTORITÁRIAS PÓS CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988

Em que pese tenha havido grande reforma normativa, não houve alterações institucionais profundas, fazendo com que as práticas autoritárias permanecessem sob a condução de um Poder Judiciário habituado a atuar repressivamente e não de modo protetivo. Isso permitiu que as normas técnicas do CPP, vigente desde 1942, instrumentalizassem a interpretação das normas constitucionais - de caráter não apenas técnico, mas fundamental - pelos tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Vê-se que a realidade do direito processual penal no Brasil, tanto do ponto de vista legal infraconstitucional, como das práticas das instituições estatais encarregadas da justiça e da segurança, não se harmonizam normativamente com a "Constituição jurídica".

De fato, existe um "descompasso entre a *ratio legis* constitucional e a *ratio juris* que move o Poder Judiciário, fomentando a possibilidade de insegurança jurídica, à flexibilização desmedida e não ponderada de direitos e garantias e a configuração de um estado de exceção permanente no Brasil"¹³.

¹¹Um exemplo de legislações dessa ordem é a Lei que dispõe sobre os crimes hediondos, Lei 8.072/1990, a qual, inicialmente, previu que as penas para crimes como tais seriam cumpridas integralmente em regime fechado (art. 2º, § 2º), sem observar a exigência constitucional de progressão no cumprimento da pena. Esse entendimento permaneceu até 2006, quando tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF. In: STF. *Habeas Corpus* 82.959-7 - SP, disponível em: <http://www.stf.jus.br>, acesso em: 02 jan. 2023.

¹²FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 4ª ed., tradução: ANDRÉS IBÁÑEZ, P. & GREPPI, A., Trotta, Madrid, 2004.

¹³As colocações são de Nereu Giacomoli e Thiago Allison Cardoso de Jesus, baseados em Agamben. Cf. GIACOMOLLI, N.J. & CARDOSO DE JESUS, T.A. *Mentalidade Inquisitória e Mitigação de Garantias no Processamento Criminal pelo STF no Contexto dos 30 anos da Constituição*, in: RIBEIRO, L.G.G.; FREITAS, S.H.Z. & DE MOURA SOARES, V.M. (Coord), *Direito Penal, Processo Penal e Constituição*

Entende-se que essa negação da normatividade da Constituição na *Law in action*, sempre respaldada em discursos técnicos ocorre, principalmente, devido à fragilidade das instituições democráticas nacionais, à ausência de rupturas ou de reformas significativas quando das alterações de regimes, o que viabilizou *permanências autoritárias*^{14 15 16 17 18} durante os períodos democráticos.

Não houve qualquer ruptura *no* ou *do* Poder Judiciário quando da passagem do regime ditatorial para o democrático. Tampouco, houve reformas significativas capazes de impactar na cultura institucional estabilizada. Não houve sequer um processo de transição nessa estrutura de poder. Flávia Piovesan aponta que, embora a Constituição de 1988 tenha tutelado direitos fundamentais e introduzido importantes mecanismos para sua proteção, confiou sua guarda “ao antigo Supremo Tribunal Federal, marcado por uma ótica acentuadamente privatista e por uma herança jurisprudencial de tempos ditatoriais”¹⁹. Não houve alteração na composição dos Ministros, permanecendo nove ministros nomeados pelo regime ditatorial. Os últimos se aposentaram em 2003²⁰.

As mudanças institucionais no sistema de justiça se limitaram à criação do STJ e algumas alterações nos ritos e procedimentos, visando garantir mais celeridade ou “modernização”. Não houve alteração estrutural, já que as medidas se voltaram para redução das demandas, desafogamento dos cartórios e alterações em estruturas burocráticas. A mudança mais impactante ocorreu somente em 2004 com a Reforma do Poder Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45, que viabilizou um pouco de transparência na atuação dos juízes.

O Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV) registra que notícias de graves violações de direitos humanos pela ditadura foram levadas ao conhecimento do STF. O documento estampa que ministros da Suprema Corte chegaram a reconhecer a prática da tortura por agentes estatais durante as prisões, quando dos debates em plenário sobre a validade da confissão obtida nessas condições na fase do inquérito policial, sem que jamais tenha sido determinada a apuração de responsabilidades por crime de tamanha gravidade. A investigação da CNV demonstra que, além de os ministros deixarem de tomar

II, CONPEDI, Florianópolis, 2018, disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/Ods65m46/48xcmljs/GQp3GZ3N51xx97V7.pdf>, acesso em: 1 ago. 2022, p. 137.

¹⁴A noção de “permanência” é dada por Rui Cunha Martins. Devido à “permanência”, a mudança para o regime democrático não implica na total negação das ideias autoritárias anteriores. Ambos os paradigmas, autoritário e democrático, convivem concomitante, um não exclui o outro, porque as ideias não se apresentam historicamente de modo linear. A evolução histórica das ideias não se dá apenas por superação do modo de pensar, de forma que ideias contraditórias convivem no tempo. Cf. MARTINS, R.C. *A hora dos cadáveres adiados*. Corrupção, expectativa e processo penal, Atlas, São Paulo, 2013.

¹⁵Essa convivência no âmbito político e jurídico será mais intensa e mais longa se as mudanças de regime não decorrerem de rupturas ou não promoverem reformas significativas nas instituições que sustentaram o regime que se pretende superar. Ver também: PRADO, G. “A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal”, vol. XVIII, pp. 33-50, *Galileu* (Lisboa), 2013.

¹⁶Sobre a convivência de práticas autoritárias com propostas democráticas, ver: MARTINS, R.C. *Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

¹⁷Sob outro enfoque (nota 16) ver: GLOECKNER, R.J. “Razões (?) do populismo punitivo”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 1, nº 71, pp. 102-116, Porto Alegre, dez-jan, 2011-2012.

¹⁸O trabalho de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e de Andrea Ana do Nascimento apontam avanços na atividade policial desde 1988, no sentido de democratizar e profissionalizar as polícias, mas também denunciam que a transição democrática não se realizou nas instituições policiais, fazendo com que persistam práticas autoritárias durante o regime democrático. Cf. DE AZEVEDO, R.G. & DO NASCIMENTO, A.A. “Desafios da reforma das polícias no Brasil: permanência autoritária e perspectivas de mudança, Civitas”, *Revista de Ciências Sociais (Impresso)*, vol. 16, pp. 653-672, 2016.

¹⁹PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 137.

²⁰Informação contida na página oficial do Supremo Tribunal Federal (STF), STF. *Histórico das composições*, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>, acesso em: 07 set. 2022.

qualquer providência para coibir tal prática, ainda admitiram que confissões obtidas sob tortura servissem para incriminar o acusado, caso fossem corroboradas por outras provas²¹.

Nenhum juiz de tribunal superior que tenha resistido à supressão dos direitos e liberdades permaneceu nas funções, porque foram todos cassados pelo Poder Executivo que centralizava o poder estatal²². Perduraram nos cargos somente os juízes que não se opuseram. A legalidade foi forjada pelo governo autoritário, dirigida pela doutrina da segurança nacional e, nesses moldes, sustentada pelo Poder Judiciário, em especial pelo STF.

Advinda a Constituição de 1988, o Poder Judiciário deu continuidade às suas práticas sem qualquer interferência de uma justiça de transição nem reformas institucionais significativas. Após 1988, novos procedimentos passaram a ter previsão legal e posturas opostas eram as esperadas, mas as atividades do sistema de justiça *permaneceram* aplicadas no mesmo espaço institucional pré-existente^{23 24}.

Vários exemplos poderiam ser apresentados, já que presentes à exaustão no dia-a-dia forense, mas traz-se, aqui, apenas um a título ilustrativo, já que diretamente relacionado com o objeto da pesquisa e de grande impacto na prática judicial nacional: a admissão pelo STF da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, o que implica, na prática, em uma “suspensão do estado de inocência”. O STF, em fevereiro de 2016, proferiu, por maioria, decisão diametralmente oposta à jurisprudência que vinha aplicando desde 2009, no sentido de que a presunção de inocência prevista constitucionalmente (e nos tratados internacionais de direitos humanos) não admitia que o provisoriamente condenado, ainda inocente segundo a Constituição, iniciasse a execução da pena privativa de liberdade antes que essa se tornasse definitiva²⁵.

Os votos favoráveis à mudança de orientação foram fundamentados em matéria de política criminal e em argumentos relativos aos efeitos recursais próprios do processo civil, para afirmar que a execução antecipada da pena não violaria o princípio constitucional do estado de inocência. Toda a produção doutrinária sobre o tema foi ignorada, sobretudo a respeito do conteúdo material de tal princípio-garantia – norma de tratamento, norma probatória e norma de julgamento^{26 27 28}. Sem qualquer preocupação quanto a essas dimensões do estado de inocência e em absoluto desprestígio às investigações acadêmicas e doutrinárias, a maioria dos ministros optou por alterar o significado do princípio para

²¹BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, vol. 1., dez. 2014, p. 957, disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo17/Capitulo%2017.pdf>, acesso em: 22 out. 2022.

²²À exemplo dos ministros Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Hermes Lima. In: STF. *Regime militar: os anos difíceis do Supremo*, 2010, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124565>, acesso em: 07 set. 2022.

²³A definição de Justiça de Transição é dada pela ONU no Relatório do Secretário Geral ao Conselho de Segurança, de agosto de 2004 – Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict post-conflict societies”. In: ONU. *Conselho de Segurança*, disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/527647>, acesso em: 27 abr. 2023.

²⁴A compreensão da ONU para “justiça de transição” engloba um conjunto de ações e políticas públicas, objetivando a reparação dos danos deixados pelos períodos abusivos, autoritários e a evitação de repetição. Assim, a responsabilização judicial ou o perdão dos agentes de Estado responsáveis por crimes contra os direitos humanos, via, principalmente, leis de anistia, é apenas um dos aspectos da “justiça de transição”. A reforma das instituições autoritárias é outro aspecto importantíssimo desse processo transicional, exatamente para evitar que violências como tal não venham a se repetir. São fundamentais medidas como de reparação à vítima, reformas institucionais e memorialização.

²⁵STF. Habeas Corpus nº 126292/SP, Tribunal Pleno, Publicado em: 22/02/2016, disponível em: <https://portal.stf.jus.br>, acesso em: 27 abr. 2023.

²⁶Cf. GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica*, Atlas, São Paulo, 2015.

²⁷DE MORAES, M.Z. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

²⁸BADARÓ, G.H. *Ônus da Prova no Processo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

torná-lo correspondente às suas convicções. Em vez de o Poder Judiciário se servir da produção doutrinária, esta amadurecida mediante profunda reflexão - e na própria experiência nacional com a arbitrariedade - para a produção de decisões, ele resolveu criar sua própria doutrina a partir de um "marco zero", ou seja, como se o direito penal e processo penal não tivessem história.

Algumas forças capazes de proteger ou violar a Constituição não dão sinais de que pretendem render-lhe reverência²⁹. Há permanentemente uma luta entre as forças que possuem "*vontade de Constituição*"³⁰ e aquelas que se esforçam, ou pelo menos compactuam mediante o silêncio, para apartar a prática da teoria, ou seja, para divorciar as ações concretas do Estado daquilo que é sua obrigação, conforme ordenado na Constituição.

É possível "que o poder judiciário brasileiro tenha práticas, no atual regime democrático, tão ou mais autoritárias quanto as desempenhadas durante o regime autoritário"³¹. Isso, porque "as mesmas estruturas do Poder Judiciário podem ser igualmente movimentadas em contextos políticos diametralmente diversos"³².

É que "a violência estatal não cessa com a transformação apenas formal das estruturas do poder"³³, ou seja, com a transformação formal do regime de uma Constituição outorgada por uma ditadura para uma Constituição democrática construída por representantes eleitos pelo povo. A violência estatal empreendida no processo penal não cessou no Brasil.

A história não se desenvolve "por saltos", quando o surgimento de uma nova era implicaria no total rompimento com a anterior e plena superação de seus valores. Ao contrário, ao surgir um novo paradigma de pensamento, vivencia-se uma crise, enquanto o novo pretende se instalar definitivamente, mas é contido pelo velho que permanece conduzindo os rumos, ainda que com suas anomalias expostas³⁴. O pensamento jurídico-

²⁹Apenas à título de exemplo, cita-se artigo de autoria de dois Juízes Federais, um presidente da AJUFE e outro o juiz prevento para os casos que envolvem a conhecida "operação Lava-Jato"- a maior operação criminal promovida pelas agências estatais de justiça e segurança no Brasil até o presente, envolvendo, inclusive, dois ex-presidentes da República, senadores no exercício do cargo e outras autoridades - publicado no jornal O Estado de São Paulo, p. 2, edição de 29 de março de 2015, intitulado "O problema é o processo". Nesse artigo, os magistrados afirmam que o processo penal seria uma barreira ou empecilho a realização do direito penal material. Vê-se, pois, que dois juízes expoentes no cenário nacional não percebem o direito processual penal como algo necessário para um julgamento justo, mas como um mero instrumento desprovido de valor próprio para apenas legitimar formalmente a aplicação da pena estabelecida no direito penal material. Faz-se tal referência à posição desses dois magistrados unicamente em razão da sua representatividade decorrente da dimensão da Operação Lato-Jato, sem que isso signifique qualquer opinião sobre casos concretos.

³⁰Segundo Hesse "[...] a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a *vontade de poder (WillezurMacht)*, mas também a *vontade de Constituição (WillezurVerfassung)*. Essa vontade de Constituição se origina de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado [aqui, acrescentaria que 'proteja as pessoas' mesmo contra o Estado] contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana", in: HESSE, K. *A Força (...) Ob. Cit.*, pp.19-20.

³¹A tese de doutorado de Vanessa Schinke contém valioso levantamento empírico e teórico que dá conta de provar tal afirmação. Cf. SCHINKE, V.D. *Judiciário e autoritarismo: regime autoritário (1964-1985), democracia, usos e abusos da memória institucional*, Tese em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 204.

³²SCHINKE, V.D. *Judiciário (...)*, *idem*.

³³DE OLIVEIRA, R.C. "Entre a permanência e a ruptura: o legado autoritário na condução de instituições políticas brasileiras e a justiça de transição", in: SILVA FILHO, J.C.M. (Org.), *Justiça de Transição no Brasil: violência, justiça e segurança*, EdIPUCRS, Porto Alegre, 2012, p. 333.

³⁴A ideia é baseada na proposta de Thomas Kuhm, in: KUHM, T. *A estrutura das revoluções científicas*, Editora Perspectiva, São Paulo, 2010.

científico de cunho autoritário está estabilizado no processo penal brasileiro, de modo que as propostas mais recentes para democratização do processo, rompendo com o paradigma hermético, precisam passar por um longo e complexo processo para se instalarem. A tendência é que a jurisprudência tentem articular novas situações dentro da estrutura paradigmática anterior.

Essa labuta para superar as práticas tão comuns nos tempos do regime militar e consolidar a nova era, a democrática, no Brasil, já perdura 35 anos (desde a promulgação da Constituição de 1988). Essa crise paradigmática do pensamento jurídico nacional tem no processo penal seu melhor refletor, já que é o ramo do direito mais marcado por um caldo cultural autoritário e também o mais desafiado para o combate democrático. James Goldschmidt já dizia que “a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição”³⁵.

2.2. *DEVIDO PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA: JUSTO PROCESSO COMO DIREITO HUMANO*

Há uma relação de causa e efeito entre democracia e a efetividade do direito processual penal, porque este não pode mais ser estudado de forma totalmente independente dos direitos humanos. Há uma interligação direta e imediata entre democracia e direitos humanos, o que é inclusive confirmado por diversos acordos ou declarações internacionais, nas quais os países signatários assumem o compromisso de fazer da democracia o seu regime de governo e de zelar por sua manutenção. Para Rui Cunha Martins, o modelo processual é o modo instrumental de garantir a democracia³⁶.

Segundo Gérard Soulier, democracia e processo penal são unidades de significação distintas, mas se aproximam, pois “o processo penal não é estanque em relação ao sistema político”. A democracia é um regime político que estabelece o modo de aquisição do poder por escolha da maioria do povo em igualdade de condições e seu exercício pela enunciação da lei. O processo penal, em princípio, segue essa lei. A lei constitui o “lugar de interferência de ambos, mas por mecanismos diversos. A palavra democracia designa no enunciado o contexto no qual o processo penal deve ser considerado”, por isso tem-se como evidente que ele não pode ser concebido e interpretado do mesmo modo em um regime democrático e em um regime autoritário. Assim, mesmo sendo diferentes, democracia e processo penal se inter-relacionam³⁷.

Luigi Ferrajoli estabelece uma relação direta entre democracia e *garantismo* e expõe que os direitos fundamentais guarnecem o conteúdo da *democracia substancial*, a qual constituiu os limites positivos e negativos impostos ao exercício do poder da maioria que conforma a democracia formal^{38 39}.

A democracia pressupõe a possibilidade de contestar a autoridade. O processo penal é uma instituição de resistência à atuação punitiva do Estado pelo uso da palavra, escrita ou oral, e o modo como se viabiliza essa contestação é tão importante quanto o seu conteúdo.

A crise do direito processual penal no Brasil é também uma crise da sua frágil democracia e vice-versa. Para Bernard Edelman, está-se diante de “um certo deslocamento contemporâneo da universalidade proclamada pelos direitos do homem para a

³⁵GOLDSCHMIDT, J. *Princípios Gerais do Processo Penal*, tradução: MARTINS OLIVEIRA, H., Líder, Belo Horizonte, 2002, p. 71.

³⁶MARTINS, R.C. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 92-94.

³⁷SOULIER, G. “A Igualdade de Palavra, Princípio da Democracia e do Processo Penal”, in: DELMAS-MARTY, M. (Org.), *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia*, tradução: DE FREITAS FRANCO, F., Manole, Barueri, 2004.

³⁸Cf. FERRAJOLI, L. “Fundamental Rights”, *International Journal for the Semiotics of Law*, Holanda, nº 14, pp. 1-33, 2001.

³⁹FERRAJOLI, L. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, tradução: SALIM, A., et. al., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.

universalidade confessada pela democracia"⁴⁰. Para o autor, os direitos humanos não são mais vistos como direitos, mas como organização política, como se aqueles já estivessem colocados, faltando consolidar a democracia como regime político. Assim, os direitos humanos não serviriam mais para fundamentar a democracia, mas sim esta é que serviria para preservá-los⁴¹. Para nós, trata-se de uma relação circular: os direitos humanos (ainda) fundamentam a democracia e esta também os preserva. Essa mesma equação vale para os direitos-garantias do processo penal.

Há uma espécie de juridicização da democracia, por meio de sua renovação em conceitos jurídicos, segundo Bernard Edelman. Assim, a democracia recebe eficácia jurídica a partir de categorias do direito, o que ele denomina "razão democrática" e que é também uma "razão jurídica". Tanto isso é verdade que o art. 29, c, da Convenção Americana de Direitos Humanos coloca a democracia como norma de interpretação de suas cláusulas. O Justo processo é, para nós, uma dessas categorias do direito que dão eficácia jurídica à democracia.

Há um mínimo exigido pela democracia, que vem a ser exatamente o contido nos tratados internacionais de direitos humanos que não pode ser derogado por nenhum Estado. Há interdição absoluta ao Estado. Para o autor, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos parece tentar "fazer da democracia um conceito jurídico eficaz"⁴².

Ao identificar essa relação entre processo penal e democracia, percebe-se que o regime democrático ainda está em consolidação no Brasil e que levará tempo para que as instituições estatais superem o autoritarismo profundamente arraigado. Ao relacionar democracia com direitos humanos e estes com garantias processuais penais, vislumbra-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos um caminho para o fortalecimento das instituições e do Estado de Direito interno, já que, sozinho, o Brasil não conseguiu impor sua normatividade sobre os fatos e relações de poder, especialmente no sistema de justiça criminal.

Todas as convenções internacionais de direitos humanos previam garantias processuais penais no rol de direitos. Isso significa que esses direitos-garantias foram categorizados como direitos humanos, advindo daí todas as consequências jurídicas próprias de direitos dessa natureza como os critérios de interpretação que mais prestigiam os direitos humanos e pontos de não retorno.

O Brasil integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujo principal documento normativo é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que positivou as garantias processuais nos arts. 8º e 25. Assim, havendo violação aos direitos-garantias nele previstos, estar-se-á diante de um ilícito internacional punível. Vale lembrar que os direitos humanos foram reconhecidos a partir de consensos entre povos sobre aquele mínimo de direitos e garantias dos quais nenhum Estado poderia abrir mão e, se o fizesse, o direito internacional agiria para socorrer suas vítimas. Essas normas regionais expressam verdadeiro *standard* interpretativo de proteção dos direitos humanos construídos e amadurecidos por diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, mas coincidente em todos como aquele mínimo irrenunciável que nenhum Estado democrático pode abrir mão.

O conjunto de garantias processuais previstos nos artigos 8º e 25 da CADH e art. 6º do Convênio Europeu de Direitos Humanos (CEDH) formam o que a jurisprudência de suas Cortes passou a denominar "Justo Processo". Um processo que não viabiliza concretamente o exercício dessas mínimas garantias não pode ser considerado um justo processo - fair trial.

No âmbito regional latino-americano, o direito ao justo processo pode ser compreendido como o direito ao devido processo legal (art. 5º LIV, da Constituição de 1988) de acordo com os requisitos mínimos previstos nos artigos 8º e 25 da CADH,

⁴⁰EDELMAN, B. "Universalidade e Direitos do Homem", in: DELMAS-MARTY, M. (org.), *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia*, tradução: DE FREITAS FRANCO, F., Manole, Barueri, 2004, p. 122.

⁴¹EDELMAN, B. "Universalidade (...)", idem.

⁴²EDELMAN, B. "Universalidade (...)" *Ob. Cit.*, p. 132.

conforme interpretados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O conteúdo de tais artigos é dado pela jurisprudência internacional dos direitos humanos⁴³.

O primeiro passo para a efetivação dessas garantias processuais no Brasil está na internacionalização da responsabilidade do Estado e sua obrigação de reparar o dano, mediante controle judicial internacional da Corte IDH. O segundo, é a internalização nacional dessa responsabilização, é o Estado assumir, por meio de seus órgãos, não só políticos, mas também jurídicos a responsabilidade de cumprir, efetivamente, na prática, as decisões internacionais e reparar os danos causados ao direito humano ao justo processo. Este trabalho foca-se no primeiro trecho desta caminhada, a internacionalização da responsabilidade do Brasil pela violação das garantias processuais penais.

Com esse objetivo, passa-se a estudar a proposta teórica do *Ius Commune Latino-Americano* e sua aptidão para transformar as práticas internas.

3. O IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO

O desenvolvimento de um *ius commune latino-americano* é o objetivo de uma doutrina constitucional com enfoque regional, voltada para a realidade concreta vivida na América Latina. Esse pensamento foi edificado com base na experiência desses povos com a arbitrariedade e a violação sistemática dos direitos humanos, realidade comum a esses países, sobreviventes de colonialismo de exploração, escravagismo e ditaduras das décadas de 60 a 90 do século passado.

Seus representantes têm plena ciência e consciência de que a *debilidade do Direito e de suas instituições é traço marcante e comum dessa região do globo terrestre*^{44 45 46}. Sabe-se que os regimes autoritários conseguiram deixar seus genes ativos mesmo após as constituições democráticas, os quais são capazes de manter e reproduzir características que lhes são próprias, ainda que em *corpus* auto identificado e classificado cientifica e politicamente como democrático, o que descrevemos como *permanências autoritárias*⁴⁷. A *consciência da exclusão social e da fragilidade do Direito na Região estrutura o pensamento*.

Assim, ainda que a democracia seja o regime vigente na atualidade, com as instituições formalmente funcionando, a América Latina, como o Brasil especificamente, ainda padece das sequelas deixadas pelo autoritarismo. Com base nessa compreensão da realidade local, essa doutrina objetiva *fortalecer a democracia, o Estado de Direito e os Direitos Humanos*, o que procura fazer por meio da construção de um *constitucionalismo que integre os direitos e garantias internas com as interamericanas*.

O termo *ius commune* é de origem europeia. Ele surgiu em decorrência de interesses comuns de integrações econômicas. Posteriormente, com a evolução histórica, o termo passou a englobar também matéria de direitos humanos e opera, metodologicamente, por meio da integração estrutural-funcional. Diversamente do que ocorre com a doutrina do *ius commune* para a Europa, essa doutrina latino-americana não

⁴³Sobre "Justo Processo" ver: GIACOMOLLI, N.J. & LUZ, D. "Direito ao Justo Processo Criminal nos Diálogos entre a Jurisdição Brasileira e as Cortes Internacionais", in: SALDANHA, J.M.L. & PIOVESAN, F. (Orgs.), *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*, 1ª ed., Gazeta Jurídica, vol. 1, pp. 507-539, Brasília, 2015.

⁴⁴BOGDANDY, A.V. "Ius Constitutional e Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, n. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-jun. 2015, pp. 3-50.

⁴⁵PIOVESAN, Flávia. "Ius Constitucional e Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", in: BOGDANDY, A.V; ANTONIAZZI, M.M. & FIX-FIERRO, H. (Orgs.), *Ius Constitutional e Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades Y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, 2014.

⁴⁶ANTONIAZZI, M.M. "El Estado abierto como objetivo del Ius Constitucional e Commune: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in: BOGDANDY, A.V; ANTONIAZZI, M.M. & FIX-FIERRO, H. (Orgs.), *Ius Constitutional (...)*, *idem*.

⁴⁷Ver nota 14.

busca a integração estrutural-funcional dos sistemas jurídicos da Região. Segundo seus teóricos, *a integração somente pode funcionar se os ordenamentos domésticos se abrirem para o direito internacional*, principalmente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O Direito Constitucional de cada Estado deve se abrir para a interação normativa com outros ordenamentos e com o direito internacional comum na Região quanto à proteção de direitos humanos. Isso é requisito essencial para essa teoria.

Claro que não há homogeneidade plena na Região, mas todas as constituições democráticas trouxeram promessas que as instituições dos Estados latino-americanos não conseguiram colocar em prática, o que os inúmeros casos decididos pela Corte IDH confirmam. Assim, o que os teóricos dessa doutrina têm em comum, e isso os distingue dos europeus, é “la ‘sed de materialización garantista’ de estas constituciones”⁴⁸. Todos querem ver as garantias concretizadas na *praxe*.

Evidentemente, deve-se aproveitar a experiência europeia, mas não apenas para receber conhecimento e, sim, para produzi-lo em uma via de múltiplos sentidos, com trocas de experiências. As instituições europeias, sobretudo dos países tradicionalmente estudados pelo Brasil, são bem mais sólidas, fortalecidas e mais inclusivas que as latino-americanas. A América Latina deve adotar uma teoria baseada na sua historicidade e nas características de suas instituições, que seja capaz de inferir na realidade para alterá-la. Essa intenção volta-se para atender uma necessidade histórica de curar as instituições em sociedades marcadas pela exclusão de um grande número de pessoas. O contexto latino-americano é de exclusão social, política e jurídica.

Por tudo isso, uma proposta de trabalho para os países da América Latina deve levar em conta as instituições nacionais e regionais com suas fragilidades, justificando-se a existência de uma instituição internacional ou supranacional forte e livre dos vícios e fraquezas das instituições nacionais, que possa encorajar e até persuadir os Estados a observarem a normatividade do Direito orientada por princípios democráticos comuns expressos nas convenções internacionais de direitos humanos.

Nesse contexto, *o Sistema Interamericano de Direitos Humanos constitui o centro normativo desse conceito*. Trata-se de uma proposta teórica com objetivos transformadores da realidade empírica. A matéria-prima da teoria está na realidade da aplicação do direito. A análise teórica desses elementos “conta uma tradição de mais de duzentos anos de constitucionalismo nesses países, o que significa dizer que a experiência da Região nesta matéria é mais extensa do que a de muitos Estados europeus e que a maior parte dos países do mundo”⁴⁹, o que corrobora a possibilidade e adequação de uma teoria própria para as Américas.

A doutrina do *ius commune* latino-americano *rompe com os meios tradicionais de estudar o Direito do Estado*, porque este, em geral, é tratado academicamente divorciado do direito internacional. Deve ser afastada “a compartimentalização, teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno, em nossos dias, com a interação dinâmica entre um e outro neste âmbito de proteção”⁵⁰. Rejeita-se a compreensão do sistema jurídico interno como endógeno e autorreferenciado.

O *ius commune* latino-americano é um *método* para fortalecer a democracia em cada Estado, o qual se opera pela *integração dinâmica do direito doméstico ao direito internacional de dentro para fora, ou seja, partindo de cada Constituição que positivamente admite e legitima a abertura*, como, por exemplo, faz o art. 5º, § 2º e § 3º⁵¹, da

⁴⁸BOGDANDY, A.V. “Ius Constitutional e Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, n. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 3-50.

⁴⁹BOGDANDY, A.V. “Ius Constitutional (...)”, *idem*.

⁵⁰TRINDADE, A.C. “A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos”, in: TRINDADE, A.A.C. (Ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, p. 235.

⁵¹§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos

Constituição do Brasil. Os instrumentos disponíveis para essa integração são: 1) controle de convencionalidade, 2) bloco de constitucionalidade, e 3) diálogos entre cortes – *cross fertilization*.

3.1. O IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Brasileira de 1988 previu a abertura do ordamento interno para o direito internacional dos direitos humanos, em uma integração dinâmica, no art. 5º, § 2º e § 3º, garantindo o *controle de convencionalidade* de normas e atos internos pela Corte IDH, assim como pelos próprios tribunais nacionais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi firmada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) em novembro de 1969, entrando em vigor em 1978, à qual o Brasil aderiu em setembro de 1992. Por meio do Decreto nº 678, de 05 de novembro de 1992, o Brasil ratificou o Pacto, comprometendo-se perante as comunidades nacional e internacional a respeitar e oferecer garantias para que os direitos nele previstos fossem observados no âmbito de sua soberania⁵².

Em 21 de outubro de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, o Brasil reconheceu “a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento” (art. 1º). Em 10 de dezembro do mesmo ano, o Brasil depositou a carta de reconhecimento da competência contenciosa da Corte na Organização dos Estados Americanos⁵³. No ano 2002, o Decreto do Poder Executivo nº 4.463, de 08 de novembro, torna obrigatória a competência da Corte IDH, como reconhecida no Decreto Legislativo nº 89, de 1998, no âmbito interno.

Assim, as normas previstas na CADH são impositivas e dirigentes para o Brasil, sob pena de o Estado brasileiro ser sancionado internacionalmente por violação de direitos que, livremente, no exercício de sua soberania, obrigou-se a respeitar. Na mesma linha, o país está subordinado à jurisdição da Corte IDH.

A prevalência dos direitos humanos sobre quaisquer outros está também prevista no art. 4º, II, da Constituição, o que reforça a tese de que ao conflito entre a norma constitucional e a do tratado internacional sobre direitos humanos deve-se aplicar a regra que mais prestigia os direitos da pessoa. Além disso, a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) é *fundamento* da República e, por isso, “impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”⁵⁴.

votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. In: BRASIL. *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 05 mai. 2023.

⁵²É notável que o Brasil tenha aderido ao Pacto internamente mais de 20 anos após a Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San Jose, na Costa Rica, entre 07 e 22 de novembro de 1969, embora tenha participado dela por meio de representantes. Isso é bastante compreensível na medida em que o Ordenamento jurídico interno estava sob a autoridade do AI5, desde dezembro de 1968. Com o país sofrendo a violência de uma ditadura bastante repressiva e violadora de direitos humanos, como tem revelado o trabalho da Comissão Nacional da Verdade, evidentemente não havia interesse dos governantes em tornar o Pacto de São José eficaz.

⁵³Carta de reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos: “O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração”. In: CIGH, *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm, acesso em: 15 jul. 2022.

⁵⁴PIOVESAN, F. “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF”, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, disponível em: <http://www.reid.org.br/?CONT=00000034>, acesso em: 18 jul. 2022.

Para o Brasil, a harmonização entre ambas as ordens jurídicas não decorre de uma preferência interpretativa subjetiva, mas de normas jurídicas: dos artigos 4º, II, 5º, § 2º e § 3º da Constituição e do art. 29 combinados com os artigos 1º e 2º, todos da CADH, além dos atos normativos infraconstitucionais de internalização das regras interamericanas. Note-se que a violação de um direito consagrado nacionalmente pode implicar também em um ilícito internacional e vice-versa (art. 29 e art. 1º da CADH c/c art. 4º, II, e art. 5º, § 2º e § 3º da CF), o que reforça a competência do juiz nacional para aplicar as normas da convenção ao caso *sub judice* e do juiz interamericano de invocar a norma doméstica em sobreposição ao Pacto internacional. Em ambas as hipóteses, haverá *controle de convencionalidade*.

Segundo a posição do STF, a norma do § 2º do artigo 5º da Constituição abre o ordenamento interno para o sistema internacional, conferindo caráter de *supralegalidade* a todas as normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico doméstico que não seguirem o rito do § 3º do mesmo artigo. Já as normas que adotarem tal rito serão consideradas de estatura constitucional, passando a integrar o *bloco de constitucionalidade* brasileiro com todas as consequências disso decorrentes⁵⁵.

A abertura da ordem interna à irrigação pelas normas internacionais permite que os tratados internacionais de direitos humanos possam compor o *Bloco de Constitucionalidade*, nos termos do art. 5º, § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Nos termos deste dispositivo, novos direitos são incorporados ao catálogo de direitos fundamentais, como ocorreu, primeiramente com os direitos previstos na Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, introduzida no ordenamento interno por meio do Decreto 6.949/2009 e, posteriormente, com outros tratados.

A noção de *bloco de constitucionalidade* consiste no conjunto normativo que configura a estrutura constitucional. Os elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade subordinam toda a ordem jurídica interna⁵⁶. Ele é formado por um conjunto de diplomas normativos que atua como parâmetro de controle de constitucionalidade⁵⁷.

Para o STF, compreender o que seja bloco de constitucionalidade é fundamental para verificação da constitucionalidade ou não de leis e atos estatais, porque as normas componentes do bloco é que vão servir de referência paradigmática para exercício do controle vertical⁵⁸. A noção de bloco de constitucionalidade permite conferir interpretação sistemática ao conjunto normativo global aplicável.

Reconhecer que uma norma protetora dos direitos humanos integra o *bloco de constitucionalidade* implica em: 1) reconhecê-la como referência de confronto, concorrendo com as normas constitucionais; 2) reconhecer que as normas do tratado internacional se sobrepõem em relação à legislação nacional infraconstitucional; 3) os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais podem ser protegidos por uma das ações constitucionais domésticas, como ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção. É o caso da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência referida acima. Os direitos previstos nesta são equivalentes às normas constitucionais no Brasil, integrando o bloco de constitucionalidade.

Já a CADH foi internalizada no Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45, da introdução do § 3º ao artigo 5º à Constituição, não seguindo, obviamente o rito nele previsto. Por isso, ela não integra o *bloco de constitucionalidade* brasileiro segundo

⁵⁵STF. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.971/RO*, Unânime, Tribunal Pleno, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 mai. 2023.

⁵⁶STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595/ES*, Decisão Monocrática, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 abr.2023.

⁵⁷SARLET, I.W. *A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição*, disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/1.pdf>, acesso em: 18 jul. 2022.

⁵⁸STF. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.971/RO*, Unânime, Tribunal Pleno, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 mai. 2023.

entendimento do STF. A mais alta corte do país confere aos tratados internacionais de direitos humanos que não integram o bloco de constitucionalidade, como a CADH, hierarquia de normas *supralegais*, posicionando-lhes abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias⁵⁹. É por isso que, mesmo estando abaixo da Constituição, deve-se admitir que ela impõe parâmetros e limites às normas ordinárias dos códigos processuais e serve de parâmetro de controle das normas infraconstitucionais e atos estatais. Logo, o Código de Processo Penal precisa ser interpretado à luz da CADH.

Além disso, como a maioria das constituições ibero-americanas, a brasileira também reproduziu muito dos direitos humanos previstos internacionalmente na CADH (arts. 8º e 25) dentre o catálogo de direitos e garantias fundamentais pertinentes. Tem ocorrido uma constitucionalização do direito penal e processual penal que tem reforçado a tutela de determinados direitos e garantias⁶⁰, assim como tem havido uma *convencionalização*.

Se os mesmos direitos fundamentais são previstos tanto na Constituição brasileira, quanto na CADH e esta tem hierarquia infraconstitucional, ela não pode impor controle vertical sobre aquela, mas suas previsões podem servir de parâmetro interpretativo no sentido que a Corte IDH lhe atribui. Isso porque é competência da Corte IDH interpretar a CADH, o que torna as decisões desta manancial teórico importante para interpretação de indêntico direito fundamental previsto na Constituição brasileira. Não só as normas positivas na CADH são relevante para o *Ius Commune Latino-americano*, mas também a interpretação que a Corte IDH lhes dá na aplicação a casos concretos.

A jurisprudência nacional precisa dialogar com a jurisprudência da Corte IDH e de outros tribunais constitucionais latino-americanos, absorvendo sua doutrina para conferir densidade aos direitos e garantias previstos tanto na norma internacional como na Constituição. Nesse ponto específico, não se trata de internalizar as normas da CADH em nível constitucional, mas de sedimentar e fortalecer as próprias garantias constitucionais, reconhecendo-lhes conteúdo mínimo quando essas mesmas garantias estiverem também previstas em pactos internacionais.

A vantagem é que os tribunais internacionais de direitos humanos estão bem mais avançados no desenvolvimento de uma doutrina substancial para esses direitos-garantias do que a jurisprudência doméstica. Assim, mesmo sendo o entendimento do STF de que a CADH não tem hierarquia constitucional, a interpretação que lhe é dada pela Corte IDH quanto ao conteúdo dos direitos e garantias processuais deve ser adotada para preencher de conteúdo próprio essas mesmas garantias processuais previstas na Constituição.

Observa-se que, neste ponto, não está em jogo o confronto entre a norma constitucional e a norma da CADH, já que ambas preveem o mesmo direito-garantia. A distinção está na interpretação e aplicação dada pelos diferentes tribunais. Nesse caso, o meio de proteção e controle da efetividade dos direitos-garantias humanos do processo penal se dá pelo *diálogo entre cortes*.

Na medida em que, mesmo colocando as normas da CADH abaixo da Constituição, seja adotada jurisprudência da Corte IDH para preencher lacunas compreensivas de sentido quanto ao conteúdo de direitos e garantias processuais previstos tanto na CADH como na Constituição, o controle desses, no âmbito doméstico, fica sob tutela do STF, porque, em última análise, é o conteúdo da própria norma constitucional que está sendo apreciado.

Percebe-se, pois, a imperatividade de uma dinâmica dialógica permanente entre as ordens interna e regional, pois "existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno"⁶¹. A norma internacional vai penetrar o

⁵⁹STF. *Julgamento conjunto do Recurso Extraordinário 349.703, do Habeas Corpus 87.585, do Habeas Corpus 92.566 e do Recurso Extraordinário 466.343*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 29 dez. 2022.

⁶⁰ARMENTA DEU, T. *Sistemas Procesales Penales: la justicia penal em Europa y América – Un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁶¹Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (26/11/2010). In: CIDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores* Vs. México, disponível em:

ordenamento doméstico, nutrindo a hermenêutica nacional, densificando o conteúdo das normas de direitos fundamentais⁶². Por outro lado, o ordenamento interno vai alimentar a hermenêutica internacional para expandir o âmbito de aplicação de cada direito, sempre buscando a máxima proteção.

As normas da CADH, ao contrário de fragilizar o sistema interno lhe fortalecem, porque alcançam mais uma ferramenta aos juízes nacionais para garantir direitos. Nesse sentido, a mundialização da justiça pode ser vista como dimensão do direito doméstico, que o reforça e o empodera, e não o faz desaparecer na sua singularidade⁶³.

4. CONCLUSÕES

Este estudo constatou que a democratização do Brasil, na Constituição de 1988, não foi suficiente para superar as *permanências autoritárias* do sistema de justiça criminal brasileiro.

Isso, porque, como provado, a realidade mostra que as instituições nacionais em geral têm se mostrado incapazes de fazer a própria Constituição se impor sobre os fatos que lhe são contrários. Viu-se que as práticas autoritárias das agências estatais permaneceram, destoando da normatividade *garantista* da Constituição. É essa cultura autoritária das instituições que explica o fato de o Brasil não ter conseguido dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição democrática de 1988, especialmente as do processo penal.

Essa fragilidade das instituições internas fez com que se identificasse a necessidade de buscar um caminho para além das fronteiras brasileiras, mas sempre com absoluto respeito à soberania nacional e à independência do Poder Judiciário local.

Focando-se nas características do Brasil como país em desenvolvimento e herdeiro de ditaduras, onde existem questões locais muito distintas das experiências dos países europeus, defende-se a adoção do *Ius Commune latino-americano*, para construir uma doutrina da convencionalidade a ser observada e fortalecida em toda a América Latina. Nossa crença na unificação de critérios comuns mínimos – standards mínimos de proteção – para definição material das garantias processuais penais – aqui estudadas como direitos humanos, criada no diálogo entre Cortes nacionais e internacionais, é que nos faz defender a adoção dessa teoria. É a fragilidade das instituições democráticas nas Américas que exige esse esforço conjunto para *desenvolver democracia na Região por meio do Direito*.

O uso dos instrumentos do *ius commune* latino-americano como o controle de convencionalidade, bloco de constitucionalidade e o diálogo de fontes (*cross-fertilization*) quando do julgamento de casos criminais, é capaz contribuir para o amadurecimento democrático da processualística penal brasileira.

Para este trabalho, a proposta do *Ius Commune Latino-Americano* é identificada não apenas como uma teoria, mas como uma estratégia de intervenção na realidade, objetivando alterá-la, para superar as *permanências autoritárias* das instituições nacionais e permitir a democratização efetiva do processo penal.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONIAZZI, M.M. "El Estado abierto como objetivo del Ius Constitucional e Commune: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in: BOGDANDY, A.V; ANTONIAZZI, M.M. & FIX-FIERRO, H. (Orgs.), *Ius Constitutional e Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos,

https://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es&nId_Estado=6, acesso em: 01 jun. 2022.

⁶²FELDEN, L. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 100.

⁶³GARAPON, A. & ALLARD, J. *Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2006, p. 36.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, 2014.
- ARMENTA DEU, T. *Sistemas Procesales Penales: la justicia penal em Europa y América – Un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BADARÓ, G.H. *Ônus da Prova no Processo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- BOGDANDY, A.V. "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, nº 34, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BRASIL. *Atos institucionais*, disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>, acesso em: 03 out. 2022.
- BRASIL. *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 05 mai. 2023.
- BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, vol. 1, disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo17/Capitulo%2017.pdf>, acesso: 10 mar. 2023.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos - *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es&nId_Estado=6, acesso em: 01 jun. 2022.
- DE AZEVEDO, R.G. & DO NASCIMENTO, A.A. "Desafios da reforma das polícias no Brasil: permanência autoritária e perspectivas de mudança", *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, vol. 16, nº 4, pp. 653-672, Porto Alegre, 2016.
- DE MORAES, M.Z. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- DE OLIVEIRA, R.C. "Entre a permanência e a ruptura: o legado autoritário na condução de instituições políticas brasileiras e a justiça de transição", in: SILVA FILHO, J.C.M. (Org.), *Justiça de Transição no Brasil: violência, justiça e segurança*, EdIPUCRS, Porto Alegre, 2012.
- EDELMAN, B. "Universalidade e Direitos do Homem", in: DELMAS-MARTY, M. (org.), *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia*, tradução: DE FREITAS FRANCO, F., Manole, Barueri, 2004.
- FELDENS, L. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 4ª ed., tradução: ANDRÉS IBÁÑEZ, P. & GREPPI, A., Trotta, Madrid, 2004.
- _____. "Fundamental Rights", *International Journal for the Semiotics of Law*, Holanda, nº 14, pp. 1-33, 2001.
- _____. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, tradução: SALIM, A., et al., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.
- GARAPON, A. & ALLARD, J. *Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2006.
- GIACOMOLLI, N.J. & DE JESUS, T.A.C. Mentalidade Inquisitória e Mitigação de Garantias no Processamento Criminal pelo STF no Contexto dos 30 anos da Constituição, in: RIBEIRO, L.G.G; FREITAS, S.H.Z. & DE MOURA SOARES, V.M. (Coord.), *Direito Penal, Processo Penal e Constituição II*, CONPEDI, Florianópolis, 2018, disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/48xcmljs/GQp3GZ3N51xx97V7.pdf>, acesso em: 01 ago. 2018.
- GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, 2º ed., Atlas, São Paulo, 2015.
- GIACOMOLLI, N.J. & LUZ, D. "Direito ao Justo Processo Criminal nos Diálogos entre a Jurisdição Brasileira e as Cortes Internacionais", in: SALDANHA, J.M.L. & PIOVESAN, F. (Org.), *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*, 1ª ed., Gazeta Jurídica, Brasília, 2015, vol. 1, pp. 507-539.

- GLOECKNER, R.J. "Razões (?) do populismo punitivo", *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 1, nº 71, pp. 102-116, Porto Alegre, dez-jan, 2011-2012.
- GOLDSCHMIDT, J. *Princípios Gerais do Processo Penal*, tradução: MARTINS OLIVEIRA, H., Líder, Belo Horizonte, 2002.
- HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*, tradução: FERREIRA MENDES, G., Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.
- KUHM, T. *A estrutura das revoluções científicas*, Perspectiva, São Paulo, 2010.
- MARTINS, R.C. *A hora dos cadáveres adiado: Corrupção, expectativa e processo penal*, Atlas, São Paulo, 2013.
- _____. *Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- ONU. Conselho de Segurança – Relatório do Secretário Geral ao Conselho de Segurança, de agosto de 2004 – Report of the Secretary-General, in: *The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/527647>, acesso em: 27 abr. 2023.
- PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015.
- _____. "Ius Constitucional e Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", in: BOGDANDY, A.V; ANTONIAZZI, M.M. & FIX-FIERRO, H. (Orgs.), *Ius Constitucional e Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades Y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, 2014.
- _____. "Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF", *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, disponível em: <http://www.reid.org.br/?CONT=00000034>, acesso em: 18 jul. 2022.
- PRADO, G. A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal, vol. XVIII, pp. 33-50, *Galileu* (Lisboa), 2013.
- SALDANHA, J.M.L. "Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural 'hipermoderno' de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos", in: STRECK, L.L; ROCHA, L.S. & CALLEGARI, A.L. (Orgs.), *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2010.
- SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 12ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.
- _____. "A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição", disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadeipoimentos/n9/1.pdf>, acesso em: 18 jul. 2022.
- SCHINKE, V.D. *Judiciário e autoritarismo: regime autoritário (1964-1985), democracia, usos e abusos da memória institucional*, Tese de Doutorado em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
- SOULIER, G. "A Igualdade de Palavra, Princípio da Democracia e do Processo Penal", in: DELMAS-MARTY, M. (Org.), *"Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia"*, tradução: DE FREITAS FRANCO, F., Manole, Barueri, 2004.
- STF. *Histórico das composições*, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>, acesso em: 07 set. 2022.
- _____. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.971/RO*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 mai. 2023.
- _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595/ES*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 abr. 2023.
- _____. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 02 abr. 2023.
- _____. *Julgamento conjunto do Recurso Extraordinário 349.703, do Habeas Corpus 87.585, do Habeas Corpus 92.566 e do Recurso Extraordinário 466.343*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 29 dez. 2022.

- _____. *Habeas Corpus* 82.959-7 – SP, disponível em: <http://www.stf.jus.br>, acesso em: 02 jan. 2023.
- TRINDADE, A.A.C. "A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos", in: TRINDADE, A.A.C. (Ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, San José de Costa Rica, 1996.

CONTORNOS LEGAIS DO CRIME DE OPERAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: UMA ANÁLISE DOS CASOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO POR ASSOCIAÇÃO DE SERVIDORES

Legal contours of the crime of unauthorized operation of a financial institution: an analysis of payroll loan cases by association of civil servants

Eugênio Pacelli de Oliveira¹

Instituto de Direito Público (IDP) – Brasília/DF

Frederico Horta²

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – Belo Horizonte/MG

Sumário: 1. Introdução; 2. Operação não autorizada de instituição financeira: o tipo penal; 2.1. Objeto de tutela da incriminação e ofensa punível: perigo abstrato à higidez do sistema financeiro; 2.2. Estrutura objetiva do tipo; 2.3. Conteúdo do dolo; 3. O elemento normativo instituição financeira e sua definição legal; 3.1. Considerações gerais; 3.2. Captação, intermediação e aplicação de recursos de terceiros; 3.3. Caráter comercial da instituição financeira: lucratividade e amplitude da oferta dos serviços; 3.4. Lucro do serviço financeiro versus remuneração indenizatória pela disposição do capital; 3.5. Captação, intermediação e aplicação como negócio; 4. Concessões de auxílio financeiro por associações de servidores como atividades geralmente distintas das de instituições financeiras; 4.1. Habitualidade da intermediação; 4.2. Lucratividade e difusão das operações; 4.3. Gestão dos recursos intermediados ou intermediação meramente operacional; 4.4. Operação com recursos próprios; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo: O tipo penal do art. 16 da Lei 7492 é definido fundamentalmente em função do conceito legal de instituição financeira para fins penais. Em vista da amplitude e complexidade desse conceito, são comuns as dúvidas sobre a inclusão ou não da prestação de determinados serviços financeiros nesta classe. Discutível é o caso da concessão habitual de empréstimos consignados em folha de pagamento, por associações de servidores públicos. Indaga-se se esse serviço pode configurar crime, em dois casos alternativos: (i) se os empréstimos ocorrem por meio de convênio com instituições financeiras regulares, e a associação funciona como intermediária; e (ii) quando a associação opera os empréstimos com recursos próprios. Para respondê-lo, o artigo apresenta uma análise do tipo do artigo 16 da Lei 7492 e especialmente do conceito legal de instituição financeira, incluindo entre os seus requisitos a lucratividade, a abertura ao mercado e o risco da atividade para o patrimônio de terceiros. No caso dos convênios com bancos, conclui-se que a intermediação não configura atividade típica de instituição financeira, quando não houver disponibilidade do recurso e, portanto, gestão do risco pela associação; quando a intermediação for limitada a determinados sujeitos em pelo menos um dos polos; ou quando o lucro da atividade for exclusivo do banco. Distinguindo lucro de remuneração do capital, a partir da noção de juros legais, chega-se à determinação do crime de usura, como

¹Professor do IDP/Brasília-DF. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado criminalista. Ex-Procurador da República.

²Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Editor-Chefe da Revista do Instituto de Ciências Penais. Advogado criminalista.

abuso na prática do mútuo com recursos próprios, demarcando assim o limite da concessão de crédito pela própria associação.

Palavras-chave: crime financeiro; tipo penal; crédito consignado; instituição financeira; intermediação; usura.

Abstract: The criminal offence of article 16 of Law 7492 is defined fundamentally in terms of the legal concept of a financial institution for criminal purposes. In view of the extent and complexity of this concept, doubts are common as to whether or not the provision of certain financial services should be included in this class. A debatable case is the usual concession of payroll loans by associations of public servants. The question is whether this service can constitute a crime in two alternative cases: (i) if the loans are made through an covenant with regular financial institutions, and the association works as an intermediary; and (ii) when the association operates the loans with its own resources. To answer this question, the article presents an analysis of the crime of article 16 of Law 7492 and especially of the legal concept of financial institution, including among its requirements the profitability, the openness to the market and the risk of the activity for the assets of third parties. In the case of agreements with banks, it is concluded that the intermediation does not configure a typical activity of a financial institution, when there is no availability of resources and, therefore, risk management by the association; when the intermediation is limited to certain subjects in at least one of the poles; or when the profit from the activity is exclusive to the bank. Distinguishing profit from capital remuneration, from the notion of legal fees, we arrive at the determination of the crime of usury, as abuse in the practice of lending with own resources, thus demarcating the limit of the concession of credit by the association itself.

Keywords: financial crime; criminal offence; consigned credit; financial institution; intermediation; usury.

1. INTRODUÇÃO

O crime de operação ilegal de instituição financeira, previsto no artigo 16 da Lei 7492/86, é daqueles tipos de injusto de mera transgressão administrativa, pois consiste na violação da proibição geral de se exercer atividade econômica típica de instituição financeira, sem autorização do Banco Central. Embora estruturalmente simples, pois definido em função do conceito de instituição financeira, esse tipo encontra em tal conceito toda a sua complexidade.

Trata-se de um elemento normativo com interpretação autêntica, prevista logo no artigo 1º da mesma lei, que define o que se deve entender por instituição financeira para fins da tutela penal do sistema financeiro nacional. Tal definição se dá pela natureza das atividades desempenhadas, ali mencionadas em um rol que multiplica de forma quase caleidoscópica as possibilidades de configuração dos tipos de crime referidos às instituições financeiras. Como é próprio das linguagens naturais, muitas dessas possibilidades conceituais são claras, enquanto muitas outras se inserem naquela chamada zona cinzenta, de dúvida sobre a inclusão ou não de determinados negócios no rol legal das atividades típicas ou próprias das instituições financeiras.

Este é o caso dos empréstimos consignados em folha de pagamento, quando oferecidos por associações de servidores públicos, como parte de seu portfólio de serviços aos associados. Em princípio, e desde que tais empréstimos sejam operados com recursos próprios da associação, tal atividade parece não estar entre as relevantes para a tutela penal do sistema financeiro nacional, por não envolver o patrimônio de terceiros. Nestes casos, a licitude da atividade, e mesmo a sua punibilidade, ficam a depender exclusivamente dos limites do tipo penal de usura, previsto no artigo 4º da Lei 1521/51. Todavia, quando as associações captam os recursos por meio de convenio com instituições financeiras, sua atuação pode

configurar intermediação de recursos de terceiros, demandando uma análise mais acurada do papel realizado pela associação e do risco oferecido pela sua intermediação ao patrimônio da instituição conveniada.

Neste artigo pretendemos examinar se, e em quais casos, a prestação de auxílio financeiro, na forma de contratos de mútuo, por associações de servidores públicos não autorizadas a atuar no mercado financeiro, pelo Banco Central, pode configurar atividade punível como operação ilegal de instituição financeira, ou ainda como crime de usura. Para tanto, teremos em vista dois grupos de casos: (i) aqueles nos quais os empréstimos são oferecidos com recursos obtidos mediante convênio com instituição financeira regular, (ii) e os casos nos quais as associações operam com recursos próprios, mediante cobrança de juros.

Para tanto partiremos de uma análise do tipo penal previsto no artigo 16 da Lei 7492/86, desvelando cada um dos seus pressupostos. Assim o seu núcleo, fazer operar, a natureza habitual do crime, que dele decorre; e a caracterização da autoria, como uma atividade gerencial; a falta ou ilegitimidade da autorização e a atribuição de expedi-la, o objeto de tutela (bem jurídico) da norma penal e a ofensa punível, o momento consumativo do crime e os conhecimentos necessários para a configuração do dolo, num tipo de delito tão normatizado (n. 2).

Na sequência, deteremos-nos sobre o elemento normativo que é o centro irradiador de sentido desse tipo penal: o conceito de instituição financeira para fins penais. Compreenderemos a suas restrições em relação ao conceito legal geral, que corresponde à tutela administrativa, mais ampla que a penal, do sistema financeiro nacional, e analisaremos as primeiras e elementares modalidades de atividade financeira, relevantes para a caracterização dos serviços analisados: a captação, a intermediação e a aplicação de recursos financeiros de terceiros (n. 3).

Voltando-nos aos casos propostos, buscaremos diferenciar as condições nas quais a atuação conveniada de uma associação com instituição financeira, para a prestação de mútuo, pode configurar uma intermediação de recursos, característica de instituição financeira, dos casos em que configura mera captação de clientes para um banco. Nos primeiros casos, destacaremos outros requisitos da operação típica: a lucratividade e a abertura ao mercado, que caracterizam o serviço financeiro como atividade econômica (n. 4.1).

A partir das noções previamente estabelecidas de lucro extraído do serviço financeiro e de mera remuneração indenizatória pela disponibilização do capital, que é elementar do contrato de mútuo, analisaremos a prestação de auxílio financeiro com recursos próprios, distinguindo os casos de mero exercício de liberdade patrimonial, daqueles que configuram atividade econômica no sistema financeiro, dependente de autorização do Banco Central. A incriminação da usura é ressaltada neste ponto, como um vetor de punibilidade que transcende o conceito legal de instituição financeira para fins penais, mas que estabelece uma proibição penal da exploração financeira de capital próprio. Uma proibição demarcada pela medida dos juros chamados legais (n. 4.2).

Finalmente, em sede de conclusão, sintetizamos os critérios demonstrados ao longo do texto, indicando os limites nos quais pode uma associação prestar auxílio financeiro aos seus membros, com capital próprio ou por meio de convênio com um banco, sem incorrer em crime de usura ou operação irregular de instituição financeira.

2. OPERAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: O TIPO PENAL

2.1. OBJETO DE TUTELA DA INCRIMINAÇÃO E OFENSA PUNÍVEL: PERIGO ABSTRATO À HIGIEDEZ DO SISTEMA FINANCEIRO

O sistema financeiro nacional, para além de um mecanismo garantidor da circulação e do valor da moeda, é fundamentalmente uma rede de instituições estatais e sociedades empresárias que se encarrega de captar os recursos excedentes

na economia e dirigi-los para o financiamento de atividades produtivas, incremento da infraestrutura pública e aquisição de bens e serviços pelos particulares, em troca de remuneração, na forma de juros, aos investidores. O bom funcionamento e a confiança nesse sistema é fundamental para o desenvolvimento econômico, na medida em que garante o crédito, a liquidez do capital e o próprio dinamismo da economia, traduzido em mais oferta e demanda para bens e serviços.

A partir do momento em que os serviços financeiros enlaçam os agentes econômicos em geral, nacional e internacionalmente, o patrimônio deles passa a depender direta e indiretamente da segurança e higidez do funcionamento do sistema: não só a poupança popular, mas os recursos das empresas, investidos ou aplicados no sistema financeiro. Por essa razão a atividade econômico-financeira é rigorosamente controlada e até certo ponto avalizada pelo sistema, no Brasil por meio do Banco Central e outros órgãos ou entidades reguladoras, como a Comissão de Valores Mobiliários, o Conselho Monetário Nacional, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), entre outros.

A necessidade desse controle, que deriva da natureza sistêmica da atividade financeira, impõe que esta não seja uma atividade econômica vulgar, entregue exclusivamente à autonomia da vontade e livre disposição patrimonial de cada um, mas que dependa de autorização para ser exercida. Ou seja, a exploração do serviço financeiro é em geral proibida, salvo àquelas sociedades empresárias que preencham os requisitos estruturais, patrimoniais e de governança exigidos para a atuação nesse mercado, a critério da autoridade competente. Os serviços de captação, intermediação e disponibilização de recursos financeiros, por exemplo, dependem de autorização do Banco Central. E a insubordinação a essa autoridade, pela operação não autorizada de uma instituição financeira, é uma conduta punível nos termos do artigo 16 da Lei 7492/86, que assim dispõe:

“Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Tal crime, como se lê, é definido em função de um ilícito administrativo: o funcionamento de instituição financeira à revelia do Banco Central, de cuja autorização depende a liberdade para o exercício dessa espécie de atividade econômica (art. 18 da Lei 4595/64 e art. 3, II, da Lei 13506/17)^{3 4}.

O tipo penal correspondente é composto pela simples referência à realização da atividade restrita – fazer operar instituição financeira – na ausência da devida autorização ou quando esta venha a ser obtida por erro do ente regulador, mediante declaração falsa, circunstâncias que fundamentam o caráter injusto do fato.

O bem jurídico tutelado por meio desta incriminação é, imediatamente, a *segurança ou higidez* do sistema financeiro nacional, cuja fiscalização fica

³Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras”. In: BRASIL. *Lei nº 4.594 de 1964*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4594.htm, acesso em: 07 abr. 2023.

⁴Art. 3º Constitui infração punível com base neste Capítulo: II - realizar operações ou atividades vedadas, não autorizadas ou em desacordo com a autorização concedida pelo Banco Central do Brasil”. In: BRASIL. *Lei nº 13.506 de 2017*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm, acesso em: 07 abr. 2023.

prejudicada pela atuação de instituições clandestinas, marginais^{5 6 7}. Mediatamente, contudo, o que se protege é o patrimônio dos usuários do sistema, que é uma rede interligada e de certo modo interdependente, de instituições e seus respectivos clientes: os depositários, investidores e tomadores de recursos⁸. Ao proteger a higidez do sistema, protege-se o patrimônio dos seus atores contra a insegurança ou efetivos riscos coletivos, que advém da prestação clandestina ou precária de serviços financeiros. Uma gestão temerária, fraudulenta ou irregular desses elos obscuros da rede pode prejudicar não apenas os seus próprios clientes, mas desestabilizar o sistema como um todo, por efeito cascata.

O reconhecimento do patrimônio dos investidores como o bem jurídico mediatamente tutelado pela operação irregular de instituição financeira, assim como pelas incriminações da gestão temerária (art. 4º, da Lei 7492/86), ou por quaisquer outros crimes contra as instituições financeiras (arts. 5º, 6º, 17, 19-20 da Lei 7492/86) não desconhece a pretensão da norma do referido artigo 16, de garantir a função administrativa de controle do sistema financeiro, pelo Banco Central. Uma mera função estatal, contudo, de fiscalização, não é por si um bem digno da tutela penal, por ter um valor relativo para o que realmente importa, o patrimônio dos investidores⁹.

Com efeito, a fiscalização e o controle podem ou não ser benéficos ao desempenho do sistema financeiro, conforme o rigor das autorizações, a prudência ou razoabilidade dos limites impostos às operações financeiras, a efetividade da vigilância e do poder de conformação, além da qualidade das políticas implementadas pelo Banco Central. E sendo assim, como mero mecanismo burocrático, o controle (e a sujeição a ele) não tem valor em si, que justifique a punição de homens e mulheres para garanti-lo. Um valor em si (absoluto, como a liberdade individual) só se verifica no objetivo da fiscalização, que é a higidez do sistema financeiro, da qual depende o patrimônio dos usuários e outros afetados indiretamente, interligados numa rede de investidores, tomadores de recursos, fornecedores de bens e serviços e, finalmente, trabalhadores e consumidores.

Consequentemente, o crime de operação irregular de instituição financeira não pode se resumir a uma violação do controle ou da autoridade estatal sob o sistema financeiro, mas deve envolver um perigo, ao menos abstrato, para a higidez desse sistema. Um perigo abstrato é a insegurança (no limite, patrimonial), que decorre da incompatibilidade da conduta proibida (típica) com as condições de funcionamento sustentável e de manutenção dos riscos do sistema financeiro num patamar tolerado, permitido.

Por isso, para a verificação material do injusto punível pelo artigo 16 da Lei 7492/86 não basta a mera falta da autorização para o funcionamento da entidade

⁵De forma semelhante, tratando de incriminação análoga do direito alemão (§54 da Lei do Sistema de Crédito), Klaus Tiedemann afirma que ela protege “*la fiscalización estatal de las entidades crediticias, sino también la eficiencia del mercado crediticio y financiero, al igual que a los clientes. Este precepto se ocupa de la admisión de las instituciones que intervienen en ese mercado y de supervisar su grado de solvencia*”. In: TIEDEMANN, K. *Manual de derecho penal económico: Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 350.

⁶No Brasil, José Carlos Tórtima aponta exclusivamente o controle e a fiscalização sobre as instituições financeiras como objeto de tutela. In: TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei nº 7.492/86*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 103.

⁷Por sua vez, Marina Coelho Araújo fala da higidez desse sistema, que é a finalidade da fiscalização. In: ARAÚJO, M.P.C. “Crimes contra o sistema financeiro nacional”, in: SOUZA, L.A. & ARAÚJO, M.P.C. (Coord.). *Direito penal econômico: leis penais especiais*, vol. 1., Thomson Reuters, São Paulo, 2019, p. 155.

⁸Mencionando como objetos de tutela a inviolabilidade e a credibilidade do sistema financeiro, assim como o patrimônio dos investidores, instituições financeiras e seus acionistas: BITENCOURT, C.R. & BREDÁ, J. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, Cap. XVI, n. 2.

⁹Sobre tutela de bens jurídicos, e não de funções, pelo direito penal, cf. TAVARES, J. *Bien jurídico y función en derecho penal*, Tradução: CUÑARRO, M., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

financeira, mas é imprescindível que a sua atividade possa impactar o sistema e que não tenha mérito para ser autorizada, isto é; que não preencha os requisitos para tanto. Só nestes casos se pode dizer que a violação da proibição administrativa do exercício de atividade econômica de natureza financeira representa um incremento proibido do risco para o sistema financeiro. O simples abalo da confiança no controle do sistema, embora prejudicial ao seu funcionamento, não justifica a resposta penal. O mero desafio ao controle do Banco Central, por exemplo, só se resolve pela atuação dele mesmo: pelo efetivo exercício do seu poder administrativo de polícia; pela eficiência da vigilância e das suas medidas de intervenção, na repressão dos desvios e conformação as atividades reguladas.

2.2. ESTRUTURA OBJETIVA DO TIPO

A conduta nuclear, *fazer operar* uma instituição financeira, consiste em colocar ou manter em funcionamento uma estrutura ou organização voltada à prestação de serviço financeiro característico dessas instituições, com personalidade jurídica ou em nome do próprio agente (cf. art. 1º, *caput* e parágrafo único, I, da Lei 7492/86), contando ou não com o trabalho de outras pessoas. Essencialmente, é passar a exercer atividade econômica organizada que envolva captação, intermediação ou aplicação de recursos alheios no mercado financeiro.

A locução verbal “*fazer operar*”, referida ao objeto *instituição*, indica que este é um tipo de delito de duração prolongada, mais conhecido entre nós como crime *habitual*, cuja realização requer todo um complexo de diferentes ações individuais, por vezes reiteradas, como as que configuram a manutenção de uma casa de prostituição (229 do CP) ou a prática do curandeirismo (art. 284 do CP)¹⁰. É um tipo de delito que Jakobs caracteriza como *de organização*, que envolve uma intervenção quantitativamente indeterminada em uma organização antijurídica¹¹.

Afinal, como bem observa José Carlos Tórtima, não se trata da realização de uma única operação financeira pelo agente, como se instituição financeira fosse, mas de fazer funcionar a própria instituição¹². Isto significa dar vida a mais um agente do mercado financeiro, caracterizado como prestador de um serviço, cuja existência envolve a prática reiterada de operações financeiras ou a organização (mobilização) de recursos materiais e humanos para praticar tais operações de forma reiterada e duradoura^{13 14}.

Há, contudo, decisões do Superior Tribunal de Justiça, negando essa habitualidade, em vista da eventualidade mencionada no artigo 1º, II, da Lei 7492/86 (por exemplo, no AgRg no REsp 1565341 / RJ) ou mesmo contentando-se com a prática de uma única *operação* como suficiente a caracterizar afronta à higidez do *sistema financeiro*, em se tratando dos crimes do art. 4º da Lei 7492/86 (*gestão fraudulenta e gestão temerária*) (HC391053/SP). Bem se vê que esta última não

¹⁰Sobre esta classe de crimes: JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal*: Parte general, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, §66, II, nm. 3; ROXIN, C. *Derecho Penal*: Parte General, Especiales formas de aparición del delito, Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, tomo II, 2014, §33, nm. 20 e 21; JAKOBS, G. *Derecho penal*. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, apartado 32, nm. 26-29, que trata desses casos como de tipos que enlaçam ações; Na doutrina brasileira: CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal*: Parte geral, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, cap. 16, II, nm. 2, pp. 413-414; ZAFFARONI, E.R. & BATISTA, N. *Direito penal brasileiro*, vol. 2, t. II. Rio de Janeiro: Revan, 2017, §54, II, nm. 9, p. 588-590; HORTA, F. *Do concurso aparente de normas penais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 44, *et seq.*

¹¹JAKOBS, G. *Derecho penal* (...) Ob. Cit., apartado 32, nm. 28.

¹²TÓRTIMA, J.C. Crimes contra o sistema financeiro nacional (...), Ob. Cit., pp. 104-105.

¹³Também consideram habitual o delito em análise: BITENCOURT, C.R. & BREDI, J. *Crimes contra* (...) Ob. Cit., Cap. XVI, n. 4; e, COELHO ARAÚJO, M.P. *Direito penal econômico* ..., pp. 155-156.

¹⁴Em sentido contrário: cf. PIMENTEL, M.P. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*: comentário à lei 7.492, de 16.6.86, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 124.

guarda a mesma pertinência temática com o presente estudo. Todavia, como *rompe* com o conceito aqui utilizado, melhor apontar a divergência no próprio texto, do que em rodapé.

Trata-se de um *tipo comum*, na medida em que não exige nenhuma qualificação especial do autor¹⁵. No entanto, como se considera *autor* somente aquele a quem se pode atribuir a operação da instituição financeira, isto é; a entrada e a manutenção dela em funcionamento, mesmo quando esta envolver trabalho de muitos colaboradores, *autores* serão apenas os seus efetivos dirigentes ou gestores¹⁶. Reforça essa conclusão, o disposto no artigo 25, *caput*, da Lei 7492/86¹⁷, que autoriza responsabilizar os diretores e gerentes da instituição, pelos atos dela, obviamente na medida em que estes lhe possam ser atribuídos, por ação ou omissão culpável (arts. 13, 18 e 29, *caput*, do CP).

O tipo penal em análise é considerado *de atividade ou mera conduta*¹⁸, que se consuma independentemente de qualquer resultado material dela; e *de perigo abstrato*¹⁹, cuja ofensividade característica é a insegurança gerada pelo funcionamento de uma instituição clandestina e inidônea, para a higidez do sistema financeiro. Uma insegurança que nesses casos estará presente, ainda quando não se verificar uma gestão propriamente ruínosa ou crítica dos negócios financeiros da instituição irregular e, por consequência, ainda que não ocorra um dano ou perigo concreto para o patrimônio dos investidores.

2.3. CONTEÚDO DO DOLO

O conhecimento de todos os elementos constitutivos do tipo legal de crime é o conteúdo intelectual necessário à configuração do dolo, como decorre já do disposto no art. 20, *caput*, do Código Penal brasileiro. Esse conhecimento característico do dolo é o que torna a conduta do autor do injusto especialmente reprovável, ainda que ele suponha equivocadamente estar autorizado a agir daquela maneira, desconhecendo a proibição penal. Isto porque o conhecimento da proibição na maioria das vezes é desnecessário para tornar injusta e, pois, reprovável, a decisão de praticar a conduta típica (assim a decisão de matar, de furtar, de caluniar, de estuprar).

Todavia, algumas condutas não são proibidas por suas características imanentes, mas em razão de um juízo complexo de conveniência social ou política, geralmente relacionado à gestão de condições muito amplas e abstratas do ambiente social, como são o sistema financeiro, a estabilidade monetária ou a ordenação urbana, por exemplo. Nesses casos, o conteúdo de injusto da conduta típica, sua ofensividade ou iniquidade, decorre fundamentalmente da desobediência a restrições extrapenais, de uma liberalidade arbitrária ou descabida, da auto concessão de um privilégio de ação, próprio dos chamados *free riders*, em prejuízo de determinadas

¹⁵BITENCOURT, C.R. & BREDÁ, J., *Crimes contra o sistema financeiro (...)* Ob. Cit., Cap. XVI, n. 3.

¹⁶PIMENTEL, M.P. Crimes contra o sistema financeiro nacional (...) Ob. Cit., p. 124.

¹⁷Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado). § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico. § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)". In: BRASIL. *Lei nº 7.492 de 1986 (...)*, *idem*.

¹⁸Em sentido contrário, Bitencourt e Breda classificam o delito como material, por considerar que o resultado seria a efetiva entrada em funcionamento da instituição financeira (BITENCOURT, C.R. & BREDÁ, J., *Crimes contra o sistema financeiro(...)*, Cap. XVI, 6). Este fato, contudo, não se distingue da conduta punível, que é justamente fazer operar a instituição, isto é; fazê-la funcionar, realizando as operações financeiras que constituem a sua atividade principal ou acessória.

¹⁹De forma semelhante, mas falando em crime formal, de perigo abstrato: TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional (...)* Ob. Cit., p. 106.

estratégias ou pautas estatais de gestão de bens jurídicos coletivos, ou de controle dos riscos coletivos a bens jurídicos individuais.

Injustos dessa ordem costumam ser legalmente definidos por referência à violação de proibições extrapenais ou à carência de especial autorização para a prática de uma atividade restrita. Nesses casos, quando o caráter injusto da conduta está fundado basicamente na sua proibição; quando o que se reprova ao autor é essencialmente ter se concedido arbitrariamente uma liberalidade exclusiva; então a referência à proibição extrapenal violada não é uma remissão qualquer. Essa referência não poderá ser simplesmente substituída, no tipo, pelos pressupostos de incidência da norma complementar. Nesses casos, a proibição mesma é elemento do tipo (de injusto) e como tal deve ser conhecida pelo agente, compreendida pelo dolo²⁰.

Parece-nos que este é o caso do crime de operação irregular de instituição financeira, cujo conteúdo de injusto é fundamentalmente a violação do caráter restrito e regulado dessa atividade comercial, por quem se permite exercê-la à revelia do Banco Central. O dolo próprio do crime de operação ilegal de instituição financeira envolve, portanto, o conhecimento da restrição violada; uma regra elementar desse mercado, e como tal geralmente conhecida pelos seus participantes, autorizados ou não.

Para ter dolo de operar ilegalmente uma instituição financeira, não é necessário que o autor conheça plenamente o sentido ou o uso técnico dessa expressão, nem que ele a use precisamente para qualificar a sua empresa ou atividade comercial. É suficiente que o agente compreenda a natureza da sua atividade de uma forma equivalente ao sentido conotativo de instituição financeira. Ou seja: o autor do crime do artigo 16 da Lei 7492/86 deve saber ou admitir estar promovendo, por si ou por meio de uma estrutura empresarial sob seu comando, uma atividade comercial baseada na prestação de serviços financeiros, que tem o dinheiro como mercadoria; que procura gerar riqueza a partir da captação, intermediação e investimento do capital, neste caso pertencente a terceiros.

Mas a falta de permissão da autoridade financeira competente ou a permissão viciada pela fraude é também um elemento constitutivo desse tipo. Na segunda hipótese, o conteúdo do dolo é lógico: quem obtém uma autorização mediante declaração falsa, sabe que está proibido de atuar no mercado financeiro sem autorização administrativa e sabe ainda que não faz jus à tal autorização. O conhecimento do injusto aqui se confunde plenamente com o dolo. Já no caso da simples falta de autorização, que pode decorrer da ignorância da proibição geral de prestar serviços financeiros sem aval estatal, questiona-se que conhecimento basta ao dolo. É suficiente reconhecer a inexistência de um ato administrativo individual autorizativo da sua atividade, como um registro, uma concessão ou uma licença, ou é necessário ainda saber que um tal ato é indispensável para que tal atividade esteja autorizada?

Ora, a lei dá no mínimo uma pista da resposta, quando se refere à “devida autorização”. Sem o conhecimento do dever de obtê-la, o agente do mercado financeiro sequer representa mentalmente a falta da autorização; ele não tem como reconhecer essa carência como uma característica relevante da sua ação. Nesses casos, o agente não se decide por uma liberalidade arbitrária; ele não se invoca um privilégio de atuação à revelia do Banco Central. Em síntese, sem consciência de que a atividade comercial no mercado financeiro não é permitida a todos, mas requer autorização especial, o autor do crime do artigo 16 da Lei 7492/86 não pode identificar o sentido social ou o conteúdo de injusto da sua conduta. Afinal, o serviço financeiro é em si algo benfazejo economicamente, de grande utilidade social e que atravessa a vida cotidiana das pessoas em geral, ao usar um cartão de crédito, fazer um *pix* ou aplicar as suas economias.

²⁰Para uma exposição ampla do tema, ver: HORTA, F. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.

Sendo assim, o dever violado de obter autorização especial para o exercício da atividade financeira (ou, inversamente, a proibição infringida de desempenhar essa atividade sem a devida autorização) é elemento do tipo e, portanto, deve ser alcançado pelo dolo. Quem desconhece e nem mesmo desconfia que desempenha uma atividade restrita, que demandaria uma autorização especial inexistente, atua sem dolo de operação irregular de instituição financeira. E como esse crime não é punível na forma culposa, na falta de dolo a conduta é atípica.

Em geral isso não será um problema para a eficácia da norma incriminadora, posto que os agentes do mercado financeiro, como aliás os de qualquer mercado, geralmente conhecem pelo menos as regras básicas às quais estão sujeitos. Todo mercado opera como um jogo, no qual as regras são parte da própria linguagem dos jogadores (*players*) e orientam as suas estratégias e decisões racionais.

Por isso a operação irregular de instituição financeira geralmente é clandestina, realizada num mercado paralelo de alto risco e, portanto, com plena consciência da sua ilegalidade e *status* de exceção. Quando praticada de forma franca, na maioria das vezes o é por efetivo desconhecimento da natureza ou dos limites juridicamente impostos à atividade desempenhada. Um exemplo contemporâneo é a administração e comercialização dos chamados *tokens* de renda fixa digital, por quem não se dá conta de que tais produtos financeiros são contratos de investimento coletivo em criptoativos, com natureza jurídica de valores mobiliários e, portanto, de emissão, custódia e comercialização regulada e sujeita a registro na CVM.

Pois bem, como se vê, decisivo para a caracterização objetiva e subjetiva do crime é o conceito de *instituição financeira*, elemento normativo pelo qual o tipo legal se refere ao objeto da operação punível, quando não autorizada. Como não se trata de um conceito vulgar, mas técnico e complexo, cheio de nuances determinadas pelo objeto de proteção da norma – o sistema financeiro – e pelos limites do seu controle estatal, neste elemento normativo se esvai a aparente simplicidade do tipo.

Justamente sobre o conceito de instituição financeira versa a próxima sessão do texto, pois das fronteiras dele não depende apenas a liberdade ou proibição de prestar determinados serviços financeiros sem a devida autorização (do BACEN, da CVM, da SUSEP etc.), mas muitas vezes a própria punibilidade dessa conduta, tamanha a coincidência entre as suas proibições administrativa (art. 18 da Lei 4595/64) e penal (art. 16 da Lei 7492/86).

3. O ELEMENTO NORMATIVO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E SUA DEFINIÇÃO LEGAL

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A despeito da dependência desse ilícito penal em relação ao controle administrativo, determinada pelo elemento negativo do tipo “sem a devida autorização”, a disposição incriminadora do artigo 16 da Lei 7492/86 não está em branco. O conteúdo da proibição é ali determinado por um elemento normativo, instituição financeira, que por sua vez é definido pela mesma lei, em cláusula de interpretação autêntica disposta no seu artigo 1º.

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

A amplitude desse conceito é muito criticada pela doutrina, sobretudo pelas equiparações previstas no parágrafo único²¹. Há certa dose de exagero nesta crítica, especialmente quanto às atividades do inciso I, que são análogas àquelas do *caput*, e cuja equiparação com as de instituição financeira é também reconhecida no direito comparado, inclusive a partir da jurisprudência²².

Naturalmente, o texto legal não dispensa uma interpretação atenta ao seu contexto e aos seus fins, o que é uma vicissitude do direito. Mas este é justamente o papel da ciência. Para se chegar aos precisos contornos do conceito legal de instituição financeira (artigo 1º da Lei 7492/86) é necessário observar o sentido técnico dos termos utilizados, levar em conta as atribuições regulatórias das agências do sistema financeiro, o rol das instituições sujeitas a sua chancela e tutela - segundo outras normas - bem como a própria finalidade do controle estatal sobre o sistema, que é o de garantir-lhe a higidez, em favor do patrimônio dos investidores e de todos os que de qualquer forma usufruem ou são afetados pelos seus serviços financeiros.

Não obstante, parece-nos rematado contrassenso considerar instituição financeira, para fins penais, a pessoa física que exerça *eventualmente* alguma das atividades próprias dessas instituições. Contrassenso, primeiramente, porque não existe exercício eventual de atividade econômica. As atividades que caracterizam uma instituição prestadora de serviços são organizadas, reiteradas, habituais por definição. Eventual só pode ser um determinado negócio; uma operação financeira; não o exercício de uma atividade econômica.

Depois, especificamente em vista do artigo 16 da Lei 7492/86, porque não faria sentido punir as operações (negócios) eventuais, se próprias de instituições financeiras, apenas quando realizadas em nome do autor, se as mesmas operações, quando realizadas eventualmente (e não como atividade principal ou acessória) por uma pessoa jurídica são penalmente irrelevantes^{23 24}.

De todo modo, em vista do específico problema das instituições intermediadoras de mútuo, basta que analisemos a primeira parte da definição contida no *caput* do artigo 1º da Lei 7492/86, que envolve as chamadas "*instituições financeiras propriamente ditas*", e não as instituições do mercado de capitais e as instituições financeiras por equiparação²⁵.

Afinal, estamos tratando da concessão ou intermediação de empréstimos em moeda nacional, e não em valores mobiliários. E essa atividade, à toda evidência, não corresponde à administração de seguros, câmbio, consórcio, capitalização, nem tampouco à administração de poupança ou outros recursos de terceiros, atividades equiparadas às de instituição financeira pelo inciso II do mesmo dispositivo legal.

Daí que nos interesse, então e precisamente, verificar se a concessão ou intermediação de empréstimos a associados configura atividade de *captação*, *intermediação* ou *aplicação* de recursos financeiros, própria de instituição financeira.

²¹Por todos, cf. PIMENTEL, M.P. *Crimes contra o sistema financeiro nacional...*, p. 28-29; e, DA COSTA JÚNIOR, P.J.; QUEIJO, M.E. & MACHADO, C.M. *Crimes do colarinho branco: aspecto de direito constitucional e financeiro: anotações à Lei 9.613/98, que incrimina a lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.

²²Para uma notícia do reconhecimento dos consórcios e até das empresas de *factoring* como instituições financeiras pelos tribunais alemães, TIEDEMANN, K. *Manual de derecho penal económico (...)* Ob. Cit., pp. 351 e 353.

²³Acusando genericamente a dificuldade de interpretação deste inciso II: DA COSTA JÚNIOR, P.J.; QUEIJO, M.E. & MACHADO, C.M. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.

²⁴Denunciando o seu despropósito e contradição com o art. 16: BITENCOURT, C.R. & BREDAS, J. *Crimes contra o sistema financeiro (...)*, Ob. Cit., p. 11.

²⁵Cf. classificação apresentada em TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro (...)* Ob. Cit., p. 13.

3.2. CAPTAÇÃO, INTERMEDIÇÃO E APLICAÇÃO DE RECURSOS DE TERCEIROS

Um primeiro requisito para tanto nos é fornecido pela letra da lei penal, que exclui do conceito de instituição financeira as que operam com recursos próprios, sem movimentar recursos de terceiros²⁶. Neste ponto, o conceito do artigo 1º da Lei 7492/86, que é uma cláusula de interpretação autêntica específica para as normas incriminadoras ali previstas, afasta-se do conceito geral, previsto no artigo 17 da Lei 4595/64, o qual abarca as operações “com recursos próprios ou de terceiros”²⁷.

Essa peculiaridade da lei penal se deveu a um providencial veto presidencial, que excluiu do artigo primeiro do projeto aprovado as expressões “próprio ou”, justamente para que as incriminações não atingissem o mero investidor individual, o que obviamente não seria o propósito do legislador. Nos termos da mensagem de veto “na aplicação de recursos próprios, se prejuízo houver, não será para a coletividade, nem para o sistema financeiro; no caso de usura, a legislação vigente já apenas de forma adequada quem a pratica”²⁸.

A restrição, para além de evitar o grave defeito do artigo 17 da Lei 4595/64, que na sua literalidade abarca praticamente toda atividade econômica²⁹, encontra razão de ser no objeto da tutela penal. Com efeito, mesmo quando praticado habitualmente, como atividade econômica organizada, o crédito concedido com recursos próprios não repercute na segurança do sistema financeiro, pois não envolve e nem oferece risco ao patrimônio de terceiros, além dos que tomam parte no negócio³⁰.

Abusos nesta atividade, em prejuízo do patrimônio individual do mutuário, são puníveis como crime de usura, quando envolverem cobrança ilegal de juros ou remuneração excessiva, nos termos do artigo 4º da Lei 1521/1951 (Lei dos crimes

²⁶Conforme COSTA JÚNIOR/QUEIJO/MACHADO, embora com a ressalva injustificada de que tal restrição não se aplicaria aos crimes de gestão fraudulenta ou temerária, do art. 4º da Lei 7492/86 (*Crimes do colarinho branco...*, p. 65); BITENCOURT/BREDA, acrescentando que “essas instituições desempenham a indispensável função de interligação entre os diferentes pólos de negociação existentes no mercado (*Crimes contra o sistema financeiro...*, p. 3 e 179); TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional (...)* Ob. Cit., pp. 11-12; MARQUES, J.F. *Pareceres*, AASP, São Paulo, 1993, p. 77; DA SILVA, P.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006, p. 29.

²⁷Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”. In: BRASIL. *Lei 4.595 de 1964 (...)*, *idem*.

²⁸BRASIL. *Presidência da República, Mensagem 252 ao Congresso Nacional, de 16 jun 1986*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/Msg/VepL7492-86.pdf, acesso em: 18 mai. 2020.

²⁹Conforme a precisa crítica de Salomão Neto, que fulminava a vetusta definição legal nos seguintes termos: “se interpretada literalmente, em seu sentido puramente gramatical, poucas atividades escapariam da reserva aberta em favor das assim chamadas instituições financeiras. De fato, poucas são as atividades que não envolvem a coleta, intermediação ou aplicação de reservas próprias ou de terceiros”. In: SALOMÃO NETO, E. *Direito Bancário*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2014, p. 16.

³⁰No mesmo sentido, dando razão ao veto, Andrei Zenkner Schmidt comenta que: “a tutela penal sobre o Sistema Financeiro Nacional recomenda que o objeto da proteção esteja focalizado na exploração de atividades relacionadas à poupança popular (lato sensu). As atividades de uma sociedade creditícia, mesmo no caso de seu funcionamento estar condicionado à autorização do Banco Central (v.g., as antigas ‘repassadoras de recursos do Banco Nacional de Habitação’), escapam da proteção do DPE (*rectius*: da Lei n. 7.492/86) porque eventual ofensa recairá sobre patrimônio individual da própria empresa, e não de terceiros”. In: SCHMIDT, A.Z. “A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito”, in: VILARDI, C.S.; PEREIRA, F.R.B. & DIAS NETO, T. (coord.), *Crimes financeiros e correlatos*, Saraiva, Edição Kindle, São Paulo, 2011, 431-432.

contra a economia popular)^{31 32}, ou fraude sobre os juros ou outros encargos do contrato, nos termos do art. 13 do Dec. 22.626/1933³³.

Passemos, então, à análise das atividades referidas pela lei como propriedades alternativas e suficientes para se caracterizar uma pessoa jurídica como instituição financeira. *Captar* recursos de terceiros, em moeda, significa angariar dinheiro excedente na economia, parte da chamada “poupança popular”, para investi-lo ou emprestá-lo, enfim, para realizar o serviço financeiro, favorecendo a disponibilização desse capital no mercado³⁴. O captador geralmente remunera a fonte, em troca da disponibilidade do recurso, da liberdade para a sua administração, investimento, aplicação ou empréstimo, dividindo ou não os riscos dessa gestão com o possuidor.

A *intermediação*, por sua vez, é um serviço financeiro de ligação entre a oferta do capital e a demanda por ele³⁵; entre quem possui recurso disponível para investir ou emprestar e quem necessita do recurso, para empreender, aplicar ou cumprir com suas obrigações financeiras. O intermediador promove e ou participa de um negócio, como elo entre a origem e o destino do recurso transacionado. Por isso, diferentemente do que ocorre na *captação*, na intermediação esses polos se reconhecem, ainda que não se obriguem diretamente, mas apenas em face do intermediário. Nestes casos, o intermediário não tem a liberdade do captador quanto à destinação do recurso, mas o recebe para uma aplicação específica, definida pelo possuidor.

Finalmente, a *aplicação* é o empenho do recurso em um negócio: um empréstimo, financiamento, atividade econômica etc., com o fim de obter ganhos financeiros decorrentes da remuneração do capital, da valorização dos ativos adquiridos ou dos lucros da atividade promovida. Vale ressaltar que a captação de recursos de terceiros por uma empresa, para capitalização do negócio, não fará dela

³¹Art. 40. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; (Vide Lei nº 1.807, de 1953); b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros”.

³²Neste sentido é remansosa a jurisprudência do STJ, da qual citamos ilustrativamente os seguintes acórdãos: “1. Conforme asseverado pelo Juízo Federal, a troca de cheques a juros, por pessoa física, é equiparada ao empréstimo feito por pessoa física, não sendo caso de incidência da Lei 7.492/86. *Isso porque, como não demonstrado que o agente utilizava recursos de terceiros para a realização das trocas, inviável entender que o investigado equipara-se a instituição jurídica, nos termos do art. 1º, II, do citado diploma legal. Precedentes [...]* (STJ, Terceira Seção. CC 162.257/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 12/06/2019, DJe 19/06/2019, grifo nosso); [...] 2. As empresas popularmente conhecidas como *factoring* desempenham atividades de fomento mercantil, de cunho meramente comercial, em que se ajusta a compra de créditos vencíveis, mediante preço certo e ajustado, e com recursos próprios, não podendo ser caracterizadas como instituições financeiras. 3. In casu, comprovando-se a abusividade dos juros cobrados nas operações de empréstimo, configura-se o crime de usura, previsto no art. 4º, da Lei nº 1.521/51, cuja competência para julgamento é da Justiça Estadual. [...]”. In: STJ. Terceira Seção. CC 98.062/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 25/08/2010, DJe 06/09/2010.

³³Art. 13. É considerado delito de usura, toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos desta Lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento. Penas - Prisão por (6) seis meses a (1) um ano e multas de cinco contos a cinquenta contos de réis. No caso de reincidência, tais penas serão elevadas ao dobro. Parágrafo único. Serão responsáveis como coautores o agente e o intermediário, e, em se tratando de pessoa jurídica, os que tiverem qualidade para representá-la”.

³⁴Cf. DA SILVA, P.C. Crimes contra o sistema financeiro nacional (...) Ob. Cit., p. 29.

³⁵TÓRTIMA, J.C., Crimes contra o sistema (...) Ob. Cit., p. 7.

uma instituição financeira, se esse recurso for destinado à aquisição dos seus insumos ou à produção e circulação de bens e serviços, naturalmente não financeiros³⁶.

3.3. CARÁTER COMERCIAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: LUCRATIVIDADE E AMPLITUDE DA OFERTA DOS SERVIÇOS

A *captação, intermediação ou aplicação* de recursos de terceiros são mencionadas no conceito legal de instituição financeira como modalidades de atividades econômicas exercidas por uma sociedade empresária como realização do seu objeto social. As atividades financeiras, por natureza e definição, são dirigidas a incrementar o capital, a fazer o dinheiro render a partir da sua movimentação, da sua disponibilização. É a atividade de fazer o capital excedente circular na economia, em troca de remuneração ou lucro. É a exploração econômica da disponibilidade do capital, como um valor no mercado financeiro, de modo a extrair do dinheiro, mais dinheiro³⁷.

Por isso, todas essas atividades típicas de instituição financeira, captação, intermediação e aplicação, sempre miram alguma forma de remuneração^{38 39} e disso depende a caracterização delas como tal⁴⁰.

Vê-se, aliás, na legislação nacional, indício particularmente sugestivo da relevância do lucro como parte indissociável da *atividade tipicamente financeira*. Sabendo ser esta (a finalidade lucrativa) a nota característica da sociedade empresária⁴¹, cuja constituição, ao contrário do que ocorre com a sociedade simples, deve se dar, obrigatoriamente⁴², sob uma das formas expressamente elencadas dentre os artigos 1.039 a 1.092 do Código Civil, está longe de ser acidental a exigência, também legal⁴³, de que as instituições financeiras tenham que operar sob

³⁶COELHO ARAÚJO, M.P. *Direito penal econômico (...)* Ob. Cit., p. 112.

³⁷Na síntese de Marina Coelho Araújo: "O conceito está atrelado à utilização dos valores em si, para a ampliação do dinheiro e estruturação de mais valores". In: COELHO ARAÚJO, M.P. *Direito penal econômico (...)* Ob. Cit., p. 112.

³⁸TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema (...)* Ob. Cit., p. 7.

³⁹Assim também Gustavo Silva, para quem só se compreende por atividade financeira "a intermediação de recursos de terceiros, cuja única e exclusiva finalidade seja a de ser emprestado novamente a tomadores com o objetivo de obter lucro. A instituição financeira não capta recursos para si, mas o faz para emprestar aos seus clientes, ganhando a diferença entre aquilo que paga a seus depositantes e o que cobra dos tomadores desses mesmos recursos (*spread*)". In: SILVA, G. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 164.

⁴⁰Nesse sentido decidiu o STJ, referendando a posição manifestada pelo próprio Banco Central, a respeito do caso (tratava-se de uma instituição assistencial do RJ, a IASAER): "Não configura crime contra o Sistema Financeiro Nacional a conduta de gestor de entidade assistencial que, não obstante tenha oferecido plano de previdência privada complementar a seus associados, captando e administrando recursos de terceiros, não teve sua atuação considerada como de instituição financeira pelo Banco Central do Brasil, à míngua de elemento essencial à sua caracterização, consistente na intromissão especulativa do mercado financeiro, com o intuito de lucro" (STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, publ. 24.11.2008).

⁴¹Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. [...] Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais". In: BRASIL. *Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil)*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm, acesso em: 20 mai. 2020.

⁴²Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias". In: BRASIL. *Lei 10.406 (...)*, *idem*.

⁴³Art. 25. As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com

o signo das sociedades anônimas⁴⁴, *modalidade de sociedade empresária* prevista nos arts. 1.088/1.092, CC. Fala-se, portanto, de instituição cuja atividade esteja necessariamente orientada à obtenção de lucro.

O requisito da lucratividade como propriedade das atividades típicas de instituição financeira é bem destacado no campo do direito administrativo sancionador, que parte do conceito definido no artigo 17 da Lei 4595/64. Como este conceito abarca atividades realizadas com recursos próprios, faz-se necessário distinguir, entre as pessoas que celebram contratos de mútuo, por exemplo, quem exerce ou não atividade típica de instituição financeira⁴⁵. Em outras palavras, importa saber em quais condições a concessão de crédito com recursos próprios demandaria autorização do Banco Central.

A resposta a esse problema foi encontrada nos requisitos da habitualidade, da amplitude da oferta do serviço ao mercado e da sua lucratividade^{46 47}. A habitualidade se extrai do fato de que a lei só restringe o exercício de atividade financeira quando for ao menos a realização de uma finalidade acessória da pessoa jurídica ou uma atividade eventual da pessoa física, o que interpretamos como uma atividade meramente complementar da sua renda e por isso prescindível ou descontínua (neste sentido eventual). A lei não impõe nenhuma condição para a realização ocasional de operações financeiras, que são ademais expressões da liberdade patrimonial e da autonomia da vontade.

Já a amplitude da oferta decorre de que mesmo a tutela administrativa do sistema financeiro é uma tutela da coletividade, dos seus usuários em geral, e por isso não se ocupa de abusos na prestação de serviços financeiros não disponíveis no mercado, mas dirigidos apenas a pessoas determinadas ou a um grupo restrito de pessoas⁴⁸. Nesse sentido, manifestou-se o Banco Central (BACEN), em resposta à consulta formulada pelo PROCON do Piauí:

direito a voto ser representada por ações nominativas. (Redação dada pela Lei nº 5.710, de 07/10/71)". In: BRASIL. Lei 5.710 de 1971, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5710impressao.htm.

⁴⁴Com exceção das Cooperativas de Crédito, *instituídas posteriormente* à Lei 4.595/64, pela Lei Complementar 130/2009.

⁴⁵A redação do referido artigo é comumente criticada por sua amplitude desmesurada (por exemplo, Salomão Neto, E. Direito Bancário. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16), de modo que, se interpretada literalmente, deixaria poucas atividades de fora de seu alcance. (...) *Ademais, costuma-se pontuar a necessária habitualidade e o intuito de lucro, ou sua economicidade, da atividade exercida*. A exegese da referida lei é enfrentada por autores como: Salomão Neto, op. cit.; Wald, A. A evolução do conceito de instituição financeira. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 8, n. 28, abr-jul. 2005, p. 211-229; Pinto, G. M. A. Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 255-256". In: ROQUE, P.R. *Governança Corporativa de Bancos e a Crise Financeira Mundial: Análise Comparativa de Fontes do Cenário Brasileiro*, Almedina, São Paulo, 2017, p. 136, grifo nosso.

⁴⁶Segundo Eduardo Salomão Neto: "Deve-se interpretar o art. 17 da Lei 4.595/64, que define as instituições financeiras em função de suas atividades privativas, como exigindo, cumulativamente: (i) a captação de recursos de terceiros em nome próprio, (ii) seguida de repasse financeiro através de operação de mútuo, (iii) com o intuito de auferir lucro derivado da maior remuneração dos recursos passados em relação à dos recursos coletados, (iv) desde que a captação seguida de repasse se realize em caráter habitual". In: SALOMÃO NETO, E. *Direito Bancário* (...) Ob. Cit., p. 29, grifo nosso.

⁴⁷Apontando os mesmos requisitos: EIZIRIK, N., et. al. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, 3ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2011, p. 06.

⁴⁸Neste sentido se manifestou o Banco Central em sede de recurso voluntário administrativo, cuja procedência acabou gerando o trancamento de uma ação criminal em Habeas Corpus julgado pelo STF. "Tendo em vista que no presente caso não ocorreu captação de recursos junto ao público em geral, ficando, desta forma, descaracterizada a operação como atividade privativa de instituição financeira, acolho o Recurso Voluntário interposto, reformando integralmente a respeitável decisão proferida em primeira instância, para arquivar o processo administrativo", in: BACEN. *Recurso Voluntário 2548*, citada no julgado STF, Segunda Turma, HC 83674/SP, Rel. Min, Carlos Veloso, Julgamento: 16/03/2004, grifo nosso.

“Esclarecemos que sociedades civis sem fins lucrativos, com quadro social restrito, que pratiquem operações de empréstimo ou financiamento exclusivamente a seus associados, não podem ser consideradas instituições financeiras e não estão sujeitas aos dispositivos da Lei nº 4.595/64. Tampouco existem vedações legais a prestação de assistência financeira a seus membros, desde que feita com recursos próprios e sem finalidade lucrativa. Como tais entidades não são consideradas instituições financeiras, encontram-se fora dos limites da esfera de competência deste Banco Central (Lei nº 4.595/64, artigo 10, VIII)”⁴⁹.

3.4. LUCRO DO SERVIÇO FINANCEIRO VERSUS REMUNERAÇÃO INDENIZATÓRIA PELA DISPOSIÇÃO DO CAPITAL

Finalmente, importa distinguir a lucratividade característica da atividade econômico-financeira, sujeita à tutela e regulamentação do Banco Central, da mera remuneração do capital disponibilizado, que como justa contrapartida manteria a atividade no âmbito da autonomia privada. O critério da justa remuneração vem a ser exatamente a fixação da taxa de juros dentro do limite legalmente estabelecido para os contratos de mútuo⁵⁰.

De uma leitura conjunta dos artigos 591 e 406 do Código Civil (CC) se extrai que os juros devidos nos contratos de mútuo não poderão exceder a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Esta taxa, por sua vez, é matéria hoje disputada.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha reiterado em recentes julgados o entendimento de que se trata da taxa Selic, a taxa de juros básica da economia, definida regularmente pelo Comitê de Política Monetária do Banco Central (COPOM),⁵¹ o entendimento tradicional, ainda acolhido nas instâncias ordinárias, é o de que a taxa de mora no pagamento de impostos é a prevista no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”⁵². Assim, tomado por base o critério mais permissivo, legalmente previsto, e já que a dúvida sobre a proibição milita em favor da autonomia do cidadão⁵³, a taxa máxima de juros nos contratos de mútuo seria de 1% ao mês, salvo quando a taxa Selic for maior que 12% ao ano. Esse debate, aliás, só ganhou relevância entre 2017 e 2022, enquanto a taxa Selic foi menor que a do CTN.

Dentro desse limite, o mutuante não auferir lucro em sentido estrito, mas apenas a justa contrapartida da sua prestação no negócio, que é o capital disponibilizado ao mutuante. Consequentemente, não se identifica a profissionalização da atividade, que demandaria a autorização Estatal, mas apenas o

⁴⁹BACEN. *Resposta a consulta enviada pelo PROCON-PI*, citada em Parecer do Ministério Público do Piauí, nos autos do Processo Administrativo 331/2013, Ref. F.A. n. 0113-004.105-3, disponível em: < <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2014/05/processo%20n%20331%20-2013%20-sabemi.pdf> >, acesso em: 08 mai. 2023.

⁵⁰Para uma demonstração detalhada da tese, cf. MORAES OLIVEIRA, L.H.M. As instituições financeiras no direito pátrio: definição e caracterização da atividade própria ou exclusiva, *Revista de informação legislativa*, vol. 36, nº 142, pp. 75-84, abr./jun. 1999, Brasília, disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/477/r142-09.PDF?sequence=4&isAllowed=y>, acesso em: 07 mai. 2020, pp. 78-81.

⁵¹Por todos, vide STJ, Quarta Turma, AgInt no REsp 1543150/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 07/10/2019, DJe 14/10/2019.

⁵²Assim, ilustrativamente, TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paraguaçu Paulista - 3ª Vara Judicial. Embargos de Declaração Cível 0006390-21.2008.8.26.0417; Relator: Alexandre Marcondes; Data do Julgamento: 22/11/2019; Data de Registro: 22/11/2019.

⁵³Sobre o tema, vide: LEITE, A. *Dúvida e erro de proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, Atlas, São Paulo, 2013.

exercício da liberdade de celebrar um contrato típico, que o estatuto civil concede a todo indivíduo capaz⁵⁴.

Já quando a contrapartida é estipulada acima dos chamados juros legais, poder-se-á falar em efetivo ganho econômico com a atividade - o lucro em sentido estrito - que é reservado às instituições financeiras autorizadas⁵⁵, sujeitas a regime próprio, hoje altamente liberal quanto ao ponto, vale ressaltar.

Por isso a concessão de crédito com recursos próprios, a juros superiores à taxa Selic ou a 1% ao mês, por quem não integra formalmente o sistema financeiro nacional, pode configurar *crime de usura* (art. 4º da Lei 1521/51). E quando tal conduta é praticada com habitualidade, mediante ampla oferta de crédito nessas condições ao mercado, configura ainda a infração administrativa de exercício irregular de atividade própria de instituição financeira, nos termos dos artigos 18 da Lei 4595/64 e art. 3, II, da Lei 13.506/17.

Embora desenvolvidos para solucionar um problema inexistente no direito penal - os limites da liberdade de conceder crédito com recursos próprios - esses critérios se aplicam às atividades financeiras em geral, inclusive às realizadas com recursos de terceiros, e consequentemente se prestam à delimitação do crime do artigo 16 da Lei 7492/86. Afinal, a existência deste injusto penal depende da ilicitude administrativa da atividade, por ausência de autorização do Banco Central⁵⁶.

Merece registro, pela clareza, contundência e autoridade, trecho de relatório do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que trata justamente dos requisitos para configuração de uma atividade típica de instituição financeira, citado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Especial:

"EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TÍPICAS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRA

As decisões proferidas no período não indicam mudança do entendimento que o Conselho de Recursos tem assentado nos últimos anos a respeito do tema, no sentido de que é necessário que haja a conjugação de três fatores para a configuração de atividade típica de instituição financeira, a saber: captação, intermediação e aplicação de recursos de terceiros. É bem de ver, também, que o próprio conceito de captação reveste-se de rigor de interpretação, a exigir, por exemplo, que se há de falar em captação ampla, difusa perante o público. Numa palavra, a atividade a exigir autorização específica

⁵⁴Cf. MORAES OLIVEIRA, L.H.M. Revista de informação legislativa, pp. 79-80.

⁵⁵Como conclui Moraes Oliveira: "E, dessa forma, deflui facilmente a segunda definição: atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira é a concessão de financiamentos, mútuo ou empréstimos, direta ou indiretamente, na qual concorram, simultaneamente, os requisitos da *obtenção de lucro strictu sensu frente ao financiado ou a terceiro e da reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida*", in: MORAES OLIVEIRA, L.H.M., *Revista de Informação Legislativa*, p. 81, *destaque nosso*.

⁵⁶Reforçando a importância da oferta geral ao mercado e da lucratividade em sentido estrito para a caracterização da atividade como de instituição financeira, o seguinte julgado do TRF da Quarta Região: "Embora a usura permaneça dentro do sistema jurídico brasileiro, possui ela característico traço de pessoalidade: é emprestado dinheiro de pessoa determinada a outrem de seu conhecimento e escolha, com taxas muito acima das legais. *Quando se tem a concessão de empréstimos a pessoas várias, perde-se o mencionado caráter de pessoalidade e passa-se à condição de empréstimos populares, generalizados, como instituição financeira de fato, daí se aplicando a específica Lei no 7.492/86 - há captação e manipulação de dinheiro popular, de competência da jurisdição federal. 2. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito descrito na denúncia, ou seja, a captação de recursos de terceiros para aplicações financeiras e a intermediação para a concessão de empréstimos com incertas taxas de juros, em clara captação não autorizada de dinheiro popular, nos termos do art. 16 da Lei no 7.492/86, e inexistindo causas excludentes de culpabilidade ou antijuridicidade, impõem-se a condenação dos acusados no tocante ao referido delito. (...)*", in: TRF 4ª Região, Apelação Criminal no 2005.04.01.009764-6/RS, Rel. Néfi Cordeiro, julgado em 02.05.2006; grifos nossos.

de autoridade supervisora é aquela exercida de forma habitual, especulativa e com o objetivo de auferimento de lucro⁵⁷.

3.5. CAPTAÇÃO, INTERMEDIACÃO E APLICAÇÃO COMO NEGÓCIO

Pois bem, geralmente as atividades de captação e intermediação são cumuladas com a de aplicação pelas instituições financeiras. Afinal, toda atividade financeira é orientada para a aplicação, que lhe realiza o sentido de incrementar o capital pela sua reinserção na economia. Mas ainda quando exercidas como atividade isolada, a captação ou a intermediação poderão ser atividades financeiras, desde que rentáveis por si mesmas. Isto só ocorre quando a atividade envolve propriamente uma negociação do dinheiro alheio, por meio dela atraído ou repassado, como uma mercadoria do captador ou intermediador⁵⁸. Vejamos como tal se dá.

A *captação* é apenas a primeira fase da mobilização do capital de terceiros, na direção de um investimento rentável. A captação em si é um custo para a instituição financeira, que deverá ser compensado pela aplicação, com saldo positivo (lucro). Não obstante, a simples captação pode constituir uma atividade econômico-financeira, quando remunerada por meio de comissões ou participação nos resultados do investimento realizado por terceiros, por exemplo.

O mesmo ocorre com a *intermediação*, que é uma captação para fim específico. O rendimento dessa atividade ocorre quando o custo da captação, para o intermediário, é menor que a participação (comissão) dele na remuneração pelo recurso captado ou nos ganhos decorrentes do investimento realizado pelo seu tomador.

Na aplicação de recursos de terceiros, por sua vez, dá-se o ciclo completo, pois ela logicamente pressupõe a captação. A rentabilidade, então, decorrerá da diferença positiva entre os rendimentos do capital aplicado e os custos da sua captação (a remuneração ou participação do possuidor do recurso nos seus rendimentos).

Conclui-se, portanto, que uma pessoa jurídica que pratique captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros em moeda só será considerada uma instituição financeira para fins penais se os recursos manejados forem de *terceiros*, se tais serviços forem oferecidos para um *amplo universo de pessoas no mercado*, e se forem prestados de forma *habitual e lucrativa*, isto é; com ganho econômico delas decorrente, ainda quando isoladamente praticadas.

4. CONCESSÕES DE AUXÍLIO FINANCEIRO POR ASSOCIAÇÕES DE SERVIDORES COMO ATIVIDADES GERALMENTE DISTINTAS DAS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Estabelecidas essas premissas jurídicas, passamos a análise das operações de auxílio financeiro concedidas por associações de servidores, por meio de convênios de crédito bancário, para avaliar se elas podem ou não configurar o tipo penal de operação não autorizada de instituição financeira, e em quais casos.

⁵⁷Relatório de atividades do CRSFN, Ano 2003, citado no RESP 826.075, STJ, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 14.02.2007, *in*: STJ. *idem*.

⁵⁸Exigindo a profissionalidade, isto é; a rentabilidade, para além da habitualidade, como um requisito para se falar da intermediação como atividade de instituição financeira, cf. EIZIRIK, N. "Administração de Cartão de Crédito constitui atividade privativa de instituição financeira?" *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, Ano XXXI, out./dez., nº 88, pp. 25-33, Malheiros, São Paulo, 1992.

4.1. HABITUALIDADE DA INTERMEDIACÃO

Os auxílios concedidos por meio de convênio com um banco, que disponibiliza uma linha de crédito específica para essas operações, configura uma forma de intermediação, ao menos num sentido comum ou natural, entre o possuidor do recurso – o banco – e o beneficiário do crédito concedido – o associado. Com efeito, a associação se obriga por um lado com o banco, mediante convênio, para obter o recurso, e por outro lado com o beneficiário, para repassar o recurso por meio de um contrato de crédito (auxílio financeiro), consignado em folha.

Um requisito preliminar da operação de instituição financeira seria o caráter não eventual desses auxílios; que não sejam ocasionais, mas efetivo exercício de uma finalidade principal ou acessória da associação, ainda que não expressamente prevista em seus estatutos. Em geral a habitualidade das operações há de ser afirmada, pois decorre dos próprios termos dos convênios de crédito bancário, que têm por objeto linha de crédito capaz de atender muitos associados e preveem longo período de vigência.

4.2. LUCRATIVIDADE E DIFUSÃO DAS OPERAÇÕES

Outras características indispensáveis às atividades típicas de instituição financeira, em geral ausentes nessas intermediações de crédito bancário, são a *lucratividade* e a *atuação difusa*, caracterizada pela *amplitude da captação* e da *oferta* dos recursos intermediados, no mercado financeiro em geral.

Pode-se, então, desde logo excluir a prática de atividade econômico-financeira, quando as associações não sejam sequer remuneradas pelo serviço de intermediação, nem pelo banco, nem pelos associados beneficiários. Por remuneração, compreende-se aqui a participação nos juros devidos ao banco, a título de comissão, quando o crédito é dirigido ao associado, e a associação funciona como mera interveniente na operação; ou mesmo a diferença entre os juros cobrados do devedor, pela associação, e aqueles que a própria associação deve ao banco, nos casos de intermediação propriamente dita, quando a associação tem alguma gestão sobre o recurso captado.

Mas ainda que o serviço seja remunerado, só haverá falar em lucro se tal remuneração não for meramente indenizatória das despesas operacionais e de manutenção da associação. Enquanto tal atividade não se tornar uma fonte de receita líquida e de incremento patrimonial da associação; enquanto não se puder dizer que a prestação de auxílios financeiros é efetivamente rentável para a entidade, não se poderá ver nela uma atividade econômico-financeira.

Para atuar como entidade financeira, na prestação de empréstimos por meio de convênio de crédito bancário, seria necessário que a associação mercanciasse com os associados o recurso captado junto ao banco, e / ou com o banco a demanda dos associados pelo capital, que ela representa e assume. Do contrário, toda a economicidade e o conteúdo comercial da operação restará nas mãos do banco conveniado, e o papel da associação será o de um mero cliente, com a diferença que atua por representação de diversos outros interessados.

Outro requisito da atuação típica de instituição financeira é a sua abertura ao mercado em geral; a oferta dos serviços a um amplo universo de potenciais clientes. Esta é uma característica que se pode afirmar das associações de servidores, pois é suficientemente amplo o rol dos seus potenciais associados. É verdade que na outra ponta em geral não há a mesma disponibilidade ampla, pois os convênios de crédito são firmados com apenas um ou alguns bancos determinados. Isso tampouco parece ser um impeditivo, pois por meio de um único banco a associação acaba captando recursos de um universo indeterminado de pessoas, que são os clientes do banco conveniado. Acontece nesta interação, o acesso ao sistema, o contato com a rede de terceiros investidores, que demanda o controle da atividade financeira.

4.3. GESTÃO DOS RECURSOS INTERMEDIADOS OU INTERMEDIACÃO MERAMENTE OPERACIONAL

O fundamental, contudo, para que se possa ver atividade típica de instituição financeira, na prestação de auxílio por meio de crédito captado no sistema bancário, é o poder de gestão do recurso pela associação. Afinal, apenas quando a associação tem o poder de eleger os beneficiários do auxílio, definir o limite de crédito de cada um, a forma de pagamento ou o valor dos juros; enfim, apenas se couber à associação gerir o crédito conferido pelo banco à associação, é que ela se torna mais um elo na cadeia do sistema financeiro.

Quando a associação pode dispor do crédito em nome próprio, ainda que para a estrita realização do objeto do convênio, é que ela opera como um agente autônomo em relação ao banco, na prestação do serviço financeiro aos associados. Em tal hipótese, poder-se-ia afirmar uma intermediação propriamente dita do recurso, pois então a entidade intermediadora operaria como uma instância distinta de aplicação dos recursos de terceiros, que lhes submete aos riscos decorrentes da própria atuação. Neste caso, e apenas neste, seria necessário estender à instituição prestadora do auxílio financeiro, por crédito consignado, o controle do Banco Central, a fim de assegurar que tal atividade não seja temerária para o patrimônio de terceiros, nela investido: do banco conveniado e, indiretamente, dos seus clientes.

Ocorre que, geralmente, os convênios de crédito bancário com associações de servidores para a concessão de empréstimos consignados em folha não concedem à associação qualquer gestão dos recursos empregados ou dos riscos da operação. Normalmente, os auxílios são definidos quanto aos seus beneficiários, as condições do crédito, a forma de pagamento e as taxas de juros diretamente pelo próprio banco conveniado, observando suas políticas de risco e crédito, bem como a margem de consignação em pagamento do associado, disponível para a associação.

Dessa forma, as políticas de análise e concessão de crédito para as operações, bem como de provisionamento e de baixa de créditos por perda são definidas e conduzidas exclusivamente pelo banco, nos termos das normas contábeis e regulatórias às quais se submete. Cada auxílio financeiro costuma ser lastrado por uma carta de crédito bancário, na qual figura como emitente o associado beneficiado; como agente de recebimento, a associação; e como credor o banco conveniado.

A associação então funciona como um mero entreposto operacional, encarregada de depositar o valor na conta do associado beneficiário, receber os pagamentos acrescido de juros contratuais, descontados diretamente em folha do associado, e repassá-los ao banco conveniado. Nesses casos elas atuam apenas como mediadoras da concessão de um crédito pelo banco ao associado. Por meio dela se viabiliza o desconto dos pagamentos em folha do associado, o que confere segurança ao banco, e, conseqüentemente, facilita para o associado o acesso ao crédito, a um custo relativamente baixo.

Nesse modelo de convênio, a associação atua de forma totalmente vinculada ao banco, no que tange ao serviço financeiro. Não há uma atividade autônoma de intermediação financeira, por parte da associação, cujo papel equivale efetivamente ao de um captador, não de recursos, mas de clientes para o serviço de crédito do banco. Sendo assim, a associação não incrementa o risco da atividade financeira, que é inteiramente gerenciada pelo banco, segundo a sua política de crédito, por sua vez sujeita ao controle e fiscalização do Banco Central.

Pode-se concluir que nesses casos não ocorre uma intermediação, no sentido do artigo 1º da Lei 7492/86, e que, portanto, a atividade da associação conveniada não realiza sequer formalmente o tipo de operação irregular de instituição financeira. Mas ainda que tal se admita, faltaria a ofensividade própria desse tipo de delito e, portanto, a tipicidade em sentido material. Ocorre que, embora o tipo de crime em análise seja de perigo abstrato, sua configuração não dispensa ao menos a idoneidade do fato para abalar a segurança na disponibilidade do bem jurídico. Quando a conduta, ainda que formalmente típica, representa um modelo de comportamento plenamente compatível com o bem jurídico tutelado pela

incriminação, a insegurança que caracteriza materialmente os crimes de perigo abstrato não encontra amparo na conduta, e, conseqüentemente, faltarão nela as razões que a norma incriminadora pressupõe para a punição que prevê.

Ora, nos casos em que a viabilidade e o volume das operações realizadas é objeto de exclusiva decisão da instituição financeira regular conveniada, sujeita à regulamentação e à fiscalização do Banco Central, e uma vez que esta instituição dispõe de todas as informações sobre cada operação de crédito, incluindo a associação recebedora e o associado destinatário, nenhum elemento dessa atividade financeira está subtraído do controle do Banco Central. Esse modelo de operação não ameaça o controle do Banco Central sobre o sistema financeiro e, portanto, ainda que a intermediação no caso em análise demandasse autorização, a falta dela não comprometeria a segurança na higidez do sistema financeiro.

4.4. OPERAÇÃO COM RECURSOS PRÓPRIOS

Por fim, quando os serviços de auxílio financeiro são prestados exclusivamente pela associação, com recursos próprios, não configuram atividade típica de instituição financeira pela simples razão de não envolver recursos de terceiros. Nesses casos, o risco do inadimplemento – diminuto, em se tratando de empréstimo consignado em folha de pagamento do servidor – não ameaça senão o patrimônio da própria associação.

O controle da oferta de crédito, se exercida como atividade comercial, de forma ampla, habitual e com finalidade de lucro, só interessa ao Banco Central, como agente regulador, em função da concorrência e da proteção aos tomadores de crédito, usuários do serviço. Essas repercussões da atividade, contudo, não ensejam o controle penal, mas meramente administrativo. Por isso o conceito de instituição financeira, para fins do controle administrativo, é mais amplo que aquele vinculante para a repressão penal.

Seja como for, enquanto os empréstimos forem prestados com taxas de juros não superiores a 1% ao mês ou à taxa Selic (o que for maior), não se poderá falar em lucratividade da operação, mas em mera remuneração legal, de natureza indenizatória, pela disponibilização do capital. Nesses casos, o serviço não configura atividade comercial de natureza financeira, mas livre disposição patrimonial, na forma de contratos típicos de mútuo (arts. 586 et seq. do CC). Já quando os juros praticados forem superiores a esse patamar, a entidade estará sujeita à sanção administrativa, pela prática não autorizada de atividade econômico-financeira, nos termos do art. 3, II, da Lei 13506/17, enquanto os seus dirigentes e demais responsáveis pela operação dos empréstimos vedados poderão responder pelo crime de usura, nos termos do artigo 4, "a", da Lei 1521/51.

5. CONCLUSÃO

A atividade econômica de intermediação financeira, de caráter restrito e regulado, pressupõe disponibilidade sobre os recursos captados de terceiros e oferecidos ao mercado. É na gestão do capital investido por terceiros que reside o risco da atividade para eles. A fim de manter esse risco em níveis toleráveis, a lei e os órgãos reguladores do sistema estabelecem rígidos padrões de governança para as instituições financeiras, dispondo sobre a sua forma, administração, *accountability* e especialmente sobre os seus limites de endividamento e concessão de crédito.

Quando uma associação de servidores públicos capta recursos no mercado financeiro para disponibilizar crédito aos seus associados, percebendo juros em nome próprio, ela opera como instituição financeira, desde que disponha dos valores intermediados, com responsabilidade pela remuneração das suas fontes. Nessas condições, a associação atua como elo autônomo na cadeia financeira, idôneo a incrementar o risco para os recursos de terceiros, por meio das suas próprias aplicações.

Ocorre que uma tal entidade, embora possa receber pagamentos diretamente descontados em folha dos seus associados, não preenche os requisitos para atuar como instituição financeira, em primeiro lugar por não ser sociedade empresária anônima (SAs). Consequentemente, o exercício de atividade econômico-financeira por associação de servidores seria ilegal e típico do crime do art. 16 da Lei 7492/86, caso seus dirigentes atuassem com dolo, conscientes do caráter restrito e desautorizado da atividade desempenhada, conforme se demonstrou.

Já quando a associação atua conveniada com uma instituição financeira regular, que detém a administração plena da atividade creditícia e estabelece as condições e os limites dos auxílios financeiros aos associados, segundo a sua própria política de risco, a intermediação da associação será meramente operacional, não configuradora de atividade financeira própria. Se a associação apenas atua como interveniente nas operações, encarregando-se de repassar o crédito ao associado e os pagamentos dele descontados, ao banco conveniado, ela é mera interveniente numa atividade econômica integralmente exercida por este banco. Não há então desempenho de atividade ilegal pela associação, que apenas avaliza os seus associados, tomadores de crédito junto ao banco, e não incrementa, mas antes diminui, o risco dessas operações para o sistema financeiro.

Por fim, se a associação concede crédito com recursos próprios, tal atividade escapa aos limites do tipo do artigo 16 da Lei 7492, porque não afeta o patrimônio de terceiros. Em todo caso, se praticada de forma habitual e lucrativa, mediante percepção de juros superiores à taxa Selic ou a 1% ao mês (o que for maior), configurará ilícito exercício de atividade própria de instituição financeira, segundo o conceito mais amplo vigente para a tutela administrativa do setor, além de crime de usura, punível nos termos do art. artigo 4, "a", da Lei 1521/51.

6. REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, C.R. & BREDA, J. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito penal: Parte geral*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- COELHO ARAÚJO, M.P. "Crimes contra o sistema financeiro nacional. In: *Direito penal econômico: leis penais especiais*", in: SOUZA, L.A. & COELHO ARAÚJO, M.P. (Coord.), vol. 1, Thomson Reuters, São Paulo, 2019.
- DA COSTA JÚNIOR, P.J; QUEIJO, M.E. & MACHADO, C.M. *Crimes do colarinho branco: aspecto de direito constitucional e financeiro: anotações à Lei 9.613/98, que incrimina a lavagem de dinheiro*, Saraiva, São Paulo, 2000.
- DA SILVA, P.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006.
- EIZIRIK, N; et. al. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*, 3ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2011.
- EIZIRIK, N. "Administração de Cartão de Crédito constitui atividade privativa de instituição financeira?", *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, ano XXXI, out./dez., n. 88, pp. 25-33, Malheiros, São Paulo, 1992.
- HORTA, F. *Do concurso aparente de normas penais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- HORTA, F. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.
- JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoria de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal: Parte general*, 5ª ed., Granada, Comares Editorial, 2002.
- LEITE, A. *Dúvida e erro de proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, Atlas, São Paulo, 2013.

- MARQUES, J.F. *Pareceres*, AASP, São Paulo, 1993.
- MORAES OLIVEIRA, L.H.M. "As instituições financeiras no direito pátrio: definição e caracterização da atividade própria ou exclusiva", *Revista de informação legislativa*, vol. 36, nº 142, pp. 75-84, abr./jun. 1999.
- PIMENTEL, M.P. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentário à lei 7.492, de 16.6.86*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.
- ROQUE, P.R. *Governança Corporativa de Bancos e a Crise Financeira Mundial: Análise Comparativa de Fontes do Cenário Brasileiro*, Almedina, São Paulo, 2017.
- ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General. Especiales formas de aparición del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, t. II, 2014.
- SALOMÃO NETO, E. *Direito Bancário*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2014.
- SCHMIDT, A.Z. "A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito", in: VILARDI, C.S; PEREIRA, F.R.B. & DIAS NETO, T. (coord.), *Crimes financeiros e correlatos*, Saraiva (Edição do Kindle), São Paulo, 2011.
- SILVA, G. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013.
- TIEDEMANN, K. *Manual de derecho penal económico: Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- TAVARES, J. *Bien jurídico y función en derecho penal*, tradução: CUÑARRO, M., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- TÓRTIMA, J.C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei nº 7.492/86*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- ZAFFARONI, E.R. & BATISTA, N. *Direito penal brasileiro*, vol. 2, tomo II, Revan, Rio de Janeiro, 2017.

DEFESA TÉCNICA: DA DEFESA DEFICIENTE OU DE “QUANDO O DIREITO SAIU DE FÉRIAS”

Technical defense: deficient defense or “when the law went on vacation”

Geraldo Prado¹

Universidade Autónoma de Lisboa (Ratio Legis)

Sumário: 1. Introdução; 2. A defesa criminal: explicação à luz do caso paradigmático; 3. A ficção jurídica da “defesa deficiente”: sua história (nem tão) recente no processo penal brasileiro; 4. Da Defesa Penal; 5. Conclusão; Referências.

Resumo: No momento mais violento da ditadura militar brasileira, no período que se seguiu à edição pelo Presidente da República, marechal do Exército Artur da Costa e Silva, um dos responsáveis pelo golpe de estado de 1964 no Brasil, de Ato Institucional (AI-5) suspendendo a aplicação da Constituição e das garantias do processo, o Supremo Tribunal Federal (STF), corte constitucional brasileira, fixou entendimento jurisprudencial (precedente), por meio do qual validava processos criminais nos quais era expressamente reconhecido que o exercício do direito de defesa por profissionais – advogados e defensores públicos – havia sido deficiente. O posicionamento do STF foi editado em 03 de dezembro de 1969 (Súmula 523), quando por força do AI-5, editado em 13 de dezembro de 1968, o regime ditatorial se expandia, tendo levado à cassação de três ministros do STF em janeiro de 1969. O artigo situa as iniciativas – edição do AI-5 e da Súmula – no que se convencionou denominar “legalidade autoritária”, em virtude da qual a perseguição aos adversários da ditadura também era realizada nos tribunais criminais com o emprego de processos criminais sem chance de defesa real dos acusados. Desde então, e apesar da retomada da democracia, com a Constituição de 05 de outubro de 1988, a Súmula é aplicada, ignorando-se que a Constituição de 88 exige a “ampla defesa” dos acusados como garantia de validade das condenações criminais. A tese do estudo é de que este posicionamento do STF deve ser revisto porque é incompatível com a Constituição democrática.

Palavras-chave: Direito de defesa; Regime político de exceção; Ditadura; Constituição democrática; Supremo Tribunal Federal; Garantias do processo criminal.

Abstract: In the most violent moment of the Brazilian military dictatorship, in the period that followed the edition by the President of the Republic – Marshal of the Army Artur da Costa e Silva, one of those responsible for the 1964 coup d’état in Brazil – of the Institutional Act (AI-5) suspending the application of the Constitution and the procedural guarantees, the Supreme Federal Court (STF, the Brazilian constitutional court) established a jurisprudential understanding (precedent), through which it validated criminal proceedings in which it was expressly recognized that the exercise of the right of defense by professionals – lawyers and public defenders – had been deficient. The position of the STF was edited on December 3, 1969 (Summary 523), when, pursuant to AI-5, issued on December 13, 1968, the dictatorial regime expanded, having led to the impeachment of three STF ministers

¹ Doutor em Direito. Concluiu estudos de Pós-doutoramento em História das Ideias e Cultura Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Investigador do Ratio Legis - Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, da Universidade Autónoma de Lisboa, e Professor visitante da Universidade Autónoma de Lisboa. Consultor Sênior Associado do JusticiaLatinoAmerica – JusLat.

in January 1969. The article situates the initiatives – edition of AI-5 and of the summary – in what is conventionally called “authoritarian legality”, by virtue of which the persecution of opponents of the dictatorship was carried out in the criminal courts with the use of criminal processes without chance real defense of the accused. Since then, and despite the resumption of democracy, with the Constitution of October 5, 1988, the Summary 523 has been applied, ignoring the fact that the Constitution of 1988 requires the “broad defense” of the accused as a guarantee of the validity of criminal convictions. The thesis of the study is that this position of the STF should be reviewed because it is incompatible with the democratic Constitution.

Keywords: Right of defense; Exception political regime; Dictatorship; Democratic constitution; Brazilian Supreme Federal Court; Criminal procedure guarantees.

1. INTRODUÇÃO

No momento mais violento da ditadura militar brasileira, no período que se seguiu à edição pelo Presidente da República, marechal do Exército Artur da Costa e Silva, de Ato Institucional nº 5 (AI-5) suspendendo a aplicação da Constituição e das garantias do processo, o Supremo Tribunal Federal (STF), corte constitucional brasileira, fixou entendimento jurisprudencial, por meio do qual validava processos criminais nos quais era expressamente reconhecido que o exercício do direito de defesa por profissionais – advogados e defensores públicos – havia sido deficiente.

Artur da Costa e Silva havia sido um dos responsáveis pelo golpe de estado de 1964 no Brasil.

O posicionamento do STF foi editado em 03 de dezembro de 1969 (Súmula 523), quando por força do AI-5, editado em 13 de dezembro de 1968, o regime ditatorial se expandiu, tendo levado à cassação de três ministros do STF em janeiro de 1969.

O artigo busca apontar as circunstâncias políticas que definiram o contexto das iniciativas – edição do AI-5 e da Súmula – e sua relação com a edição da Súmula 523 do STF, que esvaziou o peso jurídico do direito de defesa, demonstrando uma das peculiaridades da ditadura brasileira: o apelo institucional e público à denominada “legalidade autoritária”.

A “legalidade autoritária” propiciou a perseguição aos adversários políticos da ditadura no âmbito dos tribunais criminais com o emprego de processos jurídicos sem chance real de defesa dos acusados.

Na verdade, a tese que se buscará sustentar assenta no reconhecimento de que a história do processo penal brasileiro está, desde o início da nossa “vida jurídica” autônoma em relação à antiga Metrópole portuguesa, em 1822, caracterizada pelo emprego sistemático do processo penal para controlar, via punição criminal, os diversos grupos sociais vulnerabilizados (africanos escravizados, população indígena, e seus descendentes, e europeus imigrantes das regiões pobres do sul da Europa).

A “legalidade autoritária”, como categoria analítica empregada para avaliar o período da ditadura militar mais acentuadamente violento e arbitrário, pós 1968, nutre-se dessa histórica matriz autoritária, que ignorava até mesmo as regras jurídicas vigentes para validar práticas dos tribunais criminais que, com imensa assiduidade, atendiam às necessidades das elites governantes.

O processo criminal converteu-se em “arma de guerra aos dissidentes” que com frequência provinham de nossas classes médias.

Historicamente, um “processo penal conforme as garantias” a rigor ficava reservado aos casos criminais que envolviam acusados oriundos das classes médias e altas, clientela excepcional do sistema de justiça criminal brasileiro, público que se beneficiava de interpretações jurídicas adequadas ao Código de Processo Penal e às Constituições do período (1824, 1891, 1934, 1937 e 1946), enquanto à maioria dos casos criminais predominavam as interpretações restritivas de direitos e garantias.

O que muda a partir da edição do AI-5, retomando e aprofundando as práticas de perseguição a adversários políticos via sistema de justiça criminal da época da ditadura do Estado Novo (1937-1945), é o emprego de estratégias jurídicas de inibição do direito de defesa e da garantia do contraditório também em relação a um público-alvo do processo criminal que historicamente via-se protegido nas esferas judiciárias.

Importante sublinhar que, ao suspender de fato as garantias constitucionais do processo penal, o AI-5 viabilizou o emprego sistemático da tortura como método de investigação das condutas criminosas ditas “subversivas”, supostamente dissidentes dos governos autoritários pós-64, haja vista, por um lado, a dificuldade de as defesas provarem que os acusados e acusadas haviam sido torturados e, por outro, a “cegueira deliberada” de juízes profissionais e militares diante das provas de uso da tortura.

O presente artigo foi inspirado em consulta jurídica relativamente a caso criminal atual no qual a “defesa criminal deficiente” é evidente e, sem embargo disso, os acusados foram condenados.

A pesquisa desenvolvida para o parecer jurídico constatou a irrelevância jurídico-penal dos poucos casos que levaram à época à edição do verbete 523 das Súmulas do STF,² sugerindo, após cassações e aposentadorias de Ministros do STF que, para empregarmos expressão atual, poderiam ser considerados “garantistas”, que a composição do STF resultante dos expurgos promovidos pelos militares no tribunal, em 1969, buscou na maioria das vezes acomodar-se ao espírito persecutório dos golpistas no poder.

Delimitar, portanto, o contexto jurídico-político da emissão desse controverso posicionamento do STF, parece essencial para confrontar sua aplicação em registro político diametralmente oposto: o de nossa democracia constitucional.

Agradeço ao pesquisador Caio Badaró Massena e às pesquisadoras Rayssa Pereira e Maria Isabel Paiva a imprescindível contribuição no levantamento das fontes documentais, particularmente do período de 1964-1974, que não se restringiram aos elementos essencialmente políticos e afetaram ainda decisões e opiniões jurídicas.

A Súmula 523 do STF foi editada quando o direito estava de férias forçadas no Brasil. A Constituição democrática de 1988, no entanto, restabeleceu o seu império. É chegada a hora de um “despertar” mais corajoso, condizente com o espírito de tempos menos anuviados.

Dedico o artigo à memória dos Ministros Hermes de Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva e a todas as vítimas dos processos criminais abusivos ao longo de nossa história.

2. A DEFESA CRIMINAL: EXPLICAÇÃO À LUZ DO CASO PARADIGMÁTICO

O escopo do presente estudo consiste na análise do direito de defesa em processo criminal a cargo de profissional do direito.

O estudo se debruçará sobre o conceito do “direito de defesa” no âmbito do processo criminal e sua estrutura jurídica.

No caso concreto que o inspirou há uma ilegalidade óbvia, que salta aos olhos e desde logo releva mencionar. A partir da alteração do artigo 366 do Código de

²Habeas Corpus nº 42.274/DF. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Rel.: Min. Victor Nunes. Julgamento em: 10 de junho de 1965; Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 43.501/SP. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel.: Min. Oswaldo Trigueiro. Julgamento em: 22 de agosto de 1966; Habeas Corpus nº 45.015/SP. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel.: Min. Adaucto Cardoso. Julgamento em: 20 de fevereiro de 1968; Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 45.336/GB. Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel.: Min. Hermes Lima. Julgamento em: 29 de março de 1968. In: STF. *Jurisprudências*, disponíveis em: <https://portal.stf.jus.br>, acesso em: 01 mai. 2023.

Processo Penal brasileiro (CPP), mudança introduzida pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, o acusado citado por edital, que não comparece e não constitui advogado, tem direito à suspensão do processo³.

Trata-se da incorporação ao direito ordinário nacional da regra prevista no artigo 8º, nº 2, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), que assegura ao acusado o direito à comunicação *prévia e pormenorizada* da acusação formulada⁴.

O direito processual penal brasileiro ressalva a possibilidade de produção antecipada de provas, atividade de natureza cautelar orientada à aquisição judicial e preservação de meios de prova que correm o risco de desaparecer devido à passagem do tempo.

Neste caso, a garantia constitucional do contraditório impõe ao juiz criminal que dirige o processo verificar: *a*) o caráter urgente e necessário dessa excepcional atividade probatória, fundamentando a exceção ao direito do acusado de ver a prova produzida em audiência regular de instrução; *b*) que seja constituído defensor para o acusado, defensor que atuará estritamente *na* produção cautelar da prova, retomando-se a suspensão do processo na sequência. Este defensor não está autorizado por lei a praticar outros atos *no* curso do processo, salvo em defesa imediata da liberdade do acusado ou, fora do processo principal, visando impetrar *habeas corpus*; *c*) em nenhuma hipótese o exercício *precário* da defesa na produção antecipada de provas poderá comprometer os direitos processuais do próprio acusado e/ou do defensor que este venha a constituir. Daí que não cabe falar em *preclusão* do direito de requerer provas na hipótese em que o defensor dativo não está juridicamente autorizado a requerer a produção de provas.

No caso concreto, a distorção no emprego da regra disciplinada no artigo 366 do CPP é incontestável. Defensora constituída *com exclusividade* para participar de uma, afinal, inexistente “produção antecipada de provas” praticou atos incompatíveis com esse *múnus*. E o fez oferecendo, indevidamente, resposta preliminar que o juiz criminal deveria ter mandado desentranhar de plano.

Ao contrário, o magistrado não apenas incorporou a resposta ao processo como, porque não houve requerimento de produção de prova oral, declarou uma inusitada e ilegal *preclusão* relativamente ao direito de provar, que integra o direito de defesa.

É conveniente que seja salientado à luz das particularidades do caso concreto que a prova oral cabível bem poderia ser a testemunhal como a pericial, mas a decisão judicial *enterrou* esta possibilidade defensiva.

À evidente violação do direito de defesa de dois acusados que não haviam sido citados pessoalmente e não haviam constituído defensor, veio a se somar o esvaziamento desse mesmo direito com o prosseguimento do processo, agora já com defensor constituído que meramente aderiu à atividade defensiva ilegal produzida por sua antecessora.

³Art. 366, CPP. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996)”. In: BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9271.htm, acesso em: 01 mai. 2023.

⁴Artigo 8, CADH. Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”. In: CADH. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, acesso em: 01 mai. 2023.

Essa simples “adesão ao vazio” manteve os acusados na situação de indefesos, uma vez que os defensores que se seguiram à dativa se *conformaram* com a preclusão ilegalmente declarada.

Essa “adesão” não é válida do ponto de vista jurídico como *endosso* ou *ratificação* da atividade defensiva prévia porque em si mesma não *defende* os acusados, isto é, não opõe resistência à pretensão acusatória.

O complemento à violação ao direito do acusado (dos acusados) a ser assistido por defensor profissional que *atue efetivamente, empregando seus conhecimentos técnico-jurídicos*, veio pela realização de interrogatório dos coacusados, em audiência híbrida para a qual o defensor corretamente fornecera e-mail para dela participar, mas indevidamente não recebeu o link respectivo.

O erro cartorário no envio do link, erro incontroverso e reconhecido pelo juiz, não é atenuado pelo fato de se tratar de audiência híbrida. Aberta a possibilidade de participação à distância e fornecida pelo defensor a informação necessária, o ato simplesmente não poderia ter sido praticado sem que se verificasse se houve ou não falha cartorária.

Os dois acusados permaneceram indefesos diante da inquirição decisiva de corréus, sem oportunidade para a contradição.

Não *parece* que *não houve* prejuízo aos acusados, que foi o argumento judicial para não declarar a nulidade. É *certo* que eles foram *efetivamente* prejudicados. Versões desfavoráveis a ambos desfilaram no processo sem questionamento defensivo porque não havia defensor e, é fato, o culto magistrado nomeou um “advogado plantonista”, em um contexto que, ainda que involuntário, remete à ineficaz nomeação da primeira defensora dativa.

O abismo entre o efetivo exercício do direito de defesa, por meio do direito à prova, e o que sucedeu no processo é imenso. A evolução legal empreendida desde 1996, passando pelas reformas processuais penais de 2008 e 2019, visando aprimorar o devido processo legal e garantir o direito de defesa, esbarrou no caso concreto na repetição do que era usual até 1996: defesas penais despidas de provas e fundadas em meras alegações genéricas, aptas a produzir números nas estatísticas oficiais e injustiça no mundo concreto da vida dos acusados, que foram condenados sem terem sido efetivamente defendidos.

O sentido jurídico-penal dessas ilegalidades que litigam contra o direito de defesa é o objeto do nosso estudo.

3. A FICÇÃO JURÍDICA DA “DEFESA DEFICIENTE”: SUA HISTÓRIA (NEM TÃO) RECENTE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Gostaria de iniciar por um caminho epistemológico que resgata as circunstâncias históricas que, mesmo com apelo a mitos e fatos remotos, definem a sociedade em que vivemos de acordo com o respeito que essa mesma sociedade confere ao direito das pessoas de resistirem de forma legítima à acusação criminal.

No Brasil o mito primordial do direito de defesa em âmbito criminal está sumulado:

“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”⁵.

Em 03 de dezembro de 1969, o Supremo Tribunal Federal (STF) decretou que a defesa penal poderia não ser tão ampla a ponto de se considerar “eficiente” e que,

⁵STF. *Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, data de aprovação: 03 dez. 1969*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>, acesso em: 13 mar. 2023.

ao revés, mesmo a “defesa deficiente” validaria os atos processuais, pois que não seria causa ou fundamento de nulidade.

Quando a Defensoria Pública do Ceará completou 25 anos fui honrado com o privilégio de me dirigir às Defensoras e Defensores daquele Estado e pude então recordar a figura emblemática de Luiz Gama e os dilemas da luta por liberdade em um foro criminal amplamente hostil às pessoas escravizadas⁶.

Naquela ocasião relembrei a célebre “sentença” de Palas Atena em “Orestes” e o parecer decisivo, *pro libertate*, de Machado de Assis, o “Bruxo do Cosme Velho”, na esfera da Diretoria de Agricultura do Império, para acentuar que as batalhas judiciais travadas em processos criminais por Luiz Gama e outros tantos abolicionistas, com a inspiração na ideia-força ocidental da legitimidade do direito de defesa, antecederam em muitas décadas a discussão sobre a efetividade do direito de defesa em matéria criminal nos Estados Unidos da América, imbuídas do espírito de que a resistência aos excessos punitivos sempre teve – e sempre terá – coloração política⁷.

Um parecer jurídico sobre o efetivo direito de defesa criminal nunca é apenas um estudo sobre o direito de defesa em um caso concreto. A “medida” dessa defesa é tomada por uma *régua* que é a um tempo jurídico-constitucional e expressão do respeito das instituições às pessoas.

É a dimensão política do exercício do direito de defesa em matéria criminal que levou nosso mais ilustre jurista⁸ a proclamar que a liberdade ambulatorial não pertence com exclusividade ao sujeito que a tem ameaçada ou suprimida, mas constitui patrimônio de toda a comunidade política.

Entre as décadas de 60 e 70 do século XIX, quando Luiz Gama e Machado de Assis defenderam vivamente a liberdade em face do poder punitivo dos senhores de escravos e da justiça criminal, e o fim dos anos 60 do século XX, quando o tribunal responsável por zelar pela Constituição formalmente renegou o direito de defesa, muito água passou por baixo da ponte.

É chegada a hora de um “freio de arrumação”, de colocar as coisas em seus devidos lugares, para que a Constituição de 1988 prevaleça sobre interpretações a respeito do direito de defesa na esfera criminal que não são condizentes com seu texto expresso e com o espírito democrático das e dos Constituintes de 1987-1988.

Como frisam, afinal, Celso Ribeiro Bastos e Samanta Meyer-Pflug, no estudo da “atividade interpretativa como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”, o sistema constitucional deve estar dotado de recursos para acompanhar a dinâmica social de sorte a evitar interpretação/aplicação das normas constitucionais afastada e defasada “da realidade fática”^{9 10}.

⁶PRADO, G. “Palestra democracia e efetivação dos direitos: 25 anos da Defensoria Pública do Ceará”, in: *Estudos de direito criminal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2023, pp. 01-18.

⁶PRADO, G. Palestra democracia e efetivação dos direitos: (...), *Ob. Cit.*, p. 08.

⁷PRADO, G. Palestra democracia e efetivação dos direitos: 25 anos da Defensoria Pública do Ceará. In: *Estudos de direito criminal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2023, p. 8.

⁸ BARBOSA, R. “A liberdade individual”, in: LINS, Á. & BUARQUE DE HOLLANDA, A (org.), *Roteiro literário de Portugal e do Brasil: antologia da língua portuguesa*, vol. II, 2ª ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1966, p. 201.

⁹BASTOS, C.R. & MEYER-PFLUG, S. “A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”, in: SILVA, V.A. (org.), *Interpretação Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2007, p. 145.

¹⁰Ari Marcelo Solon destaca, com razão, que “[o] problema da hermenêutica não pode ser reduzido ao pseudoproblema da ‘aplicação de normas jurídicas a casos concretos’”. Assinala o professor da USP que o “problema hermenêutico é o problema da própria existência do direito”. Dificilmente será possível encontrar um caso em matéria de direito processual penal a que este axioma se aplique melhor do que a afirmação/negação em tese do direito de defesa pela via da definição da “*moldura da moldura*” deste direito. Sem a *moldura* firme e garantista, as tintas do direito de defesa escorrem para fora do *quadro*. In: SOLON, A. M. *Hermenêutica jurídica radical*, Marcial Pons, São Paulo, 2007, pp. 109-110.

Contextualizar os episódios marcantes do direito de defesa é um dever do estudioso da matéria e o ponto de partida para consolidar a necessária releitura do exercício do direito de defesa como condição de validade jurídica do processo criminal.

Era 1969, ano em que foi editado o verbete n.º 523 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF). Vejamos o antes e o depois.

“Foi um momento tenso quando o Marechal Costa e Silva recebeu a faixa presidencial em 15 de março de 1967. Castelo Branco e seus aliados lutaram obstinadamente contra a candidatura do ex-ministro da Guerra. Perdida a batalha, fizeram aprovar um punhado de novas leis e até uma nova Constituição, ostensivamente para consolidar a Revolução, mas também para enquadrar o governo que se iniciava”¹¹.

O golpe de estado de 1964 teve inúmeras facetas. Uma das mais notáveis, sem dúvida, caracterizou-se por essa permanente tensão entre o propósito de sua institucionalização, para lhe conferir “forma jurídica” e apelar à criativa noção de “normalidade”, e o desejo incontido de arbítrio que era dirigido também contra as “novas formas institucionais”.

Não é por outra razão que a tristemente famosa reunião dos 23 membros do Conselho de Segurança Nacional (CSN), em 13 de dezembro de 1968, realizada por iniciativa de Costa e Silva para publicizar a unidade de seu governo em torno do Ato Institucional que pretendia editar – e que veio a ser o AI-5 – colheu declarações de vários de seus ministros censurando o hipotético açoitamento do ex-presidente Castelo Branco em seu objetivo de institucionalizar o regime autoritário iniciado quatro anos antes¹². O Chefe do Serviço Nacional de Informação (SNI), membro do CSN, era o general Emílio Garrastazu Médici¹³, que viria a comandar o III Exército e a presidir o Brasil a partir de 1970^{14 15}.

Alguns alvos evidentes do AI-5 identificam-se na sequência de acontecimentos que imediatamente lhe antecederam, entre 10 e 11 de dezembro de 1968: a rejeição pela Câmara dos Deputados da licença para processar os parlamentares Márcio Moreira Alves e Hermano Alves recolocou o Congresso na “alça de mira” da linha-dura e a decisão do STF de libertar 81 estudantes que haviam sido presos durante os protestos realizados em julho daquele ano contribuiu para a eleição de parte do Judiciário como *vilão* a ser enfrentado¹⁶.

É certo que mesmo com maioria de seus integrantes escolhida pelos governos ditatoriais, o STF vinha proferindo decisões em matéria criminal que as cúpulas militares consideravam “contrarrevolucionárias”.

¹¹SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985*, 2ª ed, Trad. de M. S. Silva, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1988, p. 137.

¹²SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985 (...)*, *Ob. Cit.*, p. 165.

¹³BRASIL. “Os presidentes e a República: Deodoro da Fonseca a Dilma Rousseff”, *in: Arquivo Nacional*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 2012, disponível em: <https://dibrarq.arquivonacional.gov.br/downloads/joao-goulart.pdf>, acesso em: 17 mar. 2023, pp. 149-151.

¹⁴SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985 (...)*, *Ob. Cit.*, p. 139.

¹⁵Felipe Recondo atribui a Médici a seguinte fala reativa à opinião do deputado Daniel Krieger de que seria um erro a reação do governo aos discursos do deputado oposicionista Márcio Moreira Alves: “Não importa [se ficará mal com a opinião pública], porque ficará muito bem na opinião do Exército”. *In: RECONDO, F. Tanques e togas: o STF e a ditadura militar*, Companhia das Letras, São Paulo, 2018, pp. 126-127.

¹⁶SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985 (...)*, *Ob. Cit.*, p. 165.

Américo Bedê Junior recorda que no ano de 1968 o STF julgou 66 *habeas corpus* em processos por crimes contra a segurança nacional e concedeu 48 ordens que correspondem a 72,7% do total desses casos¹⁷.

Gilmar Mendes, por sua vez, destaca que “[o]s atos institucionais foram o meio encontrado de quebrar as garantias, seguranças institucionais e a própria ordem constitucional para viabilizar o regime de exceção”¹⁸.

Compreender o verbete da Súmula do STF que esvazia o direito de defesa implica perceber os efeitos do AI-5¹⁹ e atos suplementares no campo jurídico. Saliênta o *brasilianista* Thomas Skidmore que “em janeiro de 1969 três ministros do Supremo Tribunal Federal foram forçados a se aposentar: Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. O presidente do Tribunal, Ministro Gonçalves de Oliveira, renunciou em sinal de protesto”^{20 21}.

O processo e julgamento dos crimes contra a segurança nacional ou contra as Forças Armadas foram transferidos para a competência do Supremo Tribunal Militar (STM) e “dos tribunais militares de categorias inferiores”²².

Nem mesmo o general Pery Bevilacqua, ministro do STM, escapou da perseguição da linha-dura da ditadura, agora revitalizada pelo AI-5: o ministro foi aposentado compulsoriamente em 1969 porque fora considerado “complacente demais com os réus”²³.

O professor *brasilianista* da Universidade de Wisconsin nota, não sem ironia, o que significava essa constante oscilação entre os golpistas instalados no poder, sempre em busca de lastrar seus atos em leis formais, Constituições (foram duas – 1967-1969) e Atos Institucionais, e sua incontrolável propensão ao arbítrio e aos abusos. Com efeito, sustenta Skidmore:

Por que essa mania por mais uma Constituição? É que nela refletia-se o desejo contínuo dos revolucionários, até dos militares da linha dura, de estarem munidos de uma justificativa legal para a afirmação da autoridade arbitrária. Agora, contudo, havia gritante contradição entre o compromisso com o constitucionalismo e a vontade de

¹⁷BEDÊ JÚNIOR, A. Constitucionalismo sob a Ditadura Militar de 64 a 85, *Revista de informação legislativa*, vol. 50, n. 197, p. 168, jan./mar. 2013.

¹⁸ MENDES, G.F. *O Supremo e o AI-5, quarenta anos depois*. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/O_Supremo_e_o_AI_2.pdf. Consultado em: 15 de março de 2023.

¹⁹BRASIL. Ato Institucional nº 5. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Consultado em: 16 de março de 2023.

²⁰SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985*, (...), *Ob. Cit.*, p. 167.

²¹A cronologia dos acontecimentos em tempos de fúria tende a ser uma sequência acelerada do dramático ao trágico que, vista retrospectivamente, remete às ficções da história. A posse de Gonçalves de Oliveira no cargo de presidente do STF ocorreu quase simultaneamente à votação na Câmara dos Deputados do pedido de licença para processar Márcio Moreira Alves, com a notícia da rejeição da licença por força da obstinada liderança oposicionista do deputado Mario Covas (MDB), mas com respaldo de deputados da situação (ARENA) chegando em plena cerimônia. No STF, na posse, em nome da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), falou outro gigante da advocacia nacional, o mineiro formado pela Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ) Heráclito Fontoura Sobral Pinto. Em seu discurso na presença dos ministros militares do governo e do Ministro da Justiça Gama e Silva, que viria a ser o principal redator do AI-5, o jurista mineiro regozijou-se com a decisão dos congressistas, equiparando-as às corajosas decisões de defesa da liberdade que tinham por palco o STF. Outorgado o Ato Institucional, o ministro do STF Adaucto Lúcio Cardoso caiu doente. *In: RECONDO, F. Tanques e togas: o STF e a ditadura militar (...) Ob. Cit.*, pp. 142-143 e 145.

²²SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985*, 2ª ed, Trad. de M. S. Silva, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1988, p. 167.

²³SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985*, 2ª ed, Trad. de M. S. Silva, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1988, p. 167.

mandar, porquanto a mais importante autojustificação do governo, o AI-5, não tinha prazo para expirar^{24 25}.

De fato, as vozes menos exaltadas na reunião do CSN de dezembro de 68, cuja gravação é um documento histórico brasileiro fundamental e deve ser ouvida por todos os agentes públicos compromissados com a democracia²⁶, buscavam sustentar as medidas de exceção em um arcabouço jurídico e delimitar o seu prazo de vigência.

Essas vozes foram vencidas no propósito de conter a barbárie mais explícita, mas me arrisco a dizer que foi a postura menos abusiva do vice-presidente Pedro Aleixo que lhe custou não suceder Costa e Silva, depois do afastamento por doença do presidente, legando ao triunvirato militar o comando provisório do governo²⁷.

O respeitável jornalista político Carlos Castello Branco foi dos primeiros a ser preso por força do AI-5, quase ao mesmo tempo que Sobral Pinto, Hélio Fernandes, Joel Silveira, Carlos Heitor Cony, Ferreira Gullar, Antonio Calado, Mario Lago, Rafael de Almeida Magalhães e outros²⁸. Ainda em sua primeira crônica do ano de 1968, Castelinho alertara para a deformação representada por uma suposta superioridade moral dos militares em relação aos assuntos da esfera civil²⁹. Na última, advertira que, outorgado o AI-5, alguma timidez ou compromisso tenuemente democrático do primeiro governo do golpe ficara de lado com a nova munção. No plano jurídico-penal a curiosidade fica por conta do confisco de "bens adquiridos ilicitamente", reivindicação aplaudida na reunião do CSN pelo ministro coronel da reserva Jarbas Passarinho³⁰.

Menos *curiosas* e gozando da discutível prerrogativa da antiguidade, a ampliação da competência da justiça militar para julgar civis e a suspensão da garantia do *habeas corpus* produziram pelo menos dois fenômenos, um de natureza jurídica e outro da ordem da política.

O primeiro, basicamente, consistiu na *derrogação temporária* do importante precedente, capitaneado por Rui Barbosa por meio do *habeas corpus* n.º 406, no Caso do *Vapor Júpiter*, de 1893, que havia fixado a incompetência da justiça militar para julgar civis e levado à declaração de "inconstitucionalidade formal do Código da

²⁴SKIDMORE, T. Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985, (...), *Ob. Cit.*, p. 170.

²⁵Também Anthony W. Pereira destaca a preocupação dos governos militares com "a legalidade de seus regimes". Acrescenta o professor da Universidade de Sussex: "Apesar de todos eles terem chegado ao poder pela força, esses governantes despenderam grandes esforços para enquadrar seus atos num arcabouço legal, uma mistura do antigo e do novo. Em todos esses regimes houve, por um lado, uma esfera de terror estatal extrajudicial e, por outro, uma esfera de legalidade rotineira e bem estabelecida". In: PEREIRA, A.W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, Trad. de P. de Q. C. Zimbres, Paz e Terra, São Paulo, 2010, p. 53.

²⁶O áudio da referida reunião está disponível publicamente em: <https://www.youtube.com/watch?v=3sHMZq8kzGc>. Consultado em 9 de abril de 2023.

²⁷José Paulo Netto relata que, apesar da anarquia reinante nas cúpulas militares em virtude da doença de Costa e Silva, havia um ponto de coincidência entre as várias facções: tratava-se de impedir a posse do vice-presidente Pedro Aleixo, colocado sob vigilância e recolhido em seu apartamento no Rio de Janeiro. O mês de agosto é conhecido na cultura popular brasileira como "mês do desgosto" dada a quantidade de fatos políticos trágicos que registra. Em 31 de agosto de 1969, os ministros militares foram "apresentados à nação" como "responsáveis pelo governo até o restabelecimento de Costa e Silva", o que não viria a acontecer. A "Junta Militar" evocava a "Regência Trina Provisória" de 1831, em mais desses desencontros tão frequentes no Brasil entre a razão e o relato político oficial. In: NETTO, J.P. *Pequena história da ditadura militar brasileira (1964-1985)*, Cortez, São Paulo, 2014, pp. 138-139.

²⁸RECONDO, F. *Tanques e togas: o STF e a ditadura militar (...)*, *Ob. Cit.*, p. 146.

²⁹CASTELLO BRANCO, C. *Os militares no poder: de 1964 ao AI-5 - Os anos de chumbo na visão do maior jornalista político de seu tempo*, 2ª ed, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2007, p. 477.

³⁰CASTELLO BRANCO, C. *Os militares no poder: de 1964 ao AI-5 (...)* *Ob. Cit.*, p. 601-603.

Armada”³¹. As idas e vindas das Constituições republicanas sanfonavam essa transfigurada competência, mas limitações impostas pela de 1946 e pela legislação ordinária evaporaram à vista da pretensão de controle militar sobre o poder civil.

O outro fenômeno, do campo da política, era perceptível a olho nu. Se o STF escapara às cassações realizadas sob a égide do AI-2, seus juízes, assim como os demais magistrados e magistradas no Brasil, poderiam estar certos de que os militares não se furtariam a aplicar o AI-5, ignorando as funções do Poder Judiciário e as prerrogativas da independência e vitaliciedade.

Como mencionado, não é possível entender o verbete n.º 523 das Súmulas do STF sem compreender o que se passava no Brasil entre 1968 e 1969, tampouco aplicar a súmula ou seu “princípio de suficiência jurídica de qualquer defesa penal”, ainda que deficiente, ao processo penal dos nossos dias. Não é possível transplantar para a atualidade democrática a lógica autoritária que cerceava na raiz toda e qualquer tentativa de se resistir juridicamente à voracidade acusatória de um tempo em que “o Direito saiu de férias”, para parafrasear Wittgenstein.

O fenômeno que marcou essa época foi definido por Anthony Pereira como “legalidade autoritária” e é indiscutível que os processos criminais foram o principal instrumento de expressão dessa “legalidade autoritária”, para a qual parte dos esforços da repressão política convergiu.

A “repressão judicializada” por razões táticas da ditadura, conforme a mencionada tensão entre institucionalização do arbítrio e seu exercício à margem de quaisquer regras, comportava algum grau de “perda de controle sobre o desfecho [dos] julgamentos” e o reconhecimento pelo *establishment* da incapacidade “de reformular totalmente a lei de forma a adequá-la ao que viam como interesse da segurança nacional”³².

A *compensação* autoritária, que encontrava eco na forte tradição inquisitorial de nosso processo penal, tomava forma na interpretação caprichosa das provas, na inexigibilidade de estabilidade e precisão da imputação e nos fluídos parâmetros para o exercício do direito de defesa. Esta, na prática, quanto mais formal, mais adequada à realização dos fins repressivos³³.

Hoje há também dois consensos alargados, em matéria de processo penal: desde seus primórdios, o processo penal brasileiro orientou-se pela estrutura inquisitorial e direção punitiva; e o alvo central da repressão penal englobava africanos escravizados trazidos compulsoriamente para cá, seus descendentes, imigrantes pobres e integrantes de outros grupos sociais marginalizados e vulnerabilizados.

Como em 1937, com a ditadura do Estado Novo, a de 1964 integrara setores da classe média ao contingente daqueles aos quais na prática se negava a garantia do devido processo legal, desde que suspeitos de antagonizarem o regime militar.

O primeiro grande grupo de visados pelo processo penal – descendentes de africanos escravizados, imigrantes pobres e integrantes de outros grupos sociais marginalizados e vulnerabilizados – em geral não contava com estruturas organizadas para atuação na defesa criminal, motivo pelo qual o excepcional Luiz

³¹GUEDES, M.M. & BUONICORE, B.T. “Entre Fardas e Togas: o histórico da sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar brasileira”, *Revista de Estudos Criminais*, nº 86, pp. 171-172, Porto Alegre, jul./set., 2022.

³²PEREIRA, A. W. *Ditadura e Repressão: (...)*, Ob. Cit., pp. 38-39.

³³Anthony Pereira chama atenção para um elemento de identificação com as práticas repressivas, entre os juízes, no período de 1968-1975, que transborda para outros âmbitos ainda hoje e explica a leniência para com a aplicação escrupulosa do devido processo legal. Salaria o autor que a “defesa se confrontava com juízes que, em geral, acreditavam que o país estivesse enfrentando uma grave emergência política, que exigia uma resposta judicial de exceção.” Este viés judicial é identificável na atualidade em casos criminais relacionados a várias formas de criminalidade, como, p. e., a corrupção, e funciona por meio da tolerância à violação das regras processuais-constitucionais. In: PEREIRA, A.W. *Ditadura e Repressão: (...)*, Ob. Cit., p. 212.

Gama e seus companheiros ocupam lugar de destaque no panteão de nossa democracia.

Ainda assim, em termos sistêmicos, nesses casos a defesa penal não configurava um obstáculo *decisivo* à eficácia da persecução penal, em um processo no qual o exercício funcional da acusação e do julgamento frequentemente fundia-se em um único ator, o juiz de primeira instância.

Nos processos criminais contra integrantes das classes médias, no entanto, fulguravam as defesas penais e seus grandes defensores, vários deles com atuação reconhecida nacionalmente devido a defesas patrocinadas perante o tribunal do júri.

Também como no período da ditadura do Estado Novo, alguns dos advogados que atuavam na justiça criminal comum migraram para a defesa de presos e perseguidos políticos, levando consigo uma nova geração de advogados e advogadas que irão officiar nos tribunais militares com reivindicações técnico-jurídicas incompatíveis com as frágeis intervenções inerentes às defesas fictas.

O problema das defesas fictas nunca foi efetivamente enfrentado pelos nossos tribunais, resolvendo-se parcialmente por meio de reformas legislativas.

Compreende-se por este ângulo a vida extraordinariamente longa da regra anterior do artigo 366 do CPP, que admitia que o processo seguisse à revelia do acusado, ainda que este somente houvesse sido citado fictamente, por edital.

A legalidade autoritária implantada pela ditadura de 1964 ofereceu, então, uma expressiva contribuição à expansão das ilegalidades como *método* de repressão penal, dominando a interpretação das regras processuais penais com recurso à deficitária conceituação dos institutos penais da “ampla defesa” e do “contraditório”.

Na prática, escamoteavam-se as denúncias de torturas e abusos, não as apurando, tampouco estabelecendo nexos de causalidade normativa com outros atos de investigação e processo, como no caso das “confissões extrajudiciais”. E se validavam as condenações sem provas ou baseadas em provas obtidas por meios ilícitos, independentemente da extensão temática e profundidade probatória e argumentativa da atuação defensiva.

Não é de estranhar que uma ordem jurídica que aceitava de maneira acrítica a condenação de acusado revel, citado por edital, defendido por defensor não eleito por ele, sem exercício real de atividade defensiva, acolhesse nas circunstâncias políticas adversas de dezembro de 1969 uma tese como a do verbete n.º 523 das Súmulas do STF.

Fato que é, sem prejuízo das raras vozes doutrinárias insurgentes contra a condenação de acusados revéis, um sistema que na prática já validava condenações *sem defesa* não teve dificuldade em institucionalizar a validação jurídica de condenações em processos criminais com defesas *deficientes*.

Não é possível dissociar o verbete n.º 523 das Súmulas do STF da realidade inquisitorial de nosso processo penal, do processo contra o acusado revel, dos processos iniciados de ofício pelo juiz criminal, da prova e da prisão processual decretadas de ofício, do *recurso de ofício* contra as decisões de absolvição sumária no júri, as ordens concessivas de *habeas corpus* e as decisões de arquivamento de inquéritos ou de absolvição em procedimentos de crimes contra a economia popular³⁴

³⁵.

³⁴Art. 574, CPP (redação originária): “Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I - da sentença que conceder habeas-corpus; II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411”. In: BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 01 mai. 2023. Art. 7º, da Lei n.º 1.521, de 1951. Os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial.

³⁵Segundo o art. 7º, da Lei nº 1.521, de 1951: “os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde

Quase todas as distorções inquisitoriais acima mencionadas foram de uma forma ou de outra equacionadas e enquadradas na “moldura” do processo penal constitucional.

Ao examinarem o estado da arte da defesa criminal na América Latina, Alberto Binder, Ed Cape e Zaza Namoradze afirmam que as duas últimas décadas foram marcadas na região por reformas processuais penais destinadas a promover a mudança de um processo penal de tipo inquisitório para outro de características acusatórias³⁶.

Estes autores reconhecem que à qualidade da justiça criminal em uma democracia não basta assegurar a imparcialidade do julgador. É indispensável, tanto quanto a imparcialidade do juiz, prover o acesso à “defesa criminal efetiva como pré-requisito para o gozo das referidas garantias”³⁷.

Os pesquisadores têm inteira razão.

O direito de defesa deve ajustar-se, pois, às exigências do devido processo legal.

4. DA DEFESA PENAL

Em seu estudo sobre a “Defesa Deficiente”, escrito ainda sob a vigência da Constituição de 1969, Nilo Batista alude a que a história do processo penal é a história da defesa³⁸.

O mito do julgamento de Orestes, referido no início, de que o “Auto da Compadecida”, de Ariano Suassuna, nos oferece uma versão belíssima e comovente, é revelador de como o exercício da defesa penal funciona como instrumento de contenção da *híbris* acusatória e legitima a decisão “arbitral” (jurisdicional) aos olhos da comunidade.

Há pouca dúvida de que as torrentes inquisitoriais fluem com intensidade quando não são barradas pela resistência defensiva, apta a conferir concretude à ideia sustentada entre nós por Ada Pellegrini Grinover de que “é a defesa que garante o contraditório”³⁹.

Afirma a professora da USP que “numa perspectiva de direito público, a defesa, correlata e justaposta à ação, permeia todas as situações jurídicas processuais que surgem, passo a passo, ao longo do procedimento”⁴⁰.

E ratifica Grinover o que é até intuitivo à luz da tutela das liberdades públicas desde as lições de Rui Barbosa: a “defesa técnica” é indisponível “na medida em que, mais do que garantia do acusado, é garantia da paridade de armas indispensável à concreta atuação do contraditório”⁴¹.

É comum na doutrina brasileira sobre o direito de defesa em sua vertente da defesa técnica que se recorra aos códigos deontológicos da advocacia de diversos Estados democráticos para realçar o que nos falta. É legítimo esse diálogo teórico,

pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial”. In: BRASIL. Lei nº 1.521 de 1951, disponível em: [³⁶BINDER, A; CAPE, E. & NAMORADZE, Z. “Parâmetros sobre defesa penal efetiva na América Latina”, in: BINDER, Alberto, et al \(org.\), *Defesa criminal efetiva na América Latina*, IDDD, São Paulo, 2016, p. 03.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm#:~:text=LEI%20N%201.521%2C%20DE%2026%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201951.&text=Altera%20dispositivos%20da%20legisla%20vigente,Art., acesso: 01 mai. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

³⁷BINDER, A; CAPE, E. & NAMORADZE, Z. Parâmetros sobre defesa penal (...), *Ob. Cit.*, p. 08.

³⁸BATISTA, N. “Defesa deficiente”, in: *Decisões criminais comentadas*, 2ª ed., Liber Juris, Rio de Janeiro, 1984, p. 102.

³⁹GRINOVER, A.P. “As garantias constitucionais do processo”, in: *Novas tendências do direito processual*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1990, p. 05.

⁴⁰GRINOVER, A.P. “As garantias constitucionais do processo (...)”, *Ob. Cit.*, p. 08.

⁴¹GRINOVER, A.P. “As garantias constitucionais do processo (...)”, *Ob. Cit.*, p. 09.

mas como referido no capítulo anterior, as *nossas circunstâncias* denotam peculiaridades que talvez mereçam outro tipo de comparação, sob pena de circunscrever a defesa criminal constitucionalmente adequada a um número muito pequeno de casos.

Daí que prefiro traçar um paralelo com os “advogados e advogadas de Guantánamo”.

O drama do “11 de setembro de 2001”, nos Estados Unidos da América, com as mortes provocadas por ato terrorista de proporções inéditas naquele país, levou em reação à edição de atos normativos que limitaram de modo extremo o exercício de direitos e garantias individuais de pessoas e grupos sociais sobre os quais lançou-se alargado manto de suspeição.

Mesmo com a restrição significativa imposta às garantias do processo, sucessivos governos norte-americanos apelaram a práticas presumivelmente banidas das democracias pós-Segunda Guerra Mundial.

Assim é que o governo norte-americano reativou a prisão existente na Base de Guantánamo, lugar mantido idealmente à margem dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico daquele país, em um evidente contexto de “estado de exceção”. A rigor, coube quase que unicamente aos advogados e advogadas elevar a voz em defesa dos direitos e garantias daquelas pessoas presas em Guantánamo, isoladas do resto do mundo, que sequer estavam sendo acusadas do cometimento de crimes.

O relato das atividades e da postura combativa e independente dos “advogados de Guantánamo” é impressionante. Dessas narrativas pode ser extraída com segurança a conclusão de que juízes e tribunais federais norte-americanos somente puderam iniciar o processo de restabelecimento do império das leis, tão caro àquele povo, porque “havia advogados em Guantánamo”, como um dia, para um moleiro, “houve juízes em Berlin”. Convém relembrar o episódio a partir das palavras dos próprios envolvidos:

“A princípio somente um pequeno número de advogados saiu em defesa dos prisioneiros em Guantánamo. Nos meses seguintes ao 11 de setembro, a maioria das pessoas não questionava os atos do governo dos Estados Unidos e sabia-se pouco do novo centro de detenção. Mas com o passar do tempo começou a ficar claro que o Estados Unidos estava cometendo abusos e negando aos prisioneiros as garantias processuais básicas. A advocacia esteve à altura das circunstâncias, e se uniram juristas de todos os lugares, origens e especialidades de todo o tipo para proporcionar representação legal aos prisioneiros e para exigir que se fizesse justiça. Assim explicam alguns deles sua participação”⁴².

Compreende-se que se a jurisdição na atualidade é, por vocação, contramajoritária sempre que necessário à defesa dos direitos fundamentais, a defesa independente, exercida por advogados e defensores públicos, é o esteio dessa garantia que toma corpo na independência dos juízes. É impossível conceber um Estado democrático com juízes independentes que se veja privado de uma advocacia e de uma Defensoria Pública igualmente independentes.

Presumo que seja neste sentido que Grinover aduza o caráter dual do “direito de defesa”, reconhecendo-se na indispensabilidade da defesa técnica, a cargo de profissional do direito, a existência de um conjunto de direitos e deveres constitutivos do “estatuto jurídico do defensor criminal”, estatuto que difere do que regula direitos e deveres do próprio acusado.

A dualidade de estatutos jurídicos resulta ser uma necessidade que decorre dessas tarefas. O estatuto jurídico do assistido ou representado é próprio. No

⁴²DENBEAUX, M.P. & HAFETZ, J. *Los abogados de Guantánamo*, Trad. de D. Jiménez Torres, Sol 90 Idea, Barcelona, 2010, p. 27.

processo penal, por exemplo, ele é o titular da presunção de inocência. O estatuto jurídico do advogado ou defensor igualmente é peculiar. O advogado é o guardião jurídico-constitucional da presunção de inocência do seu representado⁴³.

Nas democracias, a “guarda” da presunção de inocência de outrem, como função indeclinável da defesa, não se compadece com atuações formais, burocráticas, destituídas do recurso a ferramentas técnicas disponíveis que poderiam e deveriam ser usadas para resistir à pretensão acusatória e colaborar para colocar ou manter o processo nos trilhos do devido processo legal⁴⁴.

Ao tratar da responsabilidade profissional do defensor, o professor da Cornell Law School, W. Bradley Wendell, assinala a existência de um “dever de competência” do advogado, orientado à competente representação do cliente, que inclui “a obrigação de praticar atos com diligência razoável” no interesse da pessoa representada⁴⁵.

O suspeito ou acusado, afirmam corretamente Alberto Binder, Cape e Namoradze, é titular de um “conjunto de direitos de defesa”⁴⁶.

Em 1998 escrevi a propósito desse *conjunto* que conforma o direito de defesa algo que penso que ainda é atual.

Valho-me do texto escrito à época:

“Jorge de Figueiredo Dias, com sua incontestável autoridade, ressalta que, por direito de defesa, compreende-se uma categoria aberta, à qual devem ser imputados todos os concretos direitos, de que o arguido dispõe, de codeterminar ou conformar a decisão final do processo, o que coloca o acusado, e, dadas as especificidades técnicas relativas ao mecanismo de co-determinação e conformação da decisão judicial, também seu defensor, na condição de sujeitos de direitos, deveres, ônus e faculdades. Ora, um princípio fundado na oposição entre acusação e defesa, ambas com direitos, deveres, ônus e faculdades, só se desenvolve regularmente em um processo de partes, centrado nas relações recíprocas que se estabelecem”⁴⁷.

Por este ângulo penso que se pode concluir que o imputado – suspeito ou acusado – tem direito a uma representação técnico-jurídica que se traduza pela competência no exercício da pretensão defensiva de resistência à acusação.

A “competência profissional” aqui diz com os conhecimentos ordinários de que deve dispor o advogado para exercer o seu *múnus*. Assim, por exemplo, essa “competência” não se verifica quando o advogado pratica ato processual incompatível com a fase do procedimento, como se deu no caso concreto no qual a constituição da defensora dativa tinha por finalidade viabilizar a defesa técnica em um contexto de “produção antecipada de provas”.

⁴³ROXIN, C. “Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho”, in: *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 39.

⁴⁴Art. 5º, inc. LIV, CRFB - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, in: BRASIL. *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 01 mai. 2023.

⁴⁵WENDEL, W.B. “Incompetence: Remedies for Malpractice and Constitutional Ineffectiveness”, in: *Professional Responsibility*, 6ª ed, Wolters Kluwer, New York, 2020, pp. 128-129.

⁴⁶BINDER, A; CAPE, E. & NAMORADZE, Z. Parâmetros sobre defesa penal efetiva (...), *Ob. Cit.*, p. 35.

⁴⁷PRADO, G. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 176.

Intimada para um ato processual excepcional e limitado, a advogada realiza outro, desviado do encargo que, ainda que por decisão ilegal do juiz criminal, compromete o “direito à prova” de que os acusados são titulares.

Também se enquadra no mesmo molde de invalidade jurídica o silêncio do defensor, em alegações finais, acerca da nulidade absoluta caracterizada por não ter participado do ato de interrogatório dos coacusados, em virtude de manifesto erro cartorário.

A incompetência técnica do advogado no exercício da defesa profissional não pode ser validamente suportada pelos acusados que o constituíram.

Conceitualmente o “direito de defesa” é compreendido como o conjunto dos direitos exercidos pelo imputado ou por seu defensor orientados a oferecer resistência à imputação.

Concebe-se a defesa penal como resistência jurídica quer à imputação no curso do processo ou na etapa da execução penal, quer àquela que tem lugar ainda antes de iniciado o processo acusatório, na fase preliminar da persecução penal.

A defesa criminal, embora resistência à imputação, isto é, oposição à atribuição de uma infração penal ao sujeito, não possui somente uma feição reativa, baseada em uma noção tradicional, porém incompleta, do “contraditório”. Não se trata apenas de participar do processo *em reação*, e sim, também, conforme o caso, incorpora uma feição proativa, que prestigia a iniciativa do imputado e de seu defensor de obter e introduzir na investigação criminal ou no processo penal elementos probatórios de impugnação total ou parcial à imputação.

Requerer e produzir provas, antes ou durante o processo, argumentar, impugnar decisões, deduzir pretensões acautelatórias de direitos patrimoniais ou de liberdade são algumas das atividades que compõem o conjunto dos direitos de defesa, além daquelas mais comuns relacionadas à contradição das provas e argumentos deduzidos pelo acusador.

É a partir dessa conceituação que a doutrina busca definir os contornos do que é ou deve ser considerado como “defesa penal efetiva”, vigendo classificações que tomam em conta a multifacetada realidade fática ou a exigente conformação normativa.

Pelo primeiro ângulo, Luciano Feldens acentua que a distinção entre a proclamação de um direito e seu desfrute efetivo repousa na facticidade, que não deve ser ignorada no momento de se decidir sobre se uma determinada defesa penal foi ou não efetiva⁴⁸.

Neste sentido, sublinha Feldens, “a agregação do adjetivo *efetivo* ao direito de defesa no âmbito jurídico-penal busca conferir-lhe um parâmetro de promoção compatível com sua carga normativa”⁴⁹. (grifo do autor).

Acentua Feldens que a “ação defensiva [deve ser] *real, material*, e não apenas retórica e formal”⁵⁰. (igualmente grifo do autor)

Ao início dos anos 80 Heleno Cláudio Fragoso sustentava a mesma opinião, censurando a “defesa decorativa” “displicente”, “abúlica” ou meramente formal⁵¹.

No já mencionado texto de Nilo Batista sobre defesa deficiente, o professor mineiro parece acolher a posição de Romeu Pires de Campos Barros, com a qual coincido, no sentido de que a defesa penal deve ser avaliada em seu conjunto e não apenas na perspectiva de ato isolado e arremata com o exemplo das provas não requeridas e produzidas quando era possível fazê-lo⁵².

⁴⁸FELDENS, L. *O direito de defesa - A tutela da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva*, 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2022, p. 41.

⁴⁹FELDENS, L. *O direito de defesa (...)*, *Ob. Cit.*, p. 45.

⁵⁰FELDENS, L. *O direito de defesa (...)*, *Ob. Cit.*, *Idem*.

⁵¹FRAGOSO, H. “Defesa. Ausência. Defensor dativo”, in: *Jurisprudência criminal*, Vol. I, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1982, p. 204.

⁵²BATISTA, N. “Defesa deficiente” (...) *Ob. Cit.*, p. 105.

O que se observa da lição de Fragoso e Nilo e mesmo na mais antiga e cautelosa jurisprudência de nossos tribunais, citada por ambos, que invalidava processos criminais com defesas ficcionais, é a remissão a exemplos concretos, o que parece demonstrar a dificuldade concreta de se formular uma definição mais precisa do que seja “defesa efetiva”.

Disso parece brotar a opção teórica de Feldens de definir pelo aspecto negativo, ou seja, de classificar as “defesas não efetivas”, que invalidariam o processo.

De acordo com Feldens teríamos, neste círculo vicioso, a “defesa restringida”, isto é, aquela exercida “aquém do direito”, aquela prejudicada por barreiras impostas pelo Estado, por meio de seus agentes, como é exemplo a restrição à defesa de acesso às informações da investigação criminal⁵³.

A “defesa deficiente”, por sua vez, se caracteriza pelo exercício “inábil, precário ou pouco cuidadoso da defesa” por parte do advogado, violando o dever de diligência previsto no art. 2º da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia)^{54 55}.

O “dever de eficiência da defesa” decorre, portanto, de uma responsabilidade funcional do defensor e, vistas as coisas nesta perspectiva, as manifestações inidôneas, inadequadas processualmente, e as omissões concernentes à apresentação de argumentos e provas ilustram a sua violação.

No primeiro tópico do presente estudo, nas intervenções indevidas da defensora dativa e omissão do último advogado extraem-se hipóteses evidentes de defesa deficiente.

A “preclusão relativa à produção da prova”, decretada pelo juiz criminal, situa-se no âmbito da “defesa restringida”.

Nos casos depara-se com o oposto à “defesa efetiva”, que é o parâmetro normativo instituído pela Constituição⁵⁶.

Feldens refere-se, ainda, na taxonomia proposta, à “defesa excessiva”, ou seja, aquela que se caracteriza “por ir além do direito”, que a doutrina trata sob a rubrica de “abuso do direito”⁵⁷.

Muito em razão da dificuldade ou mesmo utilidade de se conceituar “defesa deficiente”, Diogo Malan opta por operar com a oposição binária “defesa penal ampla e defesa penal restrita”, sendo a primeira aquela que “atende à exigência da cláusula petrificada no artigo 5º, LV do texto magno” e a segunda a “antítese daquela”, isto é, a defesa que “viola a cláusula em tela, ensejando nulidade processual absoluta”⁵⁸.

É necessário que se diga, e o faz Malan, que a “defesa técnica” afeiçoa-se “à obrigação de *meio*, e não de *resultado*”⁵⁹. (grifo do autor)

Por essa razão que a aferição do não atingimento do *standard* de “defesa penal efetiva” há de considerar na realidade processual examinada as práticas indevidas e

⁵³FELDENS, L. *O direito de defesa (...)*, Ob. Cit., pp. 47-48.

⁵⁴FELDENS, L. *O direito de defesa (...)*, Ob. Cit., pp. 49-50.

⁵⁵Art. 2º, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia). O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público”. In: BRASIL. *Lei nº 8.906 de 1994 - Estatuto da Advocacia*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm, acesso em: 01 mai. 2023.

⁵⁶Art. 5º, inc. LV, CRFB - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. In: BRASIL. *Constituição*, Idem.

⁵⁷FELDENS, L. *O direito de defesa (...)*, Ob. Cit., pp. 52-53.

⁵⁸MALAN, D.R. “Advocacia criminal e defesa técnica efetiva”, in: MALAN D.R. *Advocacia criminal contemporânea*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022, p. 122.

⁵⁹MALAN, D. R. *Advocacia criminal e defesa técnica efetiva*. In: *Advocacia criminal contemporânea*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022, p. 122.

as omissões relevantes que desidratam à resistência em concreto oferecida pelo advogado ou defensor à imputação pré-processual ou processual.

Um defensor constituído por acusado que deixa de requerer a liberdade deste em uma situação de flagrante ilegalidade da prisão, conformando-se com a detenção ilícita, atua violando o *standard* da defesa efetiva.

Diga-se o mesmo, no caso concreto, da defesa omissa quanto ao direito dos dois acusados de confrontarem os coacusados nos respectivos interrogatórios, por meio de seu defensor.

Malan é feliz quando assinala o seguinte, que cabe como uma luva no caso concreto:

“Nas hipóteses em que o defensor técnico do acusado é imperito ou negligente, desperdiçando sucessivas oportunidades processuais a ponto de diminuir as chances de resultado processual mais favorável, não resta dúvida que se retira da ampla defesa esse atributo da *efetividade*⁶⁰”. (grifo do autor)

Ao final voltamos aos anos 80 quando, na expectativa de uma nova Constituição, nossos processualistas advogavam rigorosos parâmetros na definição das garantias processuais penais.

A pesquisa coordenada por Grinover e publicada em 1985, acerca do contraditório e da ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, chegou a conclusões, algumas das quais vale reproduzir, porque na verdade buscaram corrigir o erro histórico de instrumentalizar o processo penal para perseguir pessoas, e não para apurar fatos em tese criminosos.

Destacam-se aqui as conclusões IV, V e VI do V Tema – Defesa (Defesa Técnica):

“IV – Em cada processo, deve o juiz verificar se a defesa técnica foi adequadamente desempenhada, sob pena de considerar o réu indefeso.

V – Não sendo a defesa técnica efetivamente exercida, pelo menos no tocante a certas atividades consideradas essenciais, a nulidade é absoluta, presumindo-se o prejuízo.

VI – Por isso, deve o juiz de primeiro grau, em face de uma atividade defensiva insatisfatória, diligenciar para a sua integração, pela repetição do ato processual viciado ou por sua realização, só sentenciando após as diligências necessárias à concreta garantia da ampla defesa”⁶¹.

No caso examinado no presente parecer jurídico, a repetição do interrogatório judicial dos coacusados e a devolução do prazo para oferecimento de resposta preliminar à defesa dos mesmos são, na nossa opinião, imperiosas.

É de ressaltar que a única resposta à acusação apresentada, em tese em defesa dos acusados, foi a ilegal, subscrita pela defensora dativa.

Os atos praticados no processo – resposta preliminar oferecida por advogada não constituída pelos acusados e interrogatório dos coacusados na ausência do defensor constituído – nas circunstâncias ilegais referidas, são absolutamente nulos.

O direito de defesa por meio do direito de requerer provas foi indevidamente restringido pelo juiz criminal e isso igualmente é causa de nulidade.

Em 1961 Frederico Marques arrematava: não se pode impor ao defensor do acusado que siga essa ou aquela tese. No entanto, evidente a inércia e a desídia dele,

⁶⁰MALAN, D.R. “Advocacia criminal e defesa técnica efetiva (...)”, *Ob. Cit.*, p. 123.

⁶¹GRINOVER, A.P. “Defesa (Defesa Técnica)”, in: *O Processo Constitucional em Marcha: Contraditório e ampla defesa em cem Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, Max Limonad, São Paulo, 1985, p. 138.

"o réu deve ser tido por indefeso e anulado o processo desde o momento em que deveria ter sido iniciado o patrocínio técnico no juízo penal"⁶².

O desembargador Frederico Marques não hesitaria em declarar a nulidade do processo deduzido em face dos acusados.

Talvez a melhor, ou única explicação, para a emissão de sentença condenatória à vista de um contexto processual de visível restrição defensiva – e que torna o caso ilustrativo da tese sustentada – resida no fenômeno da "permanência", que consiste na preservação de práticas ilegais escoradas em um certo "poder inercial", que constitui o rígido obstáculo que não permite que o processo penal seja irrigado com a normatividade democrática em substituição à legalidade autoritária.

A remoção dessa "permanência autoritária" no direito processual penal brasileiro é compatível com o revolucionário movimento de nossos tribunais superiores, com destaque para a revisão de ultrapassadas e equivocadas concepções na esfera da prova penal, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), e com a ampliação do eficiente serviço de defensoria pública, a cargo das Defensorias Públicas dos Estados e da União.

5. CONCLUSÃO

O exercício do direito de defesa é condição de validade dos atos do processo penal e condição de legitimidade da sentença condenatória.

Não basta a isso a formal constituição de um defensor para atuar nos casos penais. A resistência jurídica à imputação penal, que caracteriza o exercício dos direitos que compõem o "direito de defesa", exige atuação concreta e competente, conforme as circunstâncias de cada caso, e pode ou mesmo deve retroagir à investigação criminal sempre que possível.

Essa "verdade dogmática", no entanto, depara-se com a história política de cada sociedade e, no Brasil, com sua longa tradição de autoritarismos que mescla a prática desnudada de violências e arbítrios contra os destinatários do controle penal com técnicas mais sutis de exercício desse controle, recorrendo-se às aparências de um processo penal formal, o "direito à defesa técnica" ainda é algo a ser plenamente conquistado.

O estudo do direito de defesa em matéria criminal, em nosso país, passa por tentar compreender a dimensão política da edição do verbete 523 das Súmulas do STF, percebendo que, a despeito da irrelevância jurídica dos casos que lhe serviram de pretexto, ela surge como solução de compromisso de um parcialmente acuado STF, que contava com alguns juízes simpáticos à ditadura, com os militares que governavam o Brasil e apelavam à violência para manter o seu controle.

O texto da mencionada Súmula, a bem da verdade, caucionava a prática das perseguições penais contra os acusados que em sua maioria pertenciam às classes e grupos sociais vulnerabilizados e, assentada nessa "tradição", veio a ser aplicada também aos opositores dissidentes dos governos militares – ou a quem assim era definido pelos autoritários de plantão – muitos deles pertencentes às classes médias da sociedade brasileira.

A "solução de compromisso com o autoritarismo", na forma do verbete 523 das Súmulas do STF, incorporou-se quase definitivamente à realidade de nosso sistema de justiça criminal a ponto de estar passando ilesa aos tempos ditados pela Constituição democrática de 1988.

A revisão da súmula é um dever do STF. Basta lembrar que a restrição ao direito de defesa em matéria criminal nela se consagrou em um tempo em que o próprio "direito havia saído forçadamente de férias".

⁶²MARQUES, J.F. *Elementos de Direito Processual Penal - Vol. II, Forense*, Rio de Janeiro, 1961, p. 423.

Afinal, um dia essas “férias forçadas do direito” haveriam de acabar, pois, como anteviu nosso Prêmio Camões Chico Buarque de Hollanda, “Apesar de você amanhã há de ser outro dia” e esse dia enfim chegou.

6. REFERÊNCIAS

- BARBOSA, R. “A liberdade individual”, in: LINS, Á. & BUARQUE DE HOLLANDA, A. (org.), *Roteiro literário de Portugal e do Brasil: antologia da língua portuguesa* – Vol. II, 2ª ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1966.
- BASTOS, C.R. & MEYER-PFLUG, S. “A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”, in: SILVA, V.A. (org.). *Interpretação Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2007.
- BATISTA, N. “Defesa deficiente”, in: *Decisões criminais comentadas*, 2ª ed., Liber Juris, Rio de Janeiro, 1984.
- BEDÊ JÚNIOR, A. “Constitucionalismo sob a Ditadura Militar de 64 a 85”, *Revista de informação legislativa*, vol. 50, nº 197, p. 168, jan./mar. 2013.
- BINDER, A; CAPE, E. & NAMORADZE, Z. “Parâmetros sobre defesa penal efetiva na América Latina”, in: BINDER, A., et al (org.), *Defesa criminal efetiva na América Latina*, IDDD, São Paulo, 2016.
- BRASIL. “Os presidentes e a República: Deodoro da Fonseca a Dilma Rousseff”, in: *Arquivo Nacional*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 2012, disponível em: <https://dibrarq.arquivonacional.gov.br/downloads/joao-goulart.pdf>, acesso em: 17 mar. 2023.
- BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm, acesso em: 16 mar. 2023.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9271.htm, acesso em: 01 mai. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 8.906 de 1994 - Estatuto da Advocacia*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm, acesso em: 01 mai. 2023.
- BRASIL. *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 01 mai. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 1.521 de 1951*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm#:~:text=LEI%20N%201.521%2C%20DE%2026%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201951.&text=Altera%20dispositivos%20da%20legisla%20vigente,Art., acesso: 01 mai. 2023.
- CADH. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, acesso em: 01 mai. 2023.
- CASTELLO BRANCO, C. *Os militares no poder: de 1964 ao AI-5 - Os anos de chumbo na visão do maior jornalista político de seu tempo*, 2ª ed, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2007.
- DENBEAUX, M. P. & HAFETZ, J. *Los abogados de Guantánamo*, Trad. de D. Jiménez Torres, Sol 90 Idea, Barcelona, 2010.
- FELDENS, L. *O direito de defesa - A tutela da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva*, 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2022.
- FRAGOSO, H. “Defesa. Ausência. Defensor dativo”, in: *Jurisprudência criminal*, Vol. I, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1982.

- GRINOVER, A.P. "As garantias constitucionais do processo", in: *Novas tendências do direito processual*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1990.
- GRINOVER, A.P. "V Tema: Defesa (Defesa Técnica)", in: *O Processo Constitucional em Marcha: Contraditório e ampla defesa em cem Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, Max Limonad, São Paulo, 1985.
- GUEDES, M.M. & BUONICORE, B.T. "Entre Fardas e Togas: o histórico da sujeição de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar brasileira", *Revista de Estudos Criminais*, nº 86, pp. 171-172, Porto Alegre, jul./set. 2022.
- NETTO, J.P. *Pequena história da ditadura militar brasileira (1964-1985)*, Cortez, São Paulo, 2014.
- MALAN, D.R. "Advocacia criminal e defesa técnica efetiva", in: MALAN, D.R., *Advocacia criminal contemporânea*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022.
- MARQUES, J.F. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1961.
- MENDES, G.F. *O Supremo e o AI-5 - quarenta anos depois*, disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/O_Supremo_e_o_AI_2.pdf, acesso em: 15 mar. 2023.
- PEREIRA, A.W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, Trad. de P. de Q. C. Zimbres, Paz e Terra, São Paulo, 2010.
- PRADO, G. "Palestra democracia e efetivação dos direitos: 25 anos da Defensoria Pública do Ceará", in: *Estudos de direito criminal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2023.
- RECONDO, F. *Tanques e togas: o STF e a ditadura militar*, Companhia das Letras, São Paulo, 2018.
- ROXIN, C. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de Derecho, in: *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo 1964-1985*, 2ª ed., Trad. de M.S. Silva, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1988.
- SOLON, A.M. *Hermenêutica jurídica radical*, Marcial Pons, São Paulo, 2007.
- STF. *Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal - Data de aprovação: 03 dez. 1969*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false>, acesso em: 13 mar. 2023.
- WENDEL, W.B. "Incompetence: Remedies for Malpractice and Constitutional Ineffectiveness", in: *Professional Responsibility*, 6ª ed, Wolters Kluwer, New York, 2020.

LIBRE CONVENCIMIENTO JUDICIAL Y VERDAD: CRÍTICA HERMENÉUTICA A LAS TEORÍAS DE FERRAJOLI, TARUFFO Y GUZMÁN

*Free judicial assessment and truth: hermeneutic critique of
the theories of Ferrajoli, Taruffo e Guzmán*

Lenio Luiz Streck¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Universidade Estácio de Sá.

Luã Nogueira Jung²

Universidade Estácio de Sá.

Sumario: 1. Introducción; 2. *La verdad en el proceso: los argumentos de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán*; 3. Puntos de divergencia: el lenguaje como condición de posibilidad epistémica; 4. Consideraciones finales; 5. Bibliografía.

Resumen: El presente texto, realiza un análisis acerca de los presupuestos teóricos que defienden el concepto de libre convencimiento judicial en la legislación y en el imaginario del derecho brasileño. Con este objetivo, tras la introducción, en que se presenta de modo sintético una cronología del instituto en la legislación brasileña, se realiza, en el segundo tópico, un análisis de los abordajes de Luigi Ferrajoli, Michele Taruffo y Nicolás Guzmán acerca del tema. A partir de la exposición de presupuestos teóricos comunes a estos autores, se desarrolla en el tercer tópico una crítica a sus ideas que mantienen la defensa del libre convencimiento. Tal crítica está desarrollada bajo el plan de fondo de la hermenéutica filosófica en diálogo con otras corrientes. Por fin, se concluye que la defensa teórica del concepto de libre convencimiento se revela insuficiente delante de los contra-argumentos presentados, y se sugiere un nuevo modelo de racionalidad judicial pautado por la necesidad epistémica y política de justificación.

Palabras-clave: Libre convencimiento judicial; positivismo; hermenéutica filosófica; crítica hermenéutica del derecho; decisión judicial.

Abstract: In the present text, an analysis about the theoretical assumptions that support the concept of free judicial assessment in the legislation and in the imaginary of Brazilian law is carried out. With this objective, after the introduction, in which a chronology of the institute in Brazilian legislation is presented, in the second topic, an analysis of the approaches of Luigi Ferrajoli, Michele Taruffo and Nicolás Guzmán on the subject is developed. From the exposition of theoretical assumptions common to these authors, the third topic develops a critique of their ideas that support the defense of free assessment. Such criticism has as background the dialogue between

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC) con posdoctorado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (FDUL). Profesor titular de la Universidad del Vale Rio de los Sinos (UNISINOS/RS) y de la Universidad Estácio de Sá (UNESA/RJ). Cordinador del Dasein — Núcleo de Estudios Hermenéuticos.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>

E-mail: lenio@professorstreck.com.br.

² Doctor y maestro en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Rio Grande do Sul (PUCRS). Postdoctorado en Derecho Público por la Universidad del Vale Rio de los Sinos (UNISINOS). Profesor titular de la Universidad Estácio de Sá (UNESA/RJ). Miembro del Dasein - Núcleo de Estudios Hermenéuticos. Abogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5759-8945>

E-mail: lnogueirajung@gmail.com

philosophical hermeneutics and other contemporary currents. In the end, it is concluded that the theoretical defense of the concept of free assessment proves to be insufficient in the face of the counter-arguments presented and a new model of judicial rationality is suggested, guided by the epistemic and political claim for justification.

Keywords: Free judicial assessment; positivism; philosophical hermeneutics; hermeneutic critique of law; judicial decision.

1. INTRODUCCIÓN

Entre tantos mitos que estructuran el discurso jurídico y, particularmente, el discurso acerca de la actividad judicial, es notable aquel relativo a la decisión judicial y a la transformación de su paradigma teórico a lo largo de la historia. Esa narrativa es tan difundida cuanto poco profundizada. Al analizar la doctrina, se percibe una tríade de sistemas de decisión: del arbitrio interpretativo, pasando por el rigorismo exegético y llegando al sistema vigente del libre convencimiento motivado. Naturalmente, la historia así dicha no corresponde al desarrollo teórico jurídico-filosófico y tan poco a los conflictos hermenéuticos explícitos o implícitos en las distintas teorías acerca de la decisión judicial y de la evaluación de las pruebas. Como afirma Taruffo, por ejemplo,

la difusión del principio de la obligatoriedad de la motivación en nivel europeo, que como fenómeno global se pone en un momento histórico bien determinado, difícilmente puede ser considerada como el desagüe y la consecuencia unitaria de premisas homogéneas, respectivamente individualizables en términos análogos en diversos ordenamientos procesuales en la Europa continental. Eso vale no sólo en referencia a las situaciones preexistentes al período indicado como decisivo cuanto al problema en examen, sino también y especialmente con relación a las modalidades con que ese es enfrentado y resuelto por los legisladores de la segunda mitad del siglo XVIII³.

Em Brasil, las Ordenaciones Alfonsinas (1446 a 1514) no traían ninguna exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales. Tal previsión, todavía, pasó a estar contenida en las Ordenaciones Manuelinas (1521 a 1595) y Filipinas (1603 a 1916)⁴. El §7º, del Título LXVI, del Libro III de las Ordenaciones Filipinas, por su vez, determinaba que “todos nuestros jueces y cualesquiera otros Juzgadores, ora sean Letrados, ora no lo sean, declaren específicamente en sus sentencias definitivas, así en la primera instancia, como en el caso de apelación, o agravo, o revista, las causas, en que se basaron a condenar o absolver, o a confirmar, o a revocar”⁵.

Cuanto al Código del Proceso Criminal de Primera Instancia del Imperio de Brasil, de 1832, una vez que las sentencias eran realizadas por el Tribunal del Júri y, por lo tanto, amparadas en íntima convicción, no se hacía referencia a la necesidad

³TARUFFO, M.A *motivação da sentença civil*, Marcial Pons, São Paulo, 2015, p. 280.

⁴ Se ve, en ese sentido, el dispositivo dispuesto en el Libro III, Título L, §6º de las Ordenaciones Manuelinas: El orden es, que de aquí por adelante todos nuestros Desembargadores, Magistrados de las Comarcas, y todos jueces ‘Fóra’, puesto que cada uno de los sobredichos Letrados no sean, y cualquier otro Juzgador, que Letrado fuera, que las sentencias definitivas posee, declare en sus sentencias (así en la primera instancia como en la causa d’apellaçam, o agravo, o en la causa de revista) la causa, o causas, por las cuales se proponen a condenar, o absolver, o a confirmar, o revogar, afirmando específicamente lo que se prueba, y cuáles causas del hecho se fundamentan para dar sus sentencias. In: Ordenações Manuelinas. *Libro III*, Disponible en: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>.

⁵Ordenações Filipinas, *Libro III*, disponible en: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>.

de motivación de las decisiones judiciales. Por otro lado, presentaba una jerarquía en cuanto a las pruebas, haciendo reflexionar el llamado sistema tarifado. Es lo que se concluye de la lectura de los artículos 92, 93, 94, 140 y 144, por ejemplo⁶ ⁷. Ya, en el Código de Proceso Penal de 1941, el libre convencimiento motivado se hace presente en los artículos 155 y 381, III, segundo los cuales el juez apreciará la prueba de manera libre, debiendo indicar los motivos de hecho y de derecho en que se fundamenta la decisión.

En el ámbito del proceso civil, el libre convencimiento motivado es previsto desde el Código de Proceso Civil de 1939, en su artículo 118, párrafo único, siendo tal dispositivo actualizado durante la vigencia del Código del Proceso Civil de 1973, en su artículo 131. A partir de la benéfica exclusión del libre convencimiento realizada por el nuevo Código de Proceso Civil de 2015, el artículo 371 del CPC 2015, correspondiente al artículo 131 del CPC 1973, se limita a prescribir que *"el juez apreciará la prueba constante de los autos, independientemente del sujeto que la tuviera promovido, e indicará en la decisión las razones de la formación de su convencimiento"*. Así,

con la retirada del libre convencimiento del CPC, el legislador encerró un ciclo. Desde el socialismo procesual (Menger, Klein, Büllow) se pensaba que el juez era el protagonista y que tenía libre convencimiento. En otras palabras, él era libre para decidir, desde que, después, hiciera una justificación, como si la justificación o motivación pudiera suplir el problema esencial que reside, exactamente, en la libre atribución de sentidos, corolario del paradigma de la subjetividad⁸.

Pese a retirada del libre convencimiento del texto del Código de Proceso Civil, la continuidad de tal instituto en el Código de Proceso Penal todavía da motivos al imaginario jurídico. Aunque tal persistencia legislativa tuviese fin por medio de una alteración o desarrollo de un nuevo código penal, todavía, la introducción de la idea de libre apreciación en las prácticas difusas y en las jergas judiciales es un hecho de nuestra cultura jurídica, una pre-concepción equivocada diseminada en el juego de lenguaje de los tribunales.

No pretendemos, todavía, reconstruir históricamente el referido instituto y sus predecesores, aunque tal tarea todavía sea urgente en se tratando del Derecho brasileño. Antes de una *explicación* sobre la sucesión legislativa, se busca una *comprensión* de la estructura teórica que mantiene el concepto de libre convencimiento y sus implicaciones. En que pese la diseminación del referido concepto en la doctrina y en la práctica, pocos o prácticamente ningún autor nacional

⁶Art. 92. Los documentos, para que puedan servir, deben ser reconocidos verdaderos por el juez o por el escribano público; Art. 93. Las cartas particulares no serán producidas en juicio sin el consentimiento de sus autores, salvo se presentaren pruebas contra los mismos; Art. 94. La confesión del reo en juicio competente, siendo libre, coincidiendo con las circunstancias del ocurrido, prueba el delito; pero, en caso de muerte, solo puede sujetarlo a pena inmediata, cuando no haya otra prueba; Art. 140. Presentada la reclamación o denuncia con el auto de cuerpo de delito, o sin él, no siendo necesario, el juez la mandará ser fichada, y procederá a la consulta de dos hasta cinco testigos que tengan noticia de la existencia del delito y de quien sea el criminoso; Art. 144. *Si por la consulta de los testigos, interrogatorio del indiciado delincuente, o informaciones, a que tuviera procedido, el juez se convencer de la existencia del delito y de quien sea el criminoso, declarará por su despacho en los autos que juzga procedente la petición o denuncia, y obligando el criminoso a la prisión, en los casos en que esta tiene lugar.* In: BRASIL. *Código del Processo Criminal de Primeira Instancia de 1832*, disponible: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm

⁷Para un análisis histórico del Código del Proceso Criminal de Primeira Instancia de 1832. In: PIERANGELLI, J.H. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*, 1983.

⁸STRECK, L.L.; NUNES, D. & – DA CUNHA, L.C. *Comentários ao código de processo civil*, Saraiva São Paulo, 2017.

que trata del tema consigue exponer razones consistentes que justifiquen su vigencia^{9 10 11 12}.

Así, dirigimos en este artículo nuestra atención para lo que Michelle Taruffo y Luigi Ferrajoli, dos autores italianos influyentes en el contexto doctrinario brasileño, dicen a respecto. Como será expuesto, las concepciones de estos autores son sintetizadas por la publicación *La verdad en el proceso penal*, de Nicolás Guzmán. Por tanto, después de la reconstrucción de los argumentos de los autores referidos, en el próximo tópico, desarrollaremos un análisis crítico con el objetivo de evidenciar sus contradicciones teóricas que mantienen la defensa del libre convencimiento.

2. LA VERDAD EN EL PROCESO: LOS ARGUMENTOS DE FERRAJOLI, TARUFFO Y GUZMÁN

El problema acerca del adecuado sistema de evaluación de pruebas y de interpretación jurídica es, por sí, interdisciplinar. Podemos abordarlo bajo una perspectiva práctica: ¿Cuál metodología jurídica es pertinente delante de los principios constitucionales y del Estado Democrático de Derecho? ¿Cómo, en la actividad jurisdiccional, hacer valer el contradictorio y la amplia defensa o deber de fundamentación de las decisiones? Esas cuestiones, por su vez, están implacablemente vinculadas al tema de la responsabilidad política del poder jurídico. Tales preguntas de orden práctica guardan paralelo, como era esperado, con dudas de dimensión teórica que se pasan en el área de la teoría del conocimiento y pueden direccionarse a los más intrincados dilemas de orden metafísica.

Al final, ¿podemos hablar de verdad en el ámbito del proceso jurídico? Tal verdad, ¿corresponde apenas a la verificación de los hechos, o también engloba la interpretación de normas? Algunos juristas utilizan distinciones como verdad procesual en oposición a la verdad material. Otros hablan de verdad relativa en detrimento de la verdad real etc. Contudo, el tema de la verdad en el ámbito jurídico nos lleva a uno de los puntos centrales de la propia historia de la filosofía: la teoría de la verdad. Pues, el Derecho y la racionalidad jurídica no se constituyen como entes aislados de paradigmas que se forman en el horizonte de la historia humana. En ese sentido, afirma Luigi Ferrajoli en su prefacio a la obra de Nicolás Guzmán:

se comprende entonces hasta dónde el problema de la verdad en el juicio penal supone y remite a aquel otro, que es el problema central

⁹ Al consultar la doctrina, hay un cierto patrón discursivo que se repite, lo cual, todavía, no presenta consistencia teórica. Al comentar el art. 155 del CPP, Guilherme Nucci, por ejemplo, afirma que "Cuando forma su convicción, ella puede ser verdadera (correspondiente a la realidad) o errónea (no correspondiente a la realidad), pero jamás *falsa*, que es un 'juicio no verdadero'. Defender que el juez alcanzó una convicción falsa sería lo mismo que decir que el juzgador alcanzó 'una certeza incerta', lo que es un contrasenso". In: NUCCI, G. *Código de Processo Penal Comentado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 338.

¹⁰ Para Paulo Rangel, "la adopción del sistema del libre convencimiento es expresión de la voluntad del legislador, que da al juez libertad de actuar de acuerdo con *las pruebas* que se encuentran en los autos, pues, si no están en los autos, no existen en el mundo". In: RANGEL, P. *Direito processual penal*, Atlas, São Paulo, 2017, p. 523.

¹¹ Pacelli, por su vez, afirma que "el juez es libre en la formación de su convencimiento, no estando comprometido por cualquier criterio de valoración previa de la prueba, pudiendo optar libremente por aquella que le parezca más convincente. Un único testigo, por ejemplo, podrá ser llevado en consideración por el juez, aunque en sentido contrario a dos o más testigos, desde que en consonancia con otras pruebas". In: PACCELLI, E.D.O. *Curso de Processo Penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 328.

¹² Mismo Aury Lopes Jr., que expresa posición crítica cuanto al libre convencimiento, reproduce la idea de que "sentencia" venga de *sententia*, que, a su vez, viene de *sentenciando*, gerundio del verbo *sentire*, dando la idea de que, por medio de ella, el juez experimente una emoción, una *intuición emocional*. Más que eso, él siente y declara lo que siente". In: LOPES JR. A. *Direito processual penal*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 1.083.

*de la filosofía teórica: el de la verdad y, más en general, el del conocimiento. No se trata de un problema, ciertamente difícil y controvertido, sino, antes bien, del problema filosófico por excelencia, que desde siempre ha fatigado a la flexión epistemológica, con una complicación no pequeña: la adquisición de la verdad en el proceso penal constituye el presupuesto de una decisión de condena o de absolución, que incide sobre las libertades fundamentales de la persona juzgada*¹³.

Para más allá de su referida influencia y relevancia, Ferrajoli y Taruffo guardan puntos en común cuyo análisis permitirá el desarrollo de una crítica general a su defensa de la idea de libre convencimiento. Las similitudes de familia, como diría Wittgenstein, entre los autores analizados tiene como origen una raíz positivista fundada en algunos dogmas como, por ejemplo, la defensa de la teoría correspondencial de la verdad, la circunscripción del concepto de verdad a los hechos y no a las normas o valores y, por tanto, el ceticismo en relación al proceso interpretativo. Estas premisas, entre otras que serán expuestas, implican para los autores la defensa del libre convencimiento jurídico de forma prácticamente unísona. Pretendemos por lo tanto, revisar estos puntos comunes entre los autores para que, al fin, sea posible realizar una crítica de la propia defensa del libre convencimiento en cuanto modelo de actuación judicial y apuntar para la posibilidad de superación al menos en nivel teórico.

Para Taruffo, la capacidad de obtención de la verdad en el proceso se revela mínima en se tratando de la tentativa de determinación del valor de pruebas *a priori* y, por otro lado, máxima cuando instituimos la libre apreciación judicial:

*El problema de la capacidad del proceso de alcanzar la verdad de los hechos no puede, pues, resolverse negativamente a priori y puede tener respuestas positivas distintas en función del tipo particular de proceso que se tome en consideración. Así, por ejemplo, se puede sostener que esa capacidad es mínima en un proceso que limite fuertemente el empleo de los medios de prueba y tenga muchas reglas de prueba tajada; en cambio, esa capacidad es máxima en un proceso en el que todas las pruebas relevantes sean admisibles y estén todas sujetas a la libre apreciación del juez*¹⁴.

Ferrajoli, por su vez, cuestiona:

*¿Qué significa la fórmula de la 'libre convicción del juez'? Significa que, a los fines de la condena, excluyendo-se que en el proceso se pueda alcanzar alguna vez la verdad absoluta, se requiere por lo menos, como débil pero necesario sustituto de una imposible certeza objetiva, la certeza subjetiva, es decir, la (libre) convicción del juez: la convicción, precisamente, no ya acerca de la verdad en torno a lo que realmente ha sucedido o no, sino solo acerca de la verdad del juicio de culpabilidad*¹⁵.

La citación es extraída del prefacio a la obra de Nicolás Guzmán, *La verdad en el proceso penal*. Como referido anteriormente, Guzmán realiza una síntesis de las premisas teóricas de Taruffo y Ferrajoli, con el intuito de, cómo el propio título denota, exponer una concepción acerca de la verdad en el ámbito del proceso jurídico. En su obra, Guzmán analiza brevemente teorías concurrentes de la verdad: la teoría de la verdad como coherencia, segundo la cual determinada creencia *x* es verdadera si y solamente si tal creencia fuera coherente con un conjunto determinado

¹³GUZMÁN, N. *La verdad en el proceso penal*, Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, prefacio.

¹⁴TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2005, p. 47.

¹⁵GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, prefacio.

de otras creencias, es decir, "en esta teoría, una relación de coherencia se supone dada o definida entre las creencias, siendo esta relación simétrica y transitiva, de manera tal que el campo de coherencia forma un único grupo de creencias que son llamadas 'verdaderas', mientras que las otras creencias son llamadas 'falsas'"¹⁶. La teoría pragmática de la verdad, cuya noción de verdad de determinada creencia se da en la medida en que sus consecuencias sean "buenas". "De acuerdo con la doctrina del pragmatismo, si cuando al perseguir un objetivo se mantiene una creencia que es relevante para la consecución de aquel, entonces la creencia es verdadera si favorece su realización y falsa si no la favorece"¹⁷. El autor explora brevemente lo que llama de "consensualismo", cuyo representante es Habermas y la idea de que "la verdad de una proposición significa la promesa de alcanzar un consenso racional sobre lo dicho"¹⁸.

La teoría de la verdad adoptada por Guzmán, todavía, es la tradicional teoría de la verdad como correspondencia: una creencia es verdadera si y solamente si corresponde a la realidad, o sea, *adaequatio rei et intellectus*. Tal adopción de la teoría de la verdad como correspondencia ocurre a partir de la concepción desarrollada por el lógico y matemático polonés Alfred Tarski. La teoría de la verdad como correspondencia de Tarski se diferencia de las demás teorías de la correspondencia en la medida en que proporciona solo un concepto semántico sobre la verdad, al contrario de asociar el término a determinados criterios teóricos. Así, para Tarski, una afirmación del tipo "la nieve es blanca" será verdadera si y solamente si la nieve fuera blanca. De ese modo, se obtiene un concepto formal de verdad a partir del uso de un metalenguaje generado con la utilización de comillas, sin que sea necesario, para la fijación teórica de este concepto, el establecimiento de criterios como lo de coherencia, consecuencias etc.^{19 20}.

Para Taruffo, la definición de verdad para Tarski "es relevante no sólo porque representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia, sino también porque parece dotada de una mayor generalidad, o de un alcance más fundamental, respecto de las otras teorías de la verdad"²¹. De acuerdo con Ferrajoli, se puede deducir una caracterización semántica adecuada de conceptos como 'verdad fáctica' y 'verdad jurídica' "dentro de un modelo ideal de jurisdicción penal rígidamente cognitivo de la definición de 'verdad' elaborada por Alfred Tarski, que es también una estipulación general de las condiciones de uso del termo 'verdadero'"²². Para Guzmán, en ese sentido,

Solo se podrá afirmar que es verdad que una persona cometió un delito cuando dicho delito esté perfectamente predeterminado por la ley penal, es decir, cuando el lenguaje legal formule una clara y precisa descripción de la conducta criminal de manera tal que permita establecer si es verdadera la aserción que afirma que una persona x cometió el hecho b descrito en la norma n. Es esta la importancia de la concepción semántica de la verdad en el derecho penal, donde el lenguaje legal como lenguaje-objeto, como lenguaje construido, puede ser comparado con los hechos de los cuales habla, permitiendo así la predicación de la verdad o falsedad de los enunciados que

¹⁶GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 65.

¹⁷GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 67.

¹⁸GUZMÁN, Nicolás. *Ob. Cit.*, p. 76.

¹⁹"La formulación de Tarski brinda una *definición* del concepto de verdad que se limita a indicar las condiciones de uso del término 'verdadero', con la ventaja de que nada dice de los *criterios* de verdad, es decir, de las condiciones de aceptación de la aserción como verdadera". In: GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 74.

²⁰Aunque también sea posible afirmar que tal abordaje semántico del concepto de verdad sea vacío o redundante. En ese sentido; ENGEL, P. *¿Qué es la verdad?: Reflexiones sobre algunos truismos*, Amorrotu, Buenos Aires, 2008.

²¹TARUFFO, M. *Ob. Cit.*, p. 170.

²²FERRAJOLI, L. *Direito e Razão*, Tradutores: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Chokur, Luiz Flávio Gomes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 41.

*afirman la comisión de un delito. Por estas razones la concepción semántica de la verdad resulta esencial en la fundación de las garantías penales y procesales*²³.

A partir de una concepción semántica de verdad, por tanto, Guzmán desarrolla una comprensión acerca del procedimiento jurídico que sea compatible con lo que el autor llama de "epistemología garantista", la cual es pauta por dos principios: lo de estricta legalidad y lo de estricta jurisdiccionalidad, resultado de la inversión de máxima hobbesiana *veritas, non auctoritas facit iudicium*²⁴. Estos dos principios sólo reproducen, entre tanto, las bases teóricas a partir de las cuales el positivismo lógico, por intermedio de Kelsen, concibe el fenómeno jurídico. De un lado, el empirismo o descriptivismo en el plan de los hechos y, del otro, la necesidad de precisión semántica de la legislación, una vez que, para Guzmán, enunciados normativos no pueden ser verdaderos ni falsos:

*allí donde la norma no es exacta, clara y dotada de precisión empírica, donde no puede haber verdad porque la ley contiene elementos valorativos que dejan librado al arbitrio del juez la decisión acerca de la extensión de su significado (es decir, la decisión acerca de en qué casos ella se aplica), no hay otra salida que recurrir a la mera retórica*²⁵.

Tal distinción hecha por Guzmán hace ecoar tanto lo que escribe Taruffo cuanto Ferrajoli a respecto. Para el primero,

los enunciados relativos a los aspectos jurídicos de la controversia pueden ser objeto de elección, de interpretación, de argumentación y de justificación, pero no pueden ser probados. También los enunciados relativos a los hechos son objeto de elección, de interpretación, de argumentación y de justificación, pero, sobre todo, se puede probar que esos son verdaderos o falsos^{26 27}.

Para Ferrajoli, en el mismo sentido, "sólo las afirmaciones dotadas de significado o de referencia empírica, es decir, que describen hechos o situaciones determinadas a partir del punto de vista de la observación"²⁸, pueden ser consideradas verdaderas. Términos valorativos como

'bueno', 'malo', 'feo', 'obsceno', 'púdico', 'abyecto', 'fútil', 'peligroso' y similares – cuya extensión es, además de indeterminada, igualmente indeterminable, dado que no sugiere propiedades o características objetivas, sino que expresan, mejor, las actitudes y las valoraciones subjetivas de quien las pronuncia. Las proposiciones en las cuales aparecen no son, por eso, verificables ni refutables, al no tener cualquier valor de verdad (denotación) y al ser por todo más discutibles con referencia a otros valores²⁹.

Tal restricción en relación a la posibilidad de verdad de afirmaciones no factuales lleva Ferrajoli a criticar posteriormente aquello que el autor denomina por "antipositivismo principialista" o "constitucionalismo principialista y/o no

²³ GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 82.

²⁴ GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 94.

²⁵ GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 84.

²⁶ TARUFFO, M. *Ob. Cit.*, p. 60.

²⁷ Específicamente sobre la concepción de la verdad de Michele Taruffo, ver: STRECK, L.L. "Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenéuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo", *Revista Sequencia*, Florianópolis, nº 74, (doi: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p115>), dez. 2016, p. 115-136.

²⁸ FERRAJOLI, L. *Ob. Cit.*, p. 97.

²⁹ FERRAJOLI, L. *Ob. Cit.*, p. 98.

positivista”³⁰. La relatividad de conceptos valorativos atribuida por Ferrajoli dedica su atención crítica a concepciones que defienden que el sistema jurídico, en algún sentido, es determinado por la existencia y validez argumentativa de principios abstractos que guardan conexión con la política o con la moral entendida de forma genérica. La alternativa dada por el autor en relación al “contenido abierto” de estos principios es, por tanto, la de que la cultura jus constitucionalista “– en vez de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y el conflicto entre derechos, y probablemente, preferir uno u otro, con base en el activismo judicial – promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo constitucional o más preciso y riguroso posible”³¹.

Guzmán, por otro lado, a pesar de adoptar la verdad como correspondencia limitada a hechos verificables, propone que la verdad es siempre relativa en el sentido de que “*el proceso judicial, como cualquier otro proceso de conocimiento, sólo podrá tender a una verdad relativa lo más aproximada posible al ideal de la correspondencia, con sus reglas y limitaciones*”³². El objetivo del autor, con afirmaciones como esta, es establecer un medio término entre lo que él considera ser lo “*escepticismo irracional*” y la idea de una “*verdad absoluta*”³³. La “verdad relativa” defendida por el autor, en ese sentido, estaría amparada en una concepción falibilista de filosofía de la ciencia, desarrollada por autores como Karl Popper: “*la epistemología contemporánea ha mostrado la esencial relatividad del conocimiento en los campos más variados, relatividad que nace de la conciencia de su misma falibilidad, es decir, de la posibilidad de ser siempre parcial o totalmente refutado*”³⁴.

En el mismo sentido, para Taruffo, el ceticismo en relación a la verdad está relacionado a un movimiento de reacción teórica por parte de “perfeccionistas” o “desiludidos”, “*es decir, de quien habiendo constatado que la verdad absoluta no es posible pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional*”³⁵. Ferrajoli, por su vez, partiendo de la dicotomía entre lo que llama de “*iluministas aludidos y iluministas desiludidos*”³⁶, afirma que “La seguridad de las motivaciones judiciales, tanto de hecho cuanto de derecho, es, en lo mejor de los casos – de modo no diferente, además, a la cualquier raciocinio empírico –, una certeza apenas relativa”³⁷.

El último aspecto epistemológico a ser destacado a partir de Ferrajoli dice respeto a la metodología empleada en la investigación bajo el proceso jurídico. Para el autor, “la prueba empírica de los hechos penalmente relevantes no es en realidad una actividad sólo cognitiva, pero constituye siempre la conclusión más o menos probable de un proceso inductivo, cuya aceptación es, por su vez, un acto práctico que expresa un poder de elección a respeto de hipótesis explicativas alternativas”³⁸. En ese sentido, la superación del modelo de la prueba tarifada por el libre convencimiento está conectada al cambio de la metodología deductiva, segundo la cual los dispositivos legales representan axiomas a ser aplicados por la metodología inductiva. Por tanto, aún segundo Ferrajoli, el rechazo de las pruebas legales y el principio de la libre convicción del juez “son también reflejo de dos adquisiciones modernas, una epistemológica y otra garantista”³⁹. En una dimensión epistemológica, Ferrajoli destaca, a partir de Hume, el carácter meramente probable

³⁰FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, L; STRECK, L.L; TRINDADE, A.K. (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

³¹FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo (...)*, Ob.Cit., p. 54.

³² GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 48.

³³ GUZMÁN, N. *Ob. Cit.*, p. 42.

³⁴ GUZMÁN, N. *Idem*.

³⁵ TARUFFO, Michele. *Ob. Cit.*, p. 30.

³⁶ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão (...)*, *Ob. Cit.*, p.51.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão (...)*, *Ob. Cit.*, p. 133.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão (...)*, *Ob. Cit.*, p. 34.

³⁹ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão (...)*, *Ob. Cit.*, p. 112.

de la verdad empírica resultante del método inductivo. En el plan político-jurídico, el autor afirma que la segunda adquisición consiste en la afirmación de los principios de la retributividad y de la legalidad estricta a partir de los cuales “la pena debe ser una consecuencia de la acción expresamente prevista en la ley como delito y no de otra acción por ella prevista como probatoria”. Así, el autor concluye que

Las dos adquisiciones están conectadas entre sí.. Sólo en la medida en que se reconozca, conforme el carácter no deductivo, pero inductivo del raciocinio probatorio, que ninguna prueba implica necesariamente el delito, se puede decir, conforme el principio de la legalidad estricta, que la condenación y la pena no vienen de la prueba, pero del delito. En este sentido, el principio de la libre convicción del juez no representa un criterio positivo de decisión sobre la verdad, alternativo a las pruebas legales, pero equivale simplemente al rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la condena y la pena⁴⁰.

Cómo anticipado, las consideraciones de los tres autores aquí abordados guardan diversos puntos teóricos en común, los cuales llevan a la defensa del libre convencimiento como la mejor alternativa a la práctica jurídica. A partir de lo que fue expuesto, es posible afirmar que tal defensa no posee sólo un aspecto negativo, como si el libre convencimiento fuera solo la alternativa menos peor entre las demás. Se puede percibir, también, una evaluación positiva que es respaldada por las premisas teóricas comunes entre los autores. A partir de lo que hasta el momento fue analizado, por tanto, destacamos los siguientes tópicos que mantienen la defensa teórica del libre convencimiento en las obras de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán:

- I) la adopción de la definición semántica de la verdad de Tarski, entendida como correspondencia;
- II) la restricción de la concepción de verdad a proposiciones empíricas
- III) la defensa de una verdad relativa a partir de una perspectiva falibilista;
- IV) la conciliación de estas concepciones con la idea de libre convencimiento;

En el próximo tópico, pretendemos revisar los puntos destacados de forma crítica. Como será expuesto, la base teórica de los autores abordados, la cual los lleva a defender la manutención del libre convencimiento, presenta déficits epistemológicos que, si fueran debidamente sanados, nos llevarían a reconsiderar no solo a su defensa del libre convencimiento, pero la propia concepción positivista del derecho presentada por los autores.

3. PUNTOS DE DIVERGENCIA: EL LENGUAJE COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD EPISTÉMICA

A partir de los puntos destacados, comunes entre Ferrajoli, Taruffo y Guzmán, podemos afirmar que su base teórica se sitúa al lado de fuera de lo que podemos llamar de *linguistic turn*⁴¹, caracterizado por la consideración de que, en

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão* (...), *Idem*.

⁴¹ Sobre el tema, Taruffo afirma, por ejemplo, que “el *linguistic turn* tuvo efecto de extinguir todas las conexiones entre el lenguaje y el mundo, bien como de mover todo el problema de la verdad *para dentro* de la dimensión lingüística de la experiencia y del conocimiento. Afirmando que el conocimiento, la realidad y la verdad son exclusivamente productos del lenguaje, se acaba, por negar la existencia de cualquier realidad independiente del lenguaje que pudiera determinar la veracidad o la falsedad de cada pensamiento”. In: TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, tradução: Vitor de Paula Ramos, Marcial Pons, São Paulo, 2012, p. 97.

contraposición al realismo ingenuo, nuestro acceso al "mundo" tiene como condición de posibilidad el lenguaje. Eso significa que nuestras constataciones, sean ellas empíricas o normativas, ocurren en aquello que Willfrid Sellars denomina *space of reasons* (espacio de razones): "lo esencial es que, al caracterizar un episodio o un estado como aquello del saber, no estamos dando una descripción empírica de ese episodio o estado; estamos poniéndolos en el espacio lógico de las razones, de justificar y poder justificar lo que se dice"⁴².

Una vez situados en el lenguaje y, por tanto, sujetos a la necesidad de proporcionar y exigir razones para nuestras creencias, el elemento puramente descriptivo, a partir de lo cual los autores objeto de este texto desarrollan sus concepciones, es debilitado. Eso porque la perspectiva positivista que traspasa sus textos presupone que los conceptos o enunciados dotados de carga descriptiva y, por tanto, científicos, serían tan solamente aquellos que de algún modo se "derivan de la experiencia", o sea, aquellos conceptos o enunciados que pueden ser reductibles a los elementos de la experiencia de los sentidos (impresiones, percepciones, recuerdos visuales o auditivos, etc.). Todavía, como afirma Karl Popper, "se exigimos que la justificación se realice por una argumentación a través de raciocinios, en sentido lógico de la expresión, entonces nos comprometemos con la concepción de que *solamente se puede justificar los enunciados por medio de otros enunciados*"⁴³.

Para Popper, autor cuya idea de falibilismo es adoptada tanto por Ferrajoli cuanto por Taruffo, la *lógica de la investigación científica* no es pautada por una metodología inductiva segundo la cual nuestras teorías generales serían fruto de observaciones empíricas individuales, fruto de un contacto directo con el mundo externo o correspondientes con este en el sentido de la teoría correspondencial de la verdad encampada por Taruffo, Ferrajoli y Guzmán. Al contrario, según el falibilismo, el desarrollo de una teoría parte de una hipótesis teórica cuya corroboración sucede de manera negativa, esto es, a partir de su justificación y consistencia continua delante de hipótesis contrarias. Se trata, por tanto, de un proceso (a) normativo y (b) intersubjetivo. En ese sentido, afirma Popper:

Mi uso del término 'objetivo' y 'subjetivo' no es diferente del uso kantiano. Él usa la palabra 'objetivo' para indicar que el conocimiento científico debería ser *justificable*, independientemente del capricho de cualquier persona: una justificación es 'objetiva' si cualquier persona puede en principio testar y comprenderla. 'Si alguna cosa es válida', escribe él, 'para cualquier persona plena de su razón, entonces sus fundamentos son objetivos y suficientes'.

Ora, definiendo que las teorías científicas nunca son enteramente justificables o verificables, pero que, sin embargo, son testables. Afirmino, por tanto, que la *objetividad* de los enunciados científicos reside en el hecho de que ellos pueden ser *testados intersubjetivamente*⁴⁴.

Reforzando el carácter primordialmente teórico de las hipótesis científicas (y, por tanto, no meramente empírico), Popper afirma en otro pasaje de su texto que "las teorías son redes que lanzamos para capturar lo que llamamos 'el mundo': para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo. Hacemos un esfuerzo para dejar los huecos cada vez menores"⁴⁵ y que, en ese sentido,

Mi punto de vista es, resumidamente, que nuestro lenguaje ordinario está repleto de teorías; que la observación siempre es *observación a la luz de las teorías*; es que es solamente el perjuicio inductivista que

⁴² SELLARS, W. *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press, Cambridge, 1997, p. 76.

⁴³ POPPER, K. *A lógica da investigação científica*, In: *Os Pensadores*, Abril S.A. Cultural e Industrial, São Paulo, 1975, p. 316.

⁴⁴ POPPER, K. *A lógica da investigação científica*, Ob. Cit., p. 277.

⁴⁵ POPPER, K. *A lógica da investigação científica*, Ob. Cit., p. 287.

lleva a las personas a pensar que podría existir un lenguaje fenoménico, libre de las teorías y diferente de un 'lenguaje teórico'; y finalmente, qué el teórico se interesa por la explicación en cuanto tal, en otras palabras, por las teorías explicativas testables: las aplicaciones y las predicciones le interesan únicamente por razones teóricas – porque pueden ser usadas como *testes* de las teorías⁴⁶.

La noción aquí presentada a partir de Popper, de que teorías científicas están sujetas al ámbito normativo e intersubjetivo del lenguaje no amenaza solo la concepción correspondencial de la verdad defendida por los autores en análisis en este texto, sino la dicotomía hecho/norma que la mantiene. Dada la primacía de la teoría frente a la "experiencia" en el desarrollo de una hipótesis científica, se puede concluir que comprensiones previas acerca de standards normativos como los conceptos de simplicidad y coherencia, por ejemplo, anteceden nuestras definiciones (incluso las empíricas) acerca de la realidad. En este sentido, afirma Putnam que "un ser sin valores también no tenía hechos"⁴⁷.

En la terminología de Putnam, tales standards normativos son llamados de valores epistémicos⁴⁸ que guían las hipótesis científicas en el sentido de que las descripciones de estas en relación a la realidad sean las *mejores* posibles. Sin embargo, si admitimos con Putnam que la descripción de hechos y valores están enmarañados (*the entanglement of fact and value*), la ruptura empirista de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán fallece epistémicamente, así como la concepción neopositivista sobre la verdad endosada por ellos. Guardadas las distinciones con Putnam, Popper afirma algo semejante acerca de la relación existente entre valores y teorías científicas:

Así, admito abiertamente que para llegar a mis propuestas fui guiado, en último análisis, por juicios de valor y predilecciones. Pero, espero que mis propuestas puedan ser aceptables para aquellos que valoran no solo el rigor lógico sino también la libertad con relación al dogmatismo; para aquellos que buscan la aplicabilidad de la práctica, pero que son aún más llamados por la aventura de la ciencia y por las descubiertas que de manera siempre renovada nos ponen frente a frente con nuevas e inesperadas cuestiones, nos desafiando a intentar nuevas respuestas aún no esperadas⁴⁹.

Las referencias a tales autores y perspectivas vinculadas al que podemos llamar de filosofía analítica hacen ecoar ideas que defienden la Crítica Hermenéutica del Derecho⁵⁰ a partir de la cual las tesis de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán son aquí re leídas. Pues, afirmar, en contraposición al ideario epistemológico positivista, que (a) teorías científicas están vinculadas al carácter lingüístico y, por tanto, intersubjetivo de la razón, (b) que, por tanto, traen consigo un elemento normativo indisoluble de su carácter descriptivo y que, en ese sentido, (c) su corroboración no depende de la

⁴⁶ POPPER, K. *Ob. Cit.*, p. 287.

⁴⁷ PUTNAM, H. *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, p. 201.

⁴⁸ Nesse sentido, ver: PUTNAM, H. *The collapse of the fact/value Dichotomy*, Harvard University press, Cambridge, 2002.

⁴⁹ POPPER, K. *A lógica da investigação científica*, *Ob. Cit.*, p. 272.

⁵⁰ En una síntesis, la Crítica Hermenéutica del Derecho, CHD, es una construcción teórica de Lenio Streck, consistente en la conjunción de perspectivas que, sea en la filosofía, sea en la teoría del derecho, comparten presupuestos hermenéuticos en se tratando de temas como racionalidad, conocimiento e interpretación. Eso significa, de modo más concreto, concebir nuestra comprensión acerca de los fenómenos, incluso el derecho, a partir de elementos como la historicidad, la intersubjetividad lingüística y la circularidad interpretativa. Una vez realizada asimilación de estas teorías, se desarrolla una crítica a corrientes jurídicas contemporáneas y las prácticas irreflexivas del derecho brasileño, además de la elaboración de una Teoría de la Decisión Jurídica. Ver, en ese sentido STRECK, *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, e STRECK, *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*.

correspondencia con el "mundo externo", pero de la constante confrontación dialéctica que transcurre de la exigencia de justificación, es algo muy cercano a los elementos centrales de la hermenéutica filosófica desarrollada por Gadamer en *Verdad y Método*.

Como afirma Gadamer, la experiencia hermenéutica, cuyo carácter es universal, consiste en un proceso que "es esencialmente negativo. Él no puede ser descrito simplemente como la formación, sin rupturas, de universalidades típicas. Esa formación sucede antes, por cuenta, de las falsas universalizaciones seran constantemente refutadas por la experiencia; las cosas entendidas por típicas son des tipificadas"⁵¹. No por acaso, Gadamer reconoce en nota a este fragmento la similitud de su propuesta con el par de conceptos de Popper *trial and error*. La noción de tentativa y error está en la base, por lo tanto, de la idea del *círculo hermenéutico*.

Con efecto, la noción de círculo hermenéutico consiste en el movimiento reiterado entre el todo y la parte, en que el intérprete empieza la comprensión a partir de una concepción previa o pre-juicio (*Vorurteil*) acerca del contenido general del texto y, en la medida en que avanza en la lectura de cada tópico, va reformulando su propia concepción previa: "y así como el hablar presupone el uso de palabras previas dotadas de un significado general, existe un proceso continuo de formación de los conceptos por lo cual avanza la vida significativa [*Bedeutungsleben*] del propio lenguaje"⁵².

Por eso afirmamos, a partir de la hermenéutica filosófica, "no interpretamos para comprender, pero comprendemos para interpretar"⁵³. Tal nivel (pre) comprensivo consiste en el todo orgánico constituido por el lenguaje y, en ese sentido, siendo el lenguaje mismo el espacio de razones (*space of reasons*) anteriormente abordado, él determina normativamente la dirección (o la hipótesis) a partir de la cual cualquier abordaje teórico tiene su *starting point*. Se trata, por lo tanto, de lo que Gadamer denomina de la autoridad de la tradición: "No es solo el objeto preferencial de la comprensión, la tradición, que posee la naturaleza del lenguaje. La propia comprensión posee una relación fundamental con el carácter del lenguaje"⁵⁴.

Sea a partir de una perspectiva analítica, sea a partir de la hermenéutica filosófica, se percibe que la intersubjetividad lingüística y su innata normatividad son temas difícilmente des considerables por una concepción epistemológica contemporánea. El silencio de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán frente al que llamamos de *reviravuelta lingüístico-pragmático en la filosofía contemporánea*⁵⁵ es, en ese sentido, apenas un síntoma más de la repristinación de presupuestos teóricos positivistas. Al ignorar la intersubjetividad y normatividad del lenguaje como condición epistémica, los referidos autores también dejan de atentar para la indispensable dimensión justificatoria de nuestros enunciados (sean ellos empíricos o no). La noción de libre convencimiento, en este contexto, revela no sólo el déficit de responsabilidad política y jurídica en relación al deber de justificación de decisiones judiciales, sino también, en ese sentido, una dosis de irresponsabilidad epistémica.

Retomemos, sin embargo, los cinco puntos destacados en el último tópico, en que intentamos destacar premisas teóricas comunes a Ferrajoli, Taruffo y Guzmán y que mantienen su defensa del libre convencimiento:

I) verdad como correspondencia – conforme lo que ya fue desarrollado, la adecuación de determinada teoría, mismo que empírica, demanda por un proceso de

⁵¹ GADAMER, H.G. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Tradução de Flávio Paulo Meurer, Vozes, Petrópolis, 2014, p. 462.

⁵² GADAMER, H.G. *Ob. Cit.*, p. 554.

⁵³ STRECK, L.L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2013, p. 391.

⁵⁴ GADAMER, H.G. *Ob. Cit.*, p. 512.

⁵⁵ OLIVEIRA, M.A.D. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, Loyola, São Paulo, 2001.

justificación en que ofrecemos y exigimos razones. Por lo tanto, la idea de simple correspondencia de determinado enunciado con el "mundo externo" está más allá de la normatividad ínsita al propio lenguaje. Como destacado, los autores proponen en sus textos, mismo que de forma muy breve, la adopción de la definición semántica de verdad de Alfred Tarski. Mismo que tal gesto evite la necesidad de profundizar en la idea de correspondencia tal como encontramos en las tesis realistas clásicas, y todos los problemas metafísicos por ella implicados, se debe comprender que la teoría de Tarski ignora el problema acerca de las condiciones de empleo del concepto de verdad, de manera que la simple adopción de su definición por parte de Ferrajoli y Taruffo acaba por ser inocua delante de sus propósitos (la defensa de la verdad en relación a las afirmaciones empíricas, en detrimento de afirmaciones normativas);

II) La restricción del concepto de verdad a proposiciones empíricas – al mismo tiempo en que incorporan sus tesis la idea de falibilismo desarrollada por Popper, los autores ignoran la realidad de que, para Popper, la precedencia de hipótesis teóricas previas en la formulación de teorías científicas vincula la investigación científica a *standards* normativos (o, en otros términos, valores) que guían el proceso de corroboración de teorías (que consiste en la posibilidad de falseamiento). Así, se convierte sin sentido la dicotomía hecho/valor, una vez que mismo las teorías descriptivas presuponen conceptos normativos. Como afirma Putnam, hechos y valores están "enmarañados". A partir de la hermenéutica filosófica, por su vez, podemos afirmar que toda experiencia de mundo es dependiente de un nivel pre-comprensivo en que se sitúa una determinada tradición lingüística la cual predetermina la formulación de hipótesis interpretativas.

III) la defensa de una verdad relativa – de forma reiterada, Ferrajoli, Taruffo y Guzmán afirman que no se puede hablar en verdades absolutas, sino sólo en verdades relativas. Todavía, la idea de falibilismo a partir de la cual los autores defienden esta tesis está mucho más vinculada a la dialéctica negativa en que el desarrollo del conocimiento ocurre. Esto es, tal como para Gadamer y su presentación del círculo hermenéutico, poner la consistencia de una teoría incesantemente a prueba. Esto no nos lleva al extraño concepto de "verdad relativa"⁵⁶ en contraposición a la "verdad objetiva" de que tratan los autores, pero el constante enfrentamiento con teorías adversarias que proponen el falseamiento de nuestras concepciones o, en términos gadamerianos, a la abertura permanente al diálogo;

IV) la conciliación de estas concepciones con la idea de libre convencimiento – Ferrajoli propone que el pasaje de la prueba tarifada al libre convencimiento guarda un paralelo en relación a la evolución de la metodología científica. Cuánto a las pruebas tarifadas serían vinculadas al método deductivo, el libre convencimiento estaría de acuerdo con la correcta metodología inductiva (la formulación de tesis generales a partir de constataciones individuales y circunstanciales). Todavía, esta posición es contraria una vez más al falibilismo defendido por el propio autor. Grande parte de *La lógica de la investigación científica* de Popper consiste en una crítica a la metodología inductiva a partir de lo que fue expuesto: la precedencia de hipótesis generales confirmadas que son corroboradas a partir de su consistencia (o coherencia) delante de hipótesis adversas.

Se concluye, por lo tanto, que las premisas teóricas a partir de las cuales Ferrajoli, Taruffo y Guzmán defienden la idea de libre convencimiento son cuestionables. Lo son tanto internamente, una vez que sus conclusiones no son coherentes con el falibilismo defendido por los propios autores, ni a nivel comparado, una vez que ignoran implicaciones centrales del *linguistic turn*, como podemos concluir a partir de la revisión de autores de tradición así llamada analítica (Sellars, Popper y Putnam) como continental (Gadamer).

⁵⁶Para Taruffo, "el problema no es, en efecto, conjeturar que se alcancen míticas verdades absolutas sino establecer qué verdades relativas y razonables pueden ser concretamente determinadas". In: TARUFFO, M. *La prueba (...)* Ob. Cit., p. 46.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La noción de libre convencimiento es tan diseminada cuanto poco problematizada. Al consultar la doctrina nacional, se desprende una simple repetición de lugares comunes los cuales, de un lado, no explicitan de forma detallada el desarrollo histórico del concepto y, de otro, son incapaces de justificarlo teóricamente. Teniendo en vista el reconocimiento e influencia de las teorías de Ferrajoli y Taruffo, se buscó revisarlas con el intuito de comprender sus presupuestos, tarea que se torna más viable a partir de la didáctica síntesis de estos dos autores realizada por Guzmán.

Sin embargo, al analizar los aspectos filosóficos que mantienen la defensa del libre convencimiento, podemos concluir, a partir de la sintética exposición anterior, que sus relevantes concepciones dejan de lado problemas epistemológicos centrales para la filosofía contemporánea. Queda claro que las breves consideraciones aquí hechas no poseen un carácter conclusivo (ni podrían, si queremos llevar el falibilismo o el diálogo de qué habla la hermenéutica filosófica en serio). Todavía, podemos cuestionar: ¿el libre convencimiento hace sentido en nivel teórico?

Para responder a esta pregunta, no podemos permanecer con la simple dicotomía entre el sistema de pruebas tarifadas y el libre convencimiento. Al final, la negación del primero no nos lleva necesariamente a concordar con el segundo. Sabemos que el establecimiento de determinado contexto fáctico a partir de la interpretación de las pruebas es relativo a determinada situación pragmática que no puede ser absolutamente prevista por enunciados legales. Sin embargo, si, a partir de lo que fue dicho anteriormente, llevamos en consideración que el conocimiento presupone la justificación, la cual se da en una dimensión lingüística y, por tanto, intersubjetiva, la idea de "libertad" presentada por este concepto pierde todo el sentido. La racionalidad jurídica no se da en una burbuja epistemológica a partir de otras instancias, y, excluyendo tesis conscientemente relativistas, no vemos científicos o filósofos defendiendo conceptos similares en sus respectivas áreas. Eso no los lleva a creer que cargan consigo "verdades absolutas" o métodos irrevocables de investigación, sino simplemente a estar abiertos al diálogo y a la corrección de sus hipótesis.

Por otro lado, enfatizamos la contradicción interna insoluble de las concepciones que intentan conciliar la teoría de la verdad como correspondencia con la idea de libre convencimiento. A final, en cualquier sentido teórico que sea relevante, la teoría de la verdad correspondencial presupone que nuestros juicios son verdaderos cuando adecuados al "mundo externo" (independientemente del sentido ontológico que tal expresión pueda tener en distintos casos), habiendo, por tanto, una subordinación de aquellos en relación a este. ¿Cómo sería posible, por tanto, proponer este concepto de verdad y al mismo tiempo decir que los jueces poseen libertad en relación a la evaluación de las pruebas o a los propios hechos que deben considerar para la formulación de sus decisiones? Desacuerdos teóricos a parte en relación a la concepción de verdad como correspondencia, se desarrollamos una teoría de la decisión bajo una perspectiva paradigmática o coherente, deberíamos afirmar, entonces, que se defendemos la verdad en cuanto correspondencia, arcando con la responsabilidad argumentativa a su favor, en este caso mismo, es que los jueces no poseen libertad en relación a los hechos que deben describir y juzgar.

Sin embargo, la idea de libre convencimiento no carga consigo solo premisas teóricas equivocadas. Ella también causa consecuencias políticas perjudiciales se consideramos que el derecho es un medio de realización de ideales democráticos, como expuesto por nosotros en diversos textos⁵⁷. Teniendo en vista el constante empeoramiento de aquello que Warat denomina de *senso comum* teórico de los juristas, brevemente retratado en la introducción de este texto, la perpetuación de este concepto en el imaginario del derecho brasileiro representa una carta blanca para

⁵⁷ Ver, por ejemplo, los verbetes *Livre apreciação da prova* e *Livre convencimento (motivado)* em: STRECK, L.L. *Dicionário de Hermenêutica (...)*. Ob. Cit., p. 199 e ss.

decisionistas, como destacamos en otros textos^{58 59}. Tal circunstancia de anomía hermenéutica también es reconocida por el propio Ferrajoli:

El abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, contudo, del modo como fue concebido y practicado por la cultura jurídica pos-iluminista, correspondió a una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la 'libre convicción', que por sí misma expresa solo un trivial principio negativo, que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales, sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como um critério arbitrário de valoración, sustitutivo de las pruebas legales⁶⁰.

Si el iusfilósofo italiano, corroborado por Guzmán, hunde su perspectiva teórica con la política a partir de una "epistemología garantista" pautada en dos principios antes expuestos (lo de la estricta legalidad y lo de la estricta jurisdiccionalidad, resultado de la inversión de la máxima hobbesiana *veritas, non auctoritas facit iudicium*), nos permitimos aquí realizar movimientos similares a partir de los puntos anteriormente desarrollados. De un lado, podemos afirmar que la perspectiva falibilista, vinculada a la idea de que las teorías deben estar disponibles al falseamiento, lo que, como expuesto, guarda vínculos relevantes con la noción hermenéutica de diálogo, puede ser asociada al principio del contradictorio y amplia defensa. Por otro lado, la constatación epistemológica de que nuestra experiencia de mundo se da en un contexto lingüístico e intersubjetivo donde nuestras (pre) compresiones deben ser justificadas puede ser traducida en el lenguaje constitucional con el derecho/deber de fundamentación de las decisiones judiciales registrado en el artículo 93, IX, de la Constitución Federal.

Seamos epistémica y políticamente responsables en el sentido de demandar que la concretud de la interpretación, sea de dispositivos legales o de hechos, la cual siempre transborda la posibilidad de anticipación de sentido a través de simples enunciados, no confiere libertad al ejercicio de la actividad jurídica, en el sentido usual que puede ser observado en la jurisprudencia y que es, por su vez, mantenido, aunque indirectamente, por equívocos teóricos. Afirmamos, por lo tanto, que la actividad jurisdiccional no puede ser comprendida como una racionalidad subjetivista y aislada, tal cual el concepto de libre convencimiento sugiere. Es, al revés, una práctica que debe estar epistemológica y políticamente sujeta a la justificación y a la revisión delante de nuevos argumentos.

Las intrincadas cuestiones en torno del tema de la decisión judicial nos llevan a problemas relacionados a la propia historia de la filosofía. Con el concepto de libre convencimiento, la situación no es diferente. Como fue explorado, hay un gran déficit epistémico en la doctrina jurídica nacional e internacional y, aunque se haga un análisis de las excepciones, lo que se quiso con este texto, fueron constatadas contradicciones teóricas insolubles, por más supuestamente sofisticadas que las teorías sean. Así, con las críticas y propuestas aquí desarrolladas, anhelamos estimular el debate y la profundización en una temática tan cara no solo a la teoría, sino a la democracia: la actuación jurisdiccional y sus límites filosóficos y políticos.

5. BIBLIOGRAFÍA

ENGEL, P. *¿Qué es la verdad?: Reflexiones sobre algunos truisms*, Amorrotu, Buenos Aires, 2008.

⁵⁸Remetemos nuevamente a: STRECK, L.L. *Dicionário de Hermenêutica*. Ob. Cit.

⁵⁹Y: MACEDO, E. H. & JUNG, L.N. "(Re)discutindo o livre convencimento judicial: os limites da decisão judicial no Estado Democrático de Direito", *Revista Brasileira de Direito Processual*, Fórum, Belo Horizonte, 2015, n. 91, pp. 41-60.

⁶⁰FERRAJOLI, L. *Direito e Razão* (...) Ob. Cit., p.112.

- FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L & TRINDADE, A.K. (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2012.
- _____. *Direito e Razão*, Tradutores: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Chokur, Luiz Flávio Gomes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- GADAMER, H.G. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Tradução de Flávio Paulo Meurer, Vozes, Petrópolis, 2014.
- GUZMÁN, N. *La verdad en el proceso penal*, Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- LOPES JR., A. *Direito processual penal*, Saraiva, São Paulo, 2013.
- MACEDO, E.H.; JUNG, L.N. "(Re)discutindo o livre convencimento judicial: os limites da decisão judicial no Estado Democrático de Direito", *Revista Brasileira de Direito Processual*, Fórum, Belo Horizonte, 2015, n. 91, pp. 41-60.
- NUCCI, G.D.S. *Código de Processo Penal Comentado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- OLIVEIRA, M.A.D. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, Loyola, São Paulo, 2001.
- PACELLI, E.D.O. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- PIERANGELLI, J.H. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*, Jalovi, Bauru, 1983.
- POPPER, K. "A lógica da investigação científica", *Os Pensadores*, Abril, São Paulo, 1975.
- PUTNAM, H. *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981.
- _____. *The collapse of the fact/value Dichotomy*, Harvard University press, Cambridge, 2002.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2017.
- SELLARS, W. *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.
- STRECK, L.L.; NUNES, D.; CUNHA, L.C.D. *Comentários ao código de processo civil*, Saraiva, São Paulo, 2017. E-book.
- STRECK, L.L. *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Letramento, Belo Horizonte, 2020.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2013.
- _____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4º ed., Saraiva, São Paulo, 2011.
- TARUFFO, M. *A motivação da sentença civil*, Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos, Marcial Pons, São Paulo, 2015.
- _____. *La prueba de los hechos*, Traducción: de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2005.
- _____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, Tradução: Vitor de Paula Ramos, Marcial Pons, São Paulo, 2012.

A FALÁCIA DA ISONOMIA ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: QUANDO A ESTRUTURAÇÃO MATERIAL E ORÇAMENTÁRIA IMPORTA!

The fallacy of isonomy between the parties in the brazilian criminal procedure: when the material and budgetary structure matters!

Leonardo Costa de Paula¹

Universidade Federal Fluminense e Observatório da Mentalidade Inquisitória

Vinícius Diniz Monteiro de Barros²

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Defensoria Pública da União

Sumário: 1. Introdução; 2. Estrutura do sistema jurisdicional segundo a Constituição brasileira e os sujeitos processuais; 2.1. Pela CRFB, quem julga?; 2.2. Pela CRFB, quem promove a ação, deflagra o processo e controla a investigação?; 2.3. Pela CRFB, quem promove a defesa? 2.4. Pela CRFB, quem investiga?; 3. Da suposta isonomia das partes e o paradoxo do artigo 14 do CPP; 4. A Lei Orçamentária da União e a Política Criminal inquisitorial: O Brasil cumpre o artigo 134 da CRFB em prol da população que mais precisa?; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

Resumo: A partir de revisão bibliográfica e análise documental da Lei Orçamentária Anual de 2023 da União se buscou com este estudo compreender: qual a amplitude da isonomia das partes em vista da previsão constitucional da ampla defesa em favor dos sujeitos processuais e em que medida o Estado brasileiro preserva e realiza os direitos e garantias individuais de acesso de todas as pessoas ao sistema jurisdicional em todos os graus, judicial ou extrajudicial, mas especialmente na fase investigativa do processo penal? Essas perguntas com o foco no Processo Penal e na participação efetiva ou não dos cidadãos na investigação preliminar permitirão compreender um importante ponto de manutenção da mentalidade inquisitorial no sistema processual penal brasileiro como deliberada política pública, que é a não implantação adequada da Defensoria Pública nos Estados e na União, reforçada pela repetição, afrontosa à Constituição, de que a ampla defesa poderia ser mitigada na investigação preliminar

Palavras-chave: Isonomia das partes, paridade de armas, ampla defesa, investigação preliminar, inquérito policial.

Abstract: Based on a bibliographical review and document analysis of the 2023 Brazilian Federal Annual Budget Law, this study sought to understand: what is the extent of isonomy of the parties according to the constitutional mandament of ample defense in favor of procedural subjects and to what extent the Brazilian State

¹Doutor em Direito do Estado (UFPR). Mestre em Direito Público (UNESA). Professor Adjunto de Direito Processual Penal. Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória.

Orcid. <https://orcid.org/0000-0002-7203-845X>

e-mail: lcipaulla@id.uff.br

²Doutor e Mestre em Direito Processual Penal (PUC-Minas). Pós-doutoramentos em Filosofia Contemporânea e Psicanálise (FAJE) e em Filosofia da Mente (FAJE). Doutorando em Filosofia (UFMG). Professor da graduação e Colaborador do PPGD da PUC Minas. Defensor Público Federal em Belo Horizonte-MG

Orcid. <https://orcid.org/0000-0001-8961-6669>

e-mail: vinicius_dmb@hotmail.com

preserves and fulfills the individual rights and guarantees of access for all people to the legal system at all levels, judicial or extrajudicial, but especially in the investigative phase, or pretrial, of the criminal process? These questions with a focus on the Criminal Procedure and the (un)effective participation of the citizens in the preliminary investigation will allow us to understand an important point of maintenance of the inquisitorial mentality in the Brazilian criminal procedural system as a deliberate public policy, which is the lack of adequate implementation of the Public Defender's Office in the States and in the Union, reinforced by the repetition, affronting the Constitution, that the ample defense could be mitigated in the preliminary investigation.

Keywords: isonomy, accusatory system, contradictory, ample defense, due process, investigative phase, budget, structure, fallacy.

1. INTRODUÇÃO

O objeto da presente pesquisa está, desde o segundo capítulo, em esclarecer a distribuição das funções no processo penal a partir da Constituição, ou seja, identificar quem tem a função de acusar, quem tem a função de defender, quem tem a função de julgar e quem tem a função de investigar, remunerados todos pelo Estado.

No terceiro capítulo se tratará da isonomia das partes em consonância com os outros princípios e garantias da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que possam estruturar a distribuição das funções para contrastar o conteúdo expresso do artigo 14 do Código de Processo Penal, doravante CPP.

Já no quarto capítulo o trabalho foca em analisar a distribuição dos recursos públicos para o Judiciário Federal, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União. Neste ponto, pretende-se entender a distribuição dos recursos estatais para custear as funções públicas de julgar, investigar, acusar e defender quem não tem condições de contratar um advogado ou advogada e se essa distribuição de recursos está consonante com a própria Constituição, quando regula as políticas públicas voltadas para o processo penal.

Ao final se conclui o trabalho com a resposta da pergunta matriz da pesquisa que é: o princípio da isonomia, ao lado das garantias de ampla defesa e contraditório de todos os sujeitos no devido processo penal brasileiro, está acompanhado da distribuição de recursos ou essa projeta uma política criminal e processual penal em disparidade com a Constituição?

Em termos metodológicos, utilizou-se de pesquisa bibliográfica acerca da definição das funções no Processo Penal a partir da Constituição e, quanto aos dados orçamentários indispensáveis ao trabalho, realizou-se pesquisa exploratória com análise documental da Lei Orçamentária Anual da União de 2023, além da análise de documentos da própria Defensoria Pública da União sobre a (ausência de) oferta de seus serviços à população mais vulnerável.

2. ESTRUTURA DO SISTEMA JURISDICIONAL SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS SUJEITOS PROCESSUAIS

Pode existir uma resistência em nominar de atores processuais os sujeitos que porventura participem do processo penal. Quem tem resistência a esta identificação talvez assim entenda por conta da possibilidade de se compreender que o processo penal não seria uma cena ou teatro. Não se trata disso; trata-se mais singelamente nesta pesquisa de classificar como ator, ou atriz, a quem desempenha

um papel definido, delimitado. Assim, escolheu-se o vocábulo que daria conjunto aos diversos sujeitos que exercem função específica no processo penal, aquele que representaria quem tem papel definido em uma estrutura normativa constitucional e legal. Ou atores ou sujeitos, usam-se aqui ambas as expressões como sinônimas para designar aqueles e aquelas que atuam no Processo Penal com papel constitucional e legalmente estabelecido.

O objeto da presente pesquisa passa por verificar a função e a atuação dos sujeitos ou atores processuais e se o fazem segundo as bases constitucionais acerca da isonomia. Então, é necessário que se identifique como a Constituição elabora a separação das funções no processo penal, de forma ampla, e qual a participação desses sujeitos dentro do campo de atuação normativamente estabelecido. Sem isso, o que alguns autores eventualmente fazem é perpetuar a identidade maquiavélica elaborada por Francisco Campos ao importar e realizar uma má tradução, ou cópia mal feita, nas palavras de Coutinho³, do Código de Processo Penal italiano da época de Mussolini.

Ao se investigar a atuação dos sujeitos no processo penal, é preciso ter em mente o que na Constituição está definido. Efetivamente, como importa tratar com mais atenção a isonomia entre as partes, o foco depende da elaboração teórica acerca dos sistemas processuais, dado que, de forma muito sintética, essa elaboração permitirá que se identifique a função de cada sujeito processual para, depois, se verificar se a atuação dos sujeitos do processo é isonômica ou não, em especial na fase investigativa.

Sabe-se que um processo lida especialmente com provas. Para que se alcance uma sentença condenatória no processo penal, por força da determinação do princípio da inocência^{4 5}, a parte acusadora deverá apresentar provas suficientes para ancorar seu caso penal⁶. Então, elaborar a separação entre os sistemas acusatório e inquisitório se dá a partir da gestão da prova⁷.

³COUTINHO, J.N.D.M. "O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro", in: _____. *Observações sobre os sistemas processuais penais*, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018, p. 138.

⁴Presunção de inocência se vincula a pelo menos um aspecto interno, em relação ao ônus probatório que fica vinculado a atuação do Ministério Público com o dever de provar e o aspecto externo, que dita que o réu deve ser tratado como se inocente fosse até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A isso se vincula, então, que se o acusador não trouxer provas a conclusão lógica é de que se deve considerar o réu inocente – daí se extrai o *in dubio pro reo* – aqui, se remete à compreensão contida em: MONTEIRO DE BARROS, V.D. O conteúdo lógico do princípio da inocência, D'Plácido, Belo Horizonte, 2020.

⁵Cf. também: DE PAULA, L.C. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*, Tese - Doutorado em Direito - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, disponível em: <https://www.academia.edu/91359188/O_segundo_grau_de_jurisdi%C3%A7%C3%A3o_co_mo_garantia_exclusiva_da_pessoa_por_uma_teor%C3%ADa_dos_recursos_para_o_processo_penal_brasileiro>, acesso em: 24 abr. 2023, pp. 135-169.

⁶Aqui adota-se a visão trazida por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho em que o conteúdo decidido no processo é o caso penal que diz sobre o fato penalmente relevante, já que tudo que aportar do fato e dele pode aportar passa a ser discutido e provado no processo. Assim, processo produz o acerto do caso penal entre aquilo que é apresentado pela acusação e pela defesa. In: COUTINHO, J.N.D.M. "A lide e o conteúdo do processo penal", Juruá, Curitiba, 1989, p. XV.

⁷Entende-se necessária a transcrição para que não reste dúvidas: "Ora, faz-se uma *opção política* quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (*eis porque todos os sistemas são mistos*) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos *sistemas puros*. Daí que a *gestão da prova* caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o *sistema adotado*". In: COUTINHO, J.N.D.M. "Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado", in: _____. *Observações sobre os sistemas processuais penais*, Observatório da Mentalidade Inquisitória Curitiba, 2018, pp. 123-124.

A gestão da prova, por sua vez, tem por pressuposto saber qual o princípio unificador do sistema processual. Abordar a diferença entre os sistemas processuais demanda, obrigatoriamente, a prévia definição de sistema. Sem isso o termo fica sem compreensão comunicacional mínima. Há que se ter em mente que o termo "sistema" não é um termo nativo do Direito nem uníssono no seu campo de estudo, a Filosofia.

Para apontar a diferenciação entre os sujeitos processuais, há que se ter em mente qual o sistema em que essa diferenciação se faz. Por conta do grau comunicacional com o Direito adota-se, por essas e outras razões, a visão de sistema a partir da compreensão kantiana, a espelho do que elaborou originariamente Coutinho⁸.

De forma sintética, sistema é conjunto lógico de elementos, regido por um princípio unificador. Este raciocínio é desenvolvido a partir de Kant⁹ para se compreender que o princípio unificador do sistema inquisitório é o princípio inquisitivo, que significa que substancialmente as três funções de acusar, defender e julgar são feitas por um único sujeito ou órgão, ou a ele acabam sendo relegadas. Mesmo que formalmente se esteja diante de um sistema que se apresente com um acusador, público ou não, um juiz e um defensor, público ou não, mas, se as funções de parte puderem ser realizadas ou tomadas pelo juiz na deficiência dos demais sujeitos ou por qualquer suposta liberalidade deste, estar-se-á diante de um juiz que atua de forma inquisitorial, ou seja, tal qual qualquer juiz inquisidor antes apresentado em sistemas processuais historicamente identificados como inquisitoriais.

Na outra ponta, caso haja três sujeitos que não realizam os atos uns dos outros (usualmente quem acabaria concentrando essa função, na insuficiência de atuação dos demais, seria o juiz), se as funções são realizadas por partes bem definidas e de forma não intercambiável, então estar-se-á diante de um sistema processual acusatório, adversarial, que tem por regência o princípio dispositivo, como princípio unificador. Este quadro técnico-teórico é que vai ditar se o sistema é acusatório.

Não há qualquer possibilidade de se aceitar, por exemplo, argumentações tergiversadas que tentem colocar o julgador para atuar como acusador e, na deficiência deste, buscar provas, já que provar, mesmo para quem adota a identidade

⁸Jacinto Nelson de Miranda Coutinho esclarece que: "Por este viés, não é difícil compreender que *todas as ciências e teorias* se fundam em princípios unificadores, ali colocados como a *representação da coisa*, da Verdade que, se existir, não pode ser dita, justo por faltar linguagem para tanto. Tal *princípio unificador, reitor, fundante, que se coloca no lugar da Verdade que se não pode dizer, é um mito*, ou seja, a *verdade (com minúscula) que é dita, como linguagem, n lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*. É o significante primeiro. Nota-se, que o autor também desenvolve o seu pensamento a partir de Kant (Crítica a razão pura). In: COUTINHO, J.N.D.M. "Sistema acusatório: (...)", *Ob. Cit.*, p. 121.

⁹KANT, I. *Crítica da Razão pura*, 5.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001.

de uma teoria generalista de processo^{10 11 12}, é prerrogativa exclusiva das partes, ou seja, função das partes, enquanto a função de julgar é exclusiva do juiz como não parte, ou terceiro imparcial¹³. Não à toa que Prado informa que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”¹⁴.

Exercer ou praticar indevidamente ato de uma função pública é conduta tipificada no Código Penal (artigo 328 do CP). Até mesmo na seara extrapenal poder-se-ia pensar em desvio da função, já que um funcionário não pode desempenhar função diferente daquela para a qual foi contratado mediante concurso público de provas e títulos (artigo 37, II, CRFB). Entendimentos diversos se ancoram em previsões inconstitucionais ou não recepcionadas do Código de Processo Penal, pois é impossível a compatibilização entre sistemas acusatório, estabelecido na CRFB, e inquisitório, estruturador do CPP de 1941, pela clara contradição de normas unificadoras do sistema, a deixar assustados até os positivistas mais puristas.

Aqui, para o objeto da pesquisa se fará o recorte do que a Constituição determina sobre os sujeitos do processo em relação a quem julga, quem promove a ação, quem promove a investigação e quem promove a defesa. Certamente se poderiam identificar diversos outros sujeitos ou atores, tais como vítimas, peritos, testemunhas, informantes, mas essa abordagem extrapola o objeto do presente estudo:

2.1. PELA CRFB, QUEM JULGA?

A Constituição da República (artigo 92) identifica diversos órgãos do Judiciário, a eles conferindo autonomia institucional, além de autonomia administrativa e financeira. A autonomia judicial efetiva é pedra angular do sistema de proteção da ordem constitucional¹⁵. No artigo 93 da CRFB são estabelecidos os princípios do judiciário, entre os quais ganha destaque, neste trabalho, o inciso IX,

¹⁰A TGP proveniente da escola de Direito da Universidade de São Paulo acaba por permear muita argumentação de atuação do magistrado como quem pode complementarmente buscar provas quando restar dúvidas. O problema jaz na compatibilidade constitucional do primado do *in dubio pro reo* de atuar na compreensão de significante idêntico que teria por métrica a identidade de interpretação mais benéfica possível ao réu já que a dúvida foi deixada pela parte que teria obrigação de provar por força da carga probatória que recai nos sistemas que adotam a presunção de inocência no formato brasileiro como se explicou neste texto em nota anterior.

¹¹Não é à toa que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho esclarece que: “Assim, com um sistema diverso, um princípio unificador diverso, um conteúdo do processo diverso, e uma diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma teoria geral. Com denominadores comuns diferentes, não cabe uma *teoria*, muito menos *geral*. Como referi há 20 anos, ‘sem embargo disso, *per faz et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais.’ Ela, todavia, serve: para reter o desenvolvimento democrático do processo penal porque encobre o núcleo do problema do seu sistema”. In: COUTINHO, J.N. D.M. “O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro”, in _____. *Observações sobre (...), Ob. Cit.*, p. 142.

¹²Nesse ponto (notas 10 e 11) também se recomenda as falas de: DA SILVEIRA, M.A.N. & DE PAULA, L.C. “Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha”, *Revista de Estudos Criminais*, Ano XV, nº 62, 2016.

¹³BARROS, F.D.M. (Re) *Forma do Processo Penal. Comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, pp. 01-32.

¹⁴PRADO, G. *Sistema acusatório*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 218.

¹⁵MENDES, G.F. & STRECK, L.L. “Comentário art. 92”, in: CANOTILHO, J.J.G; MENDES, G.F; SARLET, I.W. & STRECK, L.L. (Coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva/Almedina, São Paulo, 2013, p. 1.316.

que define que os julgamentos serão públicos e todas as decisões serão fundamentadas. Então, a “fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão”¹⁶. Há que se destacar, ainda, que ao “lado da motivação, a publicidade é fonte de legitimidade e garantia de controle, pelas partes e pela sociedade”¹⁷.

Para garantir autonomia de julgar, o artigo 95 da CRFB arrrola as garantias dos(as) julgadores(as): vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio. Como há um rol de garantias, também há um rol de limitações, definido no parágrafo único do próprio artigo 95, CRFB.

2.2. PELA CRFB, QUEM PROMOVE A AÇÃO, DEFLAGRA O PROCESSO E CONTROLA A INVESTIGAÇÃO?

O artigo 127 da CRFB define o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Para exercer suas funções, o Ministério Público é uno, indivisível e independente. Tem autonomia funcional e administrativa, o que inclui elaborar a sua proposta orçamentária no bojo da lei de diretrizes orçamentárias. Seus membros e membras possuem, por garantia constitucional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, assim como os(as) julgadores(as).

As vedações e garantias da instituição acusadora e de seus membros e membras são muito próximas às do próprio judiciário. Não está estabelecido para a instituição de acusação que o concurso público para ingresso na carreira terá participação da Ordem dos Advogados do Brasil, ao contrário do concurso dos julgadores.

As funções do Ministério Público estão definidas no artigo 129, CRFB¹⁸, Destaca-se, aqui, promover privativamente a ação penal pública (inciso I) e

¹⁶MENDES, G.F. & STRECK, L.L. “Comentário art. 92” (...), *Ob. Cit.*, pp. 1324-1325.

¹⁷MENDES, G.F. & STRECK, L.L. “Comentário art. 92” (...), *idem*.

¹⁸Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. §1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. §2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); §3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); §4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); §5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

“requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (inciso VIII).

Além da função privativa de promoção da ação penal, e seu desenvolvimento, o Ministério Público responde por atos a serem realizados em inquérito, bem como instauração e requisição de diligências.

2.3. PELA CRFB, QUEM PROMOVE A DEFESA?

A complexidade de funções apresentada pela própria Constituição indica que a defesa no processo penal será realizada tanto Advocacia Privada (artigo 133), quanto pela Defensoria Pública (artigo 134).

A Constituição brasileira também define que a Defensoria Pública é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (artigo 134), em trecho praticamente especular ao que foi definido para o Ministério Público. Também é assegurada à Defensoria Pública autonomia funcional e administrativa com a iniciativa da proposta orçamentária. A Defensoria também se baliza nos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional. Também se aplica a defensores e defensoras, como aos(as) integrantes do Ministério Público, o disposto no art. 93 e no inciso II da CRFB. A única garantia de que não gozam as defensores e os defensores públicos, quando comparados a julgadores e acusadores, é a vitaliciedade.

Cabem à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa em todos os graus dos necessitados por previsão literal na Constituição. Em comentário ao referido artigo 134 da CRFB, Didier e Cunha afirmam que “há inúmeros óbices que dificultam, senão efetivamente impedem, o livre acesso do cidadão à ‘ordem jurídica justa’”¹⁹ Ora, então, por determinação da Constituição há que se passar a ter a preocupação efetiva da participação da Defensoria, e por conclusão lógica, da defesa, em procedimentos de todos os graus que possam gerar efetivamente uma decisão, sobretudo em matéria penal e processual penal. Sem essa preocupação de viabilizar a Defensoria Pública acessível a todos e todas que dela precisem não se pode considerar qualquer decisão judicial como justa. Aqui, por evidente, se preocupa especialmente com a possibilidade efetiva de participação do imputado na decisão de recebimento da denúncia ou queixa. Sem a participação do imputado na fase investigativa, têm-se por respeitados contraditório, ampla defesa, devido processo e isonomia? À essa pergunta se voltará no item 4.

A advocacia, por seu turno, “é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (artigo 133 da CRFB).

2.4. PELA CRFB, QUEM INVESTIGA?

A função de investigar no Brasil segue definida pela Constituição e é exercida, sob controle externo do Ministério Público, pelas polícias judiciárias ou investigativas (Polícia Civil, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal), assim chamadas pois a elas se reservam as funções de polícia judiciária para apuração de infrações penais ,exceto as militares, (artigo 144, §4.º, IV, CRFB). Cabe à Polícia Federal apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços de interesse da União ou entidades autárquicas e empresas públicas, além de algumas outras exceções (artigo 144, §1.º, I, CRFB).

Não está estabelecido, nem poderia estar, por base principiológica do sistema jurídico brasileiro, que a obrigação de apurar condutas típicas, ilícitas e culpáveis se deva desenvolver única e exclusivamente a critério dos acusadores públicos ou da

¹⁹DIDIER Jr., F. & CUNHA, L.J.C. “Comentários ao art. 134”, in: CANOTILHO, J.J.G; MENDES, G.F; SARLET, I.W; STRECK, L.L. (...), *Ob. Cit.*, pp. 1553-1554.

instituição de acusação pública. Alguns princípios, na ordem das garantias individuais, pautam a interpretação da atuação das polícias judiciárias, que serão objeto do próximo tópico.

A Constituição escolheu o verbo preciso para o desempenho da função policial: apurar. Não pode existir decisão processualmente democrática, aí incluído o recebimento da denúncia ou queixa, sem a participação ou a contribuição da defesa, sistemicamente identificada a partir dos artigos 133 e 134 da CRFB. Em outras palavras, uma investigação que se desenvolva só com o mando ou determinação solipsista do acusador não se amolda à Constituição. É o que será tratado com mais vagar no próximo tópico.

3. DA SUPOSTA ISONOMIA DAS PARTES E O PARADOXO DO ARTIGO 14 DO CPP

Embora este item trate da suposta isonomia das partes e do paradoxo do artigo 14 do CPP brasileiro, é útil iniciar a discussão a partir da definição do devido processo legal. Usualmente se fala que o Devido Processo Legal tem como antecedente remoto a previsão na Magna Carta, inglesa, de 1215 sobre o *due process of law*. Esta seria uma garantia com feição substancial, e não apenas formal²⁰. Devido processo legal, para alguns, seria um conjunto de garantias das partes ao justo processo, não apenas direitos²¹.

Para alguns o devido processo legal (ou modelo constitucional de processo) deve ser especificado como devido processo penal, e, nessa especificação, acrescenta-se ao modelo geral de processo devido várias garantias, dentre elas a do juiz natural, participação em igualdade de condições com agentes estatais da persecução penal, contraditoriedade em prazo razoável²², inocência e direito ao silêncio não incriminador²⁴.

Em perspectiva mais avançada, é importante não considerar as concepções historicistas da expressão *due process of law* e *Law of the Land* como fornecedoras de sentido estável aos desafios das democracias contemporâneas. Afinal, na tradução literal de ambas as expressões, o “devido”²⁵ se converte em dado normativamente pela autoridade a partir de uma tradição apócrifa e inacessível a todos. Essa necessidade de amparar o dever-ser no ser filtrado pelo julgador é indissociável de um sistema inquisitório, logo avesso à acusatoriedade constitucionalmente imposta no ordenamento jurídico brasileiro.

Na regência da Constituição brasileira (artigo 5º, LIV)²⁶, qualquer pessoa só pode perder seus bens ou liberdade após o devido processo legal. Para além de todas

²⁰FERNANDES, A.S. *Processo penal constitucional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 43.

²¹GRINOVER, A.P. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, Forense Universitária, São Paulo, 1990, p. 02.

²²TUCCI, R.L. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 76.

²³Cf. BARROS, F.D.M., (Re)Forma do Processo Penal (...), *idem*.

²⁴MONTEIRO DE BARROS, V.D. O conteúdo lógico do princípio (...), *idem*.

²⁵O devido é legislativamente posto sob sanção, punição, castigo, aos infratores e delinquentes (o potus). A autoridade sancionadora (hércules dworkiano) é dotada aqui de uma pesada carga de saber ontológico (integridade) por juízos monológicos de adequabilidade principiológica, conveniência, equidade, justiça e ponderabilidade, encarregada que é de uma vigilância perpétua que só a ela cabe tecer e conduzir”, in: LEAL, R.P. “O due process e o devir processual democrático”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 13, nº 26, jul./dez, 2010.

²⁶BRASIL, Constituição, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 03 mai. 2023.

as posições doutrinárias que se podem encontrar, é imprescindível demarcar a dimensão dos significantes contidos na expressão “devido processo legal”.

Processo, por definição de Fazzalari²⁷, significa procedimento em contraditório. Apesar de ter sido feita esta conceituação para o campo do processo civil, não obsta sua adoção no campo do processo penal. Processo é, além da definição fazzalariana, uma metalinguagem autocrítica, institutiva de garantias fundamentais líquidas, certas e imediatamente exigíveis, que condiciona logicamente o exercício da jurisdição e sem a qual não é possível estruturar um direito democrático²⁸.

Legal, do termo devido processo legal, ou legalidade, por seu turno, é o princípio que rege todo e qualquer Estado de Direito, não se mostrando intercambiável, suprimível ou ponderável em relação a outros, salvo em discurso tópico-retórico²⁹. Desde a Modernidade, qualquer Estado que escolhe substituir seu príncipe, déspota, por um princípio que o precede o faz pelo princípio da legalidade.

Com todas essas contribuições teórico-jurídicas, devido processo legal significa minimamente um procedimento regido sob a definição da legalidade estrita e submetido à principiologia constitucional do processo, como metalinguagem institutiva de direitos e garantias fundamentais (contraditório, ampla defesa, inocência, publicidade, silêncio não incriminador...). Assim, o Estado, para fazer qualquer pessoa perder sua liberdade, deverá submeter-se a um processo, sob todas as garantias processuais e, ainda, na forma e como previsto em lei.

Contraditório, para além de qualquer elucubração mais aprofundada, significa a efetiva possibilidade de desconstruir a tese contrária. Pode-se pensar que “significa isso que o processo deve ser estruturado de modo a permitir a efetiva participação dos destinatários dos efeitos do ato final (sentença ou providência executiva) na fase preparatória de tal pronunciamento (todos os atos do procedimento)”³⁰.

Mais técnica e traficionalmente Giacomolli definirá que contraditório é “referido como princípio de audiência, abarca a possibilidade de ciência bilateral às partes dos atos e termos do processo, reação, contradição, resposta, contraposição de teses”³¹. Apesar do desfecho produzido pelas concepções do contraditório de vários estudiosos, como o próprio Giacomolli, a ausência dessa possibilidade de produzir dados probatórios em investigação não alcança repercussão na fase judicial. Ora, eis que este é o ponto de indagação e de desavença apresentada tanto na doutrina quanto na jurisprudência³².

Ainda para Giacomolli³³, o contraditório corporifica a possibilidade de o defensor do representado ter acesso aos elementos de prova documentados em alguma investigação preliminar. Como dizer que se garante a participação da defesa nos inquéritos caso não tenhamos igualdade material entre as partes? Em um país capitalista, que necessita de orçamento para assegurar o exercício dos deveres funcionais de cada ente estatal, como saber se estão preservadas as garantias do indivíduo se as condições materiais para implantar a intuição pública de defesa (Defensoria Pública) não são alcançadas?

Em proposição teórico-crítica, para além da meramente técnica, contraditar é ter a possibilidade de construir o próprio destino jurídico, quando se é submetido ao devido processo legal. O contraditório é o marco da não objetificação do sujeito

²⁷FAZZALARI, E. *Instituzioni di Diritto Processuale*, 8º ed., Cedam, Padova, 1996, pp. 82-85.

²⁸LEAL, R.P. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*, Arraes, Belo Horizonte, 2013.

²⁹DA CUNHA, R.M.C. *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*, Síntese, Porto Alegre, 1979.

³⁰OLIVEIRA, C.A.A. “Comentários ao art. 5º inc. LV”, in: CANOTILHO, J.J.G; MENDES, G.F; SARLET, I.W. & STRECK, L.L. (...), *Ob. Cit.*, p. 433.

³¹GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2015, p. 161.

³²GIACOMOLLI, N.J. *O devido (...) Ob. Cit.*, p. 164.

³³GIACOMOLLI, N.J. *O devido (...) Idem*.

no curso do procedimento legal, de sua autoconstrução como sujeito de direitos e da processualização democrática da própria vida, que não pode ser entregue a qualquer ente estatal³⁴:

“O esforço cientificamente representativo de situar o *contraditório* no âmago da *isonomia* só se destacaria, nas democracias jurídico-discursivas, se essa ‘igualdade perante a lei’ oportunizasse, antes, capacitação técnico-científica pelo domínio de ‘teorias jurídicas’ para obviar testabilidade recíproca entre os sujeitos do processo quanto aos conteúdos argumentativos de interpretação (hermeneutização) de leis asseguradoras de possíveis liberdades iguais para todos em participarem do processo (isomenia-isocrítica) ou se habilitarem ao exercício de uma escolha qualificada de um representante legal para se valer do *contraditório* como princípio fundamental do direito ao processo”³⁵.

Não se trata só de bilateralidade de ciência, como faceta da publicidade. Para o exercício do contraditório é necessário que haja a possibilidade de contrapor-se ao ato da parte adversa, sabendo tudo o que importa e tem interesse para a decisão a ser construída por ambas as partes. Aqui o destaque é indispensável: como fazer isso quando as partes, especialmente a Defensoria Pública, que é a instituição de defesa constitucionalmente instituída para agir em prol dos necessitados, hipossuficientes e vulneráveis, logo a maioria dos réus no processo penal³⁶, não tem instalações suficientes para acompanhar o caso penal desde a fase investigativa, que será levado à análise de admissibilidade para início do procedimento judicial?

O quadro de insuficiência da Defensoria Pública gera a radical ineficiência para o dispositivo constitucional seguinte, artigo 5º, LV, CRFB, conforme o qual os litigantes em processo judicial ou administrativo e os acusados em geral têm assegurados o contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos na forma da ampla defesa (já que inerentes à ela). O que se fez aqui foi apenas transformar em enunciado descritivo um enunciado prescritivo constitucional.

Cirurgicamente, Saad aponta que “acusados em geral, expressão contemplada pela Constituição, abarca todas as formas de acusados, formais e informais, incluindo-se aí o sujeito investigado no inquérito policial”³⁷.

O legislador constituinte decidiu, de maneira muito clara, separar aquelas pessoas que se encontram submetidas a um processo instaurado dos acusados em geral. Então, acusado, aqui, recebe um contorno geral: é aquele que pode perder seus bens ou liberdades e essa perda deverá ser feito na forma da lei e em um procedimento em contraditório.

Ora, pela incompatibilidade do CPP com a previsão da CRFB, ao se notar que as cautelares de perda de liberdade ou bens podem ocorrer antes de instaurado um processo judicial, a única possibilidade interpretativa de que alguma medida constritiva de liberdade, ou de bens, ocorra na fase investigativa é de que a medida – antes de tudo – deve estar regida pelo devido processo legal, em contraditório e, ainda, em que se garante a ampla defesa.

Esse desenvolvimento, que pode até parecer tautológico, e impõe a séria indagação sobre se é aplicável à investigação o direito, por exemplo, da ampla defesa.

Pela simples leitura do dispositivo que acaba de ser tratado, é evidente que sim. Mas o que é ampla defesa? Ampla defesa, para muitos, significa “direito de ser informado, o direito de não colaborar com a acusação, o *nemo tenetur*, o direito ao

³⁴LEAL, R.P. *Teoria Geral do Processo – primeiros estudos*, 11ª. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2012.

³⁵LEAL, R.P. *Teoria Geral do Processo (...)*, Ob. Cit., p. 107.

³⁶WACQUANT, L. *As prisões da miséria*, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, pp.19-39.

³⁷SAAD, M. *O direito de defesa no inquérito policial*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 240.

silêncio, e à igualdade de armas³⁸. É ainda dividida em autodefesa, ou defesa pessoal – que não é obrigatória –, e defesa técnica, obrigatória e efetiva³⁹.

Seria possível impedir a aplicação da ampla defesa numa investigação preliminar? Evidentemente que não, já que não é possível impedir que o possível suspeito, futuro indiciado ou réu, possa se manter silente ou produzir o conteúdo da versão que lhe convier para permitir sua autodefesa. Isso é primado necessário do próprio exercício do direito de resistência e até de existência como define Leal⁴⁰.

Cabe, em outro plano, perguntar se é possível inibir a participação da defesa técnica na investigação preliminar. A resposta constitucional é também evidente: claro que não. Acontece que esta pergunta precisará ser revisitada no próximo tópico, pois, desde a vigência do Código de Processo Penal em 1941, passando pela fundação das diversas Defensorias Públicas, a partir da década de 1950, e sua tardia constitucionalização em 1988, a EC 80/2014 conferiu à insituição de defesa a gravíssima tarefa de realizar “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (art. 134, CRFB).

O que mais impressiona, na verdade, é que por tanto e tanto tempo não se percebeu a falta de participação direta da Defensoria Pública na investigação, já que ela é elementar à isonomia entre as partes.

Em uma codificação processual penal que se prestava a repetir que, quando da decisão de recebimento da acusação, só se apostava nos autos uma decisão que era simplificada por P.R.I. (publique-se, registre-se, intime-se), ato tratado como mero despacho por muito tempo por boa parte do que poderia ser traduzido por doutrina, não assusta pensar que a participação da defesa no inquérito policial tenha ficado esquecida como uma função necessária e urgente a ser realizada pela Defensoria Pública.

Isonomia das partes significa, na dimensão estática, de Grinover, uma mera ficção, porque todos são (somos) desiguais; já na dimensão dinâmica, o Estado é quem tem o dever de suprir as desigualdades para transformá-las em uma igualdade real⁴¹. Em sentido democrático, para além de uma dimensão estática-liberal, ou dinâmica-social, isonomia significa “demarcação teórica da dignidade, que impõe, no plano instituinte-processual da lei, nas democracias não paidéicas, acolhimento como direito líquido e certo de auto-ilustração, para todos, sobre os fundamentos da existência jurídica”⁴². A isonomia processual reúne a isegoria, ocupação de mesmo espaço procedimental, a isomenia, igual possibilidade de construir os conteúdos decisórios do processo, e isocrítica, igual oportunidade de apontar as falhas epistêmicos no discurso procedimentalmente reconstrutivo do caso penal.⁴³

Ainda assim, exalta-se, também em linha tradicional, “a igualdade de armas no processo penal para as partes, ou *par condicio*, na exigência de que se assegure às partes equilíbrio de forças; no processo penal, igualdade entre Ministério Público e acusado”⁴⁴. Então, deve ser indagado, é só sobre acusado que trata a ampla defesa? Os agentes do Estado devem, antes de tudo, compreender que a Constituição determina acusados em geral, e não apenas acusados.

Já na propositura do caso penal, quando analisada a admissibilidade da acusação⁴⁵, precisa-se, passar, antes pelo direito de confrontar este caso

³⁸GIACOMOLLI, N.J. *O devido (...)*, Ob. Cit., p. 125.

³⁹GIACOMOLLI, N.J. *O devido (...)*, Ob. Cit., p. 134.

⁴⁰LEAL, R.P. *Teoria Geral do Processo (...)*, *idem*.

⁴¹GRINOVER, A.P. *Novas tendências (...)*, Ob. Cit., p. 06.

⁴²LEAL, R.P. *Teoria Geral do Processo (...)*, Ob. Cit., p. 107.

⁴³Tanto em LEAL, R.P. *idem*, quanto em WOLFF, F. “Nascimento da razão, origem da crise”, in: NOVAES, A.(org.), *A crise da razão*, Companhia das Letras, São Paulo, 1996, pp. 67-82.

⁴⁴FERNANDES, A.S. *Processo penal constitucional (...)*, Ob. Cit., p. 45.

⁴⁵Muito embora ainda não esteja em vigor o juiz das garantias, num futuro breve, acaso tenhamos a vigência do artigo 3º e seguintes, CPP e da possibilidade de futura vigência do

policialmente reconstruído. Malan⁴⁶ entende que o direito ao confronto incorpora o valor do respeito à dignidade do acusado. Há autores para quem o direito ao confronto não poderia estar restrito à produção probatória durante o contraditório judicial. Diante da vexatória precariedade de instalação das Defensorias Públicas no Brasil, em que medida se pode ainda tolerar e perpetuar a ignorância de que não se está materialmente permitindo isonomia entre as partes no processo penal?

Se no processo penal brasileiro a defesa não tem a capacidade de atuar e elaborar a sua investigação preliminar em contato direto com o suspeito, futuro investigado, indiciado ou réu, por deficiência radical de instalação das Defensorias Públicas, como – efetivamente – poderá estar diante de um processo futuro para elaborar uma defesa? De certo que isso é resquício da manutenção da mentalidade inquisitória que se perpetua no Brasil. Todo país que pretende implantar ou desenvolver um processo penal adversarial, de partes, tem de municiar ambas as partes para estarem formal e materialmente em juízo e colaborar formal e materialmente com a construção da decisão jurisdicional a vir.

Há ainda a se destacar, para a maior dramaticidade do quadro brasileiro, que o inquérito, na forma atual do CPP, artigo 155, pode ser usado para condenar, como se prova complementar fosse, mesmo que não produzido em contraditório.

Explica-se: a redação do artigo contempla que todo e qualquer elemento produzido na investigação preliminar poderá ser usado na fundamentação da condenação desde que não exclusivamente; então, basta a mera repetição de um ponto qualquer em contraditório judicial para que todo o resto do que foi produzido na fase investigativa seja utilizado como se prova fosse. Dito claramente, o artigo 155 do CPP é inconstitucional. Porém, a necessária e obrigatória participação da defesa no inquérito policial é regência do artigo 134, CRFB. Essa deveria ser a premissa máxima, olvidada ou silenciada nos tribunais brasileiros. Isso não passa de reprodução do quadro mental paranoico ou primado das hipóteses sobre os fatos, produção de Cordero⁴⁷ adotado e identificado como algo concernente ao processo penal brasileiro como alertado por Coutinho⁴⁸.

Giacomolli⁴⁹ informa que classicamente a palavra prova representa “os meios empregados na demonstração dos fatos ou do *thema probandum*, a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, bem como o próprio resultado do procedimento probatório, ou seja, o convencimento exteriorizado pelo julgador”.

Em Leal⁵⁰, prova é instituto jurídico que compreende os princípios lógicos da indiciabilidade, da ideação e da formalização. A indiciabilidade refere-se aos dados encontrados na realidade espacial, a idealidade remete ao exercício intelectivo de sua apreensão mental por meios legalmente tipificados, enquanto a formalização consiste na instrumentação da realidade pensada em formas lógicas suscetíveis à crítica (contraditório e ampla defesa). Donde se conclui que prova é um juízo necessariamente produzido sob o devido processo, nada mais havendo na fase

Projeto de CPP os autos de inquérito não mais farão parte dos elementos que serão analisados pelo juiz da instrução e apenas pelo juiz das garantias. Isso, então, impõe que a defesa tenha a capacidade de estar em juízo para confrontar o caso da acusação e, assim, permitir ou não a efetiva participação na decisão jurisdicional de recebimento da denúncia. A realidade hoje é de que ou raro ou nunca se percebe a participação da Defensoria Pública no Inquérito Policial o que torna quase impossível à defesa elaborar uma resposta a acusação realmente relevante para a maioria dos casos julgados já que a grande maioria dos réus são defendidos ou pela defensoria pública ou pelas advogadas e advogados dativo.

⁴⁶MALAN, D.R. *Direito ao confronto no processo penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 87.

⁴⁷CORDERO, F. *Guida alla procedura penale*, Utet, Torino, 1986, p. 51.

⁴⁸COUTINHO, J.N.D.M. “O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro”, in _____. *Observações sobre (...)*, *Idem*.

⁴⁹GIACOMOLLI, N.J. *O devido (...)*, *Ob. Cit.*, p. 172.

⁵⁰LEAL, R.P. *Teoria Geral do Processo (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 188-189.

investigativa do que meros elementos de prova. Elementos de prova, tais como informações brutas, não podem integrar qualquer juízo sem a filtragem mental (legítima) e crítico-instrumental (democrática) pelo devido processo e seus consectários de contraditório e ampla defesa.

Em se tratando da possibilidade de aproveitamento dos dados colhidos durante o inquérito para condenar, como ficam o direito à ampla defesa e seu efetivo exercício no inquérito policial, se se desconsiderar a ficção ou crença infantilizada ou de senso comum de manualistas, segundo a qual não se condena com base exclusivamente no inquérito?

Objeto de estudo de Saad, justamente o direito de defesa no inquérito policial é algo que deve ser debatido. Nota-se que o “direito de defesa pode se exercitar de forma endógena ou exógena ao inquérito policial, conforme se desenvolva no próprio inquérito, na delegacia de polícia, ou fora dele, por meio de petição endereçada ao juiz competente, *habeas corpus* ou mandado de segurança.”⁵¹ Porém, o direito de defesa pode deve ser exercitado indistintamente se a pessoa pode ou não contratar um advogado ou se só pode ser assistido pela Defensoria.

Se o investigado depende da assistência Defensoria, a ele tem de ser assegurado o acesso à defesa e à qualidade de defesa por meio de um(a) Defensor(a) Público(a). Não é constitucionalmente aceitável a inoperância da Defensoria Pública na maioria dos casos penais na investigação de investigação.

Giacomolli destaca que, para uma defesa efetiva, o(a) defensor(a) precisa de dispor de tempo para preparar tecnicamente suas manifestações, incluindo a fase cognitiva e recursal⁵². Sem essa premissa não há *par conditio*, que exige “o afastamento da supremacia de um sujeito ou ente estatal do domínio em qualquer polo do processo ou a preponderância de uma das partes sobre a outra. Exige-se a simetria entre ação e reação, imputação e defesa”⁵³. Ora, se a imputação diz respeito justamente, ao ato de indicar uma capitulação acompanhada do pedido condenatório, como poderá existir reação, na apresentação do caso penal em juízo, se a defesa não tiver o mesmo papel resguardado à acusação durante a investigação?

E o artigo 14 do Código de Processo Penal? Aparentemente a participação da defesa, pelo Código inquisitorial que ainda se mantém em vigor no Brasil, é uma possibilidade à mercê da decisão do investigador. Afinal, “(artigo 14 do CPP) o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”⁵⁴. Mas há muito mais do que mera faculdade da autoridade policial em atender ou não à solicitação da defesa ou advocacia na fase investigativa.

Primeiramente não é a função de indiciado que geraria a possibilidade de requerer diligências em sede policial. A regra definida pela Constituição, como já estabelecido neste estudo, é a garantia da ampla defesa a “acusados em geral”. Assim, a qualquer pessoa que possa vir a ocupar a posição de indiciado já está assegurada, por determinação constitucional, a possibilidade de requerer diligências.

Em comentários ao artigo 14 do CPP, que tem a finalidade de apurar a existência e autoria de infração penal, Espíndola Filho⁵⁵ esclarece que o inquérito não visa determinar a condenação dos indivíduos que se idetnficarem como culpados. Para ele, seria lícito requerer diligência útil aos interesses próprios. Explica, ainda, que “fica a critério da autoridade, que preside ao inquérito, defrir tal pedido, ou não o atender; só fará, naturalmente, isto se entender que a diligência desejada não é realizável praticamente, ou é inócua ou prejudicial à apuração exata dos fatos”⁵⁶.

⁵¹SAAD, M. *O direito de defesa Ob. Cit.*, p. 368.

⁵²GIACOMOLLI, N.J. *O devido (...) Ob. Cit.*, p. 133.

⁵³GIACOMOLLI, N.J. *O devido (...) Ob. Cit.*, p. 135.

⁵⁴BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 03 mai. 2023.

⁵⁵ESPÍNDOLA FILHO, E. *Código de processo penal brasileiro anotado*, vol. I., Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976, p. 303.

⁵⁶ESPÍNDOLA FILHO, E. *Código de processo (...) Ob. Cit.*, pp. 303-304.

Entende o autor haver enorme prejuízo às atividades policial e jurisdicional caso se descubra que essas diligências não realizadas conduziriam a localizar a autoria correta do fato delitivo. Ainda, esclarece que o inquérito “não é um instrumento de acusação; e, sim, uma investigação destinada ao descobrimento da verdade”⁵⁷.

Lamentavelmente, um comentário de 1976 ao CPP não gera a realidade de participação dos presentes ou futuros acusados, indiciados ou investigados, em geral, na realidade dos inquéritos policiais ou outros procedimentos investigativos. É matematicamente óbvio que, confrontando-se o número de delegados de polícia federal e procuradores da república, de um lado, e o número de defensores públicos federais de outro, todos trabalhando e praticando atos investigativos e processuais todos os dias, em jornada integral de 40h semanais, é material e empiricamente impossível que a Defensoria Pública da União acompanhe todos os atos investigativos e, com maior força de razão, produza ela mesma uma investigação defensiva por si. Raciocínio idêntico se aplica aos delegados de policial civil e promotores de justiça, de um lado, e defensores públicos estaduais de outro, no âmbito dos Estados-membros. Isso será demonstrado com números no próximo tópico da pesquisa, porém com o foco no âmbito federal.

Percorrendo o caminho da defesa técnica na fase investigativa pelo Estatuto da OAB, Badaró esclarece que o direito de ser assistido por um advogado é assegurado sob pena de nulidade. Porém, o dispositivo legal não assegura a participação em todo e qualquer depoimento dentro do inquérito⁵⁸. No caso de servidores policiais figurarem como investigados passa a ser obrigatória a presença quando se discute o uso da força letal, conforme determina o artigo 14-A, CPP. Acontece que essa previsão só veio com a alteração realizada com a lei 13.964/2019 e tem enderçamento político-partidário certo. Policiais acusados, indiciados ou investigados não gozam de maior dignidade do que os demais cidadãos não policiais na mesma situação.

As palavras de Badaró passam a ser interessantes para se compreender o ponto que está no cerne do presente estudo: “Não há justificativa para tal tratamento iníquo. Ou a defesa é necessária no inquérito policial, e deve ser assegurada a todo e qualquer investigado, ou é desnecessária, igualmente para todos”. E complementa: “Melhor que se tivesse assegurado, a todo investigado, o direito de ser assistido por um defensor, constituído ou público”⁵⁹.

Lopes Jr.⁶⁰ destaca que não se pode fazer afirmação genérica sobre a aplicação ou não do direito de defesa no inquérito. Explica o autor que o indiciado poderá exercer autodefesa positiva ou negativa, respondendo ou se mantendo em silêncio, e poderá ser assistido por um advogado, ou seja, defesa técnica que comportaria o próprio direito de defesa. Entende, ainda, que a face da publicidade do contraditório também se aplica ao inquérito policial.

Não é a face do contraditório, a publicidade nela contida, que se desenvolve no inquérito policial. O contraditório é o espaço lógico que propicia o conhecimento do conteúdo indispensável ao exercício da autodefesa; sem ele, não se tem conhecimento sobre de quem acusam aquele que está sendo ouvido na posição de suspeito, futuro indiciado ou acusado. Sem contraditório na fase investigativa, retorna-se ao sistema defendido por Nicolas Eymereich e comentado por Francisco de La Peña no manual dos inquisidores, o qual já não pauta, ou não deveria pautar, ao menos declaradamente, a atuação dos sujeitos no processo penal, porém, do outro lado, a não participação da defesa técnica, mediante advogado(a) ou defensor(a) público(a) no inquérito, faz renascer a ideia lá contida de que a

⁵⁷ESPÍNDOLA FILHO, E. *Código de processo (...)* Ob. Cit., p. 304.

⁵⁸BADARÓ, G.H. *Processo Penal*, 9ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021, pp. 198-199.

⁵⁹BADARÓ, G.H., *Processo Penal (...)* Ob. Cit., p. 199.

⁶⁰LOPES JR. A. *Direito processual penal*, 18ª ed., Saraiva, São Paulo, 2021, p. 263.

participação do advogado é algo a ser discutido no capítulo de demora jurisdicional, como ressalta Boff no prefácio ao citado livro⁶¹.

Ao comentar o artigo 14 do CPP, Choukr⁶² informa que o dispositivo trata do contraditório no inquérito policial. Pondera, a partir da apresentação de várias definições de contraditório, haver uma diferenciação entre contraditório no processo jurisdicional e contraditório do inquérito policial. Para Choukr, se o contraditório do processo jurisdicional se aplicasse ao inquérito policial, o transformaria em um procedimento animado pelo contraditório, desvirtuando a natureza da investigação e o desempenho da atividade policial⁶³. Não é possível concordar com Choukr, pois não se trata de contraditório no processo e contraditório do inquérito. Embora Choukr demonstre preocupação com a efetiva participação do investigado na investigação, aqui se trata de política criminal em torno dos sujeitos processuais e o que se encontra definido na CRFB.

Não tem pertinência a ideia de que o artigo 14 do CPP aborda contraditório no inquérito policial. Contraditório, como explicado anteriormente, é garantia instituinte do devido processo. Então, o artigo 14 do CPP pode estar relacionado a outra garantia, atinente à possibilidade de participar da construção da decisão de admissibilidade da acusação, ainda que de maneira muito tímida e coadjuvante ao protagonismo policial infenso ao artigo 5º, LIV e LV, da CRFB.

Ponto relevante nesse debate vem a ser a investigação defensiva, que, a partir dos comentários de Choukr sobre o artigo 14 do CPP, se percebe inexistir atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. A normatização do artigo 14 do CPP pode ser estendida também para a investigação desenvolvida diretamente pelo Ministério Público. A atual redação do artigo 14 do CPP padece de vagueza e incerteza tanto em relação à investigação defensiva, quanto em relação à investigação direta pelo órgão acusador, logo deve ser aperfeiçoado⁶⁴.

Há ainda quem entenda possível sustentar inquisitividade de algum elemento dentro do sistema acusatório. Esse entendimento destoaria do pressuposto epistemológico inicial do presente trabalho: compreender que, dentro de um sistema, atende-se à lógica do sistema. Se o sistema for determinado pela inquisitividade, mesmo que a partir do inquérito, tudo o que com ele se relaciona se manterá inquisitorial. De Poli⁶⁵ aborda o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, com vigência a partir de 1811, destacando a fonte legislativa que inspirou os sistemas processuais penais posteriores, que o inquisitivo brasileiro ainda em vigor (1941).

Mesmo sem se dar conta, sustentar defesa limitada no Inquérito Policial impõe que a participação na decisão jurisdicional de recebimento da denúncia também seja mitigada. Quem assim sustenta argumenta que não há ampla defesa no inquérito⁶⁶. Porém, como se sustenta essa proposição em descompasso explícito e literal com as previsões constitucionais (artigo 5º, LIV e LV)? Em que medida e por qual fundamento (supraconstitucional?) se impediria ou mitigaria a ampla defesa no Inquérito Policial, seja quanto à autodefesa, seja quanto à defesa técnica? Não faz qualquer sentido recorrer a juízos de probabilidade de defesa em um caso penal no tribunal, como suposto contraponto equitativo à limitação do exercício da ampla defesa na fase investigativa. Vale destacar o ensino de Coutinho:

“Ademais na natureza jurídica do processo parece estar o calcanhar de Aquiles do sistema, com reflexos diretos na *produção da prova na*

⁶¹BOFF, L. “Prefácio”, in: EYMERICH, N. *Manual dos Inquisidores* - Comentários de Francisco de La Peña, Rosa dos Tempos, Brasília, 1993.

⁶²CHOUKR, F.H. *Código de processo penal*: Comentários consolidados & crítica jurisprudencial, D’Plácido, Belo Horizonte, 2018, pp. 174–175.

⁶³CHOUKR, F.H. *Código de processo penal (...)*, Ob. Cit., p. 176.

⁶⁴CHOUKR, F.H. *Código de processo penal (...)*, Ob. Cit., pp. 176-178.

⁶⁵DE POLI, C.M. *Sistemas processuais penais*, 2ª ed., Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2019, pp. 129 e ss.

⁶⁶MACHADO, L.M. *Manual de inquérito policial*, CEI, Belo Horizonte, 2020, p. 27.

*investigação preliminar: valer ou não tal prova no processo penal foi o grande problema processual penal; e isso se sabe desde o golpe de mestre dado por Jean-Jacques-Régis de Cambacérès na estruturação do modelo dos modelos, isto é, Conde Napoléon: primeira fase inquisitória; segunda fase processual amplamente contraditória, mas valendo nela, sem embargo de um certo discurso refratário, a prova produzida naquela. Qualquer semelhança com a estrutura dual de investigação preliminar/processo, no atual sistema processual brasileiro, não é de estranhar; não é mera coincidência*⁶⁷.

Em sentido antagônico à nomalização ou naturalização inconstitucional da falta de ampla defesa no inquérito policial, a investigação defensiva potencializará o exercício das prerrogativas constitucionais defensivas quanto à garantia da ampla defesa⁶⁸. No país algumas obras se destacam sobre o assunto^{69 70}, conforme o provimento 188/2018 da CFOAB, entre outras, mas o tema padece da falta de normas legais que subsidiem a realização autêntica da investigação defensiva direta. O mesmo problema de ausência de normatização legalizada acomete a investigação direta pelo Ministério Público.

Acontece que investigação defensiva não resolve um problema de política criminal. Processo de partes deve ser feito por partes. Não é redundante tratar reafirmar: ainda que se legalize a investigação defensiva, importa como as partes contribuem para a construção da decisão que inicia o trâmite processual e leva o procedimento judicial à fase de instrução. Para obras clássicas, pensar a isonomia das partes:

*“importa verificar, primeiramente, se as partes integrantes do processo estarão nele postadas em situações desequilibradas; e, por via de consequência, considerada a desigualdade, estabelecer meios e instrumentos apropriados à determinação do indispensável equilíbrio, a fim de ser atingida a finalidade da consecução do bem comum, com a pacificação social e a segurança pública”*⁷¹.

Como condição de possibilidade da investigação direta pela defesa, para que a polícia judiciária não fique a serviço da reunião de elementos corroborativos da tese da acusação, a Constituição garante a todos o direito de ter a Defensoria Pública atuando em todos os graus, judiciais e extrajudiciais. Mas, para que isso aconteça, é preciso de que o Estado implante a Defensoria Pública. É justamente esse grave problema que será ainda mais exposto no próximo tópico. O Estado não garante a Defensoria Pública para todos quantos dela necessitam. Pior: descumpre acintosamente a EC 80/2014, que obrigou União, Estados e DF a lotar um(a) defensor(a) público(a) selecionado mediante concurso público de provas e títulos onde houver um juiz.

4. A LEI ORÇAMENTÁRIA DA UNIÃO E A POLÍTICA CRIMINAL INQUISITORIAL: O BRASIL CUMPRE O ARTIGO 134 DA CRFB EM PROL DA POPULAÇÃO QUE MAIS PRECISA?

Apesar da tamanha complexidade em se analisar a Lei Orçamentária da União, a metodologia empregada no presente estudo, embora breve, buscou os

⁶⁷COUTINHO, J.N.D.M. “O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro”, in: *Observações sobre os sistemas (...), Ob. Cit.*, p. 141.

⁶⁸GIACOMOLLI, N.J. *A fase preliminar do processo penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 60.

⁶⁹Entre outras obras temos por exemplo: MACHADO, A.A.M. *Investigação criminal defensiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

⁷⁰E: DIAS, G.B.N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: Um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*, 1ª ed., EMais, Florianópolis, 2019

⁷¹TUCCI, R.L. *Direitos e garantias (...), Ob. Cit.*, p. 125.

números totais de gastos federais com o Ministério Público Federal (instituição federal com atribuição de deflagrar a ação penal pública), a Defensoria Pública da União (instituição federal com atribuição para, entre outras coisas, a defesa penal em ação penal pública), Judiciário Federal e Polícia Federal.

Metodologicamente se optou por não fazer o recorte comparativo dos orçamentos de todos os entes federativos, embora fosse uma proposta mais completa e fidedigna, pois isso levaria a uma análise mais extensa, custosa e trabalhosa do que a proposta seminal deste artigo. Analisar diversas leis orçamentárias estaduais também esbarraria em problemas tais como a indisponibilidade de informações nos sítios de transparência, como é o caso do Acre, que mantém disponível e acessível pela internet apenas o orçamento até 2017⁷². Há portal da transparência, também do Acre, em que só aparece disponível a Lei Orçamentária Anual até 2021⁷³. Logo, justifica-se o recorte e o foco do trabalho em um único documento e uma única análise direta entre a distribuição de recursos para tais instituições, ao menos como política criminal federal processual penal. Na União, eis o recorte de disponibilização de verbas para os sujeitos que exercem função específica no processo penal no sistema jurisdicional federal:

Ente público	Despesa total (em reais)	Percentual comparativo (aproximadamente)
Ministério Público Federal	5.116.203.226	17,04
Departamento de Polícia Federal	8.679.601.410	28,91
Defensoria Pública da União	752.490.292	2,51%
Justiça Federal de 1º Grau	12.553.864.854	41,81%
Tribunais Regionais Federal somados ⁷⁴	2.923.695.789	9,73%
Total Justiça Federal	15.477.560.643	51,54%
Total Geral	30.025.855.571	100%

A tabela acima foi gerada a partir dos dados da Lei Orçamentária anual. Aproximações nos valores percentuais foram realizadas por força do fracionamento de valores.⁷⁵

Com a tabela acima se pode perceber que o gasto previsto para o ano de 2023 é da ordem de 30 bilhões para o funcionamento de toda a máquina da sistema jurisdicional federal, englobando segundo grau, sujeitos processuais e a Polícia Judiciária Federal.

Como esclarecido em tópico anterior, há uma certa movimentação da advocacia privada para ofertar a investigação preliminar defensiva. No entanto, esse louvável voluntarismo não determina a política criminal estatal nem estaria consoante com a proteção efetiva prevista no artigo 134 da CRFB (vide segundo tópico deste estudo). Para além da possibilidade de advogados terem a prerrogativa de busca de elementos probatórios é necessário lembrar que há uma política nacional de distribuição de receita e recursos para um ente que tem por função, no processo penal, exclusiva de investigar.

⁷²LOA. *Lei orçamentária anual*, disponível em: <http://acre.gov.br/governo-2/transparencia-de-gestao/lei-orcamentaria-anual-loa/>, acesso em: 24 abr. 2023.

⁷³LOA. *Portal da Transparência do Estado do Acre*, disponível em: <http://transparencia.ac.gov.br/#/loa>, acesso em: 09 abr. 2023.

⁷⁴Somatório dos Tribunais Regionais Federais: 1ª Região: 597.987.734, 2ª Região: 568.245.856 3ª Região 826.437.734, 4ª Região 492.888.657, 5ª Região 329.956.101 e 6ª Região 108.179.707 Total: R\$15.477.560.643.

⁷⁵BRASIL. *Lei Orçamentária Anual de 2023 – vol. 1*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Lei/Anexo/Anexo-Lei14535-Volume%201.pdf, acesso em: 24 abr. 2023.

Pela observação do percentual⁷⁶ de distribuição do orçamento da União entre Judiciário (51,54%), Ministério Público Federal (17,04%), Polícia Federal (28,91%), e Defensoria Pública da União (2,51%), conclui-se que não incumbe às partes no processo penal o amplo exercício de executar investigação preliminar, seja defensiva ou da acusação.

O artigo 14 do CPP precisa ser cotejado com a lei orçamentária da União para que se tenha dimensão aproximada da gravidade da situação concreta do sistema jurisdicional penal brasileiro, particularmente quanto ao exercício de ampla defesa na fase investigativa, e de quão distante está a leitura supostamente constitucional que se queira fazer do artigo 14 do CPP e a realidade. Primeiro e antes de tudo, não se poderia sequer permitir que o aparato estatal estivesse diante de tamanha anemia dolosamente produzida à Defensoria Pública da União, já que o dispêndio de gasto para a Defensoria Pública frente ao Ministério Público impede qualquer juízo de isonomia no exercício de suas funções contrapostas no processo penal. A Defensoria Pública tem quase 7 vezes menos recurso que o Ministério Público Federal.

Se esses números frios da lei orçamentária federal de 2023 não fossem suficientes para demonstrar o descalabro produzido como política pública do sistema criminal e processual penal brasileiro e mesmo se ignorando a possibilidade efetiva de participação de Defensores(as) Públicos(as) Federais em todas as investigações preliminares em curso, há outro dado que torna tudo mais impactante: apenas 28,7% das subseções judiciárias possuem atendimento pela Defensoria Pública da União⁷⁷.

O dado de ter, no Brasil, 71,3% das subseções judiciárias e varas federais sem qualquer atendimento pela Defensoria Pública da União mostra que, para além da elementar atuação coordenada de instituições de Estado para produzir-se jurisdição com direito a ampla defesa real e efetiva isonomia de partes, isto é, jurisdição em sentido constitucional e democrático, o Estado está substancialmente impedindo qualquer acesso da população dessas subseções a ampla defesa, contraditório e devido processo. A isonomia entre partes no modelo acusatório, então, soçobra, perde-se como quimera acadêmica, ou juízo nefelibata emitido desde a torre de marfim do mundo acadêmico. Ou segue como mera falácia, ou envantador "silogismo sofisticado", em que a premissa não sustenta a conclusão, com "idoneidade fazendo crer que é aquilo que não é, mediante alguma visão fantasística, ou seja, aparência sem existência"⁷⁸.

Além de não ser minimamente aceitável que tamanha quantidade de subseções não tenha acesso à Defensoria Pública da União em todas as áreas do Direito, há que se lembrar que basicamente pouquíssimos defensores e defensoras públicas, em regra, atuam diretamente nas investigações. Basta ter presente que, ao contrário de boa parte das instituições de Defesa Pública na América Latina, na América do Norte e na Europa, a Defensoria Pública brasileira não se limita à atuação penal e processual penal, mas tem atribuições constitucionais para atuar em qualquer seara jurídica (artigo 134 da CRFB e LC 80/94), do direito ambiental ao eleitoral, do direito previdenciário ao trabalhista, das questões de saúde, família e sucessões aos contratos bancários, das demandas internacionais aos casos penais.

A proposta técnico-tórica de permitir à Defesa fazer investigação direta, mesmo na forma como alguns membros e membras do Ministério Público pretendem em relação à acusação, parece ignorar que a quase totalidade de servidores investigadores e até delegados de polícia judiciária em exercício, atualmente, irmana-se às teses penais do e para o Ministério Público.

⁷⁶Esses valores foram transformados em aproximativo por conta da sua extensão, alguns na casa dos bilhões.

⁷⁷Informação disponível em: ESTEVES, D; et. all. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública*, DPU, Brasília 2022, p. 39.

⁷⁸Na 1ª Coluna, verbete "falácia". In: ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*, (Trad. Alfredo Bosi), 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2012, p. 494.

Como já falado no primeiro capítulo deste estudo, embora o Ministério Público tenha prerrogativa de controlar externamente as funções da Polícia Judiciária (artigo 129, VII, da CRFB), isso não se confunde com o monopólio do uso da força policial, aqui tratado que é a polícia judiciária, nem com a fixação de diretrizes mandamentais para a investigação criminal. Se a função da polícia judiciária é de apurar fatos penalmente relevantes, na ausência da atuação da Defensoria Pública nunca se alcançará acusatoriedade alguma nem durante o inquérito nem muito menos no processo, mas apenas a versão da acusação será de preocupação do processo já que não se municia a defesa para estar no curso da instrução.

Já que material e tradicionalmente a polícia judiciária atende aos anseios únicos da acusação, sob o pálio do inconstitucional artigo 14 do CPP brasileiro, o correto seria a criação de cargos de agentes defensoriais investigativos, providos mediante rigoroso concurso de provas e títulos (artigo 37 da CRFB), com mesma destinação de recursos orçamentários para produzir o contraponto daquilo que é levado ao judiciário para compor o caso penal. Sem isso não há qualquer isonomia possível. Mas tampouco bastaria que o Estado destinasse mais R\$8.679.601.410 (oito bilhões seiscentos e setenta e nove milhões seiscentos e um mil quatrocentos e dez reais) para a defensoria pública realizar os atos investigativos que interessem à Defesa, já que a noção de pureza acusatorial ou adversarial não se confunde com a definição de participação única e obrigatória da acusação na fase investigativa. Note que o somatório dado atualmente à produção da tese acusatória no campo federal é de quase 13.8 bilhões de reais (destinação ao Ministério Público Federal e Polícia Federal), enquanto que para a defesa apenas se concede R\$752.490.292 (setecentos e cinquenta e dois milhões quatrocentos e noventa mil duzentos e noventa e dois reais) ou seja, para que a Defensoria Pública alcance a isonomia de partes no modelo atual de impedir sua participação no inquérito seria necessário aumentar o seu orçamento em 18,3 vezes, ou seja, mais do que o orçamento atualmente destinado.

Há que se destacar, ainda, que o recurso destinado pelo orçamento da União à Polícia Federal é 11,53 vezes maior que o todo o recurso destinado à Defensoria Pública da União. Não se trata de defender a ausência de limite de gastos públicos, mas justamente de impor que os gastos públicos sejam realizados em conformidade com a Constituição e as políticas públicas que ela obriga, isto é, em matéria processual penal é inconstitucional destinar 7 vezes mais orçamento ao órgão público que acusa do que ao órgão público que defende. A situação rompe a barreira da inconstitucionalidade e atinge a esfera do inacreditável quando, somados, os orçamentos do órgão público de acusação e do órgão público de investigação, que se irmana ao primeiro com o beneplácito dos artigos 5º, II, 14 e, 16, todos do CPP brasileiro, é 18 vezes do orçamento público destinado ao órgão de defesa, que por sua vez está ausente em mais de 70% das seções judiciárias.

Salvo em um sistema inquisitório, a falta participação da Defensoria Pública da União na fase investigativa de crimes federais não pode ser compensada ou suprida apenas após a intimação para a resposta à acusação, de acordo com o artigo 396, CPP brasileiro. Além disso, quando se consideram os institutos processuais penais voltadas para finalização do procedimento investigativos antes de este embasar a deflagração de processo jurisdicional penal, como os acordos de não persecução penal, transação penal, suspensão condicional do processo, entre outros, como que materialmente se garante ao assistido pela DPU – somente em 28,3% das subseções judiciárias federais – ter condições de analisar se é o caso de aceitar o acordo ou rejeitá-lo e encarar a fase processual-jurisdicional, se a defesa não pode buscar ou produzir elementos investigativos para sustentar a rejeição da denúncia pelo judiciário?

O Estado gasta de forma substantiva com a Polícia Judiciária que, em tese, afirma não ter lado. Por isso não é aceitável argumentação sobre qualquer óbice à participação direta na realização de atos que importem à defesa, com subserviência técnica e metodológica à hipótese do órgão acusador. Em síntese, o gasto do dinheiro

público destinado pelo Estado às instituições policiais e jurisdicionais federais na área penal deve estar comprometido, pela Constituição, com a apuração, e não com formação única e exclusiva do caso penal hipotetizado pela acusação.

O fim do procedimento policial é a investigação, não acusatória nem defensiva. Na prática jurídica cotidiana do Brasil, porém, ocorre o inverso: a única função da Polícia Judiciária não é apurar o caso, mas reunir e sustentar, apenas, a acusação. E apurar significa ter de realizar diligência para responder a necessidades das futuras e potenciais partes no processo penal, e não somente às da acusação.

O que se afirma aqui não está ancorado em pensamento de uma ou outra parte. Afirma-se e retorna-se, apenas, ao que está na própria literalidade textual da Constituição, definindo a gramática dos verbos que devem reger a atuação dos sujeitos, atores e das funções a serem realizadas no Processo Penal.

Em especial nas vetustas teorias generalistas do processo, tratam como sinônimo da isonomia das partes o termo paridade de armas. Hoje, o que temos é que a investigação, realmente, atua como amparo de armas a uma só parte e serve única e exclusivamente a ela. Não à toa essa identidade teórica prefere tratar o processo como um *locus* em que se resolve um conflito, disputa, lide, luta. Porém, não é disso que se trata o campo do processo penal, ou não deveria ser. O Processo Penal é campo de exercício de garantias individuais e é isso que está na Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa confirmou-se a primeira hipótese: a participação da defesa durante a investigação é uma garantia que se extrai claramente dos princípios constitucionais de ampla defesa, contraditório, devido processo e inocência (artigo 5º, LIV, LV e LVI, da CRFB), já que não se pode limitar o exercício da autodefesa e ao Estado impõe-se garantir a defesa técnica a todos(as) em qualquer grau, judicial ou extrajudicial (artigo 134 da CRFB).

Confirmou-se também a segunda hipótese: a isonomia não está assegurada no Processo Penal brasileiro, já que ao menos 71,3% das subseções do Judiciário Federal não têm cobertura da atuação da Defensoria Pública da União.

Confirmou-se ainda, com a presente pesquisa, que a Defensoria Pública da União recebe quase 7 vezes menos recursos do que o órgão público acusador, 11 vezes menos recursos do que o órgão de investigação policial, apesar de ainda estar ausente de 71,3% das seções judiciárias federais, situação distante de acometer o Ministério Público Federal e a Polícia Judiciária Federal, cuja capilaridade se estende a todo o território nacional e tem destinação de 18,3 vezes maior que a da Defensoria Pública da União.

O quadro empírico acima atenta contra as premissas mais elementares do estudo teórico-jurídico da isonomia entre as partes como direito de todos(as). A ampla defesa é uma garantia necessária para a co-construção democrática da decisão de recebimento, ou não, da denúncia e deve ser garantida a toda a população indistintamente, com estruturação imediata, já tardia, da DPU.

Muito embora o ideal fosse amparar a defesa pública com recursos humanos, financeiros e orçamentários ao menos idênticos aos da polícia judiciária, esta não é ministerial, nem acusatória. É inconstitucional a leitura do artigo 14 do CPP que conclua pela desnecessidade de a Polícia Judiciária cumprir as diligências da defesa.

Mesmo que hoje não se tenha uma realidade de política criminal voltada à implantação da participação da Defensoria Pública em todos os atos investigativos e inquéritos policiais, isso é uma determinação constitucional que deve ser acatada, para se garantir direitos fundamentais dos envolvidos no processo penal brasileiro.

Neste estudo, portanto, reafirma-se a necessidade de expor, explicar e criticar questões de política criminal escamoteadas de lógica geral reproduzida e reprodutora de vulnerabilização da população, tornando-as compatíveis com a lógica e as escolhas institucionais definidas na Constituição de 1988, mas que seguem silenciadas desde então, por um apego à tradição e à mentalidade inquisitoriais, que

se limitam a reafirmar, em insistente tautologia, que “o inquérito tem natureza inquisitorial”. Nenhum instituto ou instituição com natureza, estrutura, cariz ou carácter inquisitorial tem espaço em um Estado Democrático de Direito. E, no fim, é sobre isso que se trata no presente estudo. Está aí, mais um dos locais em que a teoria processual generalista esconde a vulnerabilização.

Almeja-se que o presente estudo concorra para que a Defensoria Pública de todo o Brasil possa merecer dos legisladores, constituintes reformadores ou ordinários, tratamento isonômico e contar ao menos com a mesma força orçamentária, financeira, material e tecnológica para estar em juízo ou nas investigações frente o Ministério Público. Ao cabo, essa efetiva isonomia permitirá que a Defensoria Pública e a Defesa possam participar da reconstrução do caso penal em atuação contributiva não só com a co-construção processual-democrática da sentença. Sem isso, o processo se reduz a uma realização em suposto (pervertido) contraditório postergado à pré-produção da “verdade real”, inexistente por essência, estatal-policial e sob um manto de acusatoriedade meramente formal – que, no fim, é inquisitorialidade de partes. Tarda verter a prática quotidiana do processo penal brasileiro, mediante o fortalecimento da Defensoria Pública, em um processo acusatório com gestão de provas e atos investigativos entregue exclusivamente às partes, sob o manto do princípio dispositivo, para que elas possa contribuir, desde o começo de qualquer atividade investigativa estatal, com a reconstrução do caso a ser apresentado ao julgador.

A Constituição do Brasil de 1988 deixa pouca margem à dúvida sobre a plena aplicabilidade dos institutos, direitos e garantias processuais fundamentais a todos os procedimentos, judiciais ou administrativos, em favor de todos(os) os(as) investigados(as), indiciados(as) e acusados(as).

A precariedade epistemológica lamentavelmente comum a alguns estudos jurídicos produz uma dificuldade na diferenciação, por princípios lógicos, entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório.

O atraso normativo do Código de Processo Penal contribui, sobretudo por seu artigo 14, para entendimentos que buscam conciliar o inconciliável, isto é, elementos e institutos inquisitivos da lei do Estado Novo com o sistema acusatório constitucionalmente instituído, ou, no que interessou a este trabalho, a negativa de vigência dos princípios processuais da Constituição (ampla defesa, contraditório, isonomia, devido processo) sobre inquéritos policiais e a fase investigativa, como se esses fossem perpétua e irremediavelmente blindados contra a racionalidade jurídico-democrática conquistada, como horizonte, em 1988.

A mentalidade inquisitória formal e informalmente dominante no Brasil revela-se na simples comparação entre os valores destinados no orçamento da União em 2023 para os órgãos públicos do sistema jurisdicional e investigativo federal: 7 vezes mais para o órgão que acusa do que para o órgão que defende os hipossuficientes; 11 vezes mais para o órgão que investiga do que para o órgão que defende os necessitados e 18,3 vezes mais para todo o aparato que gera o caso penal acusatório do que para a defesa.

O quadro geral desnuda que a isonomia entre as partes no processo penal brasileiro, desde a investigação, não passa hoje de uma falácia, em afronta à Constituição, desmentida pela realidade dos fóruns e alimentada, a exemplo do que esclareceu Darcy Ribeiro sobre a educação⁷⁹, não por erros nas políticas públicas

⁷⁹“O fracasso brasileiro na educação – nossa incapacidade de criar uma boa escola pública, funcionando com um mínimo de eficácia – é paralelo à nossa incapacidade de organizar a economia para que todos trabalhem e comam. Só falta acrescentar ou concluir que esta incapacidade é, também, uma capacidade. É o talento espoantosamente coerente de uma classe dominante deformada, que condena o povo ao atraso e à penúria para manter intocada, por séculos, a continuidade de sua dominação hegemônica e as fontes de seu enriquecimento e dissipação. Uma dominação infecunda, que nos põe na retaguarda das nações e nos afunda

voltadas ao processo penal, mas por um projeto inquisitório, autoritário, uma genuína capacidade inquisitória, de raízes profundas e de difícil superação. Identificar a falácia é o primeiro passo para vencê-la.

É preciso apontar a falácia das afirmações genéricas sobre inaplicabilidade da ampla defesa – o binômio autodefesa e defesa técnica – no inquérito policial e destacar a espantosa condescendência de conservar o inquérito policial como foi desde que pensado por seus criadores, uma condenação travestida de apuração sobre o crime. Retira-se a defesa do inquérito, para, no fim, reproduzir a lógica das elites de tornar o Brasil um campeão da ineficácia na garantia dos direitos fundamentais. Com isso, mais vulnerabilização é feita e refeita e parece não importar. Mas na democracia a isonomia entre as partes no processo penal, a começar pela dimensão material e orçamentária, importa.

6. REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2012.
- BADARÓ, G.H. *Processo Penal*, 9ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.
- BARROS, F.D.M. *(Re)Forma do Processo Penal* - Comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08, Del Rey, Belo Horizonte, 2009.
- BRASIL. *Lei Orçamentária Anual de 2023 Volume 1*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Lei/Anexo/Anexo-Lei14535-Volume%201.pdf, acesso em: 24 abr. 2023.
- _____. *Código de Processo Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 03 mai. 2023.
- _____. *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 03 mai. 2023.
- CANOTILHO, J.J.G.; MENDES, G.F.; SARLET, I.W. & STRECK, L.L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva/Almedina, São Paulo, 2013.
- CHOUKR, F.H. *Código de processo penal: Comentários consolidados & crítica jurisprudencial*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2018.
- CORDERO, F. *Guida alla procedura penale*, Utet, Torino, 1986.
- COUTINHO, J.N.D.M. *Observações sobre os sistemas processuais penais*, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018.
- _____. *A lide e o conteúdo do processo penal*, Juruá, Curitiba, 1989.
- CUNHA, R.M.C.D. *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*, Síntese, Porto Alegre, 1979.
- DA SILVEIRA, M.A.N. & DE PAULA, L.C. "Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha", *Revista de Estudos Criminais*, Ano XV, nº 62, 2016.
- DE PAULA, L.C. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, Tese – Direito, disponível em: https://www.academia.edu/91359188/O_segundo_grau_de_jurisdi%C3%A

no retrocesso histórico, porque isso é o que corresponde aos interesses imediatistas da nossa classe dominante. (...) A esta luz se veem como façanhas elitistas o que são fracassos sociais. Assim se entende que tenhamos um vastíssimo sistema educacional que não educa, bem como portentosos serviços de assistência e previdência social que funcionam de mentira. Em resumo, que em tudo que serve ao povo sejamos campeões de ineficácia. In: RIBEIRO, D. *Educação como prioridade*, São Paulo, Global Editora, 2018, p. 25.

- 7%C3%A3o_como_garantia_exclusiva_da_pessoa_por_uma_teor%C3%ADa_dos_re
cursos_para_o_processo_penal_brasileiro, acesso em: 24 abr. 2023.
- DE POLI, C.M. *Sistemas processuais penais*, 2º ed., Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2019.
- DIAS, G.B.N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: Um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*, 1ª ed., EMais, Florianópolis, 2019.
- ESPÍNDOLA FILHO, E. *Código de processo penal brasileiro anotado*, Vol I, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976.
- ESTEVES, D. et. all. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública*, DPU, Brasília, 2022.
- EYMERICH, N. *Manual dos Inquisidores*, Rosa dos Tempos, Brasília, 1993.
- FAZZALARI, E. *Instituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed., Cedam, Padova, 1996.
- FERNANDES, A.S. *Processo penal constitucional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2015.
- _____. *A fase preliminar do processo penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2022.
- GRINOVER, A.P. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, Forense Universitária, São Paulo, 1990.
- LEAL, R.P. "O due process e o dever processual democrático", *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 13, nº 26, jul./dez. 2010.
- _____. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*, Arraes, Belo Horizonte, 2013.
- _____. *Teoria Geral do Processo – primeiros estudos*, 11ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2012.
- LOA. *Lei orçamentária anual*, disponível em: <http://acre.gov.br/governo-2/transparencia-de-gestao/lei-orcamentaria-anual-loa/>, acesso em: 24 abr. 2023.
- _____. *Portal da Transparência do Estado do Acre*, disponível em: <http://transparencia.ac.gov.br/#/loa>, acesso em: 09 abr. 2023.
- LOPES JR. A. *Direito processual penal*, 18ª ed., Saraiva, São Paulo, 2021.
- MACHADO, A.A.M. *Investigação criminal defensiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- MACHADO, L.M. *Manual de inquérito policial*, CEI, Belo Horizonte, 2020.
- MALAN, D.R. *Direito ao confronto no processo penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
- MONTEIRO DE BARROS, V.D. *O conteúdo lógico do princípio da inocência*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2020.
- RIBEIRO, D. *Educação como prioridade*, Global Editora, São Paulo, 2018.
- SAAD, M. *O direito de defesa no inquérito policial*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.
- DA SILVEIRA, M.A.N. & DE PAULA, L.C. "Teoria unitária do processo e sua crise paradigmática: a teoria dualista e a cera de abelha", *Revista de Estudos Criminais*, Ano XV, nº 62, 2016.
- TUCCI, R.L. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3º ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- WACQUANT, L. *As prisões da miséria*, (Tradução de André Telles), Zahar, Rio de Janeiro, 2001.
- WOLFF, F. "Nascimento da razão, origem da crise", in NOVAES, A. (org.). *A crise da razão*, Companhia das Letras, São Paulo, 1996.

PROCESSO PENAL AUTORITÁRIO E AS RELAÇÕES ENTRE POLÍCIA E JUSTIÇA NA CONFERÊNCIA JUDICIÁRIA-POLICIAL DE 1917

Authoritarianism, criminal procedure and the relations between brazil's police and criminal justice system at the "judicial and policing conference of 1917"

Manuela Abath Valença¹

Universidade Federal de Pernambuco

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações metodológicas; 3. O controle das ilegalidades populares nas mãos da polícia; 3.1 A Conferência Judiciária-Policial de 1917; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

Resumo: As relações entre polícia e justiça são objeto de muitos estudos teóricos e empíricos nas ciências criminais. A princípio, o judiciário seria uma instância de controle da atividade policial, na medida em que é guardião das garantias e direitos fundamentais. Na prática, porém, são muitas as evidências de que saberes e práticas policiais são acolhidos por autoridades do sistema de justiça e em processos judiciais muitas vezes sem contestação. No Brasil, por exemplo, pesquisas indicam que testemunhos policiais são centrais na condenação de determinados delitos e que as práticas de violência institucional promovidas pelas polícias ainda são frequentes e com baixo nível de responsabilização dos agentes envolvidos. O que pode explicar essa realidade? Neste trabalho, procuramos trabalhar com a hipótese de que, no Brasil, as polícias tiveram centralidade no controle punitivo desde o seu surgimento, no século XIX, e que se constituíram como uma força soberana nas ruas lidando com a "desordem pública", questão que se definiu a partir de hierarquias raciais estruturantes da sociedade brasileira. Sendo assim, muitas vezes de modo autoritário e ao arrepio da lei, as polícias desenvolveram o seu modo de atuar "nas ruas" e as instâncias judiciais se mantiveram distantes, como cúmplices, ou raramente se ergueram para construir mecanismos de controle. Para pensar essas relações, analisamos os discursos proferidos na Conferência Judiciária-Policial ocorrida no Rio de Janeiro no ano de 1917. Aquele encontro, que reuniu autoridades policiais e do Poder Judiciário para pensar o problema do crime no Brasil, abordou a tensão entre aumento da criminalidade e o suposto excesso de liberdades conferidas pelo direito e traz interessantes *insights* para pensar em como historicamente forças policiais e do poder judiciário possuíam interesses, práticas e objetivos convergentes mais do que conflitantes.

Palavras-chave: Soberania policial; Poder judiciário; desordem pública; racismo; Conferência Judiciária-Policial de 1917.

Abstract: The relations between police and criminal justice are analysed by many theoretical and empirical studies in criminal sciences. The judiciary should, in normal conditions, be an instance of control of police activity, just as it is the guardian of guarantees and fundamental rights. In practice, however, much evidence shows that

¹Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Mestre Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Professora da Graduação e do PPGD da UFPE e da graduação da Universidade Católica de Pernambuco e da Universidade de Pernambuco. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

police knowledge and practices are validated by authorities in the justice system and in legal proceedings, which are often unchallenged. In Brazil, for example, research indicates that police testimonies are central in the conviction of certain crimes and that practices of institutional violence promoted by the police are still frequent and agents involved are not usually taken accountable. How could such reality be explained? In this paper, we try to work with the hypothesis that, in Brazil, the police have played a central role in punitive control since their inception in the 19th century, and that they have constituted themselves as a sovereign force on the streets dealing with "public disorder", an issue that was defined based on structural racial hierarchies of the Brazilian society. Therefore, often in an authoritarian way and in defiance of the law, the police developed their manner of action "at the streets" and the judicial system remained distant, as accomplice, or rarely rose to build control mechanisms. To work through these issues, we analyzed the speeches given at the Judiciary-Police Conference held in Rio de Janeiro in 1917. That meeting, which brought together police and judiciary authorities to think about the problem of crime in Brazil, addressed the tension between the increase in crime and the alleged excess of freedoms conferred by law. Being so, the speeches may carry along interesting insights to think how police forces and the judiciary had rather convergent than conflicted interests, practices and objectives.

Keywords: "police sovereignty"; judicial power; public disorder; racism; Judicial and policing conference of 1917

1. INTRODUÇÃO

A justiça e a polícia são instituições legais e minimamente conservadoras da ordem e da segurança públicas. Uma atende à solicitação que lhe fazem os direitos prejudicados; a outra vigia por que esses direitos não sejam atingidos. A aliança, pois, dessas duas organizações é indispensável².

Essas eram parte das palavras proferidas por Aurelino Leal no discurso de abertura da Conferência Judiciária-Policial, ocorrida entre os dias 3 de maio e 9 de agosto de 1917, no Rio de Janeiro. O encontro contou com a participação de policiais, notadamente chefes de polícia e peritos, membros do Ministério Público, juristas e magistrados, incluindo cinco ministros do Supremo Tribunal Federal à época: Leoni Ramos, João Mendes Junior, Augusto Olympio Viveiros de Castro, André Cavalcanti e Godofredo Cunha. Na abertura, o presidente da República, Wenceslau Braz Pinto, e da província do Distrito Federal, Nilo Peçanha, faziam-se também presentes.

Na Conferência, muito se conversou sobre a necessidade de manutenção da ordem pública e em que medida o poder judiciário poderia ser um aliado das polícias nessa tarefa. O encontro é, certamente, um dos momentos que melhor representa os debates daquele período sobre regulamentação da atividade policial, a necessidade de se evitar arbítrios e o papel que o poder judiciário e os institutos jurídicos deveriam assumir nesse cenário, se o de fortalecer a liberdade policial ou se o de limitá-la. Como é de se imaginar, os debates foram intensos e vamos explorá-los adiante.

O que, por ora, vale dizer é que não é contemporânea a tensão expressa em frases hoje tão conhecidas como "a polícia prende e a justiça solta". O brocardo sugere que a justiça seria uma instância de garantia contra prisões ilegais, e, mais amplamente, contra qualquer tipo de arbítrio praticado pelas polícias, o que, teoricamente, é mesmo a sua vocação em um Estado Democrático de Direito. Na prática, porém, não é bem assim. O fato é que a extensão da liberdade dada à polícia para fazer seu trabalho e como o direito e o poder judiciário se posicionam frente a isso acompanha a construção de nosso sistema punitivo há séculos e talvez seja o

²LEAL, A. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, 2º V., Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918, p. 19.

ponto fulcral para a sua interpretação. Afinal, práticas e saberes policiais permeiam os processos criminais brasileiros de sua origem até o seu desfecho.

Por exemplo, a força probatória do inquérito policial constitui um objeto privilegiado de estudo do campo processual penal crítico brasileiro. Desfazer a leitura tradicional segundo a qual um inquérito inquisitivo conviveria plenamente com nosso arcabouço de garantias constitucionais e sua inspiração acusatória tem sido o escopo de trabalhos recentes que, partindo de diversas perspectivas teóricas e empíricas, apontam para uma conclusão: nosso procedimento investigativo policial tem sido fundamental nos esquemas de cognição e convencimento de juízes e juízas^{3 4 5}, fato que sequer é estranho à nossa legislação, haja vista a previsão do artigo 156 do Código de Processo Penal⁶.

Essa centralidade permite, assim, que um dispositivo inquisitório, arredo à ampla defesa e ao contraditório, constitua-se como fonte para condenar. Do ponto de vista político-criminal, algumas soluções vêm sendo sugeridas, a exemplo da retirada desse documento dos autos do processo criminal, da introdução de investigações conduzidas pela defesa, da adoção de um juízo de garantias⁷ e da mudança de sua base axiológica, que poderia passar a adotar as garantias processuais que, por imposição constitucional, devem se fazer presentes em qualquer procedimento administrativo⁸.

No campo da sociologia criminal, também a problemática relação entre polícia e justiça tem aparecido como objeto de reflexão⁹ e não faltam evidências empíricas para concluir pela forte permeabilidade da justiça à verdade e aos saberes policiais. Por exemplo, pesquisas demonstram que os depoimentos de policiais colhidos nas delegacias sem a participação da defesa acabam sendo apenas ratificados em juízo e que, no crime de tráfico de drogas, por exemplo, inserem-se como elemento central ou único da condenação¹⁰. Por outro lado, a tortura ainda assombra delegacias de polícia¹¹, persistindo como técnica informal e ilegal de investigação, apesar dos muito esforços no sentido de aboli-la, merecendo destaque a modificação trazida pela lei 13.245/16¹², que passou a exigir a presença de um

³Neste sentido, ver: LOPES JR., A. & GLOECKNER, R.J. *Investigação Preliminar no Processo Penal*, 6º ed., Saraiva, São Paulo, 2014.

⁴Também: SAMPAIO, A.R; RIBEIRO, M.H.M. & FERREIRA, A.A. "A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL", *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 6(1), pp. 175-210, 2020.

⁵ Ainda: CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; ABATH, Manuela; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Por uma investigação preliminar democrática: o contraditório na interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (org.). *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

⁶Art. 156/CPP: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante". In: BRASIL. *Código de Processo Penal*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 05/04/2023.

⁷Tal instituto foi contemplado pela recente reforma realizada no CPP pela lei 13.964/2019, mas encontrava-se suspenso pela decisão em medida cautelar dada pelo Min. Luiz Fux na ADIn n. 6299 até a data de fechamento deste artigo. In: STF. *ADIN nº 6299*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>, acesso em: 05/04/2023.

⁸CHOUKR, F.H. *Garantias Constitucionais da Investigação Criminal*, 3º ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

⁹LIMA, R.K.D. "Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ANPOCS, São Paulo, 4 (10), pp. 65-84, 1989.

¹⁰JESUS, M.G.M.D. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2018.

¹¹BARROS, M. *Polícia e tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres*, Appris, Curitiba, 2015.

¹²BRASIL. *Lei nº 13.245 de 2016*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm, acesso em: 05/04/2023.

advogado nos interrogatórios em sede policial, mas que, na prática, não foi capaz de generalizar essa prática^{13 14}.

Em suma, os saberes, as práticas e os métodos policiais não se encerram nas delegacias e nas diligências promovidas por seus agentes, mas constituem elemento central na construção da verdade e práticas processuais penais. Por quê?

Uma interessante e pertinente resposta a essa pergunta está na permanência da cultura inquisitiva e autoritária que, na década de 1930, sob forte influência fascista, permeou os debates que originaram o atual Código de Processo Penal atual. Este se encarregou, por exemplo, de contemplar um inquérito policial que formalmente pode subsidiar a decisão judicial, inverteu a presunção de inocência estabelecendo hipóteses de prisão provisória obrigatória, estabeleceu uma doutrina de nulidade que aposta na convalidação de atos viciados em nome da eficiência e concedeu amplos poderes instrutórios a juízes e juízas, tudo isso como reflexo da noção de verdade real, contemplada na doutrina processual penal do período e na exposição de motivos do código^{15 16 17}.

Como já dito, essa matriz autoritária existe e se coloca de modo explícito nos textos doutrinários e de lei nas décadas que antecedem e que sucedem a criação do CPP brasileiro de 1941¹⁸.

Porém, este trabalho pretende dar um salto atrás no tempo histórico e repensar os sentidos de autoritarismo que podem ser construídos em uma sociedade como a brasileira. Autoritarismo é muito frequentemente definido a partir de sua anteposição com democracia e associado a experiências ditatoriais e totalitárias e, também, a discursos de defesa social que regimes dessa natureza constroem e fomentam.

Além desse, há um outro alcance a ser dado ao termo autoritarismo, que se refere a modos de interação baseados na violência, na desigualdade imposta entre as pessoas, no patrimonialismo, no favor e na arbitrariedade, elementos constitutivos do sistema punitivo brasileiro e que guardam raízes históricas anteriores à década de 1930.

Sendo assim, para pensar polícia e justiça no Brasil pretendo inserir outros ingredientes à tese da recepção do pensamento autoritário fascista no Brasil: a desigualdade estrutural brasileira e o escravismo como elementos que estiveram na base da formação do sistema punitivo e do modo como as relações sociais se forjaram. Em especial em relação às forças policiais, desenvolvo a ideia de que elas

¹³A entrada em vigor da Lei 13.245 em 2016 alterou o Estatuto da OAB, que passou a dispor, no artigo 7º, inciso XXI, ser direito de advogados “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração”. Apesar da previsão acerca da nulidade absoluta do ato praticado sem a defesa, a jurisprudência tem se inclinado a entender serem nulos apenas os interrogatórios nos quais o preso manifestou seu desejo em ser acompanhado, mas não foi atendido. In: STJ. RHC nº 88496/RS - DJe 29/08/2018, disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>, acesso em: 05/04/2023.

¹⁴Como lembram Lopes Jr. e Gloeckner: “na prática, essa presunção de veracidade [dos atos do inquérito policial] dificilmente pode ser derrubada e parece haver sido criada em outro mundo, muito distante da nossa realidade, em que as denúncias, coação, tortura, maus-tratos, enfim, toda espécie de prepotência policial são constantemente noticiados. Se alguma presunção deve ser estabelecida, é exatamente no sentido oposto”. In: LOPES JR., A. & GLOECKNER, R.J. *Ob. Cit.*, p. 302.

¹⁵Neste sentido, ver: GIACOMOLLI, N.J. “Algumas marcas inquisitoriais do código de processo penal brasileiro e a resistência a reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*”, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

¹⁶Também: PRADO, G. “O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências”, *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan- fev, 2015.

¹⁷Bem como: GLOECKNER, R.J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018.

¹⁸BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 06/04/2023.

surgiram com uma liberdade ampla para lidar com a “desordem pública”, cujo sentido é construído a partir de processos de racialização e está, no Brasil, associado ao medo do negro^{19 20}.

Quando escrevo “ampla liberdade” dessas forças policiais, refiro-me ao que, em outro trabalho, chamei de “soberania policial”, isto é:

quando a organização, embora tenha suas atividades e carreiras regulamentadas em lei, permite a seus agentes, dos mais diversos níveis hierárquicos, escolher atuar cotidianamente conforme códigos extralegais lícitos ou ilícitos, sem que, em razão disso, estejam sistematicamente sujeitos a controles interno ou externo. Essa soberania é menos ou mais intensa quando esses espaços de liberdade se restringem ou se ampliam²¹.

A soberania policial é um elemento constitutivo do autoritarismo brasileiro e, por isso, retorno a outro momento histórico para lançar ideias sobre como o autoritarismo presente no Código de 1941 é possível não apenas porque discursos foram recepcionados, mas porque práticas, normas e modos de organização social autoritários estavam sedimentados no sistema punitivo, sobretudo na sua dimensão “da rua”, espaço por excelência da soberania policial.

O presente trabalho, portanto, objetiva analisar as relações entre polícia e justiça no início do período republicano, a partir da análise dos discursos de policiais e juízes na Conferência Judiciária-Policial de 1917. Essa conferência, como dito, reuniu policiais e representantes do sistema de justiça para conversarem sobre segurança, justiça e polícia. Nela, evidencia-se uma tese já hoje bastante discutida de que a cultura policial e autoritária não é estranha ao campo do direito, o qual muitas vezes trabalha num processo de validação e reforço, representando mais um *continuum* autoritário do que uma ruptura legalista ou democrática^{22 23}.

Para tanto, organizamos o texto em três momentos. No primeiro, traçamos breves considerações metodológicas sobre as fontes consultadas no trabalho e os limites delas. Em um segundo momento procuramos aprofundar o argumento de que as forças policiais lidavam com a “desordem pública” de modo livre, soberano e com pouca intervenção judicial, existindo, no espaço “das ruas”, uma verdadeira jurisdição policial. Por fim, analisamos os discursos proferidos na Conferência Judiciária-Policial de 1917, sobretudo aqueles que tensionavam o papel da justiça como instância de controle ou de validação das práticas policiais, demonstrando que, naquele evento, venceu a tese da polícia soberana como requisito essencial à garantia da ordem pública.

2. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Os argumentos aqui desenvolvidos fazem parte de uma pesquisa sócio-histórica mais ampla sobre a atividade policial e judicial no início do período republicano. Para os objetivos específicos deste trabalho, realizamos uma análise documental de fontes variadas, agregadas em dois grandes grupos: fontes governamentais (leis, regulamentos e ofícios) e fontes literárias (doutrina jurídica

¹⁹Há importantes trabalhos de história social e do direito que demonstram em que medida o medo do negro, livre ou escravizado, permeou o pensamento da elite brasileira no século XIX e foram expressos em discursos legislativos quando da criação de documentos como a Constituição de 1824, o Código Criminal de 1830, o Código Penal de 1890, dentre outros. In: AZEVEDO, C.M.M.D. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites do século XIX*, 3º ed., Annablume, São Paulo, 2004.

²⁰QUEIROZ, M.V.L. *Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017.

²¹ABATH, M. *Soberania policial no Recife do início do século XX*, Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 37.

²²Neste sentido, ver: LIMA, R.K.D. “Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ANPOCS, São Paulo, 4 (10), pp. 65-84, 1989.

²³Também: ZACCONE, O. *Indignos Da Vida: A Desconstrução Do Poder Punitivo*, Revan, Rio de Janeiro, 2007.

especializada e anais de congressos). Cada uma delas apresenta possibilidades interessantes de ingressar no imaginário de uma época e dos sujeitos que as produziram, embora também estejam cobertas de problemas que precisam ser explicitados.

Primeiramente, o trabalho com documentos oficiais do Estado possui alguns limites, uma vez que essas fontes constituem versões oficiais de fatos que não necessariamente se passaram da forma como descrito. Portanto, certamente uma premissa fundamental para pesquisar com esses documentos é saber que eles podem não dizer a verdade ou toda a verdade. Como lembra Howard Becker, “muitas vezes cientistas sociais usam informação colhida por outras pessoas e organizações e, em consequência, desconsideram tudo aquilo que estas desconsideraram”²⁴ e disso não se pode fugir quando se consulta documentos policiais ou judiciais.

Por outro lado, e como aponta Reinhart Koselleck, quando nos voltamos a textos antigos, temos “a obrigação de compreender os conflitos sociais e políticos do passado por meio das delimitações conceituais e da interpretação dos usos da linguagem feitos pelos contemporâneos de então”²⁵. Desse modo, partimos sempre da advertência de que ao ler textos jurídicos e documentos oficiais de mais de um século atrás não podemos simplesmente traduzir conceitos tais quais hoje os compreendemos. Ao contrário, é a busca desse conceito para o período que pode ser o mais interessante. Como destaca Hugo L. Santos: “acreditar que os conceitos valem por si sós, que seu significado pode ser pinçado da linguagem, sem a consideração de condicionamentos sociopolíticos, é um grande equívoco – aliás, bastante comum entre juristas, que costumam idealizar seus conceitos”²⁶.

Consultamos para este trabalho, como fontes e documentos históricos, os dois volumes dos anais da conferência Judiciário Policial, as legislações do período, além de alguns livros de direito processual penal da época.

3. O CONTROLE DAS ILEGALIDADES POPULARES NAS MÃOS DA POLÍCIA

Antes de expor os debates realizados na Conferência Judiciária-Policial de 1917, convém apresentar alguns dados que elucidarão a nossa problemática. Na cidade do Rio de Janeiro, no 2º semestre de 1907, 964 pessoas foram presas pela polícia pela prática de contravenções e 426, pela prática de crimes, ilícitos estes previstos no Código Penal de 1890. Em São Paulo, de 1912 a 1916, 85,6% das prisões se deram pela prática de contravenções e 14,4%, por crimes²⁷. No Recife, em 1912, houve 2.327 detenções por contravenções e 688 por crimes²⁸. O que esses dados significam?

Dentre várias outras questões, os números expressos nas estatísticas policiais do início do século XX nas várias cidades brasileiras demonstram que a atividade policial era primordialmente voltada ao controle de contraventores, à época vadios, vagabundos, gatunos, prostitutas, ébrios, “menores”. Nas palavras de Boris Fausto, a preocupação central dessas forças estava no controle das “classes perigosas”, pobres e negros que ocupavam as cidades brasileiras²⁹. A tabela abaixo, com dados sobre a entrada de presos na Casa de Detenção do Recife³⁰ nos anos de 1914 e de 1927, ajuda a aprofundar o argumento:

²⁴BECKER, H. *Segredos e truques da pesquisa*, Zahar, Rio de Janeiro, 2007, p. 135.

²⁵KOSELLECK, R. *Futuro passado*, Contraponto, Rio de Janeiro, 2006, p. 103.

²⁶SANTOS, H.L. *Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais: fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre Michel Foucault e Reinhart Koselleck*, Universidade Federal de Pernambuco, 2015, p. 182.

²⁷FAUSTO, B. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*, 2º ed., EDUSP, São Paulo, 2001, p. 45.

²⁸ABATH, M. *Ob. Cit.*, p. 132.

²⁹FAUSTO, B. *Ob. Cit.*, p. 45.

³⁰ A casa de detenção do Recife passou a funcionar da segunda metade do século XIX até a segunda metade do século XX, estando hoje desativada como sistema prisional e funcionando como espaço cultural no centro da cidade do Recife.

Entradas - CDR - Prisões contravencionais por sexo - 1914 e 1927³¹

	1914			1927		
	Total	Homens	Mulheres	Total	Homens	Mulheres
Desordens	835	712	123	411	390	21
Gatunagem	952	925	27	488	469	19
Vagabundos	32	30	2	337	254	83
Embriaguez	94	64	30	170	154	16
Ofensa à moral	127	50	77	85	32	53
Averiguações policiais	0	0	0	60	58	2
Catimbó	7	1	6	13	7	6
Loucos	414	229	185	0	0	0
Jogadores	28	28	0	81	69	12
Outros	20	19	1	195	182	13
Total	2509	2058	451	1827	1602	225

Uma primeira observação que pode ser feita a partir da leitura desses dados é a ausência de respeito à legalidade no registro e na realização dessas prisões. Os tipos contravencionais da polícia não correspondem aos do Código Penal, havendo uma caracterização da conduta baseada na linguagem da instituição, no *cop knowledge*, sem qualquer rigor técnico.

A ofensa à legalidade é uma das características marcantes do fenômeno que temos chamado de “soberania policial”, isto é, de um controle policial informal que ocorre sem intervenção judicial. Esse padrão foi também observado por Luiz Antônio de Souza na polícia de São Paulo do começo do século XX. Para o autor, “no começo da Primeira República, parece que a polícia pretendia usar as prisões como uma forma de caracterização dos criminosos, e não dos crimes”³². Também no Recife, ao longo de toda a primeira República, são frequentes referências às prisões de gatunos, vigaristas, pederastas e tantas outras “figuras desviantes” sem correspondência na legislação penal. A polícia, portanto, não lidava com condutas, mas com sujeitos.

Como se vê, desordeiros e gatunos representam, juntos, 71% das entradas na CDR. A ofensa à moral, única das condutas que prende mais mulheres do que homens, era a forma como prostitutas poderiam ser policiadas, uma vez que prostituição, em si, não constituía um delito. Também há de se observar o grande número de prisões por embriaguez e jogos ilegais.

Segundo as informações contidas no próprio livro de “entradas e saídas” da CDR, essas prisões, chamadas abertamente de prisões correccionais (modalidade inexistente na legislação penal e processual penal), duravam dias ou semanas, e estavam sob a responsabilidade dos delegados ou subdelegados de polícia, não recebendo um tratamento judicial. A ordem de prisão e de soltura era dada pelas autoridades policiais e essas pessoas eram “julgadas e processadas” por uma verdadeira jurisdição policial informal³³. Bretas, ao avaliar o caso do Rio de Janeiro, chegou a resultados semelhantes. A polícia raramente recorria aos procedimentos criminais quando o assunto era manter a ordem na cidade.

³¹ ABATH, M. *Ob. Cit.*, p. 132.

³²SOUZA, L.A.F.D. *Polícia, poder de polícia e criminalidade numa perspectiva histórica*, KOERNER, A. (org.), *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*, IBCCRIM, São Paulo, 2006, p. 69.

³³Essa conclusão foi apontada por Luiz Antônio Francisco de Souza, que pesquisou inquéritos e práticas das delegacias de São Paulo entre os anos de 1889 e 1930. No movimento daquelas unidades, o autor verificou que a maior parte do trabalho policial não chegava à justiça, nem por meio de notificação, nem por meio de inquéritos. Em números muito semelhantes aos que eu observei no Recife, ele assevera que, em apenas um ano (1899), teria havido, em São Paulo, 6.324 prisões, sendo um quarto por crimes e as demais por contravenções. De todas essas prisões, pouquíssimos casos seriam tratados na esfera judicial, sugerindo uma polícia que funcionava verdadeiramente como uma justiça de primeira instância. In: SOUZA, L.A.F.D. *Idem*.

a seção encarregada de reprimir a vadiagem informou que, em 1928, efetuou 472 prisões que resultaram em apenas 61 processos. Uma noite na cadeia ou em alguns casos o assédio sistemático através de prisões contínuas funcionavam como um poderoso freio, sem haver necessidade de instaurar processos e envolver juízes quase sempre inclinados a absolver acusados em processos de vadiagem³⁴.

Pairava no ar uma percepção, ainda partilhada hoje, de que “os pequenos crimes e conseqüentemente as pequenas penas não demandam tantas garantias, nem um processo cheio de formas e morosidades que consumiria mais tempo e despesas do que a importância do assunto exigia”³⁵, como comenta J. A. Pimenta Bueno. Embora, sem dúvidas, a máquina da burocracia judicial parecesse lenta e morosa para resolver conflitos aparentemente de pequeno porte, a jurisdição policial não servia propriamente a isso, como se vê, mas à administração da circulação nas cidades dos indivíduos considerados perigosos, a quem não se reservava “tantas garantias”, mas nenhuma.

Ao mesmo tempo, as polícias promoviam cotidianamente e sem autorização judicial prisões para averiguação, entradas domiciliares, infiltravam agentes em organizações operárias, mapeavam essas organizações, aplicavam “corretivos” físicos em ébrios ou vadios nas ruas³⁶.

Em poucas palavras, parte importante do controle penal no Brasil era realizado pela polícia e sobre contraventores e essa assertiva nos remete, provavelmente, a uma das problemáticas centrais para a compreensão do sistema punitivo no Brasil.

No início do século XX, os contraventores eram a imagem da desordem social e do atraso, inimigos, portanto, do projeto de modernização que, na virada para o século XX, marcou a política, a ciência, o direito, a ordenação das cidades etc. O livro III do Código Penal da República em apenas cinco artigos autorizou a perseguição à vadiagem, à mendicância, à embriaguez (previsões contidas no também no Código de 1830) e, como uma novidade republicana, à capoeiragem.

Curiosamente, o Código Penal novo foi bastante influenciado por concepções da Escola Clássica, como o livre-arbítrio e suas formas de responsabilização criminal, adotou medidas como o livramento condicional, as nulidades processuais, o júri, dentre outras. Como lembrou Alvarez:

O Código Penal de 1890, com sua concepção notadamente clássica, em termos das doutrinas penais, representou, apesar dos dispositivos anteriormente citados, voltados para a repressão e o controle social de determinados segmentos da população, sobretudo uma ruptura com as práticas penais do passado escravista, ao instituir a generalidade e a imparcialidade dos critérios penais³⁷.

Tanto é assim que o Código foi rejeitado por muitos juristas, sobretudo os de tendência positivista. Na Escola do Recife e no principal veículo de publicação de seus autores, a Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, a tônica dessa crítica será dada pelos integrantes da “Nova Escola Penal”. Para esses autores, o novo código não estava antenado à mais recente ciência, leia-se, o positivismo criminológico e, notadamente, o da Escola Italiana, que, com o seu determinismo biológico ou social, negava o livre-arbítrio.

Porém, o livro III e seus artigos vagos somados a uma polícia cujas atribuições não eram bem regulamentadas e cuja tradição era de ampla soberania

³⁴ BRETAS, *Ob. cit.*, p. 82.

³⁵ BUENO, Antonio José Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guarnier, 1857.

³⁶ Neste sentido, ver: ABATH, M. “Processo penal e democracia: as práticas punitivas aos movimentos operários na primeira república”, *Revista brasileira de ciências criminais*, V. 25, pp. 173-198, 2017.

³⁷ ALVAREZ, M.C. *Bachareis, criminologistas e juristas: saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*, IBCCRIM, São Paulo, 2003, p. 71.

nas ruas foi suficiente para manter um tipo de controle social baseado na repressão às classes populares, impossibilitando, na prática, a tal “ruptura com as práticas penais do passado escravista” apreçoada por Alvarez.

Ao longo de todo o Império, a perseguição a negros escravizados ou libertos estava justificada pelas previsões semelhantes contidas no Código Criminal de 1830, e nas posturas municipais, conjunto de normas que, ao longo de todo o século XIX e em várias cidades brasileiras, perseguiu condutas como sambas, vozerias, beber em público, reuniões, receber pessoas negras em tavernas, dentre outras³⁸.

Todas essas condutas eram perseguidas pelas polícias com quase total liberdade graças às regras ou às omissões do processo penal, que, ao longo do século XIX e início do século XX, oscilaram em dar mais ou menos autonomia às polícias, dificultando a criação de uma organização que se sentisse efetivamente subordinada à lei. Como destacam Zaffaroni, Batista, Alagia e Alok, “o fracasso do projeto liberal ganha mais visibilidade nas fontes que se ocupam da própria organização do sistema penal, com ênfase no processo criminal”³⁹.

E é essa liberdade na atuação policial que institui e mantém a informalidade, a violência física, a negociação e a arbitrariedade como marcas do sistema de justiça criminal a despeito das previsões de igualdade jurídica ou de garantias processuais penais tão evidentes na Constituição de 1891, e que, aliás, já se faziam presente no Brasil desde a Constituição do Império.

Importante mencionar que alguns setores do campo jurídico estavam plenamente cientes das abordagens truculentas promovidas pelas polícias contra certas atividades como a prostituição e a vadiagem. Evaristo de Moraes, em “Ensaio de patologia social”, opunha-se à intervenção policial sobre a prostituição, defendendo a liberdade individual e a necessidade de as questões relativas à saúde e doenças venéreas serem tratadas no campo médico e não policial. Ele deixava evidente a “sua irritação com o aumento de poder que a polícia adquiria sobre a sociedade”⁴⁰. O mesmo pode ser dito em relação a José Burle de Figueiredo, para quem a repressão à vadiagem demandava intervenção educativa, laboral, disciplinadora e não simples repressão policial⁴¹.

Porém, tais preocupações não pareciam reverberar na criação de mecanismos sistemáticos de controle e a polícia seguiu agindo dessa forma século XX adentro, sofrendo pouco constrangimento, como já dito. Entretanto, evidentemente que não imune a críticas.

Na virada para aquele século, é possível verificar um grande empenho dos principais chefes de polícia do Brasil, sobretudo os do Distrito Federal, para melhorar a imagem da polícia. Isso exigiria esforços em torno de modernização, precisão e cientificidade de suas investigações, mas também passaria por encontrar, no campo do direito, os discursos legitimadores de sua autonomia enquanto organização e da necessidade de se pensar uma ampliação na concepção sobre o poder de polícia. Isto é, as forças policiais, por meio de suas autoridades mais importantes, procuraram no campo jurídico – sobretudo judicial – a chave de legitimidade para suas práticas.

Não é à toa que, em 1917, Aurelino Leal, chefe de polícia do Distrito Federal, convocou a Conferência Judiciária-Policial, reunindo juízes, ministros do Supremo Tribunal Federal e chefes de polícia, a fim de afinarem seus discursos. Na conferência, estavam em debate as principais dificuldades para a segurança pública no Brasil e o que a polícia e o judiciário poderiam, juntos, fazer. Não faltaram, ali, discursos e falas como a do então ministro do STF, Augusto O. Viveiros de Castro:

Como estamos em família, é melhor confessarmos lisamente as nossas culpas: ficará bem garantida a ordem pública, se houver completa

³⁸BATISTA, N. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*, Revan, Rio de Janeiro, 2016.

³⁹ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Direito penal brasileiro – I*, Revan, Rio de Janeiro, 2006, p. 426.

⁴⁰RAGO, M. *Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*, Paz e Terra, São Paulo, 2008, p. 154.

⁴¹FIGUEIREDO, J.B.D. *A contravenção de vadiagem*, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, Rio de Janeiro, 1924.

harmonia de vistas entre os magistrados e as autoridades policiaes, deixando uns de serem tao formalistas, tão apegados á letra da lei, considerando os outros os seus cargos como uma verdadeira profissão e não como simples achega. O *habeas corpus* é o *palladium* das liberdades publicas; não pode ser manta para abrigar criminosos⁴².

Por essa razão, consideramos essa reunião entre polícia e justiça um momento privilegiado para entender os termos dos debates que se colocavam sobre defesa da ordem pública, polícia e justiça no Brasil.

3.1. A CONFERÊNCIA JUDICIÁRIA-POLICIAL DE 1917

Como já dito, a organização da Conferência ficou a cargo do então Chefe de polícia do Distrito Federal, Aurelino Leal, cujo percurso intelectual e profissional vale a pena rapidamente resgatar, pois é, por certo, alguém que possui uma trajetória típica dos homens brancos e juristas de seu tempo. Era filho de um fazendeiro e coronel no Estado da Bahia, formou-se em Direito pela Faculdade daquele estado, desempenhou as funções de promotor público, escreveu em jornais, foi presidente de uma penitenciária e, finalmente, no final do século XIX, tornou-se Chefe de polícia do seu estado natal. Em 1886, publicou uma obra intitulada "As religiões entre os condenados na Bahia". Em 1912, Aurelino se mudou para o Rio de Janeiro e, em 1914, foi nomeado como Chefe de polícia do Distrito Federal, ocupando o cargo até 1918.

Na Chefia de Polícia do Distrito Federal, ele foi bastante ativo nas articulações pela reforma das forças policiais e era um defensor da autonomia dos chefes de polícia, entendendo que, assim, a repressão à delinquência seria feita de forma mais organizada. Ao mesmo tempo, também entendia ser imprescindível uma polícia de carreira, em que os agentes fossem progredindo paulatinamente. Como destacou na Tese defendida na Conferência;

É preciso que o funcionário, ao alistar-se no serviço de segurança da cidade, ainda moço e cheio de vida, tenha a esperança de melhores dias, porque ele os vai passar maus no exercício do seu cargo. A função do policial é antipática ao povo, com o qual tem que lutar nos seus desvios. Por outro lado, é mal remunerada e cheia de perigos⁴³.

Além de emplacar uma campanha pelas reformas, Aurelino também nutriu conversas com o Poder Judiciário e a Conferência é certamente um fruto dessa articulação. Após deixar o cargo de Chefe de polícia, Aurelino ainda foi membro do Ministério Público novamente, interventor federal no Rio de Janeiro em 1923 e, no ano seguinte, elegeu-se deputado federal pelo seu estado de origem. Foi, enfim, professor de direito constitucional, diretor de jornais (O Regenerador, na Bahia e Diário de Notícias, no Distrito Federal) e escritor, tendo publicado obras em criminologia como "Os germens do crime" e "Polícia e Poder de Polícia", esta última um resultado dos debates ocorridos da Conferência. Enfim, ao longo de sua vida, Aurelino ocupou cargos de poder estratégicos e se tornou um formador de opinião.

Como organizador da Conferência, Aurelino escolheu os temas a serem abordados nas teses, os autores de cada uma delas e, ao longo dos encontros, participou ativamente da formulação da redação final que seria publicada. Foi, certamente, o maior mentor dos *Anais*.

Dentre as temáticas escolhidas, todas tinham por principal objeto a manutenção da ordem e da segurança públicas. O que fazer com o jogo do bicho, a vadiagem, a prostituição, os acidentes de trânsito, os menores abandonados, os operários associados e insurgentes? Como organizar a polícia de modo a aprimorar o seu trabalho? Como o judiciário poderia contribuir com essa tarefa?

⁴²CASTRO, A.O.V.D. These VI, Seção II, *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918, p. 266.

⁴³LEAL, A. Tese I, Seção I, *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. I, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918, p. 12.

Aurelino Leal, no discurso de inauguração da Conferência, apontou para os quatro objetivos daquela reunião: a) estreitar os laços de harmonia entre os membros da magistratura e as autoridades policiais; b) discutir a organização geral do serviço de polícia do Distrito Federal; c) esclarecer as questões limítrofes ou de interesse comum à justiça e à polícia e d) traçar com a possível clareza a linha de ação legal da polícia, diminuindo as possibilidades do poder arbitrário.

Para o chefe de polícia, a polícia e a justiça precisariam afinar suas práticas, a fim de combater da forma mais eficaz a criminalidade. Ele deu o exemplo de sua própria atuação no Rio de Janeiro em relação à vadiagem e o quanto a união com o poder judiciário teria sido imprescindível para reduzir a impunidade em relação àquele crime.

Segundo Aurelino, no ano de 1906, apenas 422 vagabundos teriam sido condenados e, com frequência, prisões realizadas pela polícia eram relaxadas ou revogadas por meio de concessões de *habeas corpus*. Inconformado, o chefe de polícia teria procurado representantes da Corte de Apelação do Distrito Federal, dentre os quais o desembargador Celso Aprígio Guimarães, solicitando apoio daquele poder e também do Ministério Público na repressão à vadiagem, o que demandaria cautela na concessão das ordens de soltura. Segundo Aurelino, o seu apelo foi atendido e as condenações por vadiagem teriam crescido exponencialmente.

Com essa postura cooperativa entre polícia e justiça, a polícia do Distrito Federal teria obtido importantes vitórias no poder judiciário como decisões considerando válidas as providências contra o meretrício, admitindo o poder regulamentador do chefe de polícia, justificando as atividades de vigilância de organizações operárias, admitindo a repressão a determinados cultos religiosos e tantas outras.

Portanto, a expectativa com a realização da Conferência era a de que esses laços pudessem se estreitar ainda mais e que os benefícios daí advindos fossem se alastrando Brasil afora. Afinal, no que diz respeito ao arsenal criminalizador brasileiro, que previa como delito boa parte das condutas entendidas à época como ofensivas à ordem pública, a polícia não poderia se queixar; não faltavam tipos penais e contravencionais, como expus acima.

Porém, diante de uma ordem constitucional liberal e das reformas nas leis de processo que reduziram as atribuições policiais, como permitir que essas forças executassem sua tarefa investigativa e, sobretudo, preventiva, gozando de certa discricionariedade e atuando juridicamente, isto é, conforme o direito? Seria preciso aprovar um programa de defesa social compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e a polícia contava com a autorização dada pelo poder judiciário através de interpretações dos textos constitucional e legal favoráveis a suas práticas. As forças policiais procuram a legitimidade no direito para os seus atos, razão pela qual esse posicionamento do campo jurídico é fundamental.

O foco então estava no tema das liberdades e do poder de polícia. Como harmonizá-los? Leal afirmava em seu discurso que era preciso entender de uma vez por todas que “não há liberdades livres, há liberdades jurídicas”⁴⁴. Sendo assim, não se tratava de um direito absoluto. Ao contrário, à polícia caberia restringir a liberdade quando ela se tornasse perniciosa à ordem pública e a outros indivíduos.

Para tratar dessa temática, Aurelino escolheu o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Viveiros de Castro. Conservador, Castro certamente não decepcionaria Aurelino Leal em sua exposição. Afinal, como bradejava Leal na sessão de abertura da Conferência: era preciso “sair daqui, meus senhores, a doutrina da orientação conservadora, que é preciso adotarmos em nome do nosso futuro!”⁴⁵.

A Conferência, portanto, destinava-se a criar teses jurídicas para amparar a atuação policial e justificador suas práticas. Embora nem todos os participantes tivessem o mesmo perfil, é interessante verificar como as temáticas centrais ficaram a cargo dos magistrados mais conservadores e do próprio Aurelino, como é caso das teses sobre liberdades individuais, poder de polícia, vigilância nas ruas e prostituição.

⁴⁴LEAL, A. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, V.2, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918, p. 20.

⁴⁵LEAL, A. *Ob. Cit.*, p. 23.

Os debates acabaram se dividindo em três seções: a primeira sobre organização da polícia, presidida pelo Desembargador Edmundo de Almeida Rego; a segunda se intitulava “Justiça e Polícia” e era presidida por Viveiros de Castro e a terceira seção era sobre Polícia Administrativa e foi coordenada por Pedro Augusto Carneiro Lessa.

Se pudéssemos exprimir uma tendência principal dos debates realizados na Conferência, diria que se tratou de um elogio à defesa social e uma crítica aos excessos do liberalismo.

Pedro Tórtima trabalhou a Conferência Judiciária-Policial e a leu como um instrumento em que as classes dominantes teriam reunido esforços para reprimirem com maior eficácia os levantes de operários, bastante frequentes no período e, inclusive, no ano de 1917. Para Tórtima era indubitável que “a legislação de controle da força de trabalho constituía-se em poderoso instrumento de dissuasão do movimento operário. Aurelino e seus confrades da Conferência tinham perfeita consciência dessa arma hábil do Estado”⁴⁶. Porém, não apenas a repressão era visualizada como possível, mas também o paternalismo. Assim, no balanço feito pelo historiador, teria a Conferência se dedicado a pensar repressão e assistência às classes operárias, em ambos os casos, visando à pacificação social e à disciplina dessa categoria.

De fato, ao longo do evento, foram debatidas trinta e uma teses e aprovadas vinte e sete, muitas das quais abordando direta ou indiretamente a questão operária. Porém, a tônica da Conferência era a desordem pública, conceito mais amplo do que a subversão operária, mas, certamente, atrelado também a este. O projeto civilizacional, forte naquele período, era refratário a um conjunto de ilegalidades que se justapõem e se constroem mutuamente: uma desordem de classe, de raça e de gênero. Desse modo, não foi incomum ler, naqueles autores, os estrangeiros anarquistas serem definidos como cafetões ou as mulheres operárias como degeneradas sexualmente. O desvio ao modelo representado na imagem do homem branco e proprietário torna a imagem da desordem aquele conjunto de pessoas abordadas na Conferência: prostitutas, mendigos, vagabundos, jogadores, operários etc.

Que temática poderia contemplar todo esse grupo de “desordeiros”? As leis penais já lidavam com cada um deles e as processuais penais, ao longo do século XIX e início do XX, os trataria como uma questão de polícia, como já explicitado acima. O espaço da Conferência seria agora o de firmar interpretações, discutir lacunas, estabelecer os limites e as possibilidades do poder policial.

Não por acaso, o tema do Poder de Polícia foi objeto de uma tese específica, a VII da Seção I, escrita por Aurelino Leal. Suas principais referências no campo do poder de polícia eram o alemão Otto Mayer e o italiano Ranelletti, citados frequentemente nos seus textos e discursos. No campo criminológico, Aurelino bebia da fonte tradicional de sua época: o positivismo italiano.

No geral, Aurelino entendia que o poder de polícia, dada a complexidade do cotidiano nas ruas, estaria inevitavelmente envolto de uma discricionariedade dos agentes policiais, que, diante de algumas situações não previstas em lei, teriam a liberdade de realizar um juízo de conveniência e de oportunidade sobre suas ações. Além disso, o autor defendia o poder regulamentar dos Chefes de Polícia, considerando que a Constituição de 1891, ao permitir aos presidentes a regulamentação de leis, teria, também, admitido aos auxiliares do executivo essa tarefa⁴⁷.

⁴⁶TORTIMA, P. *Polícia e justiça de mãos dadas: A conferência Judiciário-Policial de 1917*, Universidade Federal Fluminense, 1988, p. 183.

⁴⁷As discussões giraram em torno do artigo 48, 1 da Constituição de 1891, que dispunha: “Compete privativamente ao Presidente da República: 1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; *expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução*” (grifo nosso). In: BRASIL. *Constituição de 1891*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm, acesso em: 06/04/2023.

Era exatamente esse aspecto o mais polêmico. Poderiam policiais, mesmo os chefes de polícia, legislar? Ao redigir a tese, Aurelino expôs vários pontos, mas três deles receberam oposição dos relatores do trabalho. Eram os seguintes:

III – O poder de polícia deve, principalmente, assentar na lei. O princípio é que, tanto quanto possível, tudo deve ser determinado por uma regra de direito – lei de polícia ou regulamento de polícia.

VIII – O poder de polícia compreende as penas de polícia. Estas são diferentes das inscritas no Código Penal, porque revê stem de um caráter puramente administrativo. Os fatos punidos com tais penas são meras contravenções administrativas ou delitos administrativos que escapam ao conceito de dolo e culpa.

IX- O poder de polícia , no domínio dos fatos, se realiza por penas coercitivas, por substituição e pela força. Toda a ação coercitiva deve ser regulada nas leis e regulamentos. A coerção por substituição, embora desconhecida no nosso direito, pode ser por ela adotada e está contida na lei 3232 de 1917.

O ministro Guimarães Natal, relator do parecer, entendia que as três teses acima eram incompatíveis com preceitos da Constituição de 1891, basicamente por permitir ao executivo, na figura da polícia, a prerrogativa de legislar e instituir penas, escolhendo as condutas que constituíam uma ofensa à ordem pública. A carta constitucional teria consagrado a divisão de poderes e, com ela, a excepcionalidade das atribuições legislativas do poder executivo, o que impediria um chefe de polícia criar normas de circulação nas cidades, por exemplo⁴⁸.

Porém, essa prática era largamente realizada pela polícia. Por exemplo, a administração da prostituição coube basicamente à polícia naquele período, que determinava, por meio de regulamentos, nas cidades, onde a atividade poderia se exercer, o horário e a forma. Ao mesmo tempo, a polícia também determinava acerca de jogos, de *meetings* operários. Desse modo, Aurelino parecia apenas barganhar apoio para uma prática que já era corriqueira.

Nas sessões em que ocorreram os debates, Viveiros de Castro saiu em defesa da tese de Aurelino:

o domínio da função regulamentar compreende, assim, a preexistência de uma lei ou a espontaneidade na sua falta do Poder executivo cabendo ao chefe de Estado exercê-la diretamente ou pelos seus ministros e funcionários mais elevados, entre os quais o chefe de polícia⁴⁹.

A única emenda que Castro sugeriu foi no ponto III, que deveria contar, segundo ele, com a seguinte redação: "Quanto aos fatos puníveis, a lei escolhe ou deixa que o Poder Executivo escolha as perturbações que se lhe afiguram bastante importantes para dar-lhes sanção penal". Assim, deixava explícita a proibição de a polícia criar tipos penais, embora admitisse que ela criasse tipos administrativos. A proposta de Castro foi aceita à unanimidade de votos.

O Ministro Pedro Lessa, mesmo não comparecendo à sessão que discutiu a tese, encaminhou uma carta em apoio a Aurelino, que a leu na sessão⁵⁰. Na carta, o ministro coadunava com todos os termos da tese do elaborador, a qual foi, ao final, após um longo debate, aceita e publicada.

Outra tese que tratou indiretamente da temática do poder de polícia foi a VII, da terceira seção, redigida por Celso Vieira de Mello Pereira, que chegaria a ser chefe de polícia do Distrito Federal. O trabalho abordou o tema da circulação das pessoas nas ruas e isso estava totalmente relacionado à extensão do poder de polícia. No caso, defendia o autor a possibilidade de a polícia administrativa intervir sobre atividades como o meretrício, o jogo de azar, a embriaguez, a decência pública, os

⁴⁸ ATA DA QUARTA REUNIÃO DA I SEÇÃO. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. II, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918, p. 116.

⁴⁹ ATA DA QUARTA REUNIÃO DA I SEÇÃO. *Ob. Cit.*, p. 117.

⁵⁰ ATA DA QUARTA REUNIÃO DA I SEÇÃO. *Ob. Cit.*, pp. 121-122.

maus tratos aos animais⁵¹, a mendicidade, o disfarce de sexo⁵², a vadiagem e o trânsito, regulamentando-as quando a lei fosse silente.

Noutro momento, o meretrício recebeu especial atenção da Conferência em mais uma tese redigida por Aurelino Leal, a tese III da terceira seção. Nela, o autor destacava a possibilidade de a polícia determinar onde o meretrício poderia ser praticado, prática esta bastante corriqueira, conforme aprofundarei no capítulo seguinte. Leal mencionou no trabalho, inclusive, precedentes do STF que julgaram válidos os regulamentos expedidos por chefias de polícia no intuito de organizar a atividade em apreço, deixando evidente que já havia amparo judicial para aquelas ações⁵³.

Já o Desembargador Antônio Ferreira de Souza Pitanga, na Tese IV da terceira seção, defendeu o direito de a polícia administrativa internar loucos e menores. O magistrado inicia o seu trabalho afirmando que ele não é científico, mas baseado em sua larga experiência e defende a criação de centros de internamento de loucos e menores que representem um risco à vida em sociedade. Sem esses centros, a assistência policial careceria de alternativas para encaminhar indivíduos que fossem encontrados naqueles estados, aos quais não se poderia reservar apenas a repressão, mas também a assistência:

A criação de asylos, de orfanatos, de creches para as mães operárias, de colônias agrícolas para os que possam exercer alguma atividade reprodutiva, de albergues noturnos policiados para os que não têm lar, o aumento dos hospitais para moléstias contagiosas, cuja propagação cumpre impedir como uma ameaça à higiene publica, as oficinas elementares para os cegos adultos, são outros tantos refúgios para os desgraçados que imploram a caridade publica por necessidade, que neles encontrarão a assistência, sucedânea de esmola, evitando as durezas da desigualdade no torvelinho social⁵⁴.

Outro importante tema debatido na Conferência, agora mais diretamente ligado às organizações operárias, era o relativo ao direito de vigiar pessoas perigosas. Em um outro trabalho, argumentei que a polícia, no Recife, para controlar essas organizações, infiltrava seus agentes nos sindicatos, comícios e *meetings* e não envidava esforços para mapear todas as organizações. Ao mesmo tempo, vigiava os jornais de publicação anarquista ou operária, restringia a circulação de seus documentos, prendia trabalhadores para averiguá-los e determinava a expulsão dos estrangeiros envolvidos em atividades tidas como nocivas à ordem pública⁵⁵.

Todos esses atos eram determinados pelo chefe de polícia ou pelos próprios delegados e subdelegados, à revelia de qualquer autorização judicial e em nome do poder de polícia. Não se sabe ao certo o quanto essas organizações operárias recorriam a ações judiciais para evitar essa constante vigilância ou mesmo para demandar reparações pela violação às garantias constitucionais à associação, à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade de domicílio. Seria preciso desenvolver uma pesquisa especificamente na justiça para verificar se essas demandas existiam e, se sim, como eram julgadas. Mas fato é que a polícia estava cotidianamente na espreita desses movimentos.

⁵¹Curiosa a menção a esse tipo de situação. O autor destaca que, aos poucos, o direito brasileiro estaria contemplando regras civilizatórias e que demonstram sentimento de proteção aos animais, impedindo que a eles fossem dispensados castigos e tratamento imoderado e cruel. Refere-se a tese especificamente aos cocheiros e carroceiros.

⁵²Constituía crime, nos termos do artigo 379 do Código Penal de 1890: "Art. 379. Usar de nome supposto, trocado ou mudado, de titulo, distintivo, uniforme ou condecoração que não tenha". In: BRASIL. *Código Penal de 1890*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm, acesso em: 06/04/2023.

⁵³ LEAL, A. *Idem*.

⁵⁴PITANGA, A.F.D.S. Tese IV, Seção III, *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. I, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918, p. 423.

⁵⁵ABATH, M. "Processo penal e democracia: as práticas punitivas aos movimentos operários na primeira república", *Revista brasileira de ciências criminais*, V. 25, pp. 173-198, 2017.

Na Conferência, a temática veio à tona em mais de uma tese. Uma delas é a de Augusto Viveiros de Castro, o qual, não apenas como doutrinador, mas como ministro do STF, entendia não constituir constrangimento ilegal a vigilância que a polícia entende dever “exercer sobre certas pessoas consideradas suspeitas; ao contrário, é uma condição indispensável para que ela possa exercer convenientemente sua ação preventiva”. Para ele,

Firmada a doutrina jurídica no sentido de ser a liberdade individual naturalmente limitada pelo interesse social e pela necessidade de ser mantida a ordem pública, me parece incontestável o direito da Polícia de impor essas limitações, sempre que as circunstâncias do momento exigirem o emprego de providências dessa ordem⁵⁶.

Os discursos de Castro são, junto aos dos representantes policiais na Conferência, os que mais se aproximam a um ideal de defesa social. Ele não titubeia em criticar o excesso de liberalismo de nossas legislações e a necessidade de se limitar esses direitos, sobretudo por uma razão de ordem coletiva. Sem dúvidas, ele representa um tipo de pensamento que dominará a produção legislativa no campo penal na década de 1930, no Estado Novo, quando a defesa do Estado e da segurança nacional parecia justificar toda e qualquer medida em termos de imputação criminosa.

O debate sobre a liberdade das organizações operárias apareceu também na tese IX da segunda seção, defendida por Galdino Siqueira. O jurista defendeu em seu trabalho a liberdade de associação dos trabalhadores, bem como a legalidade da greve⁵⁷. Para Siqueira, a maioria dos países avançados e civilizados admitia a “parede”, desde que realizada sem violência ou grave ameaça à pessoa e o Brasil teria andado bem quando descriminalizou a conduta nas hipóteses em que acontecia pacificamente. Sem dúvidas, Siqueira era bem mais liberal que Castro.

Porém, ao ser submetida a aprovação, um trecho importante de sua tese não foi aceito por Aurelino Leal. Galdino defendia que competia somente ao poder judiciário dissolver sindicatos; para o organizador da Conferência, isso era uma questão de polícia. Ao mesmo tempo, o relator da tese, Astolpho de Rezende, defendia a possibilidade de uso do *habeas corpus* como o instrumento legal cabível para titular a liberdade de associação – tese da qual o próprio Galdino discordava, por entender que o *habeas corpus* restringia-se às hipóteses de violação ao direito de locomoção⁵⁸.

Aurelino Leal, ao longo dos debates, pediu a palavra para expor um pouco da sua experiência como Chefe de polícia no Distrito Federal na gestão dos problemas operários. Primeiramente, relatou o quanto algumas greves que acompanhou na cidade do Rio de Janeiro eram atos em si dotados de extrema violência e intimidação, porque os que aderiam ao movimento coagiam os demais trabalhadores a pararem suas atividades. Além disso, ao acompanhar as “paredes” a polícia acabava tendo proximidade com as duas partes envolvidas no conflito, podendo funcionar como uma instância de conciliação.

Siqueira pediu novamente a palavra para dizer que a greve somente poderia ser considerada ofensiva à ordem pública se, de fato, os que a ela aderissem agissem com violência direta contra pessoas. Ainda, aduzia que a polícia não poderia funcionar como juiz arbitral nas questões entre operários e patrões⁵⁹.

Ao final, Aurelino saiu vencedor e todas as suas emendas foram aprovadas. Quanto ao uso de *habeas corpus* para impugnar a dissolução dos sindicatos, proposto por Adolpho Rezende, houve rejeição unânime.

Outro tema sensível no tocante às liberdades individuais era relativo à circulação de estrangeiros. Em mais de um dos debates ocorridos na Conferência, a

⁵⁶CASTRO, A.O.V.D. *Ob. Cit.*, p. 256.

⁵⁷ATA DA NONA REUNIÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. 2, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918, pp. 220-223.

⁵⁸ATA DA NONA REUNIÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. 2, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918, pp. 220-223.

⁵⁹ATA DA NONA REUNIÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. *Ob. Cit.*, p. 231.

presença de imigrantes foi percebida como ameaçadora e ligada à subversão. Viveiros de Castro expressou claramente que “Dissolução e anarquia trazem-nos hoje da Europa os estrangeiros insubmissos a toda lei divina e humana, os inimigos do Estado e da propriedade, da família, da pátria, da moral e do direito”⁶⁰.

Sendo assim, apesar de a entrada desses indivíduos estar garantida em sede constitucional, debatia-se a possibilidade de expulsão por parte da autoridade policial de estrangeiros envolvidos em atos contrários à ordem pública, quase sempre associados às manifestações operárias.

A essa temática dedicou-se expressamente Rodrigo Octavio, na tese VII da segunda seção⁶¹. A tese dele é a de que estrangeiros poderiam ser expulsos ou não admitidos em território nacional se constituíssem um risco à ordem pública, tal qual apregoado pelo Decreto n. 1.641 de 1907, que, como destacado nos debates por Celso Vieira, “teve dois fins capitais: reagir politicamente contra o anarquismo, em defesa do Estado; reagir moralmente contra a delinquência apurada pelos Tribunais e em particular contra a vadiagem, a mendicância e o lenocínio, em defesa da sociedade”⁶².

A liberdade de imprensa também foi abordada na Conferência, em tese exposta pelo próprio Aurelino Leal. Ele se opõe veementemente ao que chama de “desserviço da imprensa” no combate ao crime, ponderando que os jornais costumavam divulgar diretamente atividades ilícitas (como os números do jogo do bicho, anúncios de cartomantes e até de abortos), criticar injustamente o trabalho policial e mesmo fomentar atividades nocivas à ordem pública, como as revoltas operárias. Neste último caso, Leal destaca que a liberdade de imprensa garantida na Constituição não é absoluta e, portanto, estava assegurada à polícia a possibilidade de exercer censura sobre conteúdos indevidos e potencialmente perturbadores da ordem⁶³.

Enfim, a leitura das teses produzidas ao longo daquele ano não deixa dúvidas de que a tendência menos liberal encampada por Aurelino Leal e Augusto Olympio Viveiros de Castro prevaleceu: a polícia e o judiciário precisavam estar em sintonia perfeita para um combate eficiente ao crime. Foram basicamente vitoriosas as posições e as propostas que esses dois ideólogos da Reação souberam defender e apresentar⁶⁴.

Ainda mais curioso é que os trabalhos da Conferência acabaram sendo interrompidos em decorrência das atividades da Greve Geral de 1917. No discurso com o qual encerrou o evento, Aurelino lembrou que a Conferência não poderia ter ocorrido em um momento mais oportuno. Afinal, aquela reunião entre policiais e juízes teria logrado êxito direto e imediato na repressão aos trabalhadores envolvidos naquelas greves:

O primeiro triunfo se concretizou no *habeas corpus* com que os anarquistas pretenderam garantir-se o direito de realizar ‘comícios operários em qualquer praça, teatro ou outro lugar conveniente desta cidade’. Por unanimidade de votos, a 3ª Câmara da Corte de Apelação adotou os motivos por mim expostos, no tocante a localização de *meetings*, reconhecendo tal direito à polícia. Batidos aí, os anarquistas recorreram ao Supremo Tribunal Federal, onde mais ruidosa decepção os feriu. Ao nosso eminente Confrade, o Ministro Viveiros de Castro, que redigira magistralmente na Conferência, a tese sobre liberdades individuais e suas restrições, coube a sorte de relatar o recurso. (...) Pode-se dizer que essa sentença de nossa

⁶⁰ATA DA OITAVA REUNIÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. 2, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918, p. 204.

⁶¹OCTAVIO, R. Tese VII, Seção II, *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. 1, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918.

⁶²ATA DA NONA REUNIÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. *Ob. Cit.*, p. 214.

⁶³LEAL, A. *Idem*.

⁶⁴TÓRTIMA, P. *Ob. Cit.*, p. 183.

suprema Corte foi a carta de lei conservadora da ordem pública da cidade⁶⁵.

Os operários saíram derrotados. Aurelino, envaidecido. O primeiro grande esforço de reunir policiais e juízes parecia ter criado bases sólidas para a defesa social, mesmo a nível do STF, o que não era pouca coisa.

Não é possível saber, ao certo, o alcance dos debates realizados na Conferência no campo policial e jurídico brasileiro. As teses, entretanto, publicadas pela Imprensa Nacional, estariam à disposição de quem delas precisasse para justificar suas condutas. Era um importante documento de legitimação para uma polícia soberana.

4. CONCLUSÃO

A compreensão das práticas do sistema de justiça criminal brasileiro e, sobretudo, do processo penal precisa perpassar a sua formação histórica, o que, no Brasil, não pode estar apartado de uma reflexão sobre os mais de trezentos anos de um sistema escravocrata e as hierarquias raciais que ele estruturou e que estruturam até hoje a nossa sociedade.

Neste trabalho, reflito sobre como práticas autoritárias como torturas, maus tratos, invasões domiciliares, violação à legalidade, prisões arbitrárias, dentre outras, muitas vezes promovidas por agências policiais, não nascem em períodos de exceção democrática e tampouco são sempre objeto de rechaço pelo campo jurídico como um todo e o sistema penal em especial.

Desse modo, procuro, com o resgate de uma história anterior à da década de 1930 e da influência fascista no pensamento jurídico brasileiro, demonstrar que práticas autoritárias se sedimentaram nas organizações do sistema punitivo brasileiro desde a sua constituição.

Um “medo branco de uma onda negra” sedimentou a imagem do perigo e da desordem pública e, lidar com ela, foi, essencialmente, uma questão de polícia. Com o conceito de “soberania policial” procurei definir um modo de agir das polícias brasileiras que tem, nas ruas, um aspecto de liberdade e ausência de constrangimentos que, de certo modo, foram reforçados pelo campo jurídico. Cartas em branco foram dadas às polícias em tipos penais abertos como vadiagem ou capoeiragem (o primeiro presente nos códigos criminais de 1830 e 1890 e o segundo neste último), mas também por normas e discursos processuais penais que evitaram falar sobre polícias e seus limites.

Assim, polícia e a justiça, longe de constituírem dois opostos, estiveram muitas vezes em sintonia de atuação quando o objetivo era manter a ordem na cidade.

A Conferência Judiciária-Policial de 1917 é um marco nesse encontro. Ali nem todos os juristas estavam sustentando juridicamente uma “polícia soberana”, nos termos aqui trabalhados, mas as teses vencedoras reforçaram, sem dúvidas, uma concepção de “poder de polícia” que legitimava as práticas policiais até então em curso. Foi a concepção de necessidade de uma polícia livre “nas ruas” e com poderes alargados que pareceu prevalecer como modelo no controle à vadiagem, aos jogos de azar, aos movimentos operários e à liberdade de imprensa, por exemplo.

Sendo assim, longe de exaurir o fundamental debate sobre as matrizes autoritárias do processo penal brasileiro, entendo que para uma compreensão mais aguçada deste fenômeno é preciso considerar: a) a constituição das polícias e a centralidade que seus saberes e práticas ainda hoje possuem no funcionamento do sistema punitivo; b) a construção da noção de “desordem pública” como sendo um problema do medo do negro no Brasil no século XIX e c) as relações nem sempre conflituosas entre polícias e justiça, as quais se configuram no silêncio dos juristas sobre as polícias (representado nos poucos capítulos, artigos, livros sobre essa organizações, seus papéis, atribuições e limites) ou, até mesmo, em momentos de

⁶⁵LEAL, A. *Ob. Cit.*, p. 57.

encontros amistosos e cooperativos, como a Conferência Judiciária-Policial de 1917, foco deste trabalho.

Uma agenda de pesquisa parece surgir quando aproximamos os estudos policiais dos estudos no campo do processo penal, costurando uma noção de autoritarismo que considere a dimensão do racismo, do patrimonialismo e do favor nas relações sociais brasileiras e na construção dos textos e discursos jurídicos desde o século XIX.

5. BIBLIOGRAFIA

- ABATH, M. *Soberania policial no Recife do início do século XX*, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.
- _____. "Processo penal e democracia: as práticas punitivas aos movimentos operários na primeira república", *Revista brasileira de ciências criminais*, V. 25, pp. 173-198, 2017.
- ALVAREZ, M.C. *Bachareis, criminologistas e juristas: saber jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*, IBCCRIM, São Paulo, 2003.
- ATA DA QUARTA REUNIÃO DA I SEÇÃO. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. II, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918.
- ATA DA NONA REUNIÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. 2, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918.
- ATA DA OITAVA REUNIÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. 2, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918.
- AZEVEDO, C.M.M.D. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites do século XIX*, 3º ed., Annablume, São Paulo, 2004.
- BATISTA, N. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*, Revan, Rio de Janeiro, 2016.
- BECKER, H. *Segredos e truques da pesquisa*, Zahar, Rio de Janeiro, 2007.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 05/04/2023.
- _____. *Lei nº 13.245 de 2016*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm, acesso em: 05/04/2023.
- _____. *Constituição de 1891*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm, acesso em: 06/04/2023.
- BARROS, M. *Polícia e tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres*, Appris, Curitiba, 2015.
- BRETAS, M.L. *Ordem na cidade: o exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro: 1907-1930*, Rocco, Rio de Janeiro, 1997.
- BUENO, Antonio José Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Guarnier, 1857.
- CASTRO, A.O.V.D. These VI, Seção II, *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918.
- CHOUKR, F.H. *Garantias Constitucionais da Investigação Criminal*, 3º ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- FIGUEIREDO, J.B.D. *A contravenção de vadiagem*, Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, Rio de Janeiro, 1924.
- FAUSTO, B. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*, 2º ed., EDUSP, São Paulo, 2001.
- GIACOMOLLI, N.J. "Algumas marcas inquisitoriais do código de processo penal brasileiro e a resistência a reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*", Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.
- GLOECKNER, R.J. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018.

- JESUS, M.G.M.D. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2018.
- KOSELLECK, R. *Futuro passado*, Contraponto, Rio de Janeiro, 2006.
- LEAL, A. *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, 2º V., Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918.
- LIMA, R.K.D. "Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ANPOCS, São Paulo, 4 (10), pp. 65-84, 1989.
- LOPES JR., A. & GLOECKNER, R.J. *Investigação Preliminar no Processo Penal*, 6º ed., Saraiva, São Paulo, 2014.
- OCTAVIO, R. Tese VII, Seção II, *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. 1, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918.
- PRADO, G. "O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências", *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan- fev, 2015.
- PITANGA, A.F.D.S. Tese IV, Seção III, *Annaes da Conferência Judiciária-Policial de 1917*, Vol. I, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1918.
- QUEIROZ, M.V.L. *Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017.
- RAGO, M. *Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*, Paz e Terra, São Paulo, 2008.
- SAMPAIO, A.R; RIBEIRO, M.H.M. & FERREIRA, A.A. "A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL", *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 6(1), pp. 175-210, 2020.
- SANTOS, H.L. *Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais: fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre Michel Foucault e Reinhart Koselleck*, Universidade Federal de Pernambuco, 2015.
- SOUZA, L.A.F.D. Polícia, poder de polícia e criminalidade numa perspectiva histórica, KOERNER, A. (org.), *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*, IBCCRIM, São Paulo, 2006.
- STJ. RHC nº 88496/RS - DJe 29/08/2018, disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>, acesso em: 05/04/2023.
- STF. ADIN nº 6299, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>, acesso em: 05/04/2023.
- TORTIMA, P. *Polícia e justiça de mãos dadas: A conferência Judiciário-Policial de 1917*, Universidade Federal Fluminense, 1988.
- ZACCONE, O. *Indignos Da Vida: A Desconstrução Do Poder Punitivo*, Revan, Rio de Janeiro, 2007.
- ZAFFARONI, E.R; BATISTA, N; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Direito penal brasileiro – I*, Revan, Rio de Janeiro, 2006.

ACTOS PREPARATORIOS Y TENTATIVA: EL SACRIFICIO DE LA LEGALIDAD EN NOMBRE DE LA SEGURIDAD ANTITERRORISTA EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

Preparatory acts and attempt: the sacrifice of legality in the name of anti-terrorist security in brazilian legislation

Paulo César Busato¹

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Sumario: Introducción. 1. Los discursos de inseguridad de la post-modernidad. 2. El escenario global de miedo al terrorismo. 3. El problema: la conversión legislativa brasileña de la preparación en ejecución. 4. La quiebra de la legalidad para la incriminación del terrorismo en Brasil. 5. Una presunción en contra del reo. El especial fin de actuar. Elemento subjetivo de la pretensión conceptual de relevancia. La necesidad de acercamiento a partir de la concepción significativa de la acción. 6. El vacío de la pretensión de ofensividad. 7. Consideraciones finales: entre metamorfosis, aporofobia y retrotopía. 8. Bibliografía.

Resumen: El artículo hace un análisis crítico de la incriminación de los actos preparatorios del terrorismo en la legislación brasileña. Se considera que la fórmula legislativa, en atención a las recomendaciones internacionales impulsadas por el miedo viola el principio de legalidad.

Palabras-clave: Actos preparatorios – tentativa – terrorismo – principio de legalidad – legislación brasileña.

Abstract: The article makes a critical analysis of the prosecution of preparatory acts of terrorism in Brazilian law. It is considered that the legislative formula, in response to international recommendations, driven by fear, violates the legality.

Keywords: Preparatory acts - attempt - terrorism - legality - Brazilian law.

INTRODUCCIÓN

Recientes eventos de invasión al parlamento brasileño han generado noticias que tratan de referir – indebidamente – a actos terroristas². Pero, la verdad es que, aunque los registros que han cruzado el mundo sean lamentables y realmente constituyan delitos graves en contra del Estado democrático de derecho, no son, ni podrían ser, considerados actos terroristas.

¹ El autor es doctor en Problemas actuales del Derecho penal por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, con estancia post-doctoral en la Universidad de Valencia y en la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo). Es miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Georg-August-Universität, en Göttingen. Profesor de Derecho penal de la Universidad Federal de Paraná, Brasil y Fiscal del Ministério Público del Estado de Paraná, Brasil.

² Por ejemplo: METROPOLIS. *Atos terroristas: Congresso estima prejuízo de R\$ 6,5 milhões*, disponible en: <https://www.metropoles.com/brasil/atos-terroristas-congresso-estima-prejuizo-de-r-65-milhoes>, aceso en: 10 de abril de 2023.

Es reciente la legislación que ha promovido – correctamente, a mi sentir – la inclusión en el Código penal, de figuras típicas que incriminan atentados en contra del Estado democrático de derecho. Al margen de la mayor o menor fortuna de las redacciones de dichos dispositivos incriminadores, lo cierto es que, por regla general, han atendido al menos al principio de legalidad.

Infelizmente, no se puede decir lo propio de las específicas incriminaciones antiterroristas, que han venido de la mano de la ley 13.260 de 16 de marzo de 2016³.

Lo que se pretende, en este escrito, es demostrar como la legislación antiterrorista en Brasil tradujo un paso hacia atrás en términos de seguridad jurídica, ha promovido, por una parte, un avance de barreras de imputación y, por otra, un recorte en las garantías duramente conquistadas a lo largo de siglos.

Hemos visto, en todas partes del mundo – y en Brasil no es diferente – abusos de la formulación de delitos de peligro abstracto, normas penales en blanco, elementos normativos, bienes jurídicos colectivos, fórmulas imprudentes, delitos de posesión, delitos de deber, etc., que constituyen el famoso fenómeno de expansión del Derecho penal. Pero, es más intenso todavía cuando se utiliza, en una misma norma de incriminación, varias de estas técnicas conjuntamente.

La justificación de tal opción suele estar vinculada a discursos de seguridad, muchas veces apoyados en un discurso de miedo.

Por ello, no es sorpresivo que justamente en campo de la regulación penal del terrorismo – en dónde el miedo se impone con facilidad – sea donde aparezcan recortes de garantías más evidentes y petulantes.

Uno de estos recortes – presente en la legislación antiterrorista de Brasil – es la criminalización de actos preparatorios, que es el adelantamiento de barreras de imputación que se basa en una presunción en contra del reo que abre paso a una enorme posibilidad de producción de resultados injustos.

El presente texto se propone a un análisis de tales fórmulas de incriminación a partir de los principios limitadores del Derecho penal, para poner de relieve la gravedad de la erosión de garantías que dicha actitud legislativa produce y demostrar como esta situación es un producto de nuestro tiempo, en donde el paradigma de exclusión se asocia al diferente, al extranjero, a una especie de enemigo contra el cual se permite toda clase de violaciones de derechos.

1. LOS DISCURSOS DE INSEGURIDAD DE LA POST-MODERNIDAD.

Se constata empíricamente que estamos viviendo un momento de orientación global hacia el recrudecimiento de la represión penal. No hay dudas sobre el hecho de que esta situación deriva, en cierta medida, de factores como la globalización y la revolución tecnológica.

El avance de la tecnología digital y el crecimiento de las organizaciones empresariales supranacionales⁴ son factores determinantes para la adopción de una política criminal uniforme a nivel mundial, especialmente en ámbitos de intereses colectivos, como el ambiente, el tráfico de vehículos, el contrabando de armas, la macroeconomía y la migración de personas.

Conviene notar que es justamente en la economía donde brota antes el proceso de globalización, que solo más tarde se vuelve político y jurídico. No es una novedad que la expansión de los mercados siempre es la primera opción de crecimiento

³BRASIL. Lei nº 13.260 de 2016, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm, aceso en: 11 abr. 2023.

⁴En lo que refiere a las organizaciones supranacionales, véase comentario en: PRITTWITZ, C. "O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo", in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 32.

económico, desde la instalación del proceso de revolución industrial⁵. Pero esta actividad económica supranacional atrae también la ansia por el lucro ilícito, con lo cual, la pretensión de delincuencia alcanza, de la misma forma, aspiraciones globales, en especial en los ámbitos societarios.

A parte de ello, las actividades cotidianas de la sociedad, cada vez más, se perciben asociadas a un patrón elevado de riesgos que huyen del control de aquél que se arriesga. No hay duda de que en el periodo medieval, por ejemplo, una persona estaba mucho más expuesta a enfermedades, la violencia y a toda la suerte de problemas que llevaban a una vida de sobresaltos y dificultades.

Por otra parte, la comodidad de nuestros días en utilizar energía eléctrica, en moverse en coches y utilizarse teléfonos celulares, implica riesgos de funcionamiento de las centrales nucleares o termoeléctricas, enormes cifras de accidentes de tráfico y depósito contaminante de las baterías de los teléfonos. La diferencia está en que estos riesgos, al contrario de los medievales, están distantes del nuestro control. La verdad es que nuestra vida es muy superior en calidad a la del hombre medieval, pero también es verdad que tenemos mucho menos control sobre las fuentes del riesgo cotidiano. Esta distancia de las fuentes de riesgo genera una falsa sensación de inseguridad, que hace con que el hombre común busque una seguridad que le es presentada falsamente con el embalaje del Derecho penal. La pretensión de ejercicio del control social en los ámbitos de riesgo se presenta siempre bajo la forma de recorte de libertades en nombre de una supuesta *guerra* en contra del delito.

No es un acaso, como observa Herzog que “en muchas leyes del Derecho penal moderno se emplea la palabra ‘lucha’ (contra la criminalidad económica, contra la criminalidad ambiental, contra la criminalidad organizada). Como si el Derecho penal pudiera vencer el mal y alejar el caos mediante la violencia”⁶.

Ocorre que el discurso más o menos hegemónico que deviene de estas instancias es de creciente inseguridad social con la cual se justifica un incremento de control en nombre de una pretendida seguridad que nunca llega, *ha convertido el modelo de control social de lo intolerable en el modelo intolerable de control social*, transformando el Derecho penal del riesgo en un Derecho penal del enemigo⁷. Y, para alcanzar este objetivo inabarcable de paladino del control de la violencia, el

⁵Es ilustrativo el comentario de Hobsbawm en el sentido de que “en Inglaterra de finales del siglo XVIII, dos cosas eran necesarias: primero, una industria que ya ofreciera recompensas excepcionales para el fabricante que pudiera expandir su producción rápidamente, siendo necesario a través de innovaciones sencillas y baratas, y, segundo, un mercado *mundial* ampliamente monopolizado por una única nación productora”. In: HOBBSAWN, E. *A Era das Revoluções*, 18ª ed., trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2004, p. 56.

⁶HERZOG, F. “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, *Revista Penal*, Praxis, Barcelona, 1999, p. 54.

⁷ Prittwitz alerta para esta transformación, al comentar que “El derecho penal del riesgo y el derecho penal del enemigo no son dos conceptos independientes el uno del otro; derecho penal del enemigo no es una expresión que está de moda, y que a penas substituye otra expresión que está en la moda – el derecho penal del riesgo. Este último describe, a mi manera de ver, un cambio en el modo de entender el derecho penal y de actuar dentro de él, cambio este resultado de una época, estructural e irreversible; un cambio cuyo punto de partida ya es hecho dado y que tanto encierra oportunidades como riesgos. Derecho penal del enemigo, en contrapartida, es la consecuencia fatal que debemos rechazar con todas las fuerzas, de un derecho penal del riesgo que se desarrolló y continúa desarrollándose en la dirección errada – independientemente de se describir el derecho del riesgo como un «derecho que ya pasó a ser del enemigo», como lo hizo Günther Jakobs en 1985 – en aquella época todavía en tono de advertencia – o de defender vehementemente el modelo de un derecho penal parcial, o derecho penal del enemigo, como lo hizo Günther Jakobs más recientemente”. In: PRITTWITZ, C. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo” (...), *op. cit.*, p. 32.

Derecho penal "ha dejado caer el equipaje democrático, el cual es un obstáculo en la realización de las nuevas tareas"⁸.

En este contexto de discurso de *guerra*, la fórmula de exclusión del otro, del diferente, de aquél que viene de otro lugar, de otra forma de vida, de otro contexto cultural y social resulta un blanco preferencial, aunque esté amparada en una imagen de violencia absolutamente distorsionada frente a la realidad⁹.

Por ello, no es sorpresivo que justamente el *combate al terrorismo* sea el campo donde aparece más nítidamente el recorte de garantías para el ejercicio del control social punitivo.

2. EL ESCENARIO GLOBAL DE MIEDO AL TERRORISMO.

En el escenario mundial del miedo al terrorismo se han producido muchos tratados internacionales respecto del tema, recomendando la criminalización de conductas referentes al terrorismo, tales como la Convención Internacional sobre la Supresión de Atentados Terroristas con Bombas (1998)¹⁰; la Convención Interamericana contra el Terrorismo (2002)¹¹ y la Resolución 1.373 del United Nations Security Council (2001)¹².

Y el tema sigue siendo importante, como enseña la reunión informal de los jefes de Estado o de gobiernos de la Unión Europea, en Bruselas, 12 de febrero de 2015¹³, de donde se sacó una Declaración de los miembros del Consejo Europeo en el sentido de incrementar as medidas de "combate al terrorismo", teniendo en cuenta que la radicalización de los últimos años ha convertido la amenaza terrorista en algo aún más grave, en especial frente las nuevas tecnologías de comunicación en línea, que han facilitado la comunicación transfronteriza a los terroristas y han amplificado la propaganda terrorista y la propagación del extremismo. Incluso, en abril de 2021, la UE adoptó un Reglamento para combatir la difusión de contenidos terroristas en línea, a través de control de los proveedores de servicio, normas estas con validez a partir del 7 de junio de 2022.

3. EL PROBLEMA: LA CONVERSIÓN LEGISLATIVA BRASILEÑA DE LA PREPARACIÓN EN EJECUCIÓN.

En algunos países como Brasil, el cambio legislativo en este campo ha sido brutal y ha llegado a la cumbre de la exageración con la incriminación de actos preparatorios de atentados terroristas, abriendo puertas no sólo a una quiebra de

⁸ Esta es la expresión utilizada por Hassemer en: HASSEMER, W. "Características e crises do moderno Direito penal", *Revista de Estudos Criminais*, nº 8., Notadez, Porto Alegre, 2003, p. 59.

⁹ Refiere Harari que es un error tomar el terrorismo como referencia de peligro, pues, aunque haya toda una imagen de miedo asociada a los actos terroristas "en el año siguiente a los ataques del once de septiembre, a pesar del mucho que se ha hablado en terrorismo y guerra, un ciudadano medio tenía más probabilidad de suicidarse que de ser asesinado por un terrorista, un soldado o un traficante de drogas", *In: HARARI, Y.N. Sapiens*. Trad. de Paulo Geiger, Companhia das Letras, São Paulo, 2016, p. 377.

¹⁰ACNUR. *Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1632.pdf>, aceso en: 11 abr. 2023.

¹¹OAS. *Convención interamericana contra el terrorismo*, disponible en: https://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/agres1840_02.htm, aceso en: 11 abr. 2023.

¹²UN. *Resolution 1373 de 2001*, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/449020?ln=en>, aceso en: 11 abr. 2023.

¹³CONSILIUM. *Reunión informal de los jefes de Estado o de Gobierno Bruselas, 12 de febrero de 2015 - Declaración de los miembros del Consejo Europeo*, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/02/12/european-council-statement-fight-against-terrorism/>, aceso en: 11 abr. 2023.

las fórmulas tradicionales de teorías del delito, sino también a una incriminación presuntiva absolutamente inaceptable.

La legislación brasileña resulta explícita en su voluntad de incriminar estadios anteriores al *iter criminis*, sin embargo de que en Brasil, la realidad criminológica respecto de terrorismo sea prácticamente inexistente. Véase el texto del art. 5º de la ley 13.260 de 16 de marzo de 2016, de Brasil:

"Art. 5º - Realizar actos preparatorios de terrorismo con el propósito inequívoco de consumir tal delito:
Pena - la correspondiente al delito consumado, disminuida de un cuarto hasta la mitad"¹⁴.

Queda claro que la evidente falta de técnica legislativa prácticamente destruye la imputación.

Se percibe que en la pretensión conceptual de relevancia no se identifica ninguna conducta en concreto, sino que se anuncia simplemente *realizar actos preparatorios de terrorismo* con el propósito inequívoco de consumir tal delito.

Aunque la fórmula no sea novedosa en la legislación brasileña¹⁵, los supuestos existentes describían claramente en qué consistía la conducta de preparación específica. La doctrina, empero, se ha encargado de precisar que el tipo de acción era una incriminación de actos preparatorios^{16 17 18}.

Como se nota, la situación del tipo penal del art. 5º de la Ley 13.260 de 16 de marzo de 2016 es diferente. No se define absolutamente cuál es la conducta incriminada. Por el contrario, se recurre a un concepto técnico-jurídico impreciso para establecer el ámbito de la incriminación de modo que simplemente no se sabe lo que es incriminado.

4. LA QUIEBRA DE LA LEGALIDAD PARA LA INCRIMINACIÓN DEL TERRORISMO EN BRASIL.

En ello se ubica una quiebra inaceptable del principio de legalidad en su vertiente de la certeza (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

El supuesto núcleo del tipo de acción es realizar, que no traduce absolutamente nada si desvinculado de su objeto. Al tratarse de un verbo transitivo directo, tenemos que, si alguien realiza, debe de realizar *algo*. Este *algo* serían actos preparatorios. Sin embargo, actos preparatorios es una expresión técnico-jurídica, que en nada puede aclarar el contenido del núcleo del tipo, porque ella misma puede traducir una multitud de cosas. Más, todavía, si se tiene en cuenta que son múltiples las teorías que buscan separar los actos preparatorios de los actos de ejecución. Así las cosas, a depender de la teoría que se adopte, los actos preparatorios referidos podrían o no ser identificados como tales.

Por ejemplo, especialmente los autores vinculados a una matriz positivista científica han llegado a considerar inútil la misma división del *iter criminis*¹⁹,

¹⁴BRASIL. *Lei nº 13.260 de 2016, Idem.*

¹⁵En el Código penal de 1940, el art. 291 establecía la incriminación del portar instrumentos para la falsificación de moneda. Art. 291: fabricar, adquirir, suministrar, a título oneroso o gratuito, poseer o guardar maquinismo, aparato, instrumento o cualquier objeto especialmente destinado a la falsificación de moneda. *In*: BRASIL. Código Penal de 1940, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acceso en: 11 abr. 2023.

¹⁶A ello refieren, por ejemplo, BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal* - Parte especial, Vol. 4., 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014, p. 413.

¹⁷Y: HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, Vol. IX, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 215.

¹⁸También: TELES, N.M. *Direito penal* - Parte especial III, Atlas, São Paulo, 2004, p. 209.

¹⁹Así: GARÓFALO, R. *La Criminología*, Trad. de Pedro Dorado Montero, BdeF, Montevideo

predicando no ser posible delimitar la diferenciación entre actos preparatorios y actos de ejecución. De ello, la denominación de teoría negativa, es decir, el reconocimiento de que es imposible definir el límite a través de una regla general, debiendo quedar a cargo del juez, tópicamente, establecer lo que sea acto preparatorio y acto de ejecución.

De ser así, habría que reconocer que el tipo penal en cuestión remitiría a la nada, dejando completamente al arbitrio del juez delimitar el ámbito del punible, lo que es absurdo.

Para la llamada teoría subjetiva pura, la identificación del acto de ejecución se ubica en la voluntad de cometer el delito y en la representación del autor respecto a los efectos de su realización. Sería la misma manifestación de voluntad del autor quien definiría el inicio de la ejecución²⁰.

En este caso, se plantearía dos problemas: el primero y obvio es que la voluntad está en todas las etapas del delito, desde la *cogitatio* y no se altera, hasta pasada la misma consumación. Es decir, si la pretensión es de aprehensión de la voluntad como guía de la conducta, es muy difícil, por no decir, imposible, sobre esta base, afirmar lo que es *acto de ejecución* y, luego, lo que es *acto preparatorio*. El segundo, obviamente, sería que el tipo sería definido según la voluntad del autor, lo que es un disparate ya que obviamente, se incriminaría la conducta en que no hay voluntad (para constituir acto preparatorio) y que, sin embargo, estaría vinculada contradictoriamente a un propósito inequívoco de cometer el terrorismo. A parte de todo ello, hace falta poner de relieve que las teorías de la voluntad están vinculadas a una idea de dolo psicológico que, hace mucho, ha sido superada por la doctrina del Derecho penal y es, por lo tanto, insostenible.

En efecto, la voluntad del agente, en sí misma, no puede ser criterio de separación de absolutamente nada. No es un acaso que esta teoría se reconoce hoy como completamente abandonada^{21 22}.

Disputan espacio doctrinal, para la separación de actos preparatorios y de ejecución, las llamadas teorías objetivas, que tienen en común la idea central de que si el dolo es igual en todas las etapas de la práctica delictiva, los actos de ejecución dependen de manifestaciones externas inequívocas identificadas por un tercer observador en el sentido de la pretensión criminal. Estas teorías se diferencian internamente, en la identificación de ese indicador externo objetivo.

La teoría objetivo-formal²³ ha sido el primer enunciado de un criterio objetivo sobre la determinación del inicio de la ejecución y uno de sus principales defensores ha sido von Hippel²⁴. Para esa teoría, serían actos de ejecución aquellos que representan el inicio de la realización de los elementos del tipo. Es decir, la identificación se da a través de la presencia concreta de algún acto que consista en la realización del verbo que expresa el núcleo del tipo legal de delito.

Hay serios problemas con esta teoría.

En muchos supuestos el realizar del núcleo del tipo exige el paso por varias etapas que dejan inequívoco el objetivo antes de que se alcance el núcleo del tipo, como por ejemplo, en el caso del robo de objetos de una residencia.

Pero, en el delito en estudio, ello quedaría completamente indefinido, porque el núcleo del tipo de acción sería *realizar* y su objeto serían precisamente los actos preparatorios que se quiere definir, con lo cual, resultaría en un círculo vicioso de vaguedad.

- Buenos Aires, 2005. p. 270.

²⁰Sostuvo dicha teoría, por ejemplo, BURI, M.V. "Zur Lehre vom Versuche", in: *Der Gerichtsaal*, nº 19., Ferdinand Enfe, Erlanger, 1867, p. 60.

²¹La información aparece en: JESCHECK, H.H & WEIGAND, T. *Tratado de Derecho Penal*, 5º ed., Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, p. 557.

²²Y en: ZAFFARONI, E.R & PIERANGELI, J.H. *Da tentativa*, 5º ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 46.

²³Cf. ZAFFARONI, E.R & PIERANGELI, J.H. *Da tentativa (...)*, Ob. Cit., p. 48.

²⁴HIPPEL, R.V. *Deutsches Strafrecht, Zweiter Band: das Verbrechen*: Allgemeine Lehre, Springer, Berlin, 1930. p. 398.

Además, hay problemas de indefinición, porque el desprecio completo del aspecto subjetivo no permite identificar el *animus* que diferencia entre el delito de lesiones corporales y un intento de homicidio, por ejemplo.

Justamente la insuficiencia²⁵ demostrada por la teoría objetivo-formal, ha llevado a que se planteara las llamadas teorías objetivo-materiales, según las cuales no basta la realización de alguno de los elementos del tipo para poder hablar en actos de ejecución, sino que hace falta la presencia de un peligro efectivo para el mismo bien jurídico al que se refiere.

Este punto de vista se inició por una tesis de Frank²⁶ y fue mejor desarrollado por Max Ernst Mayer²⁷ que se ha preocupado en identificar el intento como la representación de una conducta peligrosa. Así, sólo cabría identificar como inicio de la ejecución "la puesta en peligro del bien jurídico"²⁸.

Esta teoría, sin embargo, también tiene sus problemas, pues, al despreciar consideraciones sobre el dolo, no puede identificar, por ejemplo, si quien apunta el arma pretende matar o lesionar a la víctima. Después de todo, ¿qué es lo que está expuesto a peligro? ¿La vida o la integridad física?

En el supuesto precisamente de los actos preparatorios del terrorismo, ello resulta completamente tautológico, pues, haría falta identificar cuando efectivamente se pone en peligro un bien jurídico y, con actos preparatorios, simplemente no se pone en peligro ningún bien jurídico. Si el bien jurídico está en peligro, ya existen actos de ejecución, con lo cual ya no se trata del delito en estudio.

Finalmente, surgió como teoría que mejor delimita el caso la llamada teoría objetivo-individual u objetivo-subjetiva, según la cual, sólo se puede hablar en principio de ejecución ante la presencia de elementos indicadores de que el autor inició la realización de su plan.

En efecto, sólo a partir de la aprehensión de sentido de un tipo de acción es posible definir el intento, ya que no existe un intento en sí, sino un intento de algo. Por lo tanto, ese algo, que es el tipo, debe ser percibido a través de la acción realizada, para que se identifique concretamente la presencia de un intento. Por lo tanto, el acierto de la tesis objetivo-individual comprueba una vez más la corrección de la base comunicativa para la estructuración de la teoría del delito. La idea de ejecución del plan del autor es, de hecho, una cuestión doctrinal de amplia aceptación^{29 30 31 32 33 34}.

La simple existencia de discusiones dogmáticas entre las tres distintas perspectivas revela los problemas del art. 5º.

Si hay perspectivas diferentes sobre la definición dogmática de lo que es un *acto preparatorio* y ello es un elemento del mismo tipo de acción, existir o no el delito pasa a ser una cuestión dependiente de qué teoría adopte el que imputa. Con ello, no queda siquiera un mínimo de seguridad jurídica en una evidente violación del

²⁵En ese sentido: ZAFFARONI, E.R & PIERANGELI, J.H. *Da tentativa (...), Ob. Cit.*, p. 50.

²⁶FRANK, R. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, 18º ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931, p. 87.

²⁷MAYER, M.E. *Derecho penal - Parte General*, Trad. de Sergio Politoff Lifschitz, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2007, pp. 427 ss.

²⁸Cf. MAYER, M.E. *Derecho penal (...), Ob. Cit.*, p. 428.

²⁹Cf. WELZEL, H. *Derecho penal alemán*, 4º ed., Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 224 ss.

³⁰ZAFFARONI, E.R; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Derecho penal - Parte General*, 2º ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 827 ss.

³¹JESCHECK, H.H & WEIGAND, T. *Tratado (...), Ob. Cit.*, p. 553.

³²MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal - Parte General*, 8º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 418.

³³WESSELS, J. *Derecho penal - Parte General*, Trad. de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 175.

³⁴MAURACH, R; GÖSSEL, K.H. & ZIPF, H. *Derecho penal - Parte General*, 2º ed., Trad. de Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995. p. 31.

principio de legalidad.

Resulta imposible conocer, *a priori*, el contenido de la incriminación, lo que lleva a la completa imposibilidad de obedecer la norma. No se puede cumplir una norma que no se logra conocer.

Esta imposibilidad es una violación directa del principio de legalidad, en la vertiente de la certeza, pues para la preservación del mismo Estado de Derecho, sólo se puede incriminar conductas definidas³⁵.

No es admisible que el legislador incrimine conductas que no se sabe exactamente lo que son, o como mínimo, de contenido discutible.

Pero no sólo en la indefinición de lo que es un acto preparatorio se viola la vertiente de la certeza del principio de legalidad.

5. UNA PRESUNCIÓN EN CONTRA DEL REO. EL ESPECIAL FIN DE ACTUAR. ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PRETENSIÓN CONCEPTUAL DE RELEVANCIA. LA NECESIDAD DE ACERCAMIENTO A PARTIR DE LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN.

Importa poner de relieve que el tipo de acción exige que los actos preparatorios *sean de terrorismo*, es decir, que estén orientados por el propósito inequívoco de consumir dicho delito.

Lo que ya era malo va a peor.

En primer lugar, porque exige el tipo de acción que se realice los actos preparatorios *con el fin de cometer el delito de terrorismo*, lo que es una redundancia. Todo acto preparatorio - y en eso coincide la doctrina - es preparatorio de un delito. Si no es así, simplemente se desnuda como acto preparatorio.

En segundo lugar, es también característica de los actos preparatorios - salvo conductas ya en sí mismas incriminadas (como por ejemplo, portar arma, para realizar un homicidio) ser ellos mismos conductas no identificadas como delitos. Así, es prácticamente imposible identificar un acto preparatorio que sea en sí mismo impune, de modo inequívoco, como acto preparatorio de terrorismo, salvo que el acto en sí mismo de terrorismo ocurra.

Es fácil entender que el que adquiere material para preparar una bomba tanto puede pretender realizar un acto terrorista, cuanto asaltar un banco; el que busque informaciones sobre el entrenamiento de bandas terroristas en *internet* puede tanto pretender incorporarse a dichas bandas cuanto escribir un libro o un reportaje.

En tercer lugar, la exigencia de demostración de la inequívoca pretensión de realización del actos terroristas se refiere a una pretensión de verdad inalcanzable como tal por el Derecho en general y el Derecho penal en particular. Simplemente no se puede afirmar la intención de alguien de modo inequívoco porque el acceso a la mente ajena es imposible y la atribución de intenciones, sea por dolo o por especiales fines de actuar depende exclusivamente del contexto del desarrollo de la acción, es decir, están inscriptas en las mismas acciones³⁶.

³⁵ Cobo-Vives refieren que la "claridad e taxatividad son imprescindibles condiciones de la seguridad jurídica". Véase: COBO DEL ROSAL, M. & VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal - Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 65.

³⁶ "[...] si bien es cierto que para conceptuar el tipo de acción no puede incluirse entre sus elementos necesariamente la intención, no lo es menos que existen casos en que el tipo de acción puede aparecer integrado con momentos subjetivos, en la medida en que hay clases de acciones que no podrían ser definidas sin tales momentos. Así, ejemplifica VIVES (1996, p. 274), sucedería con mentir, que es un tipo de acción relevante, v. g., para el delito de falso testimonio. Como quiera que mentir consiste en conocer lo verdadero y decir intencionalmente lo falso, la intención juega aquí un papel definitorio (en el sentido más arriba apuntado de la función definitoria) y pertenecerá, por ende, al tipo de acción. De ahí que VIVES hable de intencionalidad objetiva para referirse a aquella intencionalidad que cumple un papel definitorio o conceptual en el tipo de acción correspondiente, en la medida en que, merced a los citados momentos anímicos, el significado de la acción (que se atribuye

En los supuestos en concreto, son posibles dos situaciones concretas: que el agente realice actos preparatorios, de los cuales pretende hacer derivar actos de ejecución y consumar el crimen de terrorismo - que es lo que se entiende en el art. 5º - o puede ser que la pretensión sea sólo de realizar actos preparatorios, sin ninguna decisión momentánea acerca de realizar o no actos terroristas, lo que significa no existir un propósito inequívoco de tal práctica, quedando fuera del ámbito de la incriminación.

Estos supuestos fuera de la tipificación estarían subdivididos en participaciones en los crímenes de terrorismo, especialmente en forma de complicidad, y hechos completamente impunes.

Naturalmente, no cabe aquí profundizar esta última distinción que no es objeto de este trabajo.

En lo que se refiere al otro punto de diferenciación no se puede presumir que la conducta sea de realización de acto preparatorio de terrorismo y en ello se agote, o que sea un acto preparatorio de quien tenga un propósito inequívoco de llegar a consumar tal delito, acudiendo simplemente a un inaccesible proceso mental como direccionamiento de una finalidad específica.

Para este fin, hace falta acudir al acontecimiento global, en su contexto social, que sólo puede ser capturado por la forma de vida, considerando no la realización aislada, sino todo lo que la rodea.

Al final, las palabras y las conductas sólo tienen sentido dentro de un reconocimiento global de circunstancias. En ese sentido refería ejemplificando Wittgenstein:

"Si me avergüenzo del incidente, me avergüenza de todo: de las palabras, del tono venenoso, etc., no me avergüenza de lo que hice en aquella ocasión, sino de la intención que tuve, y la intención no se hallaba también en lo que yo hacía? que es justifica la vergüenza, toda la historia del incidente"³⁷.

Hace falta, como en la omisión, hacer un análisis de las expectativas que se puede tener frente al contexto general de la conducta.

En cuanto a esta expectativa, es explícito Wittgenstein, refiriéndose incluso a un evento que remite a casos de terrorismo: "una expectativa está inserta en la situación de la que se origina. La expectativa de una explosión puede originarse, por ejemplo, situación en la que se debe esperar una explosión"³⁸.

a ciertos movimientos corporales a la ausencia de ellos) tiende a objetivarse, a diferencia de lo que cabe denominar intencionalidad subjetiva, que debe ser ubicada en la pretensión de ilicitud [...]. De este modo, en el marco de la concepción significativa de la acción los tradicionalmente calificados en la dogmática penal como <elementos subjetivos del injusto> o <elementos subjetivos de la antijuridicidad>, que no se identifican con el dolo, quedan incorporados al tipo de acción como elementos subjetivos del tipo de acción, desempeñando ya una función definitoria de dicho tipo, ya fuera de constituir un criterio conceptual más para valorar la acción". In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico y de la empresa – parte general*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 266-267.

³⁷WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*, 7ª ed., trad. de Marcos G. Montagnoli, Vozes, Petrópolis, 2012, p. 221.

³⁸WITTGENSTEIN, L. *Investigações (...)*, Ob. Cit., p. 205.

Para una concepción significativa de la acción^{39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50}
^{51 52 53 54} no puede ser igual el acto de comprar canicas para montar una bomba de fabricación casera o para utilizarlas en un juego infantil, pero no basta con acudir al acto de realizar tal compra para que se pueda capturar el sentido de tal acción.

Sólo es posible valorar si es justo subsumir esta conducta al art. 5º, buscando el contexto en que se realiza, es decir, las otras compras que el sujeto haya realizado, sus contactos previos con otros miembros de un grupo terrorista, sus tareas en este grupo, si es que existe y una enorme cantidad de otras variantes. Sin embargo, conviene subrayar, la correspondencia de tales variantes con indicadores de un propósito de realización de acto terrorista no sirve para afirmar una verdad, sino tan sólo para reconocer en el acto una similitud con actos preparatorios de terrorismo.

Se trata de una actividad que adquiere significado sólo cuando se entrelaza con el mismo lenguaje formando los juegos de lenguaje al que aludía Wittgenstein⁵⁵, ya que el significado de una acción, así como el de una palabra, está vivo sólo en su uso y este uso está conectado a un contexto.

Los elementos subjetivos como especiales fines de actuar no son entidades descriptivas, por lo que su evidencia depende de factores probatorios. En este caso, se requiere la demostración del propósito inequívoco de transformar los actos preparatorios que se imputa en ejecución del crimen de terrorismo.

Por esta razón existe una enorme dificultad probatoria involucrada en el crimen en cuestión. Hay que demostrar existentes circunstancias denotativas de dos cosas: la práctica efectiva de actos preparatorios de terrorismo y la pretensión de llevar efectivamente el plan a la fase de ejecución.

Pero en concreto, los primeros supuestos en que se ha aplicado dicha ley

³⁹Sobre una concepción significativa de acción, véase el precursor: VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996 (con nueva y mucho más amplia edición en 2011).

⁴⁰También: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa - Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁴¹ORTS BERENGUER, E. & GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho penal - Parte General y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁴²BORJA JIMÉNEZ, E. "Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal", in: *Nuevo Foro Penal*, nº 62, 1999, pp. 117 y ss;

⁴³CUERDA ARNAU, M.L. "Límites constitucionales de la comisión por omisión" in *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

⁴⁴CARBONELL MATTEU, J.C. "Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo e imprudencia", in *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*. (Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, Enrique Orts Berenguer y María Luisa Cuerda Arnau- coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 139 y ss;

⁴⁵GORRIZ ROYO, E. *El concepto de autor en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁴⁶RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁴⁷VIVES ANTÓN, T.S.; CUERDA ARNAU, M.L. & GÓRRIZ HOYO, E. *Acción Significativa - Comisión por Omisión y Dogmática Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁴⁸Y: VIVES ANTÓN, T.S. *Pensar la libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

⁴⁹En Brasil, asumiendo expresamente la dimensión del lenguaje en la elaboración de la teoría del delito. In: BUSATO, P.C. *Derecho penal y acción significativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁵⁰BUSATO, P.C. *Direito penal - Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.

⁵¹Y: MASCARENHAS JÚNIOR, W.A. *Ensaio Crítico sobre a ação*, Nuria Fabris, Porto Alegre, 2009;

⁵²GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; CABRAL, R.L.F. & BUSATO, P.C. *Compêndio de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2017.

⁵³CABRAL, R.L.F. *Dolo y Lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁵⁴BUSATO, P.C. *Direito penal - Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.

⁵⁵WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas (...) Ob. Cit.*, p. 19.

en Brasil, lo que ocurrió ha sido todo lo contrario. El tipo penal se ha convertido en el argumento para permitir una presunción de actitud delictiva frente a los reos, con el consecuente recorte de necesidad de producción de pruebas de cargo.

Un ejemplo de ello ha sido la llamada *Operación Hashtag*, que el día 21 de julio del 2016, determinó la prisión de 10 personas a las cuales se ha imputado las conductas de actos preparatorios de terrorismo consistentes simplemente en el intercambios de e-mails y mensajes de WhatsApp, Telegram y redes sociales, en los que los involucrados hablaban de comprar un fusil en Paraguay y conmemoraban los resultados de los atentados ocurridos en Orlando y Niza. Estos serían objetivamente los actos preparatorios del delito de terrorismo. El grupo no mantenía contacto interpersonal con ninguna banda terrorista, salvo por medio de un juramento por *internet* al EI y el grupo ni siquiera tuvo éxito en la compra de las armas. Incluso uno de los miembros que afirmaba pensar en buscar, en el exterior, representantes del Estado Islámico, desistió por cuenta de imposibilidad financiera. Ante este contexto, difícilmente se podría hablar de una intención inequívoca, según exige el tipo de acción, pero, ello no ha impedido que se iniciara una persecución penal.

6. EL VACÍO DE LA PRETENSIÓN DE OFENSIVIDAD.

La incriminación de actos preparatorios tal como está propuesta no contempla ningún resultado, ni de daño, ni de peligro concreto ni de peligro abstracto, pues se trata de actos preparatorios.

Siendo actos preparatorios, no hay ningún bien jurídico sufriendo lesión, ni tampoco siendo concretamente expuesto a peligro concreto, de forma bastante obvia. Pero, incluso las pretensiones de hablar en peligro abstracto resultan imposibles.

La cuestión es más evidente cuando se utiliza la terminología más adecuada y moderna de delitos de resultado peligroso (para referirse a los crímenes de peligro concreto) y delitos de conducta peligrosa (para referirse a los crímenes de peligro abstracto).

Con ello, se explicita mejor que el peligro abstracto es nada más que un peligro estadístico, es decir, un peligro traducido en la realización de una conducta que, dentro de los parámetros conocidos, es estadísticamente peligrosa.

La práctica de actos preparatorios no es en sí misma, estadísticamente peligrosa. Los actos preparatorios se puede realizar en todo momento sin ningún peligro. Siempre. El peligro comienza con los actos de ejecución. Esto es insuperable.

Se percibe que ni siquiera se puede afirmar que los actos preparatorios serían estadísticamente peligrosos porque se convertirían en actos de ejecución, por ser completamente imposible demostrar tal tendencia estadística y, si se pudiera afirmar por presunción que los actos preparatorios tienden estadísticamente a la ejecución, tendríamos que afirmar que la *cogitatio* tiende al acto preparatorio, lo que resulta absolutamente ridículo, pues exigiría del intérprete no menos que una capacidad de previsión del futuro.

Por lo tanto, se puede afirmar también que, si se entiende superables las objeciones formuladas a la pretensión conceptual de relevancia, es posible afirmar con absoluta tranquilidad no hay ninguna dimensión material en el tipo, es decir, resulta inexistente completamente la lesión o peligro de cualquier orden a cualquier clase de bien jurídico.

Por ello, la admisión de esta técnica de incriminación resulta ser una vuelta atrás en todo lo que se ha construido históricamente como garantías ubicadas en la tipicidad.

7. CONSIDERACIONES FINALES: ENTRE METAMORFOSIS, APOROFOBÍA Y RETROTOPÍA.

La verdad es que los cambios jurídico-penales de nuestra época caminan hacia atrás.

Se puede argumentar que, en el caso del delito investigado, Brasil no hizo más que seguir la orientación a que se vio obligado por el acto de firmar tratados y convenciones internacionales sobre terrorismo y que siguió una tendencia a incriminar los actos preparatorios de terrorismo, como se hizo en otros países. Las dos afirmaciones tienen sentido.

Sin embargo, ninguna de ellas sirve para eximir de responsabilidad al legislador brasileño por los recortes de garantías.

De todos modos, esta clase de recorte de garantías es algo que no se suele poner en tela de juicio simplemente porque se vuelca hacia un blanco preferencial que es el otro, el diferente, el extranjero, el migrante. Este es el blanco que está en todos los dictámenes internacionales sobre el tema.

Vivimos hoy lo que Ulrich Beck ha denominado un proceso de metamorfosis⁵⁶, que resulta en la construcción de un nuevo modo de ver el mundo. Pero, este cambio de perspectiva no necesariamente apunta hacia adelante, sino que abre paso a dos direcciones diametralmente opuestas, muy bien mapeadas por el último escrito de Zigmunt Bauman, titulado *Retrotopia*⁵⁷.

Bauman⁵⁸ sostiene que el fracaso del proyecto de libertad iluminista que no pudo ser terminado ha generado una frustración que hizo con que muchas de las elecciones humanas, casi en sentido de protesta, se volvieran hacia el pasado. El autor ha percibido que la humanidad, asustada con el camino de corrupción y degeneración al que apunta el futuro, llega a pensar un camino de vuelta hacia el pasado, creyendo ser posible convertirlo en una ruta de limpieza de todos los daños cometidos por los proyectos de la modernidad.

En este contexto, Bauman ha identificado la incapacidad del Estado en su tarea de establecer los límites de la coacción legítima e ilegítima, revelado por su conversión en fuente de violencia que viene incitando a un retorno al modelo de estado natural *hobbesiano*⁵⁹; la promoción de un divorcio entre política y poder, derivado del proceso de globalización, y que lleva a un rechace a la integración y la adopción de un fragmentarismo social por exclusión que remite al modelo tribal⁶⁰.

Además, es un hecho que el fracaso de los gobiernos en impulsar el fin de las desigualdades económicas, de la dicotomía entre ricos y pobres, se hace notar por las evidentes tendencias actuales de *Aporofobia*⁶¹.

Un cuadro como éste parece impulsar a una vuelta al pasado o una retrotopía.

Bauman⁶² suscribe la opinión de Beck acerca de la existencia de un verdadero *gap* entre la condición cosmopolita a la que la humanidad es impulsada a vivir y la falta de la correspondiente conciencia cosmopolita y sostiene que es precisamente este el ajuste que hace falta. Durante toda la historia de la civilización los grupos humanos se han organizado y reconocido como tales, afirmando una idea de pertenencia a partir de la designación de las categorías nosotros y ellos. El

⁵⁶ BECK, U. *Metamorphosis of the World*, Policy Press, Cambridge, 2016.

⁵⁷ BAUMAN, Z. *Retrotopia*, Polity Press, Cambridge, 2017.

⁵⁸ BAUMAN, Z. *Retrotopia* (...) *Ob. Cit.*, pp. 6-7.

⁵⁹ BAUMAN, Z. *Retrotopia* (...) *Ob. Cit.*, pp. 49-65.

⁶⁰ BAUMAN, Z. *Retrotopia* (...) *Ob. Cit.*, pp. 13-48.

⁶¹ La expresión es el título de la reciente obra de Adela Cortina en donde la autora debate el prejuicio contemporáneo en contra de la pobreza. Cf. CORTINA, A. *Aporofobia*, Paidós Barcelona, 2017.

⁶² BAUMAN, Z. *Retrotopia* (...) *Ob. Cit.*, p. 154.

reconocimiento y la constitución de estructuras sociales humanas se ha basado en la diferencia, en un proceso de exclusión⁶³.

Por eso, el desafío redentor de nuestra era, que puede llevar a que el producto de la *metamorfosis* del mundo sea positivo, es la quiebra de la dicotomía nosotros/ellos mediante una conciencia cosmopolita que "se define por tener las puertas abiertas de par en par y por funcionar como una invitación para que todos los seres humanos se sumen a ella, su madurez equivale a un abandono de la *idea de enemigo*"⁶⁴ y de un Derecho penal volcado a eliminarlo.

Más que nunca, especialmente en el momento vivido en Brasil, es hora de terminar con las divisiones entre nosotros y ellos.

Tal vez sea el momento de recordar lo que hizo que Stephan Zweig, ante el mayor horror bélico del siglo XX, haber reconocido en el ambiente brasileño un modelo para el futuro: el deseo permanente de conciliación, entendimiento y tolerancia, todas las calidades que dependen, de modo natural, de definir nuestra existencia a partir del otro.

8. BIBLIOGRAFÍA

ACNUR. *Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1632.pdf>, acceso en: 11 abr. 2023.

BAUMAN, Z. *Retrotopia*, Polity Press, Cambridge, 2017.

BECK, U. *Metamorphosis of the World*, Policy Press, Cambridge, 2016.

BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal - Parte especial*, Vol. 4., 8ª ed., Saraiva São Paulo, 2014.

BORJA JIMÉNEZ, E. "Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal", in *Nuevo Foro Penal*, nº 62, 1999.

BRASIL. *Lei nº 13.260 de 2016*, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm, acceso en: 11 abr. 2023.

BRASIL. *Código Penal de 1940*, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acceso en: 11 abr. 2023.

BURI, M.V. "Zur Lehre vom Versuche", in *Der Gerichtsaal*, nº 19, Ferdinand Enfe, Erlanger, 1867.

BUSATO, P.C. *Derecho penal y acción significativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

BUSATO, P.C. *Direito penal - Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.

CABRAL, R.L.F. *Dolo y Lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CARBONELL MATTEU, J.C. "Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo e imprudencia", in *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*. (Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, Enrique Orts Berenguer y María Luisa Cuerda Arnau-coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

COBO DEL ROSAL, M. & VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal - Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CONSILIUM. *Reunión informal de los jefes de Estado o de Gobierno Bruselas, 12 de febrero de 2015 - Declaración de los miembros del Consejo Europeo*, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/02/12/european-council-statement-fight-against-terrorism/>, acceso en: 11 abr. 2023.

⁶³ BAUMAN, Z. *Retrotopia* (...) *Ob. Cit.*, pp. 155-161.

⁶⁴ BAUMAN, Z. *Retrotopia* (...) *Ob. Cit.*, pp. 160-161.

- CORTINA, A. *Aporofobia*, Paidós, Barcelona, 2017.
- CUERDA ARNAU, M.L. "Límites constitucionales de la comisión por omisión", in *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- FRANK, R. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, 18º ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931.
- GARÓFALO, R. *La Criminología*, Trad. de Pedro Dorado Montero, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L; CABRAL, R.L.F. & BUSATO, P.C. *Compêndio de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2017.
- GORRIZ ROYO, E. *El concepto de autor em Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- HARARI, Y.N. *Sapiens*, Trad. de Paulo Geiger, Companhia das Letras, São Paulo, 2016.
- HASSEMER, W. "Características e crises do moderno Direito penal", in *Revista de Estudos Criminais*, nº 8, Notadez, Porto Alegre, 2003.
- HERZOG, F. "Algunos riesgos del derecho penal del riesgo", in *Revista Penal*, Praxis, Barcelona, 1999.
- HIPPEL, R.V. *Deutsches Strafrecht - Zweiter Band: das Verbrechen: Allgemeine Lehre*, Springer, Berlin, 1930.
- HOBSBAWN, E. *A Era das Revoluções*, 18ª ed., trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2004.
- HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, vol. IX, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959.
- JESCHECK, H.H & WEIGAND, T. *Tratado de Derecho Penal*, 5º ed., Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico y de la empresa - parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa - Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MASCARENHAS JÚNIOR, W.A. *Ensaio Crítico sobre a ação*, Nuria Fabris, Porto Alegre, 2009.
- MAURACH, R; GÖSSEL, K.H & ZIPF, H. *Derecho penal - Parte General 2*, Trad. de Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MAYER, M.E. *Derecho penal - Parte General*, Trad. de Sergio Politoff Lifschitz, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal - Parte General*, 8º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- OAS. *Convención interamericana contra el terrorismo*, disponible en: https://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/agres1840_02.htm, aceso en: 11 abr. 2023.
- ORTS BERENGUER, E. & GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho penal - Parte General y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PRITTWITZ, C. "O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- TELES, N.M. *Direito penal - Parte especial III*, Atlas, São Paulo, 2004.

UN. *Resolution 1373 de 2001*, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/449020?ln=en>, aceso en: 11 abr. 2023.

VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VIVES ANTÓN, T.S.; CUERDA ARNAU, M.L & GÓRRIZ HOYO, E. *Acción Significativa, Comisión por Omisión y Dogmática Penal*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2017.

VIVES ANTÓN, T.S. *Pensar la libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

WELZEL, H. *Derecho penal alemán*, 4º ed., Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

WESSELS, J. *Derecho penal - Parte General*, Trad. de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980.

WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*, 7ª. ed., trad. de Marcos G. Montagnoli, Vozes, Petrópolis, 2012.

ZAFFARONI, E.R; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Derecho penal - Parte General*, 2. ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, E.R & PIERANGELI, J.H. *Da tentativa*, 5. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

LAS REFORMAS DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CRIMINAL LATINOAMERICANOS: ¿MODELOS ACUSATORIOS, RACIONALIDAD NEOLIBERAL?

Reforming latin american criminal justice systems: accusatory models, neoliberal rationale?

Ricardo Jacobsen Gloeckner¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumario: 1. Introducción; 2. No Ha Mercado Libre, No Hay Una Ontología de Mercado; 3. Reformas Latinoamericanas: ¿en dirección a una norteamericanización de los sistemas jurídicos?; 4. Reformas Procesales Penales en América Latina; 5. Reformas Acusatorias, Estadísticas Inquisitivas: éxito de las reformas procesales penales?; 6. Consideraciones Finales; 7. Referencias.

Resumen: el neoliberalismo es un tipo de racionalidad, mucho más que una forma económica o política. La principal diferencia respecto el liberalismo clásico es su forma de intervención, que ocurre a través de derecho. A partir de la década de 1990, una serie de reformas han sido dirigidas a la América Latina, especialmente la reforma del Judiciario. Organismos como USAID, Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo han financiado dichas reformas. Una de las principales reformas ha sido las reformas procesales penales, que han introducido formas negociales. Sin embargo, estas reformas han producido, a lo largo, incremento de la población carcelaria y también el aumento de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal. A pesar de referidas como acusatorias, tales reformas han producido resultados que han deformado los procedimientos procesales penales y que funcionan exclusivamente desde una lógica neoliberal.

Palabras-Claves: neoliberalismo; reformas procesales penales; América Latina.

Abstract: Neoliberalism is a type or rationale rather than an economic or political form. The main difference in respect of classic liberalism is its intervention form which occurs through law. From 1990s onward multiple reforms were addressed to Latin America by international organisms as USAID, World Bank and Interamerican Bank of Development which have financed it. One of the main reforms were that of criminal procedure, which introduced plea bargain. However, these reforms have produced the prison population increase and also the expansion of prosecutors discretion. Despite referred as accusatory reforms, they produced some results that degenerated criminal procedure in these countries and are responsive only in regard of a neoliberal rationality.

Keywords: neoliberalism; criminal procedure reforms; Latin America.

¹Profesor del Programa de Posgrado en Ciencias Criminales de la Pontificia Universidad Católica del Rio Grande do Sul y del Máster en Criminología Aplicada de la Universidad San Carlos de Guatemala. Postdoctorado en Derecho por la universidad Federico II, Napoli-ITA. Doctor en Derecho por la Universidad Federal do Paraná-BRA. Orcid: 0000-0002-1205-380X. Email: ricardogloeckner@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con Duménil y Levy, el neoliberalismo ha restaurado las reglas más profundas del capitalismo², que se tendría renovado a través de sus múltiples crisis, siendo posible percibirse los mismos personajes y la misma historia. Las críticas enderezadas al capitalismo, en sentido más amplio, no consiguen avanzar más allá del reconocimiento del capital como un instrumento en las manos de una clase social. Al retomar el trabajo de Marx se puede verificar que el núcleo del capitalismo residiría en la relación salarial como una de las tantas especies de relación mercantil. Ella expresaría, entonces, una relación de mercantilización que atravesaría todas las demás relaciones sociales. El neoliberalismo sería definido, por Duménil y Levy, exactamente en estas líneas, como un proceso de mercantilización desenfrenado y generalizado, que no conocería límites y alcanzando las más diversas esferas de la sociabilidad.

Interpretar el neoliberalismo como una simple mutación superficial del capitalismo equivaldría a un error metodológico comparable a la interpretación de que el fascismo contemporáneo sería una expresión lógica de su congénere ítalo-germánico. Sin embargo, si el fascismo no se reduce a una multiplicación *ad infinitum* de su propia identidad, la misma cosa sucede con el capitalismo y sus diversas expresiones de reorganización del capital que emergen. En cierto sentido, algunos abordajes de connotación marxista han concebido la burguesía como un sujeto histórico atemporal, anticipando las propias luchas emancipadoras del siglo XVIII, transformándose en un bloque homogéneo y se colocando como un obstáculo a las políticas de igualdad desarrolladas en el siglo XX y en constante tensión y ataques en el siglo XXI. Así, no se podría leer la burguesía como una entidad monolítica que serviría para frenar lo avanza del keynesianismo o aún, de reformular su legado. Keynes ha adoptado una premisa metodológica completamente diversa de la micropolítica neoliberal heredada de los liberales clásicos y que se ha sostenido en el hecho de que los individuos siempre actúan para maximizar sus propios intereses³.

Keynes ha considerado esta premisa "pura debilidad lógica"⁴. Y cubierto de razón.

Por otro lado, no se puede desconocer que hay una originalidad en el neoliberalismo que autoriza, en el límite, establecer un conjunto de reglas que modifican profundamente el modo de producción capitalista y que en especial reforman la propia sociedad, al establecer una especie de gubernamentalidad que no se puede confundir con la forma liberal clásica⁵. El neoliberalismo es originario de un modo significativo de inversión de los postulados marxianos que trataban de concebir el edificio jurídico como una "superestructura". Con acierto, Dardot y Laval identifican que el "jurídico pertenece de inmediato a las relaciones de producción, en la medida en que molda lo económico desde dentro"⁶. El pensamiento ordoliberal, tenido como el modelo primario de cultivo de las ideas neoliberales, asegura una primacía inevitable del derecho en la configuración del orden económico, lo que significa decir

²DUMÉNIL, G. & LÉVY, D. *Capital Resurgent: roots of the neoliberal evolution*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.

³ "La conclusión de que los individuos actúan con independencia para lograr la propia ventaja y que producen lo máximo volumen comprensivo de la riqueza depende de una variedad de presupuestos irrealistas, esto es, que los procesos de producción y de consumo no son de modo ninguno orgánicamente conectados; que existe un suficiente conocimiento preventivo de las condiciones y exigencias y que ha posibilidades adecuadas para obtener tal conocimiento" (tradu. nuestra). In: KEYNES, J.M. *La Fine del Laissez-Faire e Altri Scritti Economico-Politici*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, p. 34.

⁴KEYNES, J. M. *La Fine del Laissez-Faire (...)*, Ob. Cit., p. 34.

⁵ En el sentido de que existe un nuevo sistema de acumulación de capital en el neoliberalismo DARDOT, P. & LAVAL, C. *A Nova Razão do Mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, Boitempo, São Paulo, 2016, p. 24.

⁶DARDOT, P. & LAVAL, C. *A Nova Razão do Mundo: (...)*, Ob. Cit., p. 25.

que es desde el campo jurídico que las relaciones de producción serán enclaustradas. En la interpretación de Marx era posible establecerse postulados abstractos y universales como la ley general de acumulación capitalista, que determina un proceso de centralización del capital. Esta tendencia de atracción del capital por el capital tendría en la competencia y en el sistema de crédito sus "dos palancas más poderosas"⁷ en este proceso de descripción de la ley de atracción.

Sucede que tanto la forma-capitalismo quanto los mecanismos de gestión de sus crisis son efectos secundarios de la existencia de normas jurídicas y no como propone la visión centrada en Marx, un efecto necesario de las leyes de acumulación. Son justamente las transformaciones jurídico-institucionales las que permiten la superación de las reglas generales de la acumulación. El intervencionismo estatal sería uno de estos engranajes que mutaría, desde dentro, los marcos generales. Hay un intervencionismo de determinado tipo, el "intervencionismo jurídico". Por lo tanto, las tentativas de superación de las crisis internas reemplazan el capitalismo en un cuadrante singular, con la reinvencción de las alianzas, las formas y la extensión de las reglas-marco, para incluso, se necesario, reinventar el capitalismo desde dentro. Una alteración profunda en este modelo solamente tendría sus condiciones de posibilidad a través de una nueva forma jurídica y política. Evidentemente que, considerado el contexto filosófico en que Marx escribió, el modelo de producción se asemejaría a una cosmología fisiológica de las leyes "naturales", interpretadas como inexorables. Pero el capitalismo no es un esquema naturalista o una exterioridad que se impone violentamente a través de una relación entre estructuras infra y superestructuras. No se trata de una "ley implacable" de la historia, pero de una relación compleja y poliédrica entre economía y derecho, tan compleja que autoriza la emergencia de un sinnúmero de combinaciones, de singularidades, de manifestaciones epocales. No se trata solamente de un Estado que invierte en la producción de un orden de mercado, pero de la transformación de la sociedad, una "sociedad neoliberal"⁸, que, de forma paradójica, coincide con la afirmación de Margareth Thatcher de que "no ha sociedad. Ha individuos, hombres y mujeres, y sus familias".

2. NO HAY MERCADO LIBRE, NO HAY UNA ONTOLOGÍA DE MERCADO

Es posible decirse, desde una perspectiva histórica, que existen "múltiples camadas temporales del liberalismo", lo que implica reconocer su surgimiento junto al Iluminismo, representando, originariamente, una teoría o doctrina sobre la restricción de los poderes y que demandaba la protección de los derechos individuales para garantizarse zonas de no-intervención estatal. Así, por ejemplo, en el campo de la religión y de la libertad de pensamiento⁹, las expresiones del sujeto libre equivaldrían al Estado dejar de intervenir en tales dominios. La libertad sería equivalente a la ausencia de opresión del Estado, representada muy bien por las luchas protestantes contra las políticas autoritarias¹⁰.

En un segundo momento, el liberalismo pasaría también a designar una teoría de las interacciones económicas y del libre mercado, marcando un primer proceso de resignificación de la expresión liberalismo. Ya en un tercer momento, el liberalismo designará una teoría del desarrollo humano, centralizada en la categoría moderna del "progreso", que concibe los sujetos como capaces de desarrollar todo su potencial sin causar daños a todos los demás. Una cuarta vena semántica asocia el liberalismo a una teoría de la mutua interdependencia humana, en la cual derechos y garantías pasan a ser instrumentos de libertad de los individuos. Por fin, el

⁷MARX, K. *O Capital* - vol. I, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 702.

⁸DARDOT, P. & LAVAL, C. *A Nova Razão do Mundo: (...)*, Ob. Cit., pp. 25-26.

⁹KOSELLECK, R. *Crítica e Crise*, Contraponto, Rio de Janeiro, 1999.

¹⁰ZAFIROVSKI, M. *The Protestant Ethic and the Spirit of Authoritarianism: puritanism, democracy, and Society*, Springer, New York, 2007, p. XIX.

liberalismo también ha pasado a designar un amplexo teórico que reconoce la diversidad de estilos de vida y de creencias en una sociedad plural y tolerante¹¹.

En el campo de la historia de las ideas, el liberalismo podría ser descrito como una narrativa sobre la emergencia de un sistema de creencias, contextual y temporal. Se trata de una narrativa que describe un proceso de progresiva liberalización de los individuos de grupos opresores y discriminativos. Como ideología, el liberalismo identifica ciertas configuraciones políticas que figuran como esenciales en toda una cosmología, como aquellas de libertad, progreso y individualismo. Como filosofía, el liberalismo corresponde a un dispositivo en el cual distintas reglas son creadas con la finalidad de garantizarse una sociedad justa y libre¹². En esta última acepción, el liberalismo representa un aspecto de la racionalidad de maximización de ventajas mutuas a través del mercado¹³. Hay, por lo tanto, e estas "camadas temporales" del liberalismo, un proceso en dirección a su autonomía y despliegue de la filosofía individualista, pasando a requerir un determinado tipo de intervención económica estatal.

La divergencia fundamental entre liberalismo y filosofía individualista se queda justamente en el aspecto de legitimidad de la intervención estatal, ya que el individualismo debe ser pensado como una doctrina en franca oposición a la acción social organizada¹⁴. El mantra do "liberalismo individualista" ha producido una serie de errores en la valoración de las relaciones entre Estado y economía¹⁵. Especialmente a partir de la influencia de Ludwig von Mises, Karl Popper, Friedrich von Hayek y otros, esta idea abstracta y genérica, a pesar de poderosa, se ha integrado al liberalismo postguerra vigente y ha permanecido desde entonces con esta esencia. Este individualismo se trataba, en realidad, de una amalgama de dos tradiciones: la primera de ellas se podría denominar individualismo metodológico (o sea, la tradición que considera que los fenómenos sociales deben ser expresados a través de hechos relativos a los individuos y de sus participaciones) y la segunda tradición, que posee un origen más específico y que concierne a las finalidades y límites de la expansión británica del final del siglo XIX. En este sentido, el individualismo lleva connotaciones de cariz político, especialmente contra la indebida intervención estatal y asumiendo el compromiso con la política *laissez-faire*¹⁶. El liberalismo económico clásico ha construido sus mitologías a través de metáforas que expresaban el pensamiento intelectual de la época, como la mano invisible de Adam Smith y la figura del "contrato social" para inúmeros filósofos y científicos políticos. En el campo económico, la idea de que el Estado no debería intervenir sob ninguna manera era expresión de un derecho natural (edificado en líneas de similaridad con la propiedad privada y como un derecho "*erga omnes*")¹⁷.

En su versión primordial, el liberalismo ha forjado una clara conexión entre la expansión comercial y la moralidad¹⁸. Así, las críticas al capitalismo y al liberalismo se mueven entre dos polos: de un lado, algunas críticas son establecidas debido al

¹¹FREEDEN, M. *Liberalism: a very short introduction*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 38.

¹²FREEDEN, M. *Liberal Languages: ideological imaginations and twentieth-century progressive thought*, Princeton University Press, Oxford, 2005, p. 05.

¹³FREEDEN, M. *Liberalism: (...), Ob. Cit.*, p. 145.

¹⁴DEWEY, J. *Liberalism and Social Action*, Capricorn Books, New York, 1963, p. 05.

¹⁵BIRD, C. *The Myth of Liberal Individualism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 02.

¹⁶BIRD, C. *The Myth of Liberal Individualism (...), Ob. Cit.*, p. 09.

¹⁷Uno de los más referenciados economistas clásicos, BASTIAT, deja de forma clara esta noción entre no-intervención y naturalismo económico: "es posible afirmar que, gracias a la no-intervención del Estado en los negocios privados, las necesidades y las satisfacciones se desarrollarían en un orden natural. In: BASTIAT, F. *A Lei*, Instituto Mises Brasil, São Paulo, 2010, p. 13.

¹⁸KLAUS, I. *Forging Capitalism: rogues, swindlers, frauds, and the rise of modern finance*, Yale University Press, London, 2014, p. 09.

éxito del capitalismo. De otro, por las experiencias de crisis¹⁹. Sea como fuera, el liberalismo económico, así como su versión más reciente, el neoliberalismo, es construido a partir de una divergencia fundamental entre sus prácticas y sus declaraciones de principio, lo que permite atribuírsele el aspecto de una retórica paradójica. A pesar de proclamar principios de no-intervención, caracterizadores de la obediencia a las leyes naturales, el liberalismo no ha prescindido de la intervención estatal. Esta intervención deberá ser organizada, como afirma Bilger, en favor de la organización de la vida económica y del restablecimiento de la justicia contra los monopolios y carteles²⁰. Este aspecto no será expulso de las construcciones neoliberales. Al revés, será uno de sus principales ejes, diferenciándose justamente por el hecho de que el neoliberalismo reclama la construcción de una plataforma jurídica de intervención, diversamente de los liberales clásicos. El Estado mínimo declarado por los neoliberales será, en verdad, un Estado fuerte. Se en el campo del liberalismo clásico se tenía en consideración cierto aspecto o dimensión de coherencia y unidad en todas las distintas "camadas temporales" (especialmente por el hecho de que la no-intervención económica ser el equivalente de la no-intervención en el campo de los derechos individuales), el neoliberalismo opera una modificación fundamental: quanto mayor la libertad en el campo de la economía, más se necesita restringir los derechos fundamentales de ciertos individuos.

Las trasformaciones de los sistemas de justicia criminal latinoamericanos han requerido lo esfuerzo de distintos actores transnacionales. Las dichas reformas deben ser entendidas como reflejos de un modelo neoliberal colectivo e internacional. Se el sistema jurídico pertenece a la propia configuración genética del Estado fuerte neoliberal, se debe mirar estas transformaciones no solamente desde la ótica de las denominadas "reformas acusatorias". De una forma general, durante las décadas de los 1990 y en el inicio de los años 2000, diversos países latinoamericanos han implementado reformas que tenían como finalidad sepultar los sistemas inquisitoriales. Este es el discurso oficial. Sin embargo, por detrás de estas reformas se presentan otras de mayor espectro y que fueran siendo promulgadas desde los años 1960 a través del financiamiento por grandes actores políticos transnacionales. La Guerra Fría y la atención de los Estados Unidos en dirección a la América Latina, juntamente con la "amenaza" del desarrollismo ha generado un movimiento fuerte. Especialmente a través del USAID (*United States Agency for International Development*), las políticas que favorecían una apertura de mercado y la inclusión del principio de competencia fueran objeto de financiamiento. América Latina, Asia y África han recibido financiamientos del organismo a fin de emprender reformas políticas, *rectius*, adopción de un estilo de gobernanza neoliberal.

Las reformas judiciales no se quedaran fuera de este proceso, pues en la visión hayekiana, el Poder Judicial debe cumplir finalidades capaces de sostener el "orden espontáneo" de mercado. Los sistemas judiciales han figurado como objetivo de los organismos internacionales apenas entre los años 1980 y 1990. Desde el discurso de preservación de los derechos humanos en un sistema procesal subordinado a la tiranía y al inquisitorialismo, el USAID financiaría líderes jurídicos regionales para avanzar tales reformas. En este periodo el propio USAID y otros tantos actores neoliberales transnacionales ya se tenían dado cuenta de que los sistemas judiciales de estos países, así como la legislación (que autorizaba un enorme campo de intervención de los Estados sobre el deseado "libre mercado") serían trabas al desarrollo económico. Es posible decir que las reformas judiciales en América

¹⁹BERGER, S. & PRZYREMBEL, A. "Introduction", in: BERGER, S. & PRZYREMBEL, A. *Moralizing Capitalism: agents, discourses and practices of capitalism and anti-capitalism in the modern age*, Palgrave MacMillan, New York, 2019, p. 04.

²⁰BILGER, F. *La Pensée Économique Libérale dans l'Allemagne Contemporaine*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964, p. 27.

Latina son el reflejo y la extensión de las políticas lanzadas por el USAID en su plataforma de "desarrollo económico", revestida con preocupaciones "humanitarias".

Sin embargo, se conocía que la introducción de las recetas neoliberales en estos países sería facilitada por la alteración del Poder Judicial y de innumerables legislaciones, lo que realmente ha sucedido. También es posible verificar que las primeras reformas de los códigos realizadas a partir de los financiamientos transnacionales se hicieran recaer sobre un *corpus* legislativo penal, ya que eran consideradas como medidas necesarias y urgentes por tales órganos.

3. REFORMAS LATINOAMERICANAS: ¿EN DIRECCIÓN A UNA NORTEAMERICANIZACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS?

Los movimientos de globalización de la cultura jurídica se han acentuado en los últimos tiempos. La exportación de la cultura es parte integrativa de la política exterior y de la agenda de asistencia al desarrollo de países europeos y de los Estados Unidos a los países "en desarrollo"²¹. De un lado, pensadores como Schunemann no han dudado en afirmar una "marcha triunfal del proceso penal americano en el mundo"²². De otro, doctrinadores como Langer²³ relativizan la "americanización del proceso penal" a través de la introducción de mecanismos negociales de la pena. Tal escenario sería, en su visión, una mera "americanización débil" de los procedimientos penales alrededor del mundo. No es tarea del estudio investigar si la tesis sobre la americanización del proceso penal puede ser defendida apenas mediante un análisis sobre el instituto del *plea bargaining* ni si, como lucidamente analiza Langbein, los procesos de "importación" de los institutos procesales son, en realidad, "traducciones", de forma que el instituto pasa a ganar ropaje que el sistema importador aplica a través de sus propias condiciones existenciales. Sin embargo, es posible reconocer un determinado sentido unilateral en los procesos de incorporación de los institutos procesales penales. Damaska expone esta unilateralidad de las reformas procesales penales, o sea, institutos jurídicos que parten de los Estados Unidos a los demás países²⁴ ²⁵. Tales procesos de difusión cultural siguen el sentido de una "adaptación no transformativa", o sea, la apropiación de los institutos norteamericanos es incapaz de provocar un cambio sistémico en el sistema procesal importador. Como ejemplo puede citarse las pruebas ilícitas, que en la mayor parte de los países de tradición continental cuenta con un mismo juzgador para la adjudicación de la prueba y para la resolución de mérito. Otro ejemplo es el examen cruzado (*cross examination*) de los testigos, que acaba por tornarse ineficaz delante afirmaciones encontradas en los sistemas continentales de que "la prueba pertenece al proceso"²⁶. Grande posee una comprensión similar del problema. Para la profesora italiana habría una mera "circulación simbólica" de los institutos jurídicos, o sea, no circularían las reglas propiamente dichas, pero apenas su idealización²⁷. Refiere la

²¹COOPER, J.M. "Competing Legal Cultures and Legal Reform: the battle of Chile", *Michigan Journal of International Law*, vol. 29, Ann Arbor, 2008, p. 505.

²²SCHUNEMANN, B. *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 288.

²³LANGER, M. "Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal", *Delictae*, vol. 2, nº 3, Belo Horizonte, 2017.

²⁴DAMASKA, M. Aspectos Globales de la Reforma del Proceso Penal, disponible en: <https://pt.scribd.com/document/64683436/Aspectos-Globales-Reforma-Processo-Penal-Damaska>, acceso en: 19.08.2020, p. 02.

²⁵La misma opinión puede ser encontrada em: LANGBEIN, J.H. *Comparative Criminal Procedure*, Germany West Group, Eagan, 1977.

²⁶DAMASKA, M. Aspectos Globales de la Reforma (...), *Ob. Cit.*, p. 06.

²⁷GRANDE, E. *Imitação e Direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*, SAFE, Porto Alegre, 2009, p. 28.

autora: "aquello que realmente cuenta es el mensaje de desarrollo en términos de civilidad jurídica que es transmitida"²⁸.

Para Kelemen e Sibbitt²⁹ el elemento que mayor impacto ofrece na adopción del "estilo adversarial norteamericano" es la liberalización económica. Esta constatación también puede ser encontrada en los trabajos de Mattei, que identifica el proceso de surgimiento de un "derecho imperial", un derecho ejercido en nombre del interés del capital. En el corazón de este derecho estaría el derecho norteamericano, que se ha transformado y adaptado después de la revolución de Reagan y Thatcher como un proceso de infiltración de esta racionalidad en los países periféricos y en los centrales después del fin de la Guerra Fría³⁰. Un punto que merece destaque en el estudio de Mattei es el reconocimiento de que el análisis económico del derecho, como doctrina jurídica, sería una forma de difusión de la cultura norteamericana. Para percibirse cómo esta doctrina es influyente, basta verificar como organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional adoptan conceptos importados desde esta doctrina³¹. La recepción acrítica de esta doctrina con su discurso basado en la eficiencia y objetividad se ha tornado un dispositivo ideológico de la hegemonía norteamericana³² y que seguramente ha sido trasladado a las reformas procesales latinoamericanas. Junto a este corriente reposa una cuestión central, que es la interrogación llevada a cabo por tales organismos y que cuestiona sobre los requisitos para un "buen sistema judicial". Ciertamente la respuesta para tal cuestión debe tener en cuenta lo que es bueno desde la óptica del mercado, o sea, del buen funcionamiento del mercado y de cómo las instituciones judiciales se relacionan con los empresarios. Esta concepción de reforma también estaba expresa en las prescripciones del Banco Mundial adoptadas en otros países latinoamericanos, como el caso de Colombia y Chile, resumidas en el Documento Técnico 319 cuyo título es: "El Sector Judicial en la América Latina y en Caribe – Elementos Para Reforma, elaborado por Dakolias y que sostiene un sistema judicial "eficiente desde el punto de vista económico", en una tentativa de establecer vínculos entre el Poder Judicial y el mercado³³. Además, se puede afirmar que un aspecto central y que se ha nutrido del presumido consenso fue la retórica de la democracia y del Estado de Derecho utilizados por el modelo imperial de gobernanza norteamericana y que se ha tornado dominante en el neoliberalismo³⁴, apareciendo de distintas maneras en los documentos de los órganos financiadores de las reformas judiciales en América Latina. Como ha destacado Semer, "con relación a la reforma del Judiciario, el texto-guía del reformador era el Documento 319 del Banco Mundial (1996) con recomendaciones a lo Judiciario de la América Latina; la preocupación residía en incrementar el grado de previsibilidad jurídica para estimular inversiones"³⁵.

Desde el prisma del modo como la racionalidad neoliberal concibe el Judiciario, el surgimiento de una "juristocracia" encuentra relaciones con el discurso jurídico de estilo norteamericano y adversarial, que ha dominado el discurso político en determinados países³⁶. Además, en las reformas judiciales sucedidas en América

²⁸GRANDE, E. *Imitação e Direito (...)*, Ob. Cit., p. 133.

²⁹KELEMEN, D.R. & SIBBITT, E.C. "The Globalization of American Law", *International Organization*, vol. 58, nº 1, Cambridge, 2004, p. 109.

³⁰MATTEI, U. "A Theory of Imperial Law: a study on U.S hegemony and latin resistance", *Global Jurist Frontiers*, vol. 3, Berkeley, 2003, pp. 01-02.

³¹MATTEI, U. "A Theory of Imperial Law: (...)", Ob. Cit., p. 25.

³²MATTEI, U. "A Theory of Imperial Law: (...)", Ob. Cit., p. 29.

³³ENGELMANN, F. "Sentidos Políticos da Reforma do Judiciário no Brasil", *Direito & Práxis*, vol. 7, nº 12, Rio de Janeiro, 2015, p. 405.

³⁴MATTEI, U. "A Theory of Imperial Law: (...)", Ob. Cit., p. 03.

³⁵SEMER, M. *Os Paradoxos da Justiça: judiciário e política no Brasil*, Contracorrente, São Paulo, 2021, p. 38.

³⁶HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 01.

Latina, uno de los puntos de constante ataque al sistema de administración de justicia en estos países sería el tema de la "seguridad jurídica" o de la "previsibilidad del derecho". En los trabajos de Hayek (especialmente en *La Constitución de la Libertad y Derecho, Legislación y Libertad*) no es difícil encontrar argumentos en pro de la defensa del Estado de Derecho con un significado muy específico. En la escatología economicista hayekiana, Estado de Derecho significa que el gobierno en todas sus acciones es limitado por reglas fijas y anunciadas anticipadamente; reglas que permiten la previsión, con razonable grado de certeza, como la autoridad usará su poder coercitivo en determinadas circunstancias³⁷. Por lo tanto, las reformas latino-americanas no son apenas un producto político del Consenso de Washington, pero poseen fuerte genética neoliberal de corte hayekiano, lo que transforma tales cambios en una especie de compromiso con el proyecto neoliberal.

Puede decirse que después de la Guerra Fría el gobierno americano ha embarcado en un nuevo proyecto de trasplante jurídico a través de la internacionalización de las técnicas americanas y del establecimiento de prioridades en la persecución de ciertos tipos delictivos. Las reformas que se han sucedido han tenido el paradigma norteamericano como modelo³⁸. La exportación de la justicia criminal norteamericana ha desarrollado un papel crítico en como los actores estatales y no-estatales han respondido a desafíos globales a pesar de que la exportación tenga sufrido de un déficit democrático³⁹. De esta manera, así como en el campo de las políticas públicas las reformas neoliberales vieran para instaurar las políticas de austeridad, en el campo judicial la percepción que se tenía era de que se tornaba necesario garantizar mayor apertura al mercado, restringiendo y eliminando normas proteccionistas en el campo económico. Como destaca Dakolias, "la reforma económica requiere un buen funcionamiento del judiciario, lo cual debe interpretar y aplicar las leyes de forma previsible y eficiente. Con la emergencia de la apertura de los mercados aumenta la necesidad de un sistema jurídico⁴⁰. El "proyecto neoliberal global" ha invertido importantes sumas, hasta entonces in precedentes, en la promoción de la liberalización económica de mundo a través de organismos como el USAID, El Banco Mundial y el Banco de Desarrollo⁴¹. En primer lugar, las reformas latinoamericanas organizadas desde el proyecto neoliberal global han sostenido la previsibilidad de las normas que regulan el mercado. Como efecto, tribunales y jueces de las áreas civil y comercial deberían garantizar eficazmente la ejecución de los contratos y abstenerse de realizar un activismo judicial redistributivo. En segundo lugar, para garantizar la paz y el orden, jueces y tribunales y también otras instancias de control deberían ser eficientes en prevenir y punir los delitos. Esta visión del sistema judicial ha resultado en la explosión de programas financiados por las agencias internacionales que abogaban esta específica y determinada concepción del Estado de Derecho⁴².

Es posible afirmar que las mismas instituciones que han promovido el neoliberalismo en términos globales – Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y USAID – han invertido enormes cuantías en la transformación de las instituciones responsables por la protección de los derechos de propiedad y de los

³⁷RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: neoliberalism, neconstitutionism, and the contest over judicial reform in Latin America, in: DEZALAY, Y & GARTH, B.G. *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Routledge, Abingdon, 2011, p. 158.

³⁸MCLEOD, A.M. "Exporting U. S. Criminal Justice", *Yale Law & Police Review*, nº 29, New Haven, 2010, p. 84.

³⁹MCLEOD, A.M. "Exporting U. S. (...)", *Ob. Cit.*, p. 88.

⁴⁰DAKOLIAS, M. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*, Documento Técnico 319, Banco Mundial, Washington, 1996, p. 18.

⁴¹RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: (...), *Ob. Cit.*, p. 159.

⁴²RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: (...), *Ob. Cit.*, p. 162.

contratos y ha fortalecido los órganos encargados de punir los delitos y garantizar el orden público (especialmente mediante el esfuerzo del USAID en trasladar el sistema de justicia adversarial para América Latina). No debe causar extrañeza el hecho de que esta versión neoliberal privilegia la función de los jueces y de las instituciones en general que están dirigidas a mejorar el funcionamiento del mercado⁴³. De un lado, manteniendo la previsibilidad de las normas que regulan los mercados, los tribunales civiles y comerciales deben hacer cumplir los contratos y abstenerse de recurrir al activismo judicial redistributivo. Desde esta óptica, las reformas latino-americanas tendrían como finalidad combatir la morosidad del judiciario⁴⁴. Por su turno, para garantizar el orden, los tribunales penales y otros órganos estatales dedicados al control social deben ser eficientes en el momento de prevenir el crimen y aplicar el castigo⁴⁵.

Una estimativa conservadora apunta para inversiones de cerca de U\$ 500 millones entre 1994 y 2002 en América Latina realizados por el USAID y por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ). El Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial han invertido al menos entre U\$ 400 y U\$ 150 millones, respectivamente, entre 1992 y 2007⁴⁶. Por lo tanto, este proyecto neoliberal ha realizado inversiones sin precedentes en la reforma judicial latinoamericana a través de las agencias promotoras de la liberalización económica global como las referidas anteriormente⁴⁷. Esto demuestra los fuertes vínculos entre las transformaciones jurídicas de los países latinoamericanos y la ola neoliberal que ha tomado de asalto la región, especialmente en la década de 1990. Las reformas latinoamericanas han tenido una fuerte conexión con los ajustes neoliberales capitaneados por los grandes actores financieros (más allá del Fondo monetario Internacional y del Banco Mundial, se debe citar también el Banco Interamericano de Desarrollo) que, como contraparte de los préstamos ofrecidos, pasaron a efectuar cambios en las estructuras de los Estados y del Judiciario⁴⁸. Analizando exclusivamente los datos del Banco Interamericano de Desarrollo en el periodo del 1993 a 1999, Faundez ha detectado valores en torno de U\$ 435 millones que han sido ofertados a los países con el objetivo de perfeccionamiento judicial. De los 26 países componentes del Banco Interamericano de Desarrollo⁴⁹, 18 de ellos habían contraído financiamientos en cambio de reformas judiciales. La asignación de tales valores para las reformas judiciales ha partido del reconocimiento de que el desarrollo económico ha sido obstaculizado por fallas interventoras artificialmente creadas por la indebida injerencia estatal sobre el libre mercado y por la morosidad de las instituciones jurídicas y judiciales⁵⁰, que no podrían ofrecer, en este sendero, la deseada previsibilidad decisoria.

Además, en la década de los 1990 la construcción de instituciones jurídicas se ha tornado una condición indispensable al desarrollo político y económico. Una industria de millones se ha formado, teniendo como centro los Estados Unidos, de modo a ofrecer auxilio técnico y financiero en tareas como la elaboración de constituciones, entrenamiento de jueces y fiscales y desarrollo de organizaciones independientes de abogados⁵¹. Al mismo tiempo, los problemas con el sistema judicial latinoamericano han permitido el florecimiento de una lucrativa industria de

⁴³RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *La Globalización del Estado de Derecho: (...)*, Ob. Cit., p. 29.

⁴⁴RAMOS, E.M.B. & NETTO, E.B.M. "O Novo Imperialismo e o Neoliberalismo nas Políticas das Instituições de Justiça na América Latina", *Direito em Debate*, nº 43, Ijuí, 2020, p. 129.

⁴⁵RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *La Globalización del Estado (...)*, Ob. Cit., p. 29.

⁴⁶RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: (...)*, Ob. Cit., p. 164.

⁴⁷RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *La Globalización del Estado (...)* Ob. Cit., p. 18.

⁴⁸RAMOS, E.M.B. & NETTO, E.B.M. "O Novo Imperialismo (...)", Ob. Cit., p. 129.

⁴⁹RAMOS, E.M.B. & NETTO, E.B.M. "O Novo Imperialismo (...)", Ob. Cit., p. 132.

⁵⁰FAUNDEZ, J. & ANGELL, A. "Reforma Judicial en América Latina: el rol del Banco Interamericano de Desarrollo", *Revista de Sistemas Judiciales*, nº 8, Santiago 2005.

⁵¹DE SÁ E SILVA, F. "From Car Wash to Bolsonaro: law and lawyers in Brazil's illiberal turn (2014-2018)", *Journal of Law and Society*, vol. 47, Cardiff, 2020, p. 92.

consultoría en los Estados Unidos⁵². El control y la prevención de la corrupción se han transformado en importantes herramientas. La corrupción apuntaría para las fallas al pleno desarrollo de la sociedad y de la economía, debiendo ser atentamente combatida, requiriendo cambios en el campo económico y político (disminución del tamaño del Estado) y jurídicas (reformas constitucionales que bloquearan el Estado de Bienestar).

Como destaca Esquirol, gracias a la creación del "mito de la ineficiencia del derecho en la América Latina" se ha fecundado un campo que tornaría más simple la implementación de las reformas⁵³, con el auxilio de los Estados Unidos en el ofrecimiento de argumentos, racionalidades y criterios para aplicación en la evaluación de los ordenamientos jurídicos y, por ende, en el descrédito de estos sistemas de justicia⁵⁴. No caben dudas de que, en la literatura crítica, el sistema judicial sería visto por los Estados Unidos y por los grandes actores económicos transnacionales como el mayor obstáculo para la consecución de un mercado abierto⁵⁵, amparado por el discurso del análisis económico del derecho⁵⁶, así como por el discurso anticorrupción⁵⁷. Hammergreen sostiene que la "emergencia de una economía neoinstitucional con su énfasis en el rol de las instituciones en determinar el crecimiento económico ha ofrecido un sendero más allá de las prohibiciones y conducido a una nueva racionalidad para la reforma de la justicia"⁵⁸. Los financiamientos han tornado atractivas las reformas necesarias a la mayor penetrabilidad de la racionalidad neoliberal en el tejido estatal y, más allá, en el proceso de financiarización precariamente regulado e indispensable a la reproducción del capital transnacional.

América Latina ha sido un objetivo de reformas desde al menos la década de 1960. De acuerdo con la propia clasificación utilizada por el USAID, podrían ser identificadas por lo menos cuatro generaciones de reformas que han recaído sobre los países latinoamericanos. Las reformas de "primera generación" son analizadas por el USAID como dirigidas por la agenda "Derecho y Desarrollo", que han sido iniciadas en los primordios de la década de 1960, a través del estímulo para la creación de las facultades de derecho en América Latina. La "segunda generación" de las reformas sucede en la década de 1970, con las reformas que emergen desde la agenda de las "inversiones", que se dirigían a la reducción de la pobreza. Las reformas de "tercera generación" recibieron la etiqueta de "Programas de Administración de la Justicia", ocurriendo aquí la presión para que los países latinoamericanos adoptaran una metodología adversarial de resolución de conflictos, estableciéndose entre las décadas de 1980 a 1990 (pero es posible extender dichas reformas hasta los años 2000). Las finalidades de las reformas de los años 1990 serían las de adopción de nuevas instituciones y prácticas capaces de promover el libre mercado y los derechos privados, incrementar los derechos humanos en procesos criminales y reducir la corrupción⁵⁹. Por ende, la "cuarta generación" sería el "Programa del Estado de Derecho (*Rule of Law*), con apoyo a campañas en dirección a la democracia y el combate a los delitos transnacionales – entre ellos la corrupción y el blanqueo de capitales –, siempre con financiamientos

⁵²NAGLE, L.E. "The Cinderella of Government: judicial reform on Latin America", *California Western International Law Journal*, vol. 30, nº 2, San Diego, 2000, p. 346.

⁵³ESQUIROL, J. "The Failed Law of Latin America", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, Oxford, p. 79.

⁵⁴ESQUIROL, J. "The Failed Law of (...)", *Ob. Cit.*, p. 85.

⁵⁵ESQUIROL, J. "The Failed Law of (...)", *Ob. Cit.*, p. 11.

⁵⁶ESQUIROL, J. "The Failed Law of (...)", *Ob. Cit.*, p. 112.

⁵⁷ESQUIROL, J. "The Failed Law of (...)", *Ob. Cit.*, pp. 114-116.

⁵⁸HAMMERGREEN, L. "Twenty-Five Years of Latin American Judicial Reforms: achievements, disappointments, and emerging issues", *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, New York, 2008, p. 95.

⁵⁹ESQUIROL, J. "The Failed Law of (...)", *Ob. Cit.*, p. 76.

internacionales⁶⁰. Entre 2007 y 2013 el USAID había financiado cerca de 33 proyectos que incluían actividades anticorrupción alrededor del mundo.

Relativamente a esta última fase de las reformas judiciales se puede identificar genéricamente (o sea, tanto en el campo civil cuanto penal) la creación de mecanismos alternativos de disputa, una vez que los tribunales no se mostraran responsivos a los cambios legales⁶¹. Estos “medios alternativos de resolución de conflictos” se tornarían populares en América Latina por su capacidad de configurarse como una alternativa a la morosidad y la corrupción que caracterizarían el sistema judicial formal. Tribunales de arbitraje, mediación y la extensión de cláusulas compromisorias contractuales indicarían, en la percepción de Dakolias, una “saludable competencia” entre las instancias de resolución de conflictos y el Judiciario⁶². Es posible percibirse, en este último aspecto, que una racionalidad neoliberal, que se mueve por el imperativo de la competencia, ofrecería, como solución, alternativas al propio proceso (y al Judiciario). Relativamente a las reformas judiciales propiamente dichas, una de las características fundamentales de estos cambios es la introducción de técnicas gerenciales y de simplificación de procedimientos criminales⁶³, algo que se verifica de manera cristalina en el estilo adversarial norteamericano y que fue difundida en América del Sur cuando se examinan el contenido de las reformas.

4. REFORMAS PROCESALES PENALES EN AMÉRICA LATINA

Probablemente el área jurídica en la cual las reformas dirigidas por los actores transnacionales ha tenido la mejor performance, llevando a los procesos de modificación legislativa, ha sido la esfera criminal, con destaque para los códigos de proceso penal. De una manera introductoria, es costumbre afirmar - con relación a las reformas penales y procesales en América Latina -, que tendrían ocurrido dos generaciones de cambios. Las primeras reformas tendrían como norte cambios legislativos. Las segundas comprenden que las reformas son más complejas y que lo importante no es solamente la reforma normativa, pero su adecuada implementación⁶⁴. Stanziola avanza en la cuestión, informando que “un tercer periodo de reformas ha ocurrido a partir de la década de 1990 del siglo pasado hasta 2006 y se ha hecho notar por influencias de entidades internacionales que se han seguido al USAID”⁶⁵.

Existen al menos tres narrativas que procuran examinar las inspiraciones y formas del proceso de codificación procesal penal latinoamericano. En primer lugar, ha una versión que sostiene una tesis de influencia directa de la legislación norteamericana. Ella puede ser encontrada especialmente en los documentos oficiales de agencias como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, más allá de reportes elaborados por intelectuales sobre las transformaciones implementadas. Una segunda versión, como aquella suscrita por Hammergreen, indica que las reformas de los códigos dirigidas por el USAID han introducido varios aspectos de la justicia norteamericana, no como una influencia directa, pero como una fuerza semidirecta o refleja. En su lectura, las reformas latinoamericanas

⁶⁰USAID. “Weighing in on the Scales of Justice: strategic approaches for donor-supported rule of law programs”, *Usaid Evaluation Highlights*, nº 27, 1994, p. 02.

⁶¹USAID. Weighing in on the Scales (...) *Ob. Cit.*, p. 04.

⁶²DAKOLIAS, M. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe*: elementos para reforma, Documento Técnico 319, Banco Mundial, Washington, 1996, p. 40.

⁶³CIOCCHINI, P.L. “The Relevance of Criminal Courts in the Global South”, *Laws*, nº 6, vol. 29, Basel, 2017, p. 02.

⁶⁴VARGAS VIANCOS, J.E. “La Nueva Generación de Reformas Procesales Penales en Latinoamérica”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, vol. 47, nº 3, Quito, 2008, p. 35.

⁶⁵VIEIRA, R.S. *Controle da Prova Penal: obtenção e admissibilidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021, p. 176.

estarían basadas en los cambios europeos, que por su turno habían introducido dispositivos jurídicos de la tradición adversarial⁶⁶. Por lo tanto, el sendero de la reforma pasaba por la recepción europea de los institutos norteamericanos y, desde esta importación, se pasaría a los códigos de proceso penal latinoamericanos. El fenómeno descrito podría ser comprendido como una especie de migración de traducciones adversariales implementadas por los europeos. Una tercera narrativa puede ser encontrada en Langer, que elabora una explicación basada no que él ha denominado como “difusión desde la periferia”. Segundo este modelo, actores de los países marginales se articularían y ejercerían un rol central en la difusión de normas, principios y políticas para otros países igualmente marginales o, aún, en dirección a los países centrales. Habría dos formas aquí: una difusión horizontal o semi-horizontal y una difusión triangular a partir de la periferia⁶⁷. En la difusión horizontal, las reglas se expanden entre los actores de países periféricos en dirección a otros países que se encuentran en igual situación, sin la participación de los países centrales. Por otro lado, la difusión triangular sucede cuando los actores de los países periféricos son los propios actores intelectuales, contando también con la colaboración de actores de los países centrales. Como sostiene Langer, en América Latina se ha verificado la combinación de estas dos formas de difusión⁶⁸. Más allá de las vultuosas inversiones realizadas por la agencia norteamericana y por actores financieros transnacionales, el auxilio en la confección de nuevos códigos también ha contado con la participación de promotores norteamericanos, que actuaran en más de 30 países en el inicio de los años 1990, con el objetivo de reformar leyes penales, códigos de proceso penal y establecer políticas criminales⁶⁹. Parece acertada la hipótesis de Langer de que los procesos de difusión reformista obedecerían a dos dimensiones simultáneas.

De una manera general, las reformas procesales latinoamericanas tendrían ocurrido por fuerza de la necesidad de superarse los vicios de los sistemas inquisitivos típicos de la América Latina, especialmente debido a la capacidad de tales sistemas de ser cooptados por regímenes políticos. El vínculo de los códigos de proceso penal latinoamericanos a las dictaduras del continente sería una de las razones para que las reformas fueran llevadas adelante bajo el signo de la restauración de los derechos humanos y de la propagación de una cultura acusatoria. De otro lado, también pueden ser encontradas razones que apuntaban para el aumento de la criminalidad en la década de 1980, lo que generaba el sentimiento de necesidad de promoverse una “modernización de la justicia criminal”. Ya en esta década sería posible decirse que los innúmeros actores norteamericanos empezaran a dedicarse a las reformas procesales⁷⁰. En el contexto de la Guerra Fría, el principal objetivo geopolítico de la Alianza Para el Progreso y el USAID era fomentar el desarrollo económico, de manera a evitar o minimizar los riesgos de que grupos comunistas y de izquierda tuvieran condiciones para lanzarse al poder en los países latino-americanos⁷¹. Este análisis no puede ser separado e interpretado aisladamente de las condiciones ya referidas, una vez que la reforma de los sistemas jurídicos de América Latina (incluyéndose obviamente el derecho procesal penal) acabaran por ser el producto de la defensa de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados Unidos en la región⁷².

En el año de 1985, el USAID ha establecido un escritorio de administración de justicia en la América Latina y Caribe, prestando asistencia a países como Bolivia,

⁶⁶HAMMERGREEN, L. *Code Reform and Law Revision*, USAID, Washington, 1998, p. 09.

⁶⁷LANGER, M. “Revolução no Processo Penal Latino-Americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 37, Porto Alegre, 2017, p. 11.

⁶⁸LANGER, M. “Revolução no (...)”, *Ob. Cit.*, pp. 12-13.

⁶⁹MCLEOD, A.M. “Exporting U. S. Criminal Justice”, *Yale Law & Police Review*, nº 29, New Haven, 2010, p. 85.

⁷⁰LANGER, M. “Revolução no (...)”, *Ob. Cit.*, p. 28.

⁷¹LANGER, M. “Revolução no (...)”, *Ob. Cit.*, p. 28.

⁷²VIEIRA, R. S. *Controle da Prova Penal: (...)*, *Ob. Cit.*, p. 171.

Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú. En el ámbito de la cooperación estaba la inclusión de cursos de formación de jueces y fiscales, agentes de policía y profesionales de la justicia en general. Más allá de estos cursos el USAID había financiado cursos que ofrecían asistencia técnica en gestión de casos, bases de datos jurídicas y bibliotecas, así como ofrecimiento de diversos bienes y materiales de suministros para los poderes judiciales de estos países⁷³. Tales programas de reforma financiados por los Estados Unidos acabaron por expandirse por toda América Latina en esta segunda mitad de los años 1980. Estos programas encontraron en El Salvador un punto de partida propicio, sobre todo por ocasión de las políticas internas y de las necesidades geopolíticas que caracterizaban el gobierno Reagan. La expansión a otros países, en el análisis de Langer, ha posiblemente sido el producto de un proceso encabezado por funcionarios de nivel medio y bajo del Departamento de Estado norteamericano y del USAID. En el caso específico del USAID, la estrategia de la reforma judicial fue parte de la política del Departamento de Justicia de los Estados Unidos desde la mitad de los años 1980.

Eso tiene que ver con la modernización, fortalecimiento institucional y entrenamientos judiciales (la segunda ola de los programas de reforma), aunque todavía no tuviera traído resultados considerados satisfactorios⁷⁴.

Todavía en este momento de la segunda mitad de los años 1980, funcionarios del USAID se han reunido con los juristas argentinos Julio Maier y Alberto Binder. Ambos criticaron los programas ofrecidos por el USAID que tornaban disponibles recursos elevados para los sistemas de justicia criminal latino-americanos sin proponer un cambio de estructura principal: los sistemas de justicia criminal en América Latina serían todos ellos inquisitivos, lo que no permitía avances significativos y alcanzar los objetivos.

La idea de Maier e Binder sería que antes de gastar más recursos financiando programas genéricos, los funcionarios del USAID deberían procurar substituir los sistemas inquisitivos por acusatorios⁷⁵. De acuerdo con Langer, los funcionarios del USAID, al analizar los diagnósticos elaborados por Maier e Binder, han entendido atractivo un cambio de estos códigos. En primer lugar, el USAID estaba ansioso por nuevas ideas, ya que no tenían mucha certeza de su trabajo estaría trayendo resultados positivos. En segundo lugar, muchos funcionarios consideraron el diagnóstico elaborado por Maier e Binder bastante persuasivo. Por ende, Maier e Binder eran juristas latinoamericanos que ofrecían su propio diagnóstico y propuestas para la reforma de los sistemas de justicia criminal de América Latina, lo que eliminaría las críticas de que el USAID imponería un modelo norteamericano⁷⁶. Así, en los próximos años la misión del USAID sería transformar los sistemas inquisitivos en adversariales⁷⁷. No cabe dudas de que el USAID ha facilitado la transición de los códigos latinoamericanos, de códigos inquisitivos para procedimiento "adversariales"⁷⁸.

Entre 1993 y 2003, 21 países de América Latina y región han recibido importantes sumas con el fin de apoyar las reformas procesales penales promovidas por los Estados Unidos. 15 de estos países han tomado U\$ 500 millones en préstamos del Banco Interamericano de Desarrollo y 14 países han reformado sus códigos en el sentido adversarial⁷⁹. Hay que mencionar que una neta diferenciación entre funciones acusatorias y judiciales, introducción de juicios materialmente orales, publicidad

⁷³LANGER, M. "Revolução no (...)", *Ob. Cit.*, p. 29.

⁷⁴PALACIOS MUÑOZ, D. "Criminal Procedure Reform in Chile: new agents and the restructuring of a field", in: DEZALAY, Y. & GARTH, B.G. *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Routledge, Abingdon, 2011, p. 119.

⁷⁵LANGER, M. "Revolução no (...)", *Ob. Cit.*, p. 30.

⁷⁶LANGER, M. "Revolução no (...)", *Ob. Cit.*, p. 31.

⁷⁷MCLEOD, A. M. "Exporting U. S. Criminal Justice", *Yale Law & Police Review*, nº 29, New Haven, 2010, p. 116.

⁷⁸MCLEOD, A. M. "Exporting U. S. Criminal (...)", *Ob. Cit.*, p. 87.

⁷⁹MCLEOD, A. M. "Exporting U. S. Criminal (...)", *Ob. Cit.*, p. 119.

amplia de los procedimientos, así como la discrecionalidad y la inherente flexibilidad acusatoria serían características que han replicado muy bien la comprensión adversarial del proceso criminal⁸⁰. Además, el funcionamiento del sistema de justicia criminal sería, en esta visión, asegurado de una forma más eficaz a través de un régimen de garantías procesales y de respectivos atajos impuestos sobre ellas, organizados, ambos, para la promoción de la eficiencia en el proceso penal⁸¹.

En los últimos 15 años, cerca de 14 países han introducido nuevos códigos de proceso penal. Tales reformas fueran descriptas como originadas en la tentativa de superación de los sistemas inquisitivos en dirección a los acusatorios. Las características usualmente atribuidas a estos códigos y que les ha capacitado emerger como "códigos acusatorios" serían medidas por la incorporación de las siguientes características: a) publicidad; b) oralidad; c) refuerzo del rol del fiscal y otorgando a este sujeto la conducción de la investigación preliminar; d) aumento de la discrecionalidad de la Fiscalía; e) ampliación del rol de la víctima en el proceso penal; f) introducción de ritos alternativos⁸². De una manera general, los objetivos de las reformas, o sea, el discurso oficial que se encuentra en las razones de su adopción, consistiría en las siguientes definiciones: a) reducir la duración de los procesos; b) mejorar la calidad de las investigaciones criminales; c) reducir el porcentaje de detenidos cautelares; d) mejorar los estándares del debido proceso y de la imparcialidad de los jueces; e) disminuir la corrupción en la administración de justicia⁸³.

De acuerdo con Langer, Alberto Binder ha sido uno de los grandes responsables por la difusión de la necesidad de la reforma procesal. Él ha viajado por toda la América Latina "haciendo presión" para que las reformas procesales fueran realizadas, actuando también como el principal interlocutor latinoamericano junto al USAID. Binder también ha fundado una red de centros de pesquisa y consultoría con conexiones con la sociedad civil, formando personas en América Latina alrededor del proceso y del sistema de justicia criminal. Además, Binder ha difundido su pensamiento a través de una serie de publicaciones temáticas especializadas, siendo el "estratega transnacional" más importante de la red, prestando asesoramientos técnicos a los reformadores sobre la estructura del código a políticos, dirigidos a la legislatura regional⁸⁴.

Más allá de todo lo expuesto, el USAID también ha ofrecido financiamiento a juristas críticos y jueces del Instituto de Estudios Judiciales con la finalidad de promoción de reformas judiciales y entrenamiento personal. El USAID ha decidido ofrecer un segundo periodo de financiamiento entre 1991 y 1995, con el objetivo de ampliar la experiencia y el conocimiento necesarios para promover las reformas en el sector judicial⁸⁵. En este sentido, se puede destacar también Juan Enrique Vargas, que ha inicialmente participado como consultor latinoamericano del Banco de Desarrollo Interamericano y Banco Mundial, produciendo diversos reportes sobre los procesos de reforma judicial en otros países⁸⁶. Como ya se ha referido, fueran los juristas argentinos Julio Maier y Alberto Binder que han negociado con el USAID con la finalidad de incluir las reformas penales en la agenda de la reforma judicial que esta agencia deseaba promover en los países latinoamericanos como parte de la segunda ola de reformas del "Estado de Derecho" en América Latina. En 1993 Cristián Riego y Juan Enrique Vargas, dos juristas chilenos, han organizado el *Fórum Para la*

⁸⁰LANGER, M. "Revolução no (...)", *Ob. Cit.*, p. 31.

⁸¹MCLEOD, A. M. "Exporting U. S. Criminal (...)", *Ob. Cit.*, p. 95.

⁸²LANGER, M. "Revolução no (...)", *Ob. Cit.*, p. 06.

⁸³LANGER, M. BERGMAN, M. "El Nuevo Código de Proceso Penal Nacional Acusatorio: aportes empíricos para la discusión en base a la experiencia de Buenos Aires", *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, 2015, pp. 51-52.

⁸⁴LANGER, M. "Revolução no (...)", *Ob. Cit.*, p. 33.

⁸⁵PALACIOS MUÑOZ, D. Criminal Procedure Reform in Chile: (...)", *Ob. Cit.*, p. 115.

⁸⁶PALACIOS MUÑOZ, D. Criminal Procedure Reform in Chile: (...)", *Ob. Cit.*, p. 116.

*Oralidad nel Proceso*⁸⁷. Para Palacio Muñoz, estos dos juristas han desarrollado un rol fundamental en la promoción de la reforma procesal penal en América Latina, ambos formados en la Universidad de Chile al final de la dictadura de Pinochet⁸⁸. Cristián Vargas ha negociado con el USAID con el fin de incluir un área de justicia criminal en el convenio firmado con la *Corporación de Promoción Universitaria*, lo que fue aceptado, expandiendo el financiamiento hasta 1996⁸⁹.

Fue justamente en la década de 1990 que una agencia internacional ha sido creada, compuesta esencialmente por juristas latinoamericanos, cuyo objetivo era lo de facilitar la pesquisa empírica y remediar las fallas de las reformas latinoamericanas creadas por los Estados Unidos⁹⁰. Tratase del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), que se ha establecido en Santiago de Chile. CEJA fue una institución nacida como una respuesta a una idea de varios funcionarios norteamericanos para la creación de una organización de apoyo y evaluación de las reformas judiciales. CEJA actúa bajo la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ha recibido financiamiento de una multiplicidad de fuentes (incluyendo el USAID) además de conducir evaluaciones de reformas procesales penales en toda la región. El CEJA organiza conferencias y programas de entrenamiento, emite publicaciones y trabaja en áreas más allá del proceso penal⁹¹.

La creación del CEJA en Chile no puede ser leída como un accidente de la historia. En la década de 1960, financiado por la Fundación Ford, el Programa Jurídico Chileno (*Chilean Law Program*) fue establecido para "modernizar" el sistema de enseñanza y de pesquisa jurídico en Chile. El principal punto del programa era un seminario destinado a jóvenes profesores de derecho chilenos, que ocurría en la Universidad de Stanford (de mayo a diciembre) y cuya primera edición ha sucedido en 1967⁹². Como apuntan Dezalay y Garth, el Proyecto Chile dirigido a la economía ha conocido un gemelo siamés denominado "Proyecto Chile de Derecho", financiado por la Fundación Ford y llevado a cabo por la Universidad de Chile y, naturalmente, por la Universidad de Stanford. Los promotores de este programa en los Estados Unidos deseaban aumentar la influencia del enfoque estadounidense en Chile en contraposición a los puntos de vista europeos, especialmente el germánico⁹³. Vargas se ha tornado director ejecutivo del recién creado CEJA en 2000, gracias al fundamental apoyo del USAID. La tarea de los juristas de CEJA fue apoyar reformas en otros países de la región, ofreciendo consultorías para gobiernos y organizando seminarios y publicaciones, con destaque para la operación de los sistemas judiciales y las reformas implementadas en la región. CEJA se ha transformado en la plataforma para que Cristián Riego, Juan Enrique Vargas y Mauricio Duce se juntaran a las discusiones regionales sobre las reformas procesales y la de los sistemas judiciales en sentido general⁹⁴. Demuestra Palacio Muñoz que tomar parte del CEJA se ha tornado una ventaja en las carreras de estos juristas, con el fortalecimiento de su rol de consultores y "empresarios simbólicos"⁹⁵. Estos agentes han creado una especie de *expertise* al enfatizar un sistema de justicia criminal no-dogmático, flexible y más pragmático⁹⁶. Para Dezalay y Garth, tales juristas envueltos con las reformas en el proceso criminal actuaran como "empresarios" que se han especializado en el

⁸⁷PALACIOS MUÑOZ, D. Criminal Procedure Reform in Chile: (...), *Ob. Cit.*, p. 117.

⁸⁸PALACIOS MUÑOZ, D. Criminal Procedure Reform in Chile: (...), *Ob. Cit.*, p. 113.

⁸⁹PALACIOS MUÑOZ, D. Criminal Procedure Reform in Chile: (...), *Ob. Cit.*, p. 118.

⁹⁰MCLEOD, A. M. "Exporting U. S. Criminal (...)", *Ob. Cit.*, p. 150.

⁹¹LANGER, M. "Revolução no (...)", *Ob. Cit.*, p. 35.

⁹²MERRYMAN, J.H. "Law and Development Memoirs I: the Chile law program", *American Journal of Comparative Law*, vol. 48, nº 3, Oxford, 2000, pp. 484-486.

⁹³COOPER, J.M. "Competing Legal (...)", *Idem*.

⁹⁴PALACIOS MUÑOZ, D. "Criminal Procedure Reform in Chile: (...)", *Ob. Cit.*, p. 124.

⁹⁵PALACIOS MUÑOZ, D. Criminal Procedure Reform in Chile: (...), *Ob. Cit.*, p. 125.

⁹⁶PALACIOS MUÑOZ, D. Criminal Procedure Reform in Chile: (...), *Ob. Cit.*, p. 124.

mercado de la promoción de reformas institucionales, una categoría híbrida entre académicos que se han tornado empresarios simbólicos y consultores⁹⁷.

Evidentemente, la elaboración de los códigos de proceso penal latinoamericanos se ha dado a través de una red de abogados (ordinariamente conectados al CEJA), con relaciones con el USAID y agencias y bancos internacionales, con la finalidad de promover el desarrollo económico y de la democracia, que podrían ser conquistados mediante las reformas⁹⁸. La participación del CEJA puede ser creditada especialmente a las (reformas de segunda generación que, reconociendo los problemas de las reformas de primera generación (destinadas exclusivamente a la reforma legislativa), proponían una reforma desde las prácticas judiciales. Segundo Ciocchini, tales reformas agravaron los problemas ya existentes en el sentido de control sobre las conductas policiales⁹⁹.

Sea como fuera, las reformas latinoamericanas del proceso penal coinciden en algunos puntos con el portafolio de sincretismos autoritarios que se pueden denominar como un "*autoritarismo cool*". En primer lugar, mirándose el rol del Ministerio Fiscal, hubo un incremento en sus poderes debido sobre todo a dos características que pueden ser ubicadas en el discurso autoritario de las reformas: la investigación directa y la introducción de mecanismos negociales en el proceso penal¹⁰⁰. Como apuntan Dezalay y Garth, el mayor éxito obtenido por las estrategias internacionales orientadas a la reforma de los sistemas judiciales ha sido la importación, desde los Estados Unidos, del esquema de resolución alternativa de conflictos¹⁰¹. Las propuestas de reformas y el propio discurso institucional pueden ser identificados en las palabras de Dakolias: "a pesar de las reformas procesales, generalmente envolver los códigos de proceso específicos de cada uno de los países, algunas de las siguientes cuestiones pueden ser analizadas: los procedimientos orales e inmediatos, reformas para minimizar el tiempo utilizado en los procesos y las cuestiones relativas a la comunicación ex parte"¹⁰².

Evaluando las reformas procesales ocurridas en América Latina, Alberto Binder llega a una interesante conclusión: "el caso chileno es, talvez, el único que ha permitido estabilizar el escenario de reforma, una vez que se encontraba estabilizado su escenario político"¹⁰³. El "escenario político" chileno era justo el neoliberal. La cuestión que se puede elaborar, mirándose el fenómeno con más atención, es que la estabilización de las reformas (que han venido para sacrificar el juicio en substitución a ritos alternativos y céleres) se hace simétrica a la propia racionalidad neoliberal. Esto es, se la estabilidad de las reformas se ha dado exclusivamente en el más neoliberal de los países latinoamericanos, no es posible ignorarse la necesaria simetría de objetivos políticos entre la gubernamentalidad neoliberal y la práctica de introducción de atajos procesales a la aplicación de la pena. No se puede olvidar: la idea de reformar los sistemas judiciales y las legislaciones latinoamericanas parte de los Estados Unidos y de las agencias internacionales. El objetivo era la promoción de apertura de mercado (en este punto Chile ya era un mercado extremadamente abierto al flujo de capitales, una de las prescripciones del *shock* económico propuesto por Milton Friedman y los *chicago boys* en la década de 1970 después del golpe de Estado) y de la garantía del orden (eficiencia procesal y prevención de delitos). El "éxito" de la reforma chilena se ha dado, sobre todo, por la amplia consolidación de

⁹⁷DEZALAY, Y. & GARTH, B.G. *La Internacionalización de las Luchas por el Poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*, Universidad Autónoma de México, México D.C, 2005, p. 85.

⁹⁸LANGER, M. "Revolução no (...)", *Ob. Cit.*, p. 07.

⁹⁹CIOCCHINI, P.L. "The Relevance of Criminal (...)", *Ob. Cit.*, p. 09.

¹⁰⁰CIOCCHINI, P. L. "The Relevance of Criminal (...)", *Ob. Cit.*, p. 08.

¹⁰¹DEZALAY, Y. & GARTH, B.G. *La Internacionalización de las Luchas (...)*, *Ob. Cit.*, p. 360.

¹⁰²DAKOLIAS, M. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*, Documento Técnico 319, Banco Mundial, Washington, 1996, p. 36.

¹⁰³BINDER, A. *Fundamentos Para a Reforma da Justiça Penal*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 61.

un modelo de Estado neoliberal, que necesitaría verticalizar sus raíces en dirección al sistema judicial.

Hablando de la reforma chilena, Langer afirma que más allá de una reforma acusatoria, se ha establecido el procedimiento monitorio que autoriza al Fiscal a ofrecer una pena de multa en casos de pequeñas infracciones y que, una vez homologadas por el juez, se tornan estables. También se ha estructurado el procedimiento simplificado o con reconocimiento de culpa, en el cual el Fiscal solicita la aplicación de una pena superior a 540 días desde que el acusado confiese. Al aceptar la propuesta ha una condena sin juicio, no siendo admisible que el tribunal aplique pena superior a aquella requerida por el Fiscal. El procedimiento abreviado se aplica a los casos en los cuales el Fiscal requiere la aplicación de la pena superior a diez años de prisión para el robo y hurto o superior a cinco años para otros crímenes en que el acusado confiese y consienta con la aplicación del rito abreviado¹⁰⁴.

Las mejoras sentidas en el proceso penal chileno tendrían ocurrido en solamente dos puntos: la reducción de los presos cautelares y la menor duración de los procesos¹⁰⁵, lo que parece estar naturalmente asociado a la aplicación de los mecanismos más rápidos de condenación¹⁰⁶. En Chile, menos de 2% de los juicios han sido realizados a través de un juicio oral¹⁰⁷. En Uruguay, 96,46% de los casos han resultado en condenas obtenidas a través de un procedimiento abreviado¹⁰⁸. La reducción de la población detenida cautelarmente parece deberse a la rápida conversión de las cautelares en masa carcelaria condenada definitivamente. El raciocinio es muy sencillo: la acentuada aceleración de las condenas penales en Chile hace con que el tiempo de prisión cautelar sea menor. Todavía, la rápida condenación también transforma estos acusados, hasta entonces detenidos cautelares, en presos definitivos. Que todo eso no pase de una "mejora engañosa" no es más que el obvio.

Por ende, se debe percibir cuanto las reformas procesales latinoamericanas están vinculadas a la racionalidad neoliberal y como el empleo del adversarialismo norteamericano, mismo a través de una difusión desde la periferia, puede resultar en una funcionalidad de la justicia criminal aún más perversa.

5. REFORMAS ACUSATORIAS, ESTADÍSTICAS INQUISITIVAS: ÉXITO DE LAS REFORMAS PROCESALES PENALES?

La hipótesis de la cual se parte ahora es la de que las reformas procesales penales latinoamericanas contribuyeran, mismo que no aisladamente, para el incremento de la masa carcelaria en los países reformadores. Se debe descartar cualquier especie de inferencia determinista entre el advenimiento de los nuevos códigos de proceso penal y el aumento de la población carcelaria, ya que el fenómeno de la prisionización es siempre multicausal. Sin embargo, tampoco se podría llevar adelante cualquier expectativa de analizarse el fenómeno de incremento de la población presa sin considerarse las relaciones entre la inserción de atajos procesales y la población carcelaria. En este sentido, serán examinados algunos países sudamericanos con la finalidad de verificar si es posible inserir el advenimiento de

¹⁰⁴LANGER, M. Plea Bargaining - "Trial-Avoiding Conviction Mechanisms and the Global Administratization of Criminal Convictions", *Annual Review of Criminology*, UCLA School of Law, nº 19-35, Los Angeles, 2020, p. 21.

¹⁰⁵LANGER, M. & BERGMAN, M. "El Nuevo Código de Proceso Penal Nacional Acusatorio: aportes empíricos para la discusión en base a la experiencia de Buenos Aires", *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, 2015, p. 53.

¹⁰⁶LANGER, M. & LILLO, R. "Reforma a la Justicia Juvenil y Adolescentes Privados de Libertad en Chile: aportes empíricos para el debate", *Política Criminal*, Santiago, nº 18, vol. 09, 2014.

¹⁰⁷FREITAS, J.O.F.D. Breves Considerações Sobre o Processo Abreviado e sua Utilização no Primeiro Ano do Novo Código de Processo Penal Uruguaio, in: COUTINHO, J.N.M.C.; POSTIGO, L.G. & SILVEIRA, M.A.N.D. *Reflexiones Brasileñas Sobre la Reforma Procesal Penal en Uruguay*, CEJA, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Santiago, Curitiba, 2019, p. 309.

¹⁰⁸FREITAS, J.O.F.D. Breves Considerações Sobre o Processo (...), *Ob. Cit.*, p. 311.

los nuevos códigos de proceso penal y que han introducido ritos abreviados como una variable en el cómputo de fluctuación de la población carcelaria en estos países.

Importa registrar que el análisis de la población carcelaria de cada uno de los países será presentada segundo los datos recogidos por el *World Prison Brief* de la *Birckbeck University of London*¹⁰⁹. Las datas de entrada en vigencia de los códigos de proceso penal pueden ser encontrados en el estudio de González y Fandiño¹¹⁰.

a) *Bolivia*¹¹¹: el nuevo código de proceso penal boliviano fue promulgado em 1999 y su implementación fue progresiva, siendo finalizada en el año de 2001. Abajo siguen los datos:

Año	Número total de presos	Tasa de prisionización (100.000 habitantes)
2000	8.151	95
2002	6.065	68
2004	6.495	70
2006	7.031	73
2008	7.433	75
2010	9.406	92
2012	14.272	135
2014	14.220	130
2016	16.038	142
2018	18.369	158

b) *Paraguay*¹¹²: el nuevo código de proceso penal fue promulgado en el año de 1998 y su implementación se ha dado en el año de 2000. Abajo siguen los datos:

¹⁰⁹WPB. *World Prison Brief*, disponible en: <https://www.prisonstudies.org/>, aceso en: 01/05/2023.

¹¹⁰GONZÁLEZ, L. & FANDIÑO, M. "Análisis Comparativo y Propuestas", in: FUCHS, M.C; FANDIÑO, M. & GONZÁLEZ, L (org.), *La Justicia Penal Adversarial en América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, CEJA, Konrad Adenauer, Santiago, Bogotá, 2018.

¹¹¹El código de proceso penal boliviano cuenta em su art. 373 y siguientes con un procedimiento abreviado.

¹¹²El código de proceso penal paraguayo prevé el procedimiento abreviado en los arts. 420 y 421 siendo posible su aplicación a cualquier delito, desde que el acusado confiese.

Año	Número total de presos	Tasa de prisionización (100.000 habitantes)
2000	3.219	60
2002	4.621	83
2004	6.101	106
2006	6.037	102
2008	5.867	96
2010	6.197	99
2012	7.916	123
2014	10.450	158
2016	13.181	195
2018	14.696	212
2020	13.821	194

c) *Colombia*¹¹³: el código de proceso penal colombiano fue promulgado en 2004, con su implementación progresiva que ha perdurado hasta el año de 2008. Abajo los datos encontrados:

Año	Número total de presos	Tasa de prisionización (100.000 habitantes)
2000	51.518	128
2002	52.936	127
2004	68.020	159
2006	60.021	136

¹¹³El código de proceso penal colombiano admite negociaciones pre-procesales (arts. 348-354) cuya pena podrá ser reducida hasta la mitad (sin límites cuanto a la gravedad de los delitos). También cuenta con la posibilidad de aplicación del rito abreviado (art. 534 del código de proceso penal).

2008	69.979	155
2010	84.444	183
2012	113.884	242
2014	113.623	237
2016	118.532	243
2018	118.513	239
2020	97.414	193

d) *Ecuador*¹¹⁴: el código de proceso penal ecuatoriano fue promulgado en 2009 y ha entrado en vigencia en el mismo año. Abajo siguen los datos:

Año	Número total de presos	Tasa de prisionización (100.000 habitantes)
2000	8.029	64
2002	8.723	67
2004	11.358	84
2006	12.635	90
2008	12.067	83
2010	11.800	79
2012	21.080	135
2014	25.902	162
2016	26.421	160
2018	37.996	222

¹¹⁴El código de proceso penal ecuatoriano prevé el procedimiento abreviado y lo simplificado en los arts. 369 y 370.

2020	37.623	213
------	--------	-----

e) *Venezuela*¹¹⁵: Venezuela ha promulgado su código de proceso penal con entrada en vigencia inmediata en 2001.

Año ¹¹⁶	Número total de presos	Tasa de prisionización (100.000 habitantes)
2000	14.196	58
2002	19.368	76
2004	19.951	76
2006	19.257	70
2008	24.069	85
2010	40.825	140
2012	45.224	150
2014	51.256	168
2016	54.738	173
2018	49.915	145

f) *Perú*¹¹⁷: el código de proceso penal fue promulgado en 2004 con implementación progresiva desde 2006, finalizando apenas en 2021.

Año	Número total de presos	Tasa de prisionización (100.000 habitantes)
2000	27.734	107

¹¹⁵El código de proceso penal de Venezuela prevé el procedimiento abreviado en su art. 372 y también un procedimiento denominado "procedimiento por admisión de los hechos", ambos con previsión de acuerdos.

¹¹⁶Los datos de Venezuela están disponibles hasta 2018.

¹¹⁷El código de proceso penal peruano prevé el procedimiento de finalización anticipada en el art. 468 del código de proceso penal, estableciendo la posibilidad de acuerdo entre el Ministerio Fiscal y lo imputado. También prevé un procedimiento especial de colaboración (art. 472).

2002	27.417	103
2004	31.311	114
2006	35.835	128
2008	43.286	151
2010	45.464	155
2012	58.019	192
2014	70.276	227
2016	79.644	251
2018	87.995	270
2020	92.195	277

g) *Chile*¹¹⁸: el código de proceso penal chileno fue promulgado en el año de 2000 con implementación progresiva hasta el año de 2005.

Año	Número total de presos	Tasa de prisionización (100.000 habitantes)
2000	33.050	215
2002	34.901	222
2004	36.374	226
2006	39.417	240
2008	48.826	291
2010	54.628	320
2012	51.882	298

¹¹⁸El código de proceso penal chileno reconoce el procedimiento abreviado en el art. 406 en los delitos en los cuales el ministerio fiscal requiere una pena no superior a cinco años de prisión y el acusado manifieste su conformidad. En 2016 se ha ampliado la posibilidad de aplicación del procedimiento abreviado a casos de robo, hurto y receptación.

2014	45.501	257
2016	43.603	242
2018	41.689	228
2020	39.884	215

*h) Uruguay*¹¹⁹: el código de proceso penal uruguayo fue promulgado en 2014 e implementado en 2017. Abajo siguen los datos:

Año ¹²⁰	Número total de presos	Tasa de prisionización (100.000 habitantes)
2000	4.469	135
2002	5.630	169
2004	6.888	207
2006	6.887	207
2008	7.665	229
2010	8.700	257
2012	9.418	277
2014	9.542	279
2016	10.561	306
2018	10.233	294
2021 ¹²¹	13.956	683

¹¹⁹El código de proceso penal uruguayo, con modificación en 2016, admite el procedimiento simplificado para delitos cuya pena solicitada por el ministerio Fiscal no sea superior a seis años (art. 272).

¹²⁰Los datos de Uruguay posteriores a 2018 no están disponibles.

¹²¹ Estos datos pueden ser encontrados en el reportaje del periódico El Observador, disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/uruguay-empieza-noviembre-con-record-de-presos-en-las-carceles-202111220826>, aceso en: 11.06.2022.

A partir de estos datos relativos a las reformas latinoamericanas¹²² es posible percibirse que los códigos de proceso penal no frenaron la escalada de prisionización. Si no es posible atribuir, de forma determinista, una responsabilidad de estas reformas por el aumento de la población carcelaria, tampoco se puede decir que ellas han servido para la consolidación de una mayor democracia procesal, ya que los números indican un crecimiento constante de la masa carcelaria, mismo que algunos países demuestren una queda en los últimos años (comparativamente a los propios números del país y después de un aumento exponencial cuando ya consolidadas las reformas).

Una constatación que no puede dejar de ser hecha y que sugiere alguna implicación entre reformas y prisionización es la correlación entre número de presos cautelares y aceleración de los procedimientos penales. Bolivia es un país en el cual, a pesar de las reformas procesales, el número de presos cautelares se ha mantenido estable. En el año de 2000 el porcentaje de presos cautelares era de 66,4%, aumentando para 74% en 2005 y pasando a 77,2% y 81,9% entre los años de 2010 y 2014v respectivamente. En 2021 este porcentaje fue reducido para 64%, el más bajo en la secuencia temporal examinada, pero aún excesivamente alto. Sin embargo, considerándose la proporción de presos cautelares por 100 mil habitantes, la reducción de presos cautelares no es animadora, siendo de 63 en 2000, 53 en 2005, 71 en 2010, 106 en 2014 y 96 en 2020.

Con relación a Paraguay, es visible una disminución de presos cautelares. En 1999 este porcentaje era de espantosos 92,7%, bajando para 72,4% en 2005 y manteniéndose estable (78,9% en 2010, 77% en 2015 y 71% en 2022). El grande problema está en el incremento muy relevante de la proporción entre presos cautelares por 100 mil habitantes: 72 en 1999, 76 en 2010, 149 en 2015 y 157 en 2022.

Colombia ha conseguido reducir el porcentaje de presos cautelares, mismo que comparativamente, sus números siempre han sido mucho mejores de que los demás países latinoamericanos. El porcentaje de presos cautelares era de 39,4% en 2000, 38,5% en 2005, 30,7% en 2010, 35,5% en 2015 y, finalmente, 24,3% en 2022.

Colombia también ha atingido su menor marca en términos de presos cautelares por 100 mil habitantes: 50 en 2000, 59 en 2010, 86 en 2015 y 47 en 2022.

Ecuador fue otro país que ha tenido una disminución impresionante con relación a los presos cautelares. El país tenía 70,4% de su población carcelaria compuesta por presos cautelares en 2001. En 2005 este número ha bajado para 63%, para 46% en 2009, 37,2% en 2015 hasta alcanzar 38,8% en 2022. Sin embargo, a pesar de la baja porcentual, el índice de proporción entre presos cautelares por 100 mil habitantes ha subido. El número, que era de 42 en 2001 aumentará para 56 en 2005, bajando para 48 en 2009, 65 en 2015 y 72 en 2022.

Por su turno, Venezuela había un porcentaje de 44,6% de presos cautelares en 2000. Este número ha subido para 48,5% en 2005 y alcanzando 66% en 2010, bajando poco en 2020 para establecer 62,5% de presos cautelares en su sistema de justicia criminal. La proporción de presos cautelares por 100 mil habitantes aumentará considerablemente en estos años. En 2000 este número era de 26, pasando para 36 en 2005, 98 en 2010 y bajando para 71 en 2020.

Con relación a los datos de Perú, también se puede decir que hubo una reducción relevante en el porcentual de presos cautelares. En 2001 se tenía 57,3% de presos sin condena, pasando para 69,5% en 2005, 58,9% en 2010, 51,1% en

¹²²Hemos dejado de analizar las reformas argentinas puesto que las provincias detienen autonomía legislativa para la elaboración de códigos procesales, tornando muy difícil el análisis de datos comparados. También hemos dejado afuera Brasil debido a la circunstancia de que no fueran introducidos mecanismos negociales que autorizan una negociación de pena privativa de libertad.

2015 y 37,6% en 2022. Relativamente al número de presos cautelares por 100 mil habitantes, ha un aumento que se ha estabilizado en los últimos años: 59 en 2001, 84 en 2005, 92 en 2010, 126 en 2015 y 97 en 2022.

Chile también presenta una disminución en el porcentual de presos cautelares en el sistema. En 2000 este porcentual era de 48,5%, bajando para 34,6% en 2005, reduciendo-se de nuevo (y drásticamente) en 2010 para 22,2%, con pequeño aumento de 28,7% en 2015 y nuevo aumento en 2022 para 37,2%. Chile ha presentado una disminución de presos cautelares por 100 mil habitantes: 104 en 2000, 79 en 2005 y 2015, con nuevo aumento en 2022 para 82.

Por ende, los fatos de Uruguay marcan una profunda disminución del porcentual de los presos cautelares. En 1999 este número era de 77,2%, bajando para 72,5% en 2002, 63,1% en 2006, 66,4% en 2010, 69,4% en 2015 e increíbles 22,5% en 2020. Los números de la baja también se verifican en la proporción de presos cautelares por 100 habitantes: 94 en 1999, 123 en 2002, 124 en 2006, 172 en 2010, 202 en 2015 y 75 en 2020.

A lo que parece, la reducción del número de presos cautelares en algunos países, cuando verificado el incremento de la población carcelaria, puede indicar que la celeridad aplicada a los procedimientos criminales pudo ter inducido un desplazamiento del número de presos cautelares a los definitivos. Mismo que los datos seleccionados no permitan hacer-se una afirmación categórica, no se puede despreciar la circunstancia de que una reducción de presos sin condena como la vista en Uruguay y, al mismo tiempo, con el respectivo aumento de la población carcelaria indica que alguna cosa se pasa. Algunos países han mantenido cierta estabilidad en términos de presos cautelares, lo que indica que las reformas adversariales latinoamericanas tampoco han conseguido imprimir la disminución en el número de presos cautelares.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La creación de tribunales "independientes", la solidificación de instituciones democráticas, representativas y, en especial, la edificación del Estado Democrático de derecho y un Poder Judicial moderno eran parte fundamental de las reformas introducidas a partir de las pretensiones impulsadas por instituciones transnacionales. Esas reformas latinoamericanas han podido reforzar la hipótesis de que las guerras económicas impuestas por la globalización son absolutamente indisociables de los regímenes políticos liberales democráticos¹²³.

Los objetivos trazados en esta ola de reformas eran múltiples. De un lado, ha sugerido la racionalización y garantía de la autonomía del Poder Judicial, aumentando su capacidad de intervención en temas sobre todo de la "grande política", estableciendo canales de acceso a la justicia. En grande medida, aun en la década de 1990, cuando tales reformas han atingido el ápice de la presión internacional, ellas se han organizado contra la corrupción política y la criminalidad económica (como se puede ver en el amplio catálogo de leyes sobre estas cuestiones a partir de la década de 1990 en diversos países). El interés en la prevención a la criminalidad económica poseía el objetivo de crearse un horizonte de estabilidad u seguridad en el ámbito de las transacciones económicas¹²⁴.

La expansión del Poder Judicial como el epifenómeno producido por tales reformas ha garantizado la implementación progresiva del modelo norteamericano de justicia. Este modelo fue exportado para América Latina, Asia y África. Es interesante registrar que tales procesos de difusión del modelo estadounidense de justicia fueran presentados como una cristalización de los propios procesos de democratización, ya que tales regiones aparecían como destituidas de una sólida

¹²³ DARDOT, P. et al. *A Escolha da Guerra Civil*. Elefante, São Paulo, 2021, p. 272.

¹²⁴ DARDOT, P. et al. *A Escolha da (...)*, Ob. Cit., pp. 272-273.

base constitucional¹²⁵. Esta forma de expresión del constitucionalismo tenía la pretensión – dada su genética neoliberal –, de representar una “limitación a la democracia”, ahora sin golpe de Estado o financiamiento para la derrumbada del gobierno, pero a través de las franjas institucionales del derecho constitucional. El caso brasileño de la *Operación Lava Jato* é uno de estos casos. Un constitucionalismo que serviría como un obstáculo a los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos y, al mismo tiempo, por la vía penal y procesal penal, haría reprimir las tentativas de retiradas de las trabas neoliberales. Tal proceso percibe la Constitución como un bloque de normas generales, despidas de contenido concreto y que no podrían tocar en el principio del libre mercado¹²⁶.

La asimilación entre constitucionalización de los derechos y la expansión de la democracia debe ser evitada, una vez que se revela ingenua. La expansión del Judiciario ha tenido un impacto muy limitado en el reparto de poder y en su capacidad de desarrollar una justicia social. Por lo contrario, este fenómeno ha autorizado la dominación por las élites políticas y económicas de una manera aún más legítimada¹²⁷.

Las reformas latinoamericanas han seguido el sendero de las intervenciones neoliberales, a pesar de no ser las únicas producidas en nivel mundial en la misma dirección. De acuerdo con Pizzi y Marafioti, la reforma procesal de Italia tendría sucedido tanto por la necesidad de democratizarse el país cuanto para tornar el proceso penal más eficiente, mediante procedimientos especiales capaces de evitarse el juicio completo, adoptando una versión específica del plea *bargaining* (*patteggiamento*)¹²⁸.

Lo que se puede destacar con relación a las reformas procesales penales latinoamericanas es que de una manera general todos los países que han reformulado sus códigos terminarían por adoptar al menos un mecanismo que autoriza el imputado a negociar la pena privativa de libertad con el Ministerio Fiscal. Más allá de los datos de Chile y Uruguay ya referidos, Colombia detiene números interesantes sobre la aplicación de sentencias de condena privativas de libertad sin juicio. Se puede decir que hasta el año de 2016 cerca de 85% de los casos penales eran resueltos a través de alguna medida negocial¹²⁹. En este punto parece tener toda la razón Jung cuando afirma que “los procedimientos parecen ter sido afectados por una enfermedad duradera, la infección americana del *plea bargaining*”¹³⁰. Schunemann advierte que no se puede concluir que la hipotética inspiración norteamericana en las reformas procesales penales latinoamericanas se debe al pensamiento de Alberto Binder¹³¹.

Sin embargo, tal proximidad del reformador con el USAID y con funcionarios norteamericanos interesados en establecer una nueva justicia en América Latina se da en paralelo a las propuestas neoliberales que se han dirigido al Judiciario para organizar el desmonte de la justicia social en estos Estados. La relación entre neoliberalismo, análisis económico del derecho y reformismo propagador de los

¹²⁵ DARDOT, P. et al. *A Escolha da (...)*, Ob. Cit., p. 273.

¹²⁶ DARDOT, P. et al. *A Escolha da (...)*, *idem*.

¹²⁷ DARDOT, P. et al. *A Escolha da (...)*, Ob. Cit., pp. 273-274.

¹²⁸ PIZZI, W.T & MARAFIOTI, L. “The New Italian Code of Criminal Procedure: the difficulties of Building an adversarial trial system on a civil law foundation”, *The Yale Journal of International Law*, vol. 17, nº 1, New Haven, 1992, p. 06.

¹²⁹ Sistema Penal Acusatorio en Colombia: 11 años, disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/2016_1+BOLET%C3%8DN+SISTEMA+PENAL+ACUSATORIO.pdf/90ce5b45-3aa4-497a-a95c-4b57307e6b01, aceso en: 07.05.2022, p. 07.

¹³⁰ JUNG, H. “Plea Bargaining and Its Repercussions on the Theory of Criminal Procedure”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 5, nº 2, Brussels, 1997, p. 112.

¹³¹ SCHUNEMANN, B. “Um Olhar Crítico ao Modelo Processual Penal Norte-Americano”, in: SCHUNEMANN, B. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 242.

medios alternativos de resolución de conflictos é intrínseca a un modelo epistémico en el cual las esferas de la vida deben emular el mercado. Las palabras de Posner en este sentido no pueden ser olvidadas cuando afirmar que el sistema adversarial confía en el mercado de una forma mucho más radical que el sistema inquisitivo¹³². Esto no debe causar sorpresa.

El conjunto de procedimientos despidos de jurisdiccionalidad material que se han instalado en América Latina pueden ser leídos como un síntoma impactante de la penetración de la racionalidad neoliberal en el derecho procesal penal. Se trata del fenómeno descrito por Langer como "administrativización de las sanciones criminales". Segundo este pensador, no sería la negociación el trazo fundamental que caracterizaría la administrativización de las condenas criminales, ya que es posible al Fiscal, en los procedimientos chileno y inglés, ofrecer un acuerdo y su aceptación ocurrir sin cualquier especie de contacto entre las partes. En tales sistemas, la circunstancia de que existen criterios legales y predeterminados que establecen el *quantum* de reducción de la pena a ser aplicado al imputado que confiesa torna esta práctica aún menos judicializada. También se puede verificar cierta tendencia de incremento de la población carcelaria con la administrativización de las sanciones criminales¹³³.

Otro aspecto importante de las reformas procesales penales latinoamericanas consiste en el retorno de viejas prácticas autoritarias, especialmente la ausencia de control sobre las conductas policiales¹³⁴, una vez que el predominio de ritos simplificados y negociales tiende a drenar el juicio, impidiendo que vengan a ser conocidas prácticas ilegales de las autoridades policiales (lo que se podría ver en las conclusiones del famoso estudio de Dallin Oaks sobre la correlación entre reglas de exclusión, conductas policiales y *plea bargaining*)¹³⁵. En este punto, lo mismo se podría decir sobre la correlación entre investigaciones directas conducidas por el Ministerio Fiscal y acuerdos que recaigan sobre los ilícitos encontrados en tales investigaciones.

De una manera general, las relaciones del sistema de justicia criminal con la racionalidad neoliberal son fuertemente marcadas por la presencia de un evidente pragmatismo y por la introducción de un lenguaje aparentemente coherente. Sin embargo, como demuestra McKloskey, el uso de algunos conceptos por la economía (o de la economía por otro campo del saber) puede ser cualquier cosa, menos científico¹³⁶. Posner no se detiene en afirmar que la disminución de las garantías procesales podría justificarse en casos de aumento de la criminalidad¹³⁷. No se trata de un discurso nuevo. Basado en la retórica de la ley y del orden – que se mantiene intacto en los últimos años –, el fenómeno necesario a la reducción de la criminalidad sería, de acuerdo con esta óptica, una simplificación o disminución de los derechos procesales. En efecto, es justamente este el nido discursivo del *autoritarismo cool*, que mira no solamente en los delitos callejeros, pero también los delitos financieros y económicos.

7. REFERENCIAS

BASTIAT, F. *A Lei*, Instituto Mises Brasil, São Paulo, 2010.

¹³²POSNER, R. "An Economic Approach to the Law of Evidence", *Chicago Law & Economics Working Paper*, nº 66, Chicago, 1999, p. 19.

¹³³LANGER, M. *Plea Bargaining (...)*, *Ob. Cit.*, p. 31.

¹³⁴CUAREZMA TERÁN, S.J. Nublados de la Reforma de la Justicia Penal, in: AROCENA, G.A. & CUAREZMA TERÁN, S.J (org.), *Luces y Sombras de los Procedimientos Penales en América Latina*, INEJ, Managua, 2016, p. 21.

¹³⁵OAKS, D.H. "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure", *University of Chicago Law Review*, vol. 37, Chicago, 1970.

¹³⁶McCLOSKEY, D. *The Rhetoric of Economics*, Wisconsin University Press, Madison, 1998.

¹³⁷POSNER, R. "An Economic Approach to the Law of Evidence", *Chicago Law & Economics Working Paper*, nº 66, Chicago, 1999, p. 82.

- BERGER, S. & PRZYREMBEL, A. "Introduction", in: BERGER, S. & PRZYREMBEL, A. *Moralizing Capitalism: agents, discourses and practices of capitalism and anti-capitalism in the modern age*, Palgrave MacMillan, New York, 2019.
- BILGER, F. *La Pensée Économique Libérale dans l'Allemagne Contemporaine*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964.
- BINDER, A. *Fundamentos Para a Reforma da Justiça Penal*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017.
- BIRD, C. *The Myth of Liberal Individualism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- CIOCCHINI, P. L. "The Relevance of Criminal Courts in the Global South", *Laws*, nº 6, vol. 29, Basel, 2017.
- COOPER, J. M. "Competing Legal Cultures and Legal Reform: the battle of Chile", *Michigan Journal of International Law*, vol. 29, Ann Arbor, 2008.
- CUAREZMA TERÁN, S.J. Nublados de la Reforma de la Justicia Penal, in: AROCENA, G.A. & CUAREZMA TERÁN, S.J. *Luces y Sombras de los Procedimientos Penales en América Latina*, INEJ, Managua, 2016.
- DAKOLIAS, M. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*, Documento Técnico 319, Banco Mundial, Washington, 1996.
- DAMASKA, M. Aspectos Globales de la Reforma del Proceso Penal, disponible en: <https://pt.scribd.com/document/64683436/Aspectos-Globales-Reforma-Proceso-Penal-Damaska>.
- DARDOT, P. & LAVAL, C. *A Nova Razão do Mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, Boitempo, São Paulo, 2016.
- DARDOT, P. et al. *A Escolha da Guerra Civil*, Elefante, São Paulo, 2021.
- DE SÁ E SILVA, F. "From Car Wash to Bolsonaro: law and lawyers in Brazil's iliberal turn (2014-2018)", *Journal of Law and Society*, vol. 47, Cardiff, 2020.
- DEWEY, J. *Liberalism and Social Action*, Capricorn Books, New York, 1963.
- DEZALAY, Y. & GARTH, B.G. *La Internacionalización de las Luchas por el Poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latino-americanos*, Universidad Autónoma de México, México D.C., 2005.
- DUMÉNIL, G. & LÉVY, D. *Capital Resurgent: roots of the neoliberal evolution*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- ENGELMANN, F. "Sentidos Políticos da Reforma do Judiciário no Brasil", *Direito & Práxis*, vol. 7, nº 12, Rio de Janeiro, 2015.
- ESQUIROL, J. "The Failed Law of Latin America", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, Oxford, 2008.
- FAUNDEZ, J. & ANGELL, A. "Reforma Judicial en América Latina: el rol del Banco Interamericano de Desarrollo", *Revista de Sistemas Judiciales*, n. 8, Santiago, 2005.
- FREEDEN, M. *Liberal Languages: ideological imaginations and twentieth-century progressive thought*, Princeton University Press, Oxford, 2005.
- FREEDEN, M. *Liberalism: a very short introduction*, Oxford University Press, New York, 2015.
- FREITAS, J.O.F.D. "Breves Considerações Sobre o Processo Abreviado e sua Utilização no Primeiro Ano do Novo Código de Processo Penal Uruguaio", in: COUTINHO, J.N.M.C; POSTIGO, L.G & SILVEIRA, M.A.N.D. (org.), *Reflexiones Brasileñas Sobre la Reforma Procesal Penal en Uruguay*, CEJA, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Santiago, Curitiba, 2019.
- GONZÁLEZ, L. & FANDIÑO, M. "Análisis Comparativo y Propuestas", in: FUCHS, M.C; FANDIÑO, M. & GONZÁLEZ, L. (org.), *La Justicia Penal Adversarial en América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, CEJA, Konrad Adenauer, Santiago, Bogotá, 2018.
- GRANDE, E. *Imitação e Direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*, SAFE, Porto Alegre, 2009.

- HAMMERGREEN, L. "Twenty-Five Years of Latin American Judicial Reforms: achievements, disappointments, and emerging issues", *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, New York, 2008.
- HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2007.
- JUNG, H. "Plea Bargaining and Its Repercussions on the Theory of Criminal Procedure", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 5, nº 2, Brussels, 1997.
- KELEMEN, D.R. & SIBBITT, E.C. "The Globalization of American Law", *International Organization*, vol. 58, nº 1, Cambridge, 2004.
- KEYNES, J.M. *La Fine del Laissez-Faire e Altri Scritti Economico-Politici*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995.
- KLAUS, I. *Forging Capitalism: rogues, swindlers, frauds, and the rise of modern finance*, Yale University Press, London, 2014.
- KOSELLECK, R. *Crítica e Crise*, Contraponto, Rio de Janeiro, 1999.
- LANGBEIN, J.H. *Comparative Criminal Procedure*, Germany West Group, Eagan, 1977.
- LANGER, M. "Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal", *Delictae*, vol. 2, nº 3, Belo Horizonte, 2017.
- LANGER, M. "Revolução no Processo Penal Latino-Americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia", *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 37, Porto Alegre, 2017.
- LANGER, M. Plea Bargaining. "Trial-Avoiding Conviction Mechanisms and the Global Administratization of Criminal Convictions", *Annual Review of Criminology*, UCLA School of Law, n. 19-35, Los Angeles, 2020.
- LANGER, M. & BERGMAN, M. "El Nuevo Código de Proceso Penal Nacional Acusatorio: aportes empíricos para la discusión en base a la experiencia de Buenos Aires", *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, 2015.
- LANGER, M. & LILLO, R. "Reforma a la Justicia Juvenil y Adolescentes Privados de Libertad en Chile: aportes empíricos para el debate", *Política Criminal*, nº 18, vol. 9, Santiago, 2014.
- MARX, K. *O Capital* – vol. I, Boitempo, São Paulo, 2013.
- MATTEI, U. "A Theory of Imperial Law: a study on U.S hegemony and latin resistance", *Global Jurist Frontiers*, vol. 3, Berkeley, 2003.
- MCLEOD, A.M. "Exporting U. S. Criminal Justice", *Yale Law & Police Review*, nº 29, New Haven, 2010.
- MCCLOSKEY, D. *The Rhetoric of Economics*, Wisconsin University Press, Madison, 1998.
- MERRYMAN, J.H. "Law and Development Memoirs I: the Chile law program", *American Journal of Comparative Law*, vol. 48, nº 3, Oxford, 2000.
- NAGLE, L. E. "The Cinderella of Government: judicial reform on Latin America", *California Western International Law Journal*, vol. 30, nº 2, San Diego, 2000.
- OAKS, D.H. "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure", *University of Chicago Law Review*, vol. 37, Chicago, 1970.
- PALACIOS MUÑOZ, D. "Criminal Procedure Reform in Chile: new agentes and the restructuring of a field", in: DEZALAY, Y. & GARTH, B.G (org.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Routledge, Abingdon, 2011.
- PIZZI, W.T & MARAFIOTI, L. "The New Italian Code of Criminal Procedure: the difficulties of Building an adversarial trial system on a civil law foundation", *The Yale Journal of International Law*, vol. 17, nº 1, New Haven, 1992.
- POSNER, R. "An Economic Approach to the Law of Evidence", *Chicago Law & Economics Working Paper*, nº 66, Chicago, 1999.
- RAMOS, E.M.B. & NETTO, E.B.M. "O Novo Imperialismo e o Neoliberalismo nas Políticas das Instituições de Justiça na América Latina", *Direito em Debate*, nº 43, Ijuí, 2020.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. *La Globalización del Estado de Derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. "Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: neoliberalism, neconstitutionism, and the contest over judicial reform in Latin America", in: DEZALAY, Y. & GARTH, B.G. (org.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Routledge, Abingdon, 2011.
- SCHUNEMANN, B. "Um Olhar Crítico ao Modelo Processual Penal Norte-Americano", in: SCHUNEMANN, B. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013.
- SCHUNEMANN, B. *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.
- SEMER, M. *Os Paradoxos da Justiça: judiciário e política no Brasil*, Contracorrente, São Paulo, 2021.
- USAID. "Weighing in on the Scales of Justice: strategic approaches for donor-supported rule of law programs", *Usaid Evaluation Highlights*, nº 27, 1994.
- VARGAS VIANCOS, J.E. "La Nueva Generación de Reformas Procesales Penales en Latinoamérica". *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, nº 3, vol. 47, Quito, 2008.
- VIEIRA, R.S. *Controle da Prova Penal: obtenção e admissibilidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.
- ZAFIROVSKI, M. *The Protestant Ethic and the Spirit of Authoritarianism: puritanism, democracy, and Society*, Springer, New York, 2007.

A PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL EM FACE DAS DEMANDAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL: LIMITES E POSSIBILIDADES

Data protection in Brazil in the face of public safety demands and criminal persecution: limits and possibilities

Rogério Gesta Leal¹

Universidade de Santa Cruz do Sul

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos matriciais da tutela de dados pessoais; 3. Marcos regulatórios da proteção de dados no Brasil – aspectos gerais; 4. Deveres de proteção estatal de dados pessoais em sede de persecução penal; 5. Considerações Finais; e, 6. Referências.

Resumo: O objetivo geral deste trabalho é o de avaliar em que medida a proteção de dados no Brasil em face de demandas de segurança pública e persecução penal está adequadamente equalizada nos termos do projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional sobre a matéria. A questão que queremos problematizar é a de que esta proposta de legislação contempla parcialmente a relação entre proteção de dados pessoais no âmbito da persecução penal e da segurança pública, pois está constituída de alguns elementos paradoxais que podem ir de encontro aos escopos que busca alcançar. Em face deste problema, nossa hipótese é a de que importa revisar alguns dos termos deste projeto de lei, sob pena de criarmos situações inexecutáveis de persecução penal e tutela da segurança pública, como vamos detalhar.

Palavras-chaves: Proteção de Dados – Segurança Pública – Persecução Penal – Lei de Proteção de Dados Penal.

Abstract: The general objective of this work is to evaluate the extent to which data protection in Brazil, in the face of public security demands and criminal prosecution, is adequately equalized under the terms of the law project that is being discussed in the National Congress on the matter. The issue we want to discuss is that this proposed legislation partially addresses the relation between personal data protection in the context of criminal prosecution and public safety, as it is made up of some paradoxical elements that may go against the scopes it seeks to achieve. In view of this problem, our hypothesis is that it is important to revise some of the terms of this law project, under penalty of creating unenforceable situations of criminal prosecution and protection of public security, as we will detail.

Keywords: Data Protection – Public Safety – Criminal Prosecution – Criminal Data Protection Law

1. INTRODUÇÃO

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, junto a Quarta Câmara Criminal, com competência exclusiva para julgamento de crimes praticados contra a Administração Pública e os praticados por Prefeitos e Vereadores. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP.

O objetivo geral deste trabalho é o de avaliar em que medida a proteção de dados no Brasil em face de demandas de segurança pública e persecução penal está adequadamente equalizada nos termos do projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional sobre a matéria.

A questão que queremos problematizar é a de que esta proposta de legislação contempla parcialmente a relação entre proteção de dados pessoais no âmbito da persecução penal e da segurança pública, pois está constituída de alguns elementos paradoxais que podem ir de encontro aos escopos que busca alcançar.

Em face deste problema, nossa hipótese é a de que importa revisar alguns dos termos deste projeto de lei, sob pena de criarmos situações inexequíveis de persecução penal e tutela da segurança pública, como vamos detalhar.

Para tanto, elegemos desenvolver o debate a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) demarcar aspectos matriciais da tutela de dados pessoais; (ii) avaliar alguns marcos regulatórios da proteção de dados no Brasil; (iii) estabelecer análise crítica dos deveres de proteção estatal de dados pessoais em sede de persecução penal e segurança pública no âmbito do Projeto de Lei de proteção de dados na esfera penal.

Pretendemos nos valer na pesquisa do método de abordagem dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados e em face dos fins que visa este novo projeto de lei, nos valendo de técnicas bibliográficas fundamentalmente.

2. ASPECTOS MATRICIAIS DA TUTELA DE DADOS PESSOAIS

Já algum tempo tem se dito que a privacidade configura conceito extremamente vago e evanescente², razão pela qual tal categoria não pode ser compreendida como fórmula unitária, mas como constelação de direitos, de modo que seu núcleo constitutivo de situações subjetivas tampouco pode ser restrito a estruturas simples, mas compostas e articuladas.

Assim é que tal direito não se resume somente a inviolabilidade da esfera privada, enquanto projeção de indiferenciado interesse de estar só, pois nele ocorre notável metamorfose qualitativa que o orienta irreversivelmente para os fins de caracterizar-se como *poder de controle sobre a circulação de informações pessoais*. Este poder de controle tem, como fim primário, o de proteger e tutelar a dignidade da pessoa humana, nomeadamente sob a perspectiva de sua identidade pessoal, o que contempla o modo como determinado sujeito é apresentado e percebido aos olhos dos demais sujeitos, através do complexo de informações que lhe dizem respeito³.

Ao mesmo tempo, esta identidade pessoal tem sido tomada como a projeção social da personalidade, não difamatória e desviante, como o direito a própria imagem social, entretanto, como bem refere Rodotà, *la stessa costruzione dell'identità fosse insidiata dalle nuove tecnologie e dalla loro capacità di influenzare modi di essere e comportamenti*⁴.

Ou seja, através da criação de perfis de pessoas enquanto consumidores, e mesmo pelo modelo de endereçamento da produção comercial em face de específicos estereótipos de usuários criado para saciar desejos induzidos, está se favorecendo, em verdade, processos de homogeneização em massa de comportamentos individuais e sociais, muitas vezes alienantes e facilmente manipuláveis, os quais, por sua vez, geram etiquetamentos que tendem a prejudicar a possibilidade de

²Como querem: MILLER, A.R. & BERKMAN, B.A. *The assault on privacy, computers, data banks and dossier*, University Michigan Press, Michigan, 1971.

³Em total concordância com a tese sustentada por: NIGER, S. *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza, alla protezione dei dati personali*, CEDAM, Padova, 2016.

⁴RODOTÀ, S. *Il mondo nella rete – quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma, 2014.

autodeterminação individual e de favorecer exclusões de quem não deseja reconhecer-se em tal modelo hegemônico de tendências⁵.

Desta forma, também a proteção de dados pessoais configura instrumento importante à recomposição da pessoa tomada a partir de informações fragmentadas de si, representando, pois, garantia de sua representação de forma integral. Estamos nos referindo a algo para além da auto representação; mas a verdadeiro mecanismo de tutela diante do reducionismo/perigo às distorções que comportam processos de relações (físicas e virtuais), sociais e institucionais, e sua consequente pulverização de identidades, nomeadamente em ambientes virtuais. Por isto Bonfanti esclarece que:

"secondo la dottrina internazionalistica, la figura statunitense della privacy è stato assunta, fuori dalla dimensione regionale europea, in varie fonti di diritto internazionale come una sorta di concetto sintetico che consente la protezione di vari aspetti della vita dell'individuo (dalla integrità fisica e mentale, dalla sua identità ed intimità, dagli orientamenti sessuali, dalle informazioni personali, la vita familiare, la casa la corrispondenza, l'onore, la reputazione). Valga per tutti l'indicazione dell'art.12, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948: "Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni"⁶.

E por certo que tudo isto se complexifica a partir das décadas de 1960 e 1970, com o progressivo avanço da informática, das relações virtuais e dos dados e informações que transitam e são armazenados cada vez mais sem controles, eis que as possibilidades de acesso, coleta, armazenamento e uso deles ocorre em quantidades e qualidades sem precedentes, tudo a exigir adequações à tutela de dados pessoais⁷. Por tais razões, *la riservatezza diventa il forte diritto di non perdere mai il potere di mantenere il pieno controllo sul proprio "corpo elettronico", distribuito in molteplici banche dati nei luoghi più diversi. Un diritto che si caratterizza ormai come componente essenziale della nuova cittadinanza, da intendere come fascio di poteri e doveri che appartengono ad ogni persona, e non più come il segno di un legame territoriale o di sangue*^{8 9}.

Estabelecidos estes elementos, é importante precisar que estamos na presença de bem jurídico suscetível de modificação no tempo, em face das mutações

⁵Daí porque para Rodotà, com o que concordamos, é a dignidade, a igualdade e a liberdade, as pilas sobre as quais devemos articular os percursos evolutivos do direito à privacidade.

⁶Segundo o autor, este direito seria contemplado por várias fontes, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 e, sobretudo, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - CEDH, de 1948, ainda fazendo referência a várias outras fontes de direito internacional. In: BONFANTI, M.E. "Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto Internazionale sui Diritti Civil e Politici e nella Convenzione Europea dei Diritti Umani: similitudini e difformità di contenuti", *Rivista Diritti Umani e Diritto Internazionale*, f.3, Franco Angeli, Roma, 2011, p. 439.

⁷Lembreemos que os próprios *cookies* podem ser considerados dados pessoais na medida em que identificam o *browser* ou o dispositivo digital pelo qual as pessoas navegam pela rede virtual, pois mesmo que uma informação isolada não tenha o condão de portar a identificação de um indivíduo, ela pode ser utilizada para viabilizar, por cruzamentos múltiplos com outros dados, o acesso a dados pessoais específicos.

⁸RODOTÀ, S. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973, p. 31.

⁹Lorenzo Picotti lembra, e com ele concordamos, que: *il diritto alla riservatezza non è solo il diritto ad essere lasciati in pace, ma è anche e soprattutto il diritto a che nessuno possa utilizzare, a nessun titolo e per nessuna ragione, senza il necessario consenso, qualunque informazione*. In: PICOTTI, L. *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Cedam, Roma, 2005, p. 61.

de contextos históricos e sociais; da exigência dos ambientes interativos (individuais, sociais e institucionais) que impõem o reconhecimento da ductilidade dos conteúdos da privacidade. Dai porque ser difícil podermos constituir definições rígidas e absolutas ao direito de privacidade *ex ante* todas as condutas concretas e potencialmente lesivas a ela, tampouco construir casos de incriminação tão genéricos que passem ilesos com a mudança do tempo e daqueles contextos referidos.

A despeito disto, os debates internacionais sobre o tema conseguiram identificar um duplice conteúdo mínimo ao direito de privacidade hoje: (i) enquanto liberdade negativa, que o enquadra como direito de manter reservados os próprios dados - direito ao segredo; (ii) enquanto liberdade positiva, como direito multifacetado de salvaguardar a identidade pessoal, de proteger dados pessoais - como direito de controle. Esta perspectiva dá vezo a nova definição de privacidade, passando-se de conceito estático, relativo ao mero segredo de informações referentes a esfera íntima, e, portanto, atinente à proteção contra agressões a este patrimônio, para uma dimensão dinâmica, no sentido de ter sob controle todas as informações e dados que na moderna sociedade tecnológica em que vivemos circulam de modo sempre mais veloz¹⁰. Em outras palavras, esta dupla face da privacidade opera de modos concomitantes: pela reserva e pelo controle; a primeira, está associada ao silêncio; a segunda, à transparência.

Como a representação social do indivíduo passa muito também pela circulação de dados pela web, surge a necessidade de contarmos com certo tipo de *internet bill of rights*, pois cada vez mais impõem-se a necessidade de tutelarmos o que podemos chamar de corpo eletrônico, a identidade digital e a autodeterminação informativa. As pessoas cada vez mais são conhecidas através dos dados circulantes e virtuais que lhes são atribuídos por si próprias e por terceiros, criando verdadeira *existência relacional desencarnada*. Por conta disto as leis sobre tratamento de dados pessoais assumem hoje o papel de verdadeiros estatutos de proteção da pessoa em todas as suas dimensões, estendendo-se à tutela de qualquer informação referida ou referível a pessoa identificada ou identificável, seja qual for o seu conteúdo ou objeto.

Aliás, compreensão esta declinada pela Corte de Justiça da União Europeia, a partir do julgamento realizado pela Grande Sessão, no célebre caso *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*¹¹. A Corte, entretanto, faz importante distinção envolvendo os bens jurídicos alcançados por sua legislação de dados, a saber: (i) enquadra o direito a privacidade como o relacionado aos espaços privados imunes a ingerências, (ii) enquanto que o direito a proteção de dados propriamente ditos como relacionados ao correto tratamento dos dados pessoais, independentemente do fato de serem dados privados. Neste ponto nos diz Lamanuzzi: *È lecito pertanto affermare che, il discrimen tra le due nozioni si rinviene nel bene oggetto di tutela, la sfera privata, che ha una portata esclusivamente individualistica, nel diritto alla privacy, e l'interesse generale alla correttezza e liceità del trattamento dei dati, nel diritto alla protezione dei dati personali, che ha la duplice natura di diritto dell'individuo e interesse della collettività*¹².

E está correta a posição jurisprudencial sob enfoque, porque na sociedade hiper conectada como a nossa, com economia fundada sobre dados e alimentada por mecanismos de inteligência artificial, a confiabilidade e certeza de informações

¹⁰Sobre esta perspectiva ver as advertências que faz Taylor sobre os riscos de mantermos posturas estáticas diante da proteção de dados privados. In: TAYLOR, M. *Genetic data and the law – a critical perspective on privacy protection*, Cambridge University Press, New York, 2012.

¹¹Ver o case *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*, realizado em 06/10/2015, C-362/14, in: EUR. *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0362>, acesso em 25/03/2023.

¹²LAMANUZZI, M. *Diritto penale e trattamento dei dati personali, Codice della privacy, novità introdotte dal regolamento UE 2016/679 e nuove responsabilità per gli enti*, disponível em: <https://jus.vitaepensiero.it/news-papers-diritto-penale-e-trattamento-dei-dati-personali-codice-della-privacy-novita-introdotte-dal-regolamento-2016-679-ue-e-nuove-responsabilita-per-gli-enti-4763.html>, acesso em: 10/03/2023.

peçoais que se disponibilizam para fins de acesso são cruciais ao regular funcionamento de muitas outras relações – como as que se dão no mercado, por exemplo.

Nos Estados Unidos da América - EUA, por sua vez, desde o ensaio de Warren e Brandeis, em 1890, o tema da *privacy* sempre esteve na agenda de debates jurídicos daquele país¹³ ¹⁴. Neste texto os autores se utilizam de institutos do direito civil para configurar nova posição subjetiva correspondente às prerrogativas de posse ou propriedade que o indivíduo pode exercer sobre seus bens materiais, mas agora sobre objeto diverso, de caráter imaterial, representado por certo tipo de esfera pessoal inviolável. Os fundamentos do direito privado utilizados aqui – e muito consolidados na experiência norte-americana – levam os autores a pressupor que a *common law* deve admitir a tutela desta dimensão personalíssima mais íntima considerando o fato de que as prerrogativas dominiais reconhecidas pela legislação e jurisprudência ordinárias sobre os direitos dos autores e similares já apontavam para este caminho¹⁵.

Certo que esta doutrina reclamou tempo de maturação para se ver refletida na casuística dos EUA, já que uma das primeiras Cortes Supremas Estaduais a lhe dar reconhecimento foi a da Georgia, 15 anos depois de sua elaboração¹⁶ ¹⁷¹⁸. Mesmo assim, por longo tempo a jurisprudência em formação dava interpretação e aplicação diferenciada ao direito de privacidade, não oportunizando a constituição de diretrizes homogêneas às relações sociais e institucionais, isto praticamente até a segunda metade do século XX, concentrando-se os Tribunais a garantir a tutela de interesses privados genéricos reconhecidos de modo mais claro pela *common law* (como o *right to be let alone*), independentemente de questões relacionadas com a privacidade enquanto reserva propriamente dita¹⁹ ²⁰.

Hoje já podemos vislumbrar tratamento razoavelmente adequado e autônomo do tema da *privacy* (nos EUA) por parte dos Tribunais, tanto no que tange relações entre pessoas físicas e jurídicas com o setor público, como entre elas próprias, em face dos progressivos níveis de circulação de dados e informações diversos em ambientes físicos e virtuais.

¹³WARREN, S. & BRANDEIS, L.D. "The Right of Privacy", *Harvard Law Review*, vol.4, nº 5, December, 15, Boston, 1890, pp.193/220, disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>, acesso em: 08/03/2023.

¹⁴Ver também: LUGARESI, N. Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti, Giuffrè, Bologna, 2000.

¹⁵E: AL-FEDAGHI, S.S. *The "right to be let alone" and private information*, in: CHEN CS., F. J.; SERUCA I & CORDEIRO J. (eds), *Enterprise Information Systems VII*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 157 e ss.

¹⁶Supreme Court of Georgia. *Pavesich V. New England Life Insurance Co.*, 122 Ga. 190; 50 S.E., 68; 1905. Ga. Lexis 156. In: VLEX. *Pavesich V. New England Life Insurance Co.*, disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/pavesich-v-new-england-888103034>, acesso em: 14/04/2023.

¹⁷Sobre a referência acima, ver o excelente artigo de: ALLEN, A.L. "Natural Law, Slavery and the right to privacy tort", *Fordham Law Review*, vol.81, issue 3, 2013, p.1187 e ss, disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4854&context=flr>, acesso em: 15/03/2023.

¹⁸A Corte de Apelo de New York, entretanto, em 1902, negou que o direito a privacidade tivesse colocação real na jurisprudência norte-americana, independente da doutrina de 1890, conforme se vê no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (N.Y. 1902). In: Lexis News. *Roberson v. Rochester Folding Box Co*, disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-roberson-v-rochester-folding-box-co>, acesso em: 13/04/2023

¹⁹Ver o relato de Prosser fazendo este relato da jurisprudência. In: PROSSER, W.L. "Privacy", *California Law Review*, nº 3, vol. 48, august 1960, p.383 e ss.

²⁰No mesmo sentido: PAGALLO, U. *La tutela della 'privacy' negli Stati Uniti d'America e in Europa: modelli giuridici a confronto*, Giuffrè, Milano, 2008.

Em tal perspectiva, também a Comunidade Europeia tem evoluído, eis que desde a primeira metade do século XX (1948), com a adoção da CEDH²¹, houve o reconhecimento da necessidade de se ampliar o espectro de tutela da privacidade para além do seu significado negativo (*let to be alone*), basta vermos as disposições do art. 8º, deste documento, quando refere:

*1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros*²².

Veja-se que, na primeira disposição deste art. 8º, temos a imposição de *obrigação positiva* para todos – e à autoridade pública em especial – de reconhecer o direito ao respeito a vida privada e familiar da pessoa humana; na segunda, resta imposta à autoridade pública *obrigação negativa* de abster-se da violação da vida privada ou familiar desta mesma pessoa, *salvo* os casos previstos em lei envolvendo providência voltada a determinados escopos, dentre eles, o da segurança pública e prevenção de infracções penais. E estamos falando em quadra histórica na qual ainda inexistiam movimentos globais de violência e criminalidade – como o terrorismo – que fomentassem a revisão dos paradigmas de direito à privacidade (como o ocorrido no 11 de setembro de 2001, com os ataques as torres gemas em New York)²³.

Aqui temos já características particulares da proteção da privacidade na CEDH: a) a referência expressa à proteção da honra e da reputação presente na dimensão original dos EUA se vê ampliada para outros âmbitos; b) a interferência de autoridade pública é expressamente regulamentada; c) só são admitidas as intervenções públicas de âmbito pessoal que sejam exigidas por lei e que obedeçam a determinadas condições específicas. E tais avanços são importantes para dar caráter mais objetivo a proteção destes direitos e eventuais permissões excepcionais de ingerência nestes campos.

A mesma CEDH, nos anos vindouros, vai ampliando o âmbito do conceito de informação pessoal relevante a ser tutelada/alcançada pelas disposições do art. 8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos - CEDU, a fins de alcançar a este título

²¹CEDH. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, disponível em: <https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm>, acesso em: 13/04/2023

²²Lembremos que o Conselho da Europa adota a Convenção nº 108 de 1981, como concretização deste art. 8º, em especial com foco na tutela de direitos relativos ao tratamento de dados pessoais. Mas mesmo este documento prevê em seu art. 9º, 2, que: *É possível derrogar as disposições dos artigos 5º, 6º e 8º da presente Convenção quando tal derrogação, prevista pela lei da Parte, constitua medida necessária numa sociedade democrática: a) Para protecção da segurança do Estado, da segurança pública, para a protecção dos interesses monetários do Estado ou para repressão das infracções penais; b) Para protecção do titular dos dados e dos direitos e liberdades de outrem. In: COE. Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento de dados de carácter pessoal*, disponível em: <https://rm.coe.int/cm-convention-108-portuguese-version-2756-1476-7367-1/1680aa72a2>, acesso em: 13/04/2023 (grifos nossos)

²³Neste ponto ver a decisão da CEDH, no caso *Leander v. Sweden*, julgado em 1987, em que ratifica este entendimento de que o acesso e coleta de informações por parte dos órgãos de segurança pública, assim como a conservação destes, só é legítima se prevista por lei específica precedente e desde que envolva interesse público superior de segurança nacional, o que se deu efetivamente neste caso. Com tal decisão a Corte estabelece critérios de permissibilidade de acesso e gestão de dados desta natureza conforme o art. 8, 2, da CEDU. In: OSCE. *Legislation Online*, disponível em: https://www.legislationline.org/download/id/3521/file/Case_of_Leander_v_Sweden_1987_en.pdf, acesso em: 29/03/2023.

imagens fotográficas, de vídeos, e mesmo dados acessados pela via de instrumentos de localização por satélite²⁴. Inclusive tratando do direito de acesso a informação própria do postulante, a CEDH teve oportunidade de enfrentar, no caso *Gaskin v. United King*, no ano de 1989²⁵, o pedido de determinado cidadão, negado pelo Reino Unido com base na legislação nacional, de ter acesso a seus dados próprios relativos ao período em que esteve sob os cuidados do serviço social de infância, para os fins específicos de conhecer quais as informações que existiam nos registros públicos sobre as condições em que viveu e os eventuais abusos a que fora submetido. A Corte entendeu que as normativas domésticas de proteção de dados sensíveis como estes tem fundamento justificável, todavia, não podem impedir a pessoa própria a que estes dados se referem ter acesso a eles²⁶.

Em suma, as disposições da CEDH traçam as coordenadas fundamentais da proteção de dados pessoais na dimensão europeia, atribuindo novos caracteres à figura original da privacidade dos EUA, bem como demarca as linhas de desenvolvimento do futuro e, em parte, a produção contextual da legislação comunitária.

A jurisprudência CEDH indica que o tratamento de dados pessoais, nas suas diversas formas, representa dimensão em que se exerce o direito ao respeito pela vida pessoal. Correspondentemente e ao mesmo tempo, o tratamento de dados pode constituir caso de violação do mesmo direito. Em outras palavras, os dados pessoais e sua gestão não são mais, como no processamento original dos EUA, objeto de reclamação ou direito de *excludendi alios*, mas passam a constituir atividade que pode se tornar instrumento de prejuízo à pessoa humana, portanto, detecta a própria atividade de processamento e acesso, e não os dados pessoais, como objeto legal. Por isto a casuística tem formatado condições e possibilidades na presença dos quais o tratamento destes dados pode garantir o respeito pela vida pessoal do indivíduo, e o fazem bem.

Vejamos, a partir de agora, como o Brasil tem tratado destes temas, em especial no âmbito penal.

3. MARCOS REGULATÓRIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL – ASPECTOS GERAIS.

O tema da proteção de dados tem ingressado na agenda legislativa brasileira aos poucos – e antes tarde do que nunca –, implantando melhorias no tratamento de matéria tão sensível em todo o mundo, notadamente quando o vazamento e uso indevido de dados de pessoas físicas e jurídicas têm provocado tantos danos^{27 28}, ao

²⁴Conforme decisões da CEDH nos casos: (i) *PG. e J. H. v. United King*, de 25/09/2001, nº 44787/1998; (ii) *Peck v. United King*, de 08/07/2003, nº36022/1997; (iii) *Perry v. United King*, de 17/07/2003, nº63737/2000; (iv) *Uzun v. Germany*, de 02/09/2010, nº35623/2005. In: CEDH. *Case-law analysis*, disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=>, acesso em: 29/03/2023.

²⁵ECHR. *Gaskin v. United King*, disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22695368%22\],%22itemid%22:\[%22001-57491%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695368%22],%22itemid%22:[%22001-57491%22]}), acesso em: 29/03/2023, acesso em: 13/04/2023.

²⁶ECHR. *Case of Gaskin v. The United Kingdom*, *idem*.

²⁷Basta vermos o vazamento de dados pessoais por conta da invasão da rede PSN da Sony, em 2011; o vazamento de dados do site de relacionamentos Ashley Madison; dados pessoais de 553 milhões de pessoas foram recentemente expostos em nova notícia de vazamento envolvendo o Facebook, dos quais 8 milhões de brasileiros teriam sido afetados conforme notícia em: UOL. *Vazamento do facebook: descubra se seus dados foram expostos*, disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/04/05/vazamento-do-facebook-descubra-se-seus-dados-foram-expostos.htm>, acesso em: 08/04/2023.

²⁸A revista Exame, em matéria publicada no dia 08/06/2021, dá conta de que: *o maior vazamento de senhas da história pode ter exposto 8,4 bilhões de senhas de serviços digitais. Um arquivo foi publicado em um fórum de hackers contendo os dados. Em referência ao vazamento de 32 milhões de senhas em 2009, o RockYou, o novo caso vem sendo chamado*

mesmo tempo que alimenta políticas agressivas de segmentos do mercado que acessam perfis de consumidores cujos dados, obtidos sem a devida autorização, servem de base para estratégias de criação de novos produtos, marketing, publicidade e propaganda.

Por conta disto foi editada a Lei nº 12.965/2014²⁹ no país, que trata sobre a proteção de dados pessoais (de pessoas físicas e jurídicas), nominada de Marco Civil da Internet, assim como as alterações necessárias que sofreu por parte da Lei nº13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD)³⁰. Esta normativa avançou na tutela destes bens jurídicos tão vulneráveis, demarcando de forma objetiva os que visa proteger (dado pessoal, dado pessoal sensível e dado anonimizado³¹), e as responsabilidades indenizatórias por prejuízos causados por acesso e manipulação destes bens (art.42, e ss, da LGPD³²), bem como sanções administrativas pesadas

de "RockYou2021", de acordo com o site de segurança digital Cyber News. As senhas contidas no arquivo de texto, que tem tamanho de 100 GB, têm entre seis e 20 caracteres. In: EXAME. *Maior vazamento da história pode ter exposto 8 bilhões de senhas*, disponível em: <https://exame.com/tecnologia/maior-vazamento-da-historia-pode-ter-exposto-8-bilhoes-de-senhas/>, acesso em: 09/04/2023.

²⁹BRASIL. Lei nº 12.965 de 2014, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm, acesso em: 12/04/2023.

³⁰BRASIL. Lei nº 13.709 de 2018, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm, acesso em: 12/04/23.

³¹Artigo 5º - LGPD: "Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informações relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; (...)" In: BRASIL. Lei nº 13.709 de 2018. *Idem*.

³²Art 42 - LGPD: "O controle ou o operador que, e, razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei. § 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa. § 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente. §4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso; Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro; Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano; Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente". In: BRASIL. Lei nº 13.709 de 2018, *Idem*.

aos agentes de tratamento de dados em face de infrações cometidas no particular (art.52, e seguintes, do mesmo diploma legal³³).

Por certo que antes destes dispositivos contávamos com normas infraconstitucionais relacionadas à proteção de dados, inclusive penais, tais como a que trata do sigilo dos agentes do fisco no exercício de suas atividades, nos termos do art. 198, do Código Tributário Nacional³⁴; a Lei nº 9.296/1996³⁵ e nº 10.217/2001³⁶, que versam sobre a interceptação telefônica e a gravação ambiental, bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990³⁷), quando fala sobre os bancos de dados nas relações de consumo. Mas não tínhamos regulação específica sobre proteção de dados na esfera civil e penal.

O Brasil, todavia, optou, ao editar sua LGPD, por não tratar especificamente sobre questões associadas a aspectos penais; e o fez explicitamente, pelos termos do art. 4º, caput, inciso III, alíneas *a* e *d*, ao dizer que:

"O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III [tratamento de dados realizado para fins de: segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais] será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo

³³Art. 52 e ss – LGPD: “Artigo 52: Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; VII - (VETADO); VIII - (VETADO); IX - (VETADO); X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. § 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios: I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a condição econômica do infrator; V - a reincidência; VI - o grau do dano; VII - a cooperação do infrator; VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei; IX - a adoção de política de boas práticas e governança; X - a pronta adoção de medidas corretivas; e XI - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção (...). In: *Lei nº 13.709 de 2018, Idem.*

³⁴Art. 198 CTN: “Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (...). In: BRASIL. *Código Tributário Nacional*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm, acesso em: 13/04/2023.

³⁵BRASIL. *Lei nº 9.296 de 1996*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm, acesso em: 13/04/2023.

³⁶BRASIL. *Lei nº 10.217 de 2001*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10217.htm, acesso em: 13/04/2023.

³⁷BRASIL. *Lei nº 8.078 de 1990*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em: 13/04/2023.

*legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei*³⁸

Por conta disto, foi constituída, pelo Congresso Nacional, comissão para elaborar proposta de regulamentação destes temas, coordenada pelo então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Nefi Cordeiro, tendo sido entregue o projeto ao Parlamento no mês de novembro de 2020³⁹.

A aclaradora exposição de motivos deste projeto dá conta de que há grande lacuna legislativa existente no país sobre a matéria, destacando duas problemáticas centrais neste particular: (i) a que envolve a eficiência investigativa dos órgãos estatais nacionais, os quais, por não estarem adequados aos padrões internacionais de segurança quanto ao fluxo e tratamento de dados, inviabiliza, por vezes, a integração com órgãos de inteligência internacionais, obstando o próprio acesso a banco de dados e informações relevantes; (ii) a que diz respeito aos déficits de proteção dos cidadãos, visto que inexistente regulação geral sobre a ilicitude, a transparência, ou a segurança do tratamento de dados em matéria penal, tampouco direitos estabelecidos ou requisitos para utilização de novas tecnologias que possibilitam grau de vigilância e monitoramento impensáveis há alguns anos⁴⁰.

Relata a exposição de motivos, portanto, que o projeto de lei visa *harmonizar, de um lado, os deveres do Estado na prevenção e na repressão de ilícitos criminais, protegendo a ordem pública; de outro, assegurar a observância das garantias processuais e as prerrogativas fundamentais dos cidadãos brasileiros no que tange ao tratamento de dados pessoais para tais fins*⁴¹.

Constam como inspirações enunciadas pela exposição de motivos do anteprojeto tanto a LGPD brasileira, em especial as disposições dos seus arts. 4º, §1º, 6º, 17 a 22⁴² (arts. 6º, 18 a 28, do anteprojeto⁴³); como a Diretiva 680/2016⁴⁴, da União Europeia, que regulamenta especialmente o tratamento de dados para fins de segurança pública e perseguição penal, marco suplementar ao Regulamento 679/2016⁴⁵, que trata dos dados como um todo.

Pelos termos desta Diretiva 680/2016, os dados recolhidos para finalidade de prevenção podem ser transmitidos aos demais países europeus e, eventualmente, ao estrangeiro, eis que a respectiva autoridade judiciária e de polícia garantem, no tratamento dos dados de todas as pessoas físicas, adequado nível de tutela que não viola o direito a *privacy*. Ao mesmo tempo o marco normativo exige que as autoridades de segurança pública, no exercício dos seus misteres, respeitem os termos estabelecidos, sob pena de configurar abuso de autoridade⁴⁶.

³⁸BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018, Idem.*

³⁹Conforme notícia no site da Câmara dos Deputados, e ao que consta, até março de 2023, nenhum andamento teve o projeto nesta casa. In: BRASIL. *Maia cria comissão de juristas para propor lei sobre uso de dados pessoais em investigações*, disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/618483-maia-cria-comissao-de-juristas-para-propor-lei-sobre-uso-de-dados-pessoais-em-investigacoes/>, acesso em 06/04/2023.

⁴⁰Sobre a exposição de motivos do projeto de lei da LGPD Penal. In: BRASIL. *Anteprojeto de lei de proteção de dados para segurança pública e perseguição penal*, disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/apl.pdf>, acesso em: 05/04/2023.

⁴¹BRASIL. *Anteprojeto (...), Ob. Cit.*, p. 02.

⁴²BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018, Idem.*

⁴³BRASIL. *Anteprojeto de lei de proteção (...), Idem.*

⁴⁴EUR. *Diretivas*, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HU>, acesso em: 13/04/2023.

⁴⁵EUR. *Regulamentos*, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>, acesso em: 13/04/2023.

⁴⁶Lembremos que a própria CEDH, em 2008, no caso *Marper vs. U.K.*, envolvendo tema de conservação de dados pessoais (impressões digitais e DNA) para fins de investigação e de repressão criminal, teve oportunidade de dizer que há certa margem de discricionariedade da autoridade nacional no que toca a considerações afetas a natureza do direito garantido, a gravidade da ingerência e dos objetivos perseguidos pela norma diante do caso. In: ECHR.

E de tais fundamentos podemos deduzir que o foco do anteprojeto não é normatizar situações permissivas de violação de dados por parte do Estado em nome da *segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais*, mas proteger os titulares destes dados da má utilização e uso desenfreado pelas autoridades, mesmo quando estão agindo pretensamente em nome destes bens jurídicos.

A título de mera exemplificação, até em face de que estamos tratando de projeto de lei que ainda deve contar com alterações propostas pelo processo legislativo regulamentar, e mesmo sedimentações jurisprudenciais e doutrinárias a posteriori, gostaríamos de apontar alguns cuidados, riscos e perigos que desde já a normativa apresenta, inclusive para contribuir a sua maturação e realçar a necessidade de formatação do que chamamos de cadeia de custódia de dados privados enquanto espécie de dever de proteção suficiente.

4. DEVERES DE PROTEÇÃO ESTATAL DE DADOS PESSOAIS EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL

Tenhamos presente desde logo que a LGPD brasileira, e o projeto de Lei que passamos a avaliar versando sobre a LGPD no âmbito da segurança pública e persecução penal, serão aplicadas ao *tratamento de dados*, ora compreendido como qualquer operação ou conjunto de operações realizadas sobre dados pessoais ou banco de dados, com ou sem o auxílio de meios automatizados, tais como coleta, armazenamento, ordenamento, conservação, modificação, comparação, avaliação, organização, seleção, extração, utilização, bloqueio, cancelamento, anonimização, pseudonimização e fornecimento a terceiros, por meio de transferência, comunicação, interconexão ou difusão, ou seja, todo o ciclo de vida do dado pessoal.

O projeto de lei sob comento define, portanto, e de modo coerente, que seu objeto é o *tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural*⁴⁷.

A regra deste art.1º já deixa clara a pretensão do legislador, qual seja, a de atuar no sentido de regulamentar os *dados tratados* pelas autoridades em suas atividades persecutórias em todos os âmbitos investigativos, sejam os *pessoais* (informação relacionada a pessoa natural, identificada ou identificável); *pessoal sensível*⁴⁸ (sobre origem facial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou dado biométrico, quando vinculado à pessoa natural, situação sócio-econômica)⁴⁹; *pessoal sigiloso*⁵⁰ (protegido por sigilo

Case of S. and Marper v. The United Kingdom, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22mdocnumber%22:%5B%22843941%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-90051%22%5D%7D>, acesso em: 17/03/2023.

⁴⁷Artigo 1º, do projeto de lei. In: BRASIL. *Anteprojeto (...)*, *Idem*.

⁴⁸Lembrando que, consoante disposição expressa no art.13, do projeto: *O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ser realizado por autoridades competentes se estiver previsto em lei, observadas as salvaguardas desta Lei, sendo que a autoridade competente responsável pelo tratamento de dados pessoais sensíveis elaborará relatório de impacto à proteção de dados pessoais (que ainda precisa ser definido em termos de requisitos constitutivos, formais e materiais), informando ao Conselho Nacional de Justiça*. In: BRASIL. *Anteprojeto (...)*, *Idem*.

⁴⁹Para alguns autores inclusive os dados referentes à saúde e à vida sexual são considerados super-sensíveis, *in quanto sono gli unici per i quali non sussiste alcuna esenzione che ne consente l'uso in assenza di un consenso*. In: ORLANDO, S. *I limiti della tutela penale del trattamento illecito dei dati personali nel mondo digitale*. In: *Diritto Penale Contemporaneo*, Tribunale de Milano, Milano, 2019, p.183.

⁵⁰O art.14, do projeto, definiu que o tratamento destes dados sigilosos somente poderá ocorrer se estiver previsto em lei, e tão somente para atividades de persecução penal. E mais, no seu §2º, determinou que o acesso a dados desta natureza, controlados por pessoas jurídicas de

constitucional ou legal); *anonimizado* (relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento).

Mas quais as hipóteses de acesso e manejo de dados pessoais por estas autoridades? O projeto de lei somente esclarece isto no seu art. 9º, a saber: (i) quando necessário para o cumprimento de atribuição legal de autoridade competente, na persecução de *interesse público disposto em lei*, ou *regulamento*, observados os requisitos legais; (ii) *para execução de políticas públicas de segurança e persecução penal* previstas em lei; (iii) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, contra perigo concreto e iminente⁵¹.

Sem sombra de dúvidas que a persecução de interesse público e a execução de políticas públicas envolvendo segurança e responsabilização penal configuram escopos de significados/sentidos muito abertos, justamente por se fundar em conceitos jurídicos passíveis de determinação (mesmo que complementar) demasiadamente discricionária por parte da autoridade na consecução material de suas operações/atividades, demandando atento controle por parte da Sociedade como um todo, e dos agentes de controle institucional interno e externo. Isto resta ainda mais delicado na medida que o projeto autoriza o acesso e manejo de dados para fins de persecução de interesse público disposto em regulamento, haja vista e em tese eventuais fragilidades estruturantes e normativas destes, exigindo atenção redobrada no particular.

Fazendo leitura simples do projeto, as premissas ali definidas revelam a preocupação do legislador em trazer às autoridades investigativas responsabilidades no tratamento de dados já existentes, abarcando desde de seus princípios e finalidades, passando pelo uso e acesso a dados desnecessários, *devendo ser descartados todos aqueles que surgirem durante o processo e forem inutilizáveis*, assim como autorização judicial para compartilhamento de dados, ainda que entre autoridades⁵².

Só que, no exercício das atividades de segurança da comunidade e da persecução penal, o Estado deverá observar, dentre outros fundamentos, o respeito à vida privada e à intimidade, a presunção de inocência, a confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos pessoais, a garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação e da reserva legal⁵³, sob pena de operar em proteção insuficiente, ou em excesso, gerando consequências múltiplas de caráter indenizatório aos direitos violados, e mesmo de eventuais nulidades aos serviços públicos prestados indevidamente. Por certo que se associa a isto *o dever fundamental de prestação de informações* que os órgãos públicos devem respeitar

direito privado, será específico a pessoas investigadas, dependendo sempre de ordem judicial prévia que esteja baseada em *indícios de envolvimento* dos titulares de dados afetados em infração penal, e na demonstração de necessidade destes dados à investigação. In: BRASIL. *Anteprojeto (...)*, *Idem*.

⁵¹BRASIL. *Anteprojeto (...)*, *Idem*.

⁵²Como, aliás, faz o General Data Protection Europeu - GDPR, em seu art.10, determinando que: *Processing of personal data relating to criminal convictions and offences or related security measures based on Article 6(1) shall be carried out only under the control of official authority or when the processing is authorised by Union or Member State law providing for appropriate safeguards for the rights and freedoms of data subjects. Any comprehensive register of criminal convictions shall be kept only under the control of official authority*, in: GDPR. *Processing of personal data relating to criminal convictions and offences*, disponível em: <https://gdpr-info.eu/art-10-gdpr/>, acesso em: 01/04/2023, (Grifos nossos).

⁵³Como prevê o art. 2º, do mesmo documento. Na mesma linha vai o art. 39, do projeto, ao determinar que o tratamento de registros criminais deverá atender, para além dos princípios e fundamentos da lei, também a presunção da inocência e a finalidade de integração social do condenado. In: GDPR. *Processing of (...)*, *Idem*.

em face das pessoas cujos dados são acessados e manejados, até por força do comando explícito do art. 40, do projeto de lei⁵⁴.

Estes elementos ganham ainda maior importância na medida em que o art. 3º do documento diz expressamente serem estas normas aplicadas a qualquer operação de tratamento realizada *por autoridades competentes em atividades de segurança pública e de persecução penal*. Ou seja, aqui estão albergadas operações/atividades envolvendo investigações policiais com suas inúmeras diligências; operações do Ministério Público instrumentais (prévias e concomitantes) as ações judiciais; cumprimento de medidas judiciais de processos já em andamento (ou preparatórias); e em todas estas fases/momentos em que a máquina estatal se encontra em movimento lidando com dados de pessoas. Por conta disto são muitas as possibilidades de exposição destes dados, a ponto de caracterizar violação de direitos assegurados, reclamando da autoridade competente cuidados, medidas objetivas/eficazes/capazes de suas preservações.

A amplitude de possibilidades é real em face do disposto no art. 7º, do projeto⁵⁵, que exige da autoridade competente a distinção, *na medida do possível*, entre diferentes categorias de titulares de dados, a saber: (i) pessoas em relação às quais existem indícios suficientes de que cometeram infração penal; (ii) pessoas em relação às quais existem indícios suficientes de que estão prestes a cometer infrações penais; (iii) pessoas processadas; (iv) pessoas condenadas definitivamente; (v) vítimas ou potenciais vítimas; (v) testemunhas, ou ainda (vi) pessoas que possam fornecer informações sobre todos estes.

Em síntese, é possível que, em praticamente todas as ações de Estado voltadas à segurança pública e à persecução penal – nomeadamente as mencionadas acima –, existam dados pessoais passíveis de serem acessados e manejados lícitamente pelas autoridades competentes, e quando isto ocorrer deverão ser observados necessariamente os requisitos a que estamos nos referindo.

Para além disto, quando a autoridade competente estiver acessando e manejando dados pessoais – a todo tempo –, e se deparar com dados irrelevantes ou excessivos à finalidade da operação/atividade lícitamente procedida, *deverá descartá-los de modo seguro e formal*, e isto por força do disposto no art.15 e art.16, I, do projeto⁵⁶, sob pena de configuração de abuso de autoridade e desvio de poder, sujeitos as devidas responsabilidades cíveis, administrativas e criminais⁵⁷.

Destaca o art.4º, do projeto⁵⁸, que *esta lei não vai se aplicar ao tratamento de dados pessoais para fins exclusivos de defesa nacional e segurança do Estado*, e aí temos o problema das possibilidades de sentidos atribuídos a tais situações, nomeadamente quando temos assistido, em vários governos recentes do país, a utilização perigosa do instituto da *Garantia da Lei e da Ordem* – GLO, como instrumento de gestão pública para determinados eventos de natureza política e social.

⁵⁴Este dever não se confunde com o de transparência, pois há casos em que esta ocorre de forma parcial ou modulada no tempo, por conta mesmo de exigências das ações de segurança e persecução penal.

⁵⁵BRASIL. *Anteprojeto (...), Idem.*

⁵⁶BRASIL. *Anteprojeto (...), Idem.*

⁵⁷Nos termos da Lei nº13.869/2019, que ampliou significativamente os casos de abuso de autoridade no país. O art.32, da norma, por exemplo, configura como crime negar ao interessado, seu defensor ou advogado, acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito, ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível, atribuindo a tais condutas detenção de seis meses a dois anos, mais multa. In: BRASIL. *Lei nº 13.869 de 2019*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm, acesso em: 12/04/2023.

⁵⁸ BRASIL. *Anteprojeto (...), Idem.*

Este mecanismo da GLO, a despeito de legal⁵⁹ ⁶⁰, pode ter legitimidade duvidosa em certos cenários de tensões políticas e sociais, haja vista a amplitude de possibilidades normativas autorizadoras do seu uso, em especial as que dizem com o *esgotamento dos instrumentos* destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, *assim formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional*⁶¹.

Não demarca esta legislação critérios, fundamentos e justificações claros para o reconhecimento referido acima, deixando ao livre arbítrio do Poder Executivo indicar isto, a despeito da tentativa modesta de regulamentar melhor a matéria através do Decreto Federal nº 3.897/2001⁶². E tal fato se torna ainda mais grave na medida em que, em regime de GLO, nos termos do §4º, do mesmo art.15, da Lei⁶³, os órgãos operacionais das Forças Armadas poderão desenvolver todas as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado da garantia da lei e da ordem, inclusive, pois, os que envolverem o manejo de dados privados de pessoas físicas e jurídicas – por óbvio que relacionadas ao escopo da GLO (que podem ser amplíssimos)⁶⁴.

Quicá os princípios a que deve estar vinculado o tratamento de dados pessoais, instituídos pelo art.6º, do projeto, possam contribuir para o controle das ações de manejo dos dados na esfera penal e processual penal, notadamente os que envolvem:

(i) A *finalidade* (inciso II), que obriga a realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades. Por certo que a autoridade que acessar e manejar os dados deverá ponderar – de modo fundamentado – o tempo e modo oportunos para prestar tal informação, a fim de não comprometer as atividades de segurança pública e persecução penal, tomando cautelas formais e materiais no sentido de evidenciar, a todo tempo em que estiver tratando daqueles dados, os propósitos assinalados, sob pena de caracterizar desvios e abusos de autoridade, ou outras irregularidades e ilícitos.

(ii) *adequação* (pertinência e relevância do tratamento diante dos objetivos pretendidos e em face do contexto do tratamento); *necessidade* (limitação do tratamento ao mínimo necessário às finalidades demarcadas, observados os critérios de abrangência, pertinência e não excessividade em face das finalidades informadas);

⁵⁹Também está regulado pelo art. 15, da Lei Complementar nº 97, de 1999. In: BRASIL. *Lei nº 97 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm, acesso em: 12/04/2023.

⁶⁰E disciplinada no art. 142, da Constituição Federal de 1988, que as Forças Armadas se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem, e configura atribuição temporária destas, em períodos de normalidade constitucional, razão pela qual não se confunde com o Estado de Sítio e o Estado de Defesa, ou mesmo com a Intervenção Federal. In: BRASIL. *Constituição*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 12/04/2023.

⁶¹Termos utilizados pelo art.15, §§3º e 4º, da Lei Complementar nº 97/1999. In: BRASIL. *Lei nº 97 de 1999 (...)*, *Idem*.

⁶²BRASIL. *Decreto Federal nº 3.897 de 2001*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm, acesso em: 13/04/2023.

⁶³BRASIL. *GLO*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm, acesso em: 13/04/2023.

⁶⁴Importa o registro de que o Decreto Federal nº 3.897/2001, regulamentador da Lei Complementar nº 97/1999, em seu art. 3º, reconhece às Forças Armadas competência para desenvolver ações de polícia ostensiva, preventiva e repressiva que se incluem na competência das polícias militares. Não bastasse isto, a Lei Federal nº 13.491/2017, transferiu para a Justiça Militar o julgamento de crimes cometidos por profissionais das Forças Armadas em missões de garantia da lei e da ordem.

e *proporcionalidade* (como compatibilidade do tratamento em face dos objetivos pretendidos) - incisos III, IV e V⁶⁵.

Este elemento de *adequação*, que também podemos associar a ideia de idoneidade, implica que toda a restrição aos direitos tutelados pelas leis de proteção de dados, em nome da segurança pública e da persecução penal, seja idônea tão somente para o atendimento do escopo autorizado pela norma, exigindo-se que os meios empregados no particular se apresentem instrumentalmente ajustados para alcançar o fim almejado.

Já o elemento da *necessidade* deve ser entendido como indispensabilidade do acesso e manejo de dados para os fins sob comento; remete que tais medidas se deem do modo menos restritivo possível aos direitos fundamentais consectários, evitando assim causar lesão dispensável a eles (certa proibição de excesso).

E o elemento *proporcionalidade* precisa ser tomado de modo estrito, no sentido de que qualquer restrição aos direitos fundamentais dos titulares dos dados envolvidos deve ser justificada pela relevância da satisfação dos escopos perseguidos- legais e legítimos^{66 67 68}.

Importante previsão é a estabelecida no art. 8º, parágrafo único, do anteprojeto, ao exigir que, caso o responsável verifique que tratou *dados pessoais inexatos*, ou que *tratou dados pessoais de forma ilícita*, o destinatário *deve ser informado tão logo seja possível*, e os *dados pessoais devem ser retificados ou apagados*, e se não o fizer, sua utilização para os fins de segurança pública ou persecução penal será considerada nula, podendo impactar inúmeros processos e procedimentos já realizados.

A despeito da regra ser o acesso do titular a seus dados pessoais que se encontram nas mãos de terceiros o projeto de lei sob comento previu, em seu art. 20, a possibilidade de que *a prestação de informações, e mesmo a concessão e acesso a dados, possa ser adiada, limitada, ou até recusada*, se e enquanto tal for necessário e proporcional para: (i) evitar prejuízo as investigações, inquéritos ou processos judiciais; (ii) evitar prejuízo à prevenção, detecção, investigação ou repressão de infrações penais, ou para a execução de sanções penais; (iii) proteger a segurança do Estado ou a defesa nacional; e ainda (iv) proteger direitos e garantias de terceiros⁶⁹. E isto se justifica em face de delicados cenários de investigação e busca/coleta de provas envolvendo crimes por vezes complexos que reclamam cuidados especiais na persecução penal, sob pena de vazamento de informações e dados esvaziarem inúmeras medidas já levadas a cabo à delimitação da responsabilização.

Prevê adequadamente o projeto, em seu art.22, que a confirmação de existência, ou o acesso a dados pessoais, serão providenciados mediante requisição do titular em formato simplificado, *imediatamente*, ou por meio de declaração clara e completa, que indique a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a *finalidade do tratamento*, observados os segredos comercial e industrial, fornecida no prazo de até 15 (quinze) dias, contado da data do requerimento do titular. A nosso sentir esta disposição poderá ser flexibilizada, no que for adequado, necessário e proporcional, àquelas situações demarcadas pelos

⁶⁵BRASIL. Lei nº 13.709 de 2018, *Idem*.

⁶⁶Esta é uma reflexão que já tivemos oportunidade de explorar em nosso texto: LEAL. R.G. "Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy", *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol.1, nº 2, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, 2014.

⁶⁷Ver também: ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, p.112 e ss.

⁶⁸Ainda: ALEXY, R. "The Construction of Constitutional Rights", *Law & ethics of Human Rights*, Vol. 4, Issue 1, Article 2, Berkeley Electronic Press, Berkeley, 2010.

⁶⁹A mesma norma exige que o responsável pelo tratamento dos dados deve informar o titular destes, por escrito e sem demora injustificada, dos motivos da recusa ou da limitação do acesso, bem como indicar quando cessarão estes motivos.

incisos referidos no art. 20, sob pena de contradição em termos do próprio projeto, a ponto de colocar em risco escopos que está a perseguir⁷⁰.

Já o acesso da autoridade a dados pessoais controlados por pessoas jurídicas de direito privado (*google, facebook, whatsapp, instagran*) só pode ocorrer mediante previsão legal, sendo que a requisição – administrativa ou judicial – deverá indicar o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação concreta, demonstrando a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, sendo vedado pedidos genéricos ou inespecíficos⁷¹.

Este tema já está sendo enfrentado, em parte, pelo Supremo Tribunal Federal, na perspectiva do controle de dados por provedores de internet no exterior, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade-ADC nº 51, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, tendo inclusive ocorrido audiência pública para debater o tema neste Tribunal (em 10/02/2020), oportunidade em que os interessados apresentaram vários argumentos a favor e contra o objeto da ação (Acordo de Assistência Judiciário-Penal entre os governos do Brasil e dos Estados Unidos referentes à obtenção de conteúdo de comunicação privada sob controle de provedores de aplicativos de internet sediados no exterior)⁷².

A questão prática vertida nesta ação envolve ser constitucional, ou não, exigir-se o cumprimento de instrumentos de cooperação jurídica internacional à obtenção de dados e conteúdo armazenados no exterior por empresa com operação no Brasil, e isto porque tribunais brasileiros têm deixado de aplicar os ritos da carta rogatória ou do auxílio direto à obtenção destes dados, que estão sob o controle de empresas situadas em outros países, em nome da soberania nacional de suas jurisdições, pressionando com isto as empresas filiais localizadas no Brasil para a realização da entrega formal de dados sigilosos, atribuindo a elas multas diárias altíssimas, e até prisão de seus representantes legais.

A decisão final do STF nesta ADC veio a lume em 23/02/2023, no sentido de conhecer da ação, vencidos os Ministros André Mendonça e Nunes Marques, e, no mérito, por unanimidade, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para declarar a constitucionalidade dos dispositivos indicados e da *possibilidade de solicitação direta de dados e comunicações eletrônicas das autoridades nacionais a empresas de tecnologia, nas específicas hipóteses do art. 11, do Marco Civil da Internet*⁷³, e do art. 18, da *Convenção de Budapeste*⁷⁴; ou seja:

"nos casos de atividades de coleta e tratamento de dados no país, de posse ou controle dos dados por empresa com representação no

⁷⁰O disposto no §1º, do art.20, parece contemplar, em parte, esta possibilidade ao prever que *o responsável pelo tratamento deve informar o titular dos dados, por escrito e sem demora injustificada, dos motivos da recusa ou da limitação do acesso, bem como indicar quando cessarão os motivos da recusa ou da limitação de acesso.*

⁷¹Nos termos do art. 11, combinado com o art. 18 (ao afirmar que toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, sendo que qualquer restrição a estes direitos deverá ser proporcional, limitada no tempo e necessária para finalidades de atividades de segurança pública e de persecução penal), do projeto de lei.

⁷²A ação foi intentada pela Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional), e foram aceitos como *amici curiae* as empresas Facebook - Serviços Online do Brasil Ltda., a Yahoo! do Brasil Internet Ltda., o Instituto de Referência em Internet e Sociedade-IRIS, e a Sociedade de Usuários de Tecnologia – Sucesu Nacional.

⁷³Art. 11 – Marco Civil da Internet: “Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”. *In*: BRASIL. *Lei 12.965 de 2014*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm, acesso em: 12/04/2023.

⁷⁴RM. *Convenção de Budapeste*, disponível em: <https://rm.coe.int/16802fa428>, acesso em: 13/04/2023.

*Brasil e de crimes cometidos por indivíduos localizados em território nacional, com comunicação desta decisão ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, para que adotem as providências necessárias ao aperfeiçoamento do quadro legislativo, com a discussão e a aprovação do projeto da Lei Geral de Proteção de Dados para Fins Penais*⁷⁵.

Ao largo deste debate tópico, contamos com decisões judiciais envolvendo, por exemplo, investigação de roubo e organização criminosa judicializada, em que o magistrado, acolhendo pedido da Polícia Civil, determinou que o Google identificasse todos os usuários ativos na data e horário do assalto, em um raio de 250 metros, assim como fornecesse outros dados dos usuários identificados na região do crime, tais como endereço de e-mail, locais salvos no Google Maps, e histórico de deslocamento e de buscas na plataforma nos últimos 30 dias⁷⁶.

Garante-se, de qualquer sorte e pelo projeto de lei sob análise, a eliminação dos dados pessoais após o *término do seu tratamento no âmbito e nos limites técnicos das atividades*, nos termos do art.17, do anteprojeto, sendo que o art.19 prevê que o titular dos dados pessoais tem direito de obter do controlador, mediante requisição: (i) confirmação da existência de tratamento destes dados; (ii) acesso aos seus dados; (iii) correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; (iv) anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei; (v) informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados⁷⁷.

Seguramente que aqui vamos ter diversos desafios a tratar, eis que determinados processos criminais, em face de suas complexidades e sofisticações (principalmente em delitos econômicos, de corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, dentre outros), reclamam tempos diferidos de instrução e julgamento (notadamente condizente a formatação das provas) não raro longos, eventualmente com múltiplas intercorrências e dificuldades⁷⁸. Em tais contextos, seguro que o término de tratamento de dados poderá se prolongar, impondo-se, durante todo o período, aos que os acessam/manejam, que tenham protocolos e instrumentos aptos a garantir suas integridades, sigilos possíveis e informação a quem de direito – cadeia de custódia formatada e eficiente.

Outro problema surge em face da disposição do art. 23, do projeto, que está a exigir que as decisões tomadas com base no *tratamento automatizado de dados pessoais*, e que afetem os interesses do titular, sejam precedidas de autorização do CNJ e de publicação de relatório de impacto respectivo, comprovando a adoção de garantias adequadas aos direitos e liberdades do titular. Cumpre registrar que tal

⁷⁵O STF levou em conta aqui também a morosidade excessiva – mesmo em tempos de comunicação virtual – do atendimento destas demandas pelas vias mais tradicionais – como a cooperação jurídica internacional –, o que tem implicado até o perecimento de direitos tutelados, ou ainda a total ineficácia da medida. In: STF. ADC 51, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>, acesso em: 11/04/2023.

⁷⁶Autos do Mandado de Segurança Criminal nº 2145603-41.2021.8.26.0000, da Comarca de Viradouro, em que são impetrantes Google Brasil Internet LTDA e Google LLC, e impetrado juízo de direito da vara única do foro de São Simão/SP. In: CONJUR. *Mandado de Segurança Criminal* nº 2145603-41.2021.8.26.0000, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/geolocalizacao-google.pdf>, acesso em: 06/04/2023.

⁷⁷Lembremos que o controlador, em caso de impossibilidade de adoção imediata das providências referidas, deverá enviar resposta ao titular dos dados que apresentou postulação específica no sentido de: (i) comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou (ii) indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência.

⁷⁸Pensemos nos casos de: (i) múltiplos autores, coautores, participantes, terceiros; (ii) pessoas físicas e jurídicas envolvidas; (iii) naturezas distintas das provas reclamadas (periciais, técnicas, documentais, testemunhais), todos estes localizados em territórios distintos, nacional e, ou, estrangeiro.

dispositivo está relacionado com o art. 20, da Lei nº 13.709/2018, que já tratava da matéria determinando que *o titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito, ou os aspectos de sua personalidade.*

Este tratamento automatizado oportuniza a construção do perfil do titular de dados obtendo, normalmente, informações através de várias bases de dados pessoais, e o faz a partir de procedimentos de classificação, aprovação ou rejeição destas informações com base em algumas regras, algoritmos e instruções. O problema é que esta decisão automatizada, feita com base em mapeamento de perfis pessoais construídos com aqueles meios de inteligência artificial, vão gerando, com baixos níveis de controle (ou nenhum), modelos que têm a finalidade de avaliar comportamentos e questões pessoais de determinados usuários, envolvendo informações relacionadas à situação econômica, vida profissional, interesses pessoais, comportamento e localização de indivíduos.

Agora, está este art.23, do projeto, determinando que decisões tomadas pelos órgãos públicos de segurança e persecução penal com base no tratamento automatizado de dados (quando afetem interesses do seu titular – e de hábito afetam), devem, sempre, *ser precedidas* de: (i) autorização do CNJ e (ii) publicação de relatório de impacto, comprovando a adoção das garantias já referidas⁷⁹. Mas e quando estes órgãos, no exercício regular de seus ofícios, se depararem com situações de urgência que reclamam decisões imediatas, justamente em face dos dados pessoais automatizados acessados, deverão deixar de agir por não possuírem de pronto a autorização e relatório perquiridos? Entendemos que deverão agir, *em nome da proteção suficiente de direitos públicos indisponíveis* a que respondem, com a devida acuidade, adequação, necessidade e proporcionalidade, documentando tudo e reportando, assim que possível, ao CNJ, com o devido relatório de impacto, sob pena de inviabilizar processos e procedimentos relacionados à segurança pública⁸⁰.

O anteprojeto cria figura nova neste universo que é o chamado *relatório de impacto à proteção de dados pessoais* (art.23, combinado com o art.29), que reclama maior definição conceitual normativa, sendo atribuível ao CNJ a função de Autoridade Reguladora da matéria, até porque vem imposto como obrigatório para o tratamento de dados pessoais sensíveis, sigilosos, ou *em operações que apresentem elevado risco aos direitos, liberdades e garantias dos titulares de dados* (caput do art.29). Mas quem define, e com base em que critérios, quando se configuram estas operações? Por certo deverá ser a autoridade competente para o acesso e manejo destes dados, sujeita a eventual entendimento contrário da Autoridade Reguladora, mesmo que a posteriori⁸¹. O parágrafo terceiro, do art.29, demarca que este *relatório deverá conter*, no mínimo: *a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações, e a análise*

⁷⁹Somam-se a isto as exigências complementares do art.24, do projeto, à mesma matéria, nomeadamente os seus §2º, §3º, exigindo que o controlador elabore relatório do impacto de proteção do caso submetido, e que o CNJ deve, após examinar o relatório de impacto enviado, decidir sobre a decisão com base no tratamento automatizado de dados. O caput do dispositivo é confuso, vez que condiciona a imposição de sua disciplina *a hipótese de existência de elevado risco para os direitos fundamentais* do titular, não informando quem teria legitimidade para a valoração desta hipótese. Por outro lado, fez bem o artigo em prever ser vedada a adoção de qualquer medida coercitiva ou restritiva de direitos exclusivamente com base em decisão automatizada (§4º, do art.25).

⁸⁰Sobre este tema do dever de proteção estatal, ver o excelente texto de: LEAL, M.C.H. & MAAS, R.H. *Dever de proteção estatal, proibição de proteção insuficiente e controle jurisdicional de políticas públicas*, Lumes Juris, Rio de Janeiro, 2020.

⁸¹Lembrando ainda que Ministério Público e Defensoria Pública poderão requisitar este relatório quando estiverem atuando na defesa de direitos individuais coletivos (§2º, do art.29); mas por curioso que seja, a OAB não restou contemplada aqui.

do controlador com relação as medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados^{82 83}.

Andou bem o projeto de lei ao prever o que podemos nominar – analogicamente – de *cadeia de custódia das operações de tratamento de dados pessoais*, disciplinada nos art. 32 a art.34⁸⁴, garantindo, ao menos formalmente, procedimentos e protocolos uniformes destes registros a fim de dar segurança a todos os envolvidos no acesso e manejo de dados pessoais.

Já no que toca à segurança e sigilo dos dados pessoais versados pelo projeto, o art.36 estabelece que: *os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas, aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito*, impondo aos órgãos públicos políticas, protocolos e procedimentos adequados e eficientes para tal mister, sob pena de responsabilização pelos danos decorrentes daí. O problema é que estas medidas implicam disposição de recursos orçamentários, de logística, tecnologias, pessoal e infra-estrutural imensas, haja vista que os repositórios dos dados envolvidos igualmente são enormes, físicos e virtuais, e de distintas naturezas (origem facial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou dado biométrico, situação sócio-econômica, dentre outros)⁸⁵.

O capítulo VII do projeto trata das tecnologias de monitoramento e tratamento de dados de elevado risco para direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados, a partir do seu art.42, *exigindo para que isto ocorra prévia exigência de lei específica* que estabeleça garantias aos direitos dos titulares e *seja precedida de relatório de impacto de vigilância*. Não bastasse isto, o §2º, do mesmo artigo, ainda determina que o processo legislativo consectário – submetido a consulta pública com ampla participação social (§4º) - deverá ser instruído por análise de impacto regulatório com vários requisitos demarcados pelos incisos de I a VI, assim como estabelecer política de uso destes dados (§3º).

Mas enquanto esta regulamentação não ocorre não se sabe quem deverá constituir previamente o juízo de valor, e objetivo, sobre ser, ou não, elevado o risco de que trata o dispositivo! Então resta a pergunta: até a edição da norma postulada faz-se o quê com as investigações em andamento e as necessárias à tutela da segurança pública e persecução penal⁸⁶?

⁸²Podemos pensar no polêmico *Perfil de Gerenciamento de Infratores Correcional para Sanções Alternativas* – COMPAS, norte americano, cujo escopo é o de demarcar riscos envolvendo pessoas que reincidem em crimes e auxiliar magistrados na tomada de decisões em tais casos. Este programa, a partir de várias perguntas pré-definidas, formata um score do réu e do risco que ele representa em termos de recalcitrância criminal. Ocorre que análises realizadas pela organização de jornalismo investigativo ProPublica diagnosticaram que o algoritmo formatado pelo programa indica que pessoas negras possuem alto risco de reincidência, revelando/denunciando elemento discriminatório desta ferramenta. In: COMPAS CORE. *Risk assessment*, disponível em: <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html>, acesso em 13/04/2023.

⁸³Para conhecer melhor a Pro pública, ver o site: PROPUBLICA. *Investigative Journalism in the Public Interest*, In: <https://www.propublica.org>, acesso em 14/04/2023.

⁸⁴Complementada esta cadeia pelas medidas de segurança, técnicas e administrativas de proteção dos dados pessoais descritas no §3º, do art.36, deste projeto. In: BRASIL. *Anteprojeto (...)*, *Idem*.

⁸⁵Mesmo que o §1º, deste art. 36, preveja que o CNJ poderá dispor de padrões técnicos mínimos para tornar aplicáveis tais disposições, ainda assim talvez nem todos os órgãos públicos que respondam por competências de segurança e persecução penal tenham condições de constituí-los.

⁸⁶A despeito disto, esta exigência, ao menos em face dos termos ali colocados, vai exigir do processo legislativo de origem e do próprio texto final ampla e detalhada capacidade regulatória.

Seguramente a máquina estatal não poderá ficar paralisada neste interregno e nestes setores, sob pena de colapso dos bens jurídicos que visa alcançar, razão pela qual a atribuição de sentido melhor que se pode dar, no caso, é o de que tal disposição do projeto opera com *efeitos demarcatórios supervenientes* a sua existência, pois inexistem neste momento comandos normativos proibitivos de utilização daquelas tecnologias e tratamentos já regulamentos e indispensáveis aos desideratos perseguidos. É no exercício, pois, de suas competências que os órgãos de segurança e persecução penal responsáveis levarão a cabo a valoração material fundamentada dos riscos elevados a serem evitados em cada caso.

Para fins de segurança pública, todavia, o projeto está vedando a utilização de tecnologias de vigilância⁸⁷, diretamente acrescida de técnicas de investigação de pessoas determinadas e em tempo real, de forma contínua, exceto quando houver conexão com atividade de persecução penal individualizada e autorizada por lei e decisão judicial (art.43), e isto é importante porque não permite, de modo aberto e indiscriminado, que políticas ou ações genéricas de segurança pública se valham de mecanismos invasivos como estes relacionados as tecnologias de vigilância para acessar e manipular dados e informações de quaisquer pessoas, exigindo, pois, cuidados de políticas e ações viralizadas por todas as partes de videomonitoramento de cidades por câmeras distribuídas em vias e espaços públicos e privados⁸⁸.

Neste ponto, tivemos o reconhecimento jurisprudencial da ilegalidade de procedimento investigatório de SIM SWAP (transferência de linha telefônica para outro chip em poder da autoridade policial) autorizado por ordem judicial de primeiro grau para que a autoridade policial habilitasse o chip do agente investigador com o fim de ter pleno acesso e em tempo real de chamadas e mensagens transmitidas pela linha originária dos investigados. O problema é que este procedimento coloca a autoridade policial como participante das comunicações de todas as pessoas que se valham da linha transferida, podendo interagir e gerenciar estas informações a seu livre arbítrio⁸⁹.

Já o uso compartilhado de dados pessoais entre as autoridades competentes só é possível, de acordo com o projeto, com autorização legal e judicial, ou no contexto de atuações conjuntas autorizadas legalmente (art.45), desautorizando o compartilhamento direto e contínuo de banco de dados pessoais, exceto os referentes a dados públicos, e os que se destinam a investigação ou processo criminal específico. O §2º, deste mesmo artigo, determina que requisições de acesso a dados entre autoridades competentes para uso compartilhado devem ocorrer devidamente motivadas quanto (i) ao contexto específico do pedido, (ii) à base legal, (iii) finalidade, (iv) necessidade e (v) proporcionalidade, devendo ainda o registro destes acessos e usos serem mantidos por no mínimo 5 anos⁹⁰.

⁸⁷Estamos falando de medidas como: (i) o uso de equipamentos de validação biométrica, para os fins de reconhecimento facial ou de digitais de pessoas; (ii) circuitos de câmeras de vigilância; (iii) uso de drones para filmagens e retenção de imagens e sons; (iv) rastreadores eletrônicos, dentre outros.

⁸⁸Citemos os casos das cidades de: (i) Taiyuan, China, com 465.255 câmeras para 3.975.985 pessoas, perfazendo um total de 117,02 câmeras por 1.000 pessoas; (ii) Wuxi, China, com 300.000 câmeras para 3.315.113 pessoas, perfazendo um total de 90,49 câmeras por 1.000 pessoas; (iii) Londres, Inglaterra (Reino Unido), com 691.000 câmeras para 9.425.622 pessoas, perfazendo um total de 73,31 câmeras por 1.000 pessoas. Estas cidades – e tantas outras, inclusive no Brasil – tem sustentado tais medidas em face dos argumentos de: redução de crimes, análise inteligente, preventiva e curativa, de riscos e perigos sociais; identificação de objetos abandonados; aprimoramento de investigações criminais. Mas pergunta-se: a que custo para direitos e garantias fundamentais individuais? In: DGT. *Conheçam as cidades que mais investem em vídeo monitoramento no mundo*, disponível em: <https://dgt.com.br/conheca-as-cidades-que-mais-investem-em-videomonitoramento-no-mundo/>, acesso em: 11/04/2023.

⁸⁹STJ. REsp nº 1806792/SP, disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, acesso em 14/04/2023.

⁹⁰Importantes previsões normativas se encontram nos arts. 47 e 48, na medida em que vedam, como regra geral, autoridades competentes praticar compartilhamento de dados

O que temos de entender aqui é a necessidade de adequar estas disposições a processos criminais envolvendo delitos complexos e sofisticados, com múltiplos protagonistas (pessoas físicas e jurídicas), de inúmeros lugares/países, haja vista que, nestes casos, os modos, tempos e espaços de atuações delinquentes não são lineares, mas multidirecionais e transversais, reclamando modulações controladas e documentadas dos acessos e manejos da dados pelas investigações, sob pena de esvaziamento ou inviabilização da segurança pública e da persecução penal. Por óbvio que mesmo em situações como estas inexistente impedimento de que se observem os requisitos estabelecidos, justamente para garantir mais segurança a eventuais violações de privacidade e intimidade que impliquem aquelas medidas.

No que tange as sanções estabelecidas pelo projeto, destacamos o disposto no §1º, do art.63, ao determinar que o agente público que facilitar ou der causa à infração das suas normas, responderá seja disciplinarmente, seja por improbidade administrativa, seja por crime eventualmente configurado, e por todos estes âmbitos cumulativamente, se for o caso.

Cria também o projeto de lei, em seu art.66, novo artigo para o Código Penal brasileiro⁹¹, caracterizado como art.154-C, tipificando a seguinte conduta: *Transmitir, distribuir, usar de forma compartilhada, transferir, comunicar, difundir dados pessoais ou interconectar bancos de dados pessoais sem autorização legal para obter vantagem indevida ou prejudicar o titular dos dados ou a terceiro a ele relacionados*, atribuindo pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa, assim como aumentando-a de um a dois terços quando os dados pessoais forem sensíveis ou sigilosos, e quando o crime for praticado por funcionário público em razão do exercício de suas funções.

Por fim, traçando paralelo entre os conceitos da cadeia de custódia no Processo Penal, em especial a partir da Lei Anticrime (Lei nº13.964/2019⁹²), e a inserção de artigos específicos nesta matéria, a partir do art.158-A e seguintes, do Código de Processo Penal- CPP brasileiro⁹³, podemos sustentar que este projeto da LGPD Penal vem realçar à importância da integridade da prova penal constituída de dados, informações e registros pessoais, e os cuidados que as autoridades de segurança pública e de persecução penal devem ter com o acesso, tratamento e gestão do ciclo de vida destes elementos, vez que constituem a trilha auditável de juízos absolutórios ou condenatórios na esfera criminal⁹⁴.

pessoais com pessoas jurídicas de direito privado, excetuando algumas situações; e vice e versa (pessoas jurídicas de direito privado -> autoridades competentes).

⁹¹BRASIL. *Código Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 14/04/2023.

⁹²BRASIL. *Lei nº 13.964 de 2019*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm, acesso em, 14/04/2023.

⁹³Artigo 158-A – CPP: “Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. §1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio; §2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação; §3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal (...).” In: BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

⁹⁴Outro exemplo é o artigo 37, da LGPD, que estabelece que: *o controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem; na mesma direção o art.158-E, do CPP, está prevendo que: todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.* In: BRASIL. *Lei nº 13.709 de 2018*, *Idem*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como temos sustentado neste trabalho, o direito a proteção de dados tem sido desenvolvido a partir do direito ao respeito a vida privada, sendo que este conceito se refere ao ser humano em geral, sem qualquer discriminação, e mesmo suas dimensões eventualmente institucionais – como as pessoas jurídicas.

Isto significa que, em primeiro lugar, afastando-nos da dimensão exclusiva do delito que historicamente marcou a violação da privacidade no final do século XIX, temos que a proteção da privacidade envolve o reconhecimento da titularidade de sujeitos de direito a terem sua vida privada preservada, enquanto verdadeiro direito subjetivo, o que implica possuir posição plena de proteção.

Em segundo lugar, a noção de proteção de dados que adotamos tem como centro neural o objeto do direito, que deixa de ser uma noção sintética que garante a proteção de vários momentos da vida privada, e passa a ser a exigência de tratamento de realidade jurídica específica atinente à informação pessoal, de acordo com obrigações regulamentares específicas.

Em terceiro lugar, o direito a privacidade e à proteção de dados pessoais, na sua qualidade de direito humano ou liberdade fundamental, enraizado na identidade pessoal do homem, recebe âmbito de exercício mais amplo dirigido diretamente às autoridades públicas (incluindo as legislativas).

Ou seja, o sistema normativo de garantias do direito à integridade da vida privada na dimensão do tratamento de dados pessoais é a elaboração de disciplina de atividades públicas e privadas que devem ser realizadas de forma a serem compatíveis com os direitos dos indivíduos. Isto abre caminho a uma atividade reguladora pública, que garanta a aplicação dos princípios fundamentais do tratamento de dados pessoais.

Assim, o direito a tutela de dados pessoais pode ser considerado, em perspectiva afirmativa, como direito do sujeito a que seus próprios dados sejam registrados, gestados, custodiados, acessados, transmitidos a terceiros e divulgados de modo correto; e em perspectiva negativa, como direito de que não ocorra qualquer tipo de aquisição, utilização ou manipulação de informações relativas a estes dados pessoais contrárias as possibilidades restritas que a norma autoriza.

Em suma, a *ratio* principal de tal direito é atribuir ao sujeito a possibilidade de autogovernar-se e autodeterminar-se a partir de sua própria consciência. Ganha força aqui o argumento de: *se il diritto in generale svolge oggi, sempre più, una funzione di umanizzazione della tecnica, soprattutto quando il soggetto di diritto rischia di divenire mero oggetto di calcoli predittivi e tecniche manipolative, il diritto alla protezione dei dati personali rappresenta una straordinaria risorsa per mantenere la persona, nella sua libertà e nella sua responsabilità, al centro della società digitale*⁹⁵.

Políticas (legislativas, administrativas, cíveis, criminais, dentre outras) de *data protection*, portanto, não tratam de criar – fundamentalmente – mundos privados isolados e inexpugnáveis, resguardado de intenções e comportamentos indiscretos e invasivos, mas também visam proporcionar condições claras e seguras de projeção livre da existência de cada qual, inclusive através de dados e informações pessoais, garantindo ao mesmo tempo o controle sobre o modo pelo qual tais elementos venham a circular e sejam por outrem utilizados.

6. REFERÊNCIAS

AL-FEDAGHI, S.S. *The "right to be let alone" and private information*, in: Chen CS., Filipe J., Seruca I., Cordeiro J. (eds), *Enterprise Information Systems VII*, Springer, Dordrecht, 2007.

⁹⁵ORLANDO, S. *I limiti della tutela penale del trattamento illecito dei dati personali nel mondo digitale*, *Ob.cit.*, p.172.

- ALEX, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.
- _____. *The Construction of Constitutional Rights*. In Law & ethics of Human Rights, Volume 4, Issue 1. Article 2. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2010.
- ALLEN, A.L. "Natural Law, Slavery and the right to privacy tort", *Fordham Law Review*, vol.81, issue 3, 2013, p. 1187 e ss, disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4854&context=flr>, acesso em: 15/03/2023.
- BONFANTI, M.E. "Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto Internazionale sui Diritti Civil e Politici e nella Convenzione Europea del Diritti Umani: similitudini e difformità di contenuti", *Rivista Diritti Umani e Diritto Internazionale*, f.3, Franco Angeli, Roma, 2011.
- BRASIL. *Maia cria comissão de juristas para propor lei sobre uso de dados pessoais em investigações*, disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/618483-maia-cria-comissao-de-juristas-para-propor-lei-sobre-uso-de-dados-pessoais-em-investigacoes/>, acesso em 06/04/2023.
- _____. *Anteprojeto de lei de proteção de dados para segurança pública e persecução penal*, disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/apl.pdf>, acesso em: 05/04/2023.
- _____. *Lei 12.965 de 2014*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm, acesso em: 12/04/2023.
- _____. *GLO*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm, acesso em: 13/04/2023.
- _____. *Código Tributário Nacional*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm, acesso em: 13/04/2023.
- _____. *Decreto Federal nº 3.897 de 2001*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm, acesso em: 13/04/2023.
- _____. *Constituição*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 12/04/2023.
- _____. *Lei nº 97 de 1999*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm, acesso em: 12/04/2023.
- _____. *Lei nº 13.869 de 2019*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm, acesso em: 12/04/2023.
- _____. *Lei nº 9.296 de 1996*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm, acesso em: 13/04/2023.
- _____. *Lei nº 10.217 de 2001*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10217.htm, acesso em: 13/04/2023.
- _____. *Lei nº 8.078 de 1990*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em: 13/04/2023.
- _____. *Lei nº 12.965 de 2014*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm, acesso em: 12/04/2023.

- _____. *Lei nº 13.709 de 2018*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm, acesso em: 12/04/23.
- _____. *Lei nº 13.964 de 2019*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm, acesso em: 14/04/2023.
- _____. *Código de Processo Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 14/04/2023.
- _____. *Código Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 14/04/2023.
- CEDH. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, disponível em: <https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm>, acesso em: 13/04/2023.
- _____. *Case-law analysis*, disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=>, acesso em: 29/03/2023.
- COE. *Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento de dados de carácter pessoal*, disponível em: <https://rm.coe.int/cm-convention-108-portuguese-version-2756-1476-7367-1/1680aa72a2>, acesso em: 13/04/2023.
- CONJUR. *Mandado de Segurança Criminal nº 2145603-41.2021.8.26.0000*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/geolocalizacao-google.pdf>, acesso em: 06/04/2023.
- COMPAS CORE. *Risk assessment*, disponível em: <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html>, acesso em: 13/04/2023.
- DGT. *Conheçam as cidades que mais investem em vídeo monitoramento no mundo*, disponível em: <https://dgt.com.br/conheca-as-cidades-que-mais-investem-em-videomonitoramento-no-mundo/>, acesso em: 11/04/2023.
- ECHR. *Gaskin v. United King*, disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22695368%22\],%22itemid%22:\[%22001-57491%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695368%22],%22itemid%22:[%22001-57491%22]), acesso em: 29/03/2023, acesso em: 13/04/2023.
- ECHR. *Case of S. and Marper v. The United Kindon*, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:%225B%22843941%22%5D,%22itemid%22:%225B%22001-90051%22%5D%7D>, acesso em: 17/03/2023.
- EUR. *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0362>, acesso em: 25/03/2023.
- _____. *Diretivas*, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HU>, acesso em: 13/04/2023.
- _____. *Regulamentos*, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>, acesso em: 13/04/2023.
- EXAME. *Maior vazamento da história pode ter exposto 8 bilhões de senhas*, disponível em: <https://exame.com/tecnologia/maior-vazamento-da-historia-pode-ter-exposto-8-bilhoes-de-senhas/>, acesso em: 09/04/2023.
- GDPR. *Processing of personal data relating to criminal convictions and offences*, disponível em: <https://gdpr-info.eu/art-10-gdpr/>, acesso em: 01/04/2023.
- AMANUZZI, M. *Diritto penale e trattamento dei dati personali - Codice della privacy, novità introdotte dal regolamento UE 2016/679 e nuove responsabilità per gli enti*, disponível em: <https://jus.vitaepensiero.it/news-papers-diritto-penale-e-trattamento-dei-dati-personali-codice-della-privacy-novita->

- introdotte-dal-regolamento-2016-679-ue-e-nuove-responsabilita-per-gli-en-4763.html, acesso em: 10/03/2023.
- LEAL, M.C.H. & MAAS, R.H. *Dever de proteção estatal, proibição de proteção insuficiente e controle jurisdicional de políticas públicas*, Lumes Juris, Rio de Janeiro, 2020.
- LEAL, R.G. "Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy", *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol.1, nº2, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, 2014.
- Lexis News. *Roberson v. Rochester Folding Box Co*, disponível em: <https://www.lexisnexus.com/community/casebrief/p/casebrief-roberson-v-rochester-folding-box-co>, acesso em: 13/04/2023.
- LUGARESI, N. *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, Giuffrè, Bologna, 2000.
- MILLER, A.R. & BERKMAN, B.A. *The assault on privacy, computers, data banks and dossier*, University Michigan Press, Michigan, 1971.
- NIGER, S. *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza, alla protezione dei dati personali*, CEDAM, Padova, 2016.
- OSCE. *Legislation Online*, disponível em: https://www.legislationline.org/download/id/3521/file/Case_of_Leander_v_Sweden_1987_en.pdf, acesso em: 29/03/2023.
- ORLANDO, S. "I limiti della tutela penale del trattamento illecito dei dati personali nel mondo digitale", *Diritto Penale Contemporaneo*, Tribunale de Milano, Milano, 2019.
- PAGALLO, U. *La tutela della 'privacy' negli Stati Uniti d'America e in Europa: modelli giuridici a confronto*, Giuffrè, Milano, 2008.
- PICOTTI, L. *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Cedam, Roma, 2005.
- PROSSER, W.L. "Privacy", *California Law Review*, nº 3, vol.48, Berkeley, 1960.
- PROPUBBLICA. *Investigative Journalism in the Public Interest*, In: <https://www.propublica.org>, acesso em 14/04/2023.
- RODOTÀ, S. *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973.
- _____. *Il mondo nella rete – quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma, 2014.
- RM. *Convenção de Budapeste*, disponível em: <https://rm.coe.int/16802fa428>, acesso em: 13/04/2023.
- STF. ADC 51, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>, acesso em: 11/04/2023.
- STJ. REsp nº 1806792/SP, disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, acesso em 14/04/2023.
- TAYLOR, Mark. *Genetic data and the law – a critical perspective on privacy protection*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- UOL. *Vazamento do facebook: descubra se seus dados foram expostos*, disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/04/05/vazamento-do-facebook-descubra-se-seus-dados-foram-expostos.htm>, acesso em: 08/04/2023.
- VLEX. *Pavesich V. New England Life Insurance Co.*, disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/pavesich-v-new-england-888103034>, acesso em: 14/04/2023.
- WARREN, S. & BRANDEIS, L.D. "The Right of Privacy", *Harvard Law Review*, vol.4, nº5, December, 15, Boston, 1890, pp.193/220, disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>, acesso em 08/03/2023.

LA SOLUCIÓN CONSENSUAL DE LOS CASOS PENALES: EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL BRASILEÑO

Consensual resolution of criminal cases: the brazilian criminal non-prosecution agreement

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumario: 1. Introducción; 2. El principio de la legalidad procesal penal: la superación de un obstáculo al consenso en el proceso penal continental; 3. Los matices del proceso penal consensual; 3.1. Las ordenes penales (strafbefehlsverfahren); 3.2. La conciliación entre víctima y ofensor; 3.3. La dispensa del procedimiento penal mediante el adimplemento de condiciones (diversion); 3.4. El regateo sobre la acusación (charge bargains); 3.5. El regateo sobre la sentencia (sentence bargains); 3.6. Los acuerdos de cooperación; 4. Los requisitos objetivos y subjetivos para el acuerdo de no persecución penal brasileño; 4.1. Delito con pena mínima inferior a cuatro años (CPP, art. 28-A); 4.2. No se admite el acuerdo de no persecución penal para los delitos cometidos con violencia o grave amenaza (CPP, art. 28-A); 4.3. El acuerdo de no persecución penal debe atender a lo necesario y suficiente para la reprobación y prevención del delito (CPP, art. 28-A); 4.4. No se admite el acuerdo de no persecución penal para los delitos para los cuales sea admitida la transacción penal (CPP, art. 28-A, § 2º, I); 4.5. No se admite el acuerdo de no persecución penal para los delitos cometidos en el ámbito de violencia doméstica o familiar, o cometidos contra mujer por razones de la condición de sexo femenino, en favor del agresor (CPP, art. 28-A, § 2º, IV); 4.6. Cuando no es el caso de sobreseimiento de la investigación (CPP, art. 28-A); 4.7. No se admite el acuerdo de no persecución penal para los reincidentes o cuando existieren elementos probatorios que indiquen conducta criminal habitual, reiterada o profesional, excepto en caso de infracciones penales pretéritas insignificantes (CPP, art. 28-A, § 2º, II); 4.8. No se admite el acuerdo de no persecución penal cuando el agente ya tenga celebrado acuerdo de no persecución penal, transacción penal o suspensión condicional de proceso en los últimos cinco años (CPP, art. 28-A, § 2º, III); 4.9. Para celebrar el acuerdo de no persecución penal el agente debe confesar circunstanciadamente la práctica del delito (CPP, art. 28-A, § 2º, III); 5. Las condiciones establecidas en el acuerdo de no persecución penal; 5.1. Reparar el daño o restituir la cosa a la víctima, a menos que no tenga condiciones de hacerlo (CPP, art. 28, I); 5.2. La renuncia voluntaria a bienes o derecho apuntados pelo Ministerio Público como instrumentos, producto o provecho del delito (CPP, art. 28-A, II); 5.3. Prestación de servicios a la comunidad o a entidades públicas, por período correspondiente a la pena mínima caminada al delito, disminuida de un a dos tercios (CPP, art. 28-A, III); 5.4. El pago de prestación pecuniaria, a entidad pública o de interés social (CPP, art. 28-A, IV); 5.5. Cumplir otra condición estipulada por el ministerio público, desde que proporcional y compatible con la infracción penal aparentemente practicada (CPP, art. 28-A, V); 6. La homologación judicial del acuerdo y las consecuencias de su (in)cumplimiento; 7. Consideraciones finales; 8. Referencias bibliográficas.

¹Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide. Master en Criminología y Ciencias Forenses por la misma Universidad. Fue investigador visitante en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Es Profesor del Master de la Universidad Estatal de Ponta Grossa y Profesor del Programa de Doctorado en Ciencias Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala. Es Fiscal del Ministerio Público del Estado de Paraná (Brasil).

Resumen: El presente tiene por objetivo hacer, inicialmente, una exposición panorámica sobre las posibilidades de configuración del consenso en el procedimiento penal, para posteriormente, centrar el foco en el instituto consensual brasileño, denominado de acuerdo de no persecución penal, examinando los requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el artículo 28-A del Código de Proceso Penal, estudiando, también, las condiciones que se puede establecer en ese acuerdo, la necesidad de su homologación judicial, así como las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento.

Palabras clave: Princípio da legalidade processual penal. Princípio da Oportunidade. Processo Penal Consensual. *Plea Bargain*. Acordo de Não Persecução Penal.

Abstract: The purpose of this article is, initially, to make a panoramic exposition on the possibilities of the use of consensual solutions in criminal proceedings, to, later, focus on the Brazilian consensual institute, called the criminal non-prosecution agreement, examining the objective and subjective requirements, established by article 28-A of the Code of Criminal Procedure, also studying the conditions that can be established in that agreement, the need for its judicial approval, as well as the consequences of its fulfillment or breach.

Keywords: Legality principle in criminal procedural legality. Opportunity Principle. Consensual Criminal Procedure. *Plea Bargain*. Criminal Non-Prosecution Agreement.

1. INTRODUCCIÓN

Existe prácticamente un consenso en el sentido de que, en las sociedades posmodernas, el Sistema de Justicia Penal no tiene condiciones estructurales de realizar, de forma adecuada y expedita, la persecución penal de todos los delitos alcanzados por las agencias estatales de cumplimiento de la ley².

Esa conclusión pesimista provoca la necesidad de realizarse un debate serio sobre cómo solucionar esa dificultad, una vez que un país cuyo aparato de persecución penal no tiene fuerzas suficientes para resolver sus casos penales, en tiempo y modo adecuados, produce una serie de problemas sociales importantes, como por ejemplo: (i) el debilitamiento de la función preventiva del derecho penal; (ii) la sumisión de los acusados a procesos penales de larga duración, con todos los efectos colaterales que eso genera (como la pena de banquillo); (iii) una disminución de la calidad de la prestación jurisdiccional, con la tendencia de una delegación informal de tareas y de un examen superficial y apresurado de los casos penales; (iv) el descredito de la Justicia y la creación de movimientos paralelos a la legalidad, sea por medio de soluciones informales a los problemas penales, sea – lo que es aún más grave – por medio de soluciones delictivas, como movimientos de “justicia” privada, la creación de milicias y otras formas ilícitas de respuesta a las prácticas delictivas.

La principal solución para esos problemas de sobrecarga de trabajo en la Justicia Criminal – que no son propiamente nuevos – tiene sido encontrada en la adopción de medios consensuales en la realización de la persecución penal, como alternativa a la vía única del proceso penal completo (*full trial*) para todos los casos.

²En ese sentido, Schünemann advierte: “El ideal del siglo XIX, de llevar a cabo en cada caso concreto un juicio oral completo reconociendo los principios de publicidad, oralidad e inmediación, es sólo realizable en una sociedad sumamente integrada, burguesa, en la que el comportamiento desviado cumple cuantitativamente sólo un papel secundario”. In: SCHÜNEMANN, B. “Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global”, in *Obras*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 423.

Algunos autores han denominado ese movimiento – con algún exagero y equívoco – de marcha triunfal del proceso penal norteamericano sobre el mundo³. Además, algunos autores llegan a cuestionar si el modelo estadounidense de *plea bargain* no sería una especie de caballo de Troya en el sistema procesal penal continental⁴.

Sin embargo, la implementación de ese verdadero giro consensual que viene se desarrollando el mundo del *civil law*, hace ya algunas décadas, no es necesariamente un producto de la influencia directa del sistema norteamericano. La tesis más plausible apunta mucho más en el sentido de que esos cambios derivan de preocupaciones sobre problemas prácticos, cuya respuesta tiene reverberado tanto en la actuación de los funcionarios que actúan en el sistema penal, cuanto en los cambios legislativos. Por la propia configuración de esos modelos continentales consensuales, parece que no hay propiamente una imitación del *plea bargain* del Estados Unidos⁵, pero sí una corriente que tiene personalidad propia y adaptada a nuestro sistema.

La propuesta de este artículo es presentar un panorama sobre el mosaico de posibilidades que buscan tornar efectivo el procedimiento penal por medio de una solución consensual y, después, exponer los rasgos principales de una manifestación concreta de ese movimiento en Brasil, que es el instituto del acuerdo de no persecución penal, establecido en 2020, en el artículo 28-A de su Código de Proceso Penal.

Antes, sin embargo, es importante hablar un poco sobre el principio de la legalidad procesal penal o de una de sus manifestaciones más importantes, el principio de la obligatoriedad de la acción penal.

2. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD PROCESAL PENAL: LA SUPERACIÓN DE UN OBSTÁCULO AL CONSENSO EN EL PROCESO PENAL CONTINENTAL

El gran obstáculo para la implementación de soluciones consensuales en el derecho procesal penal de matriz continental siempre fue el principio de la legalidad procesal penal.

Ese principio tuvo su origen fundamental en los idearios de la ilustración, donde existía una gran desconfianza sobre el Poder Judicial⁶ ⁷, de modo que el principio de la legalidad funcionaba como un límite del poder del pueblo (Poder Legislativo) a un poder históricamente vinculado al absolutismo (Poder Judiciario). Esa desconfianza es expresada en la clásica tesis de Montesquieu, de que los jueces son apenas “la boca que pronuncia las palabras de la ley”⁸.

El principio de la legalidad procesal penal es una manifestación concreta de esa preocupación, propugnando básicamente que el Estado (Ministerio Público) tiene

³SCHÜNEMANN, B. “Crítica al modelo norteamericano de proceso penal”, in: *Obras*, vol. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 427.

⁴LANGER, M. “From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargain and the Americanization thesis”, in: *criminal procedures*, in *World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Carolina Academic Press, Durham, 2010, pp. 46-50.

⁵Así también: LANGER, M. *From legal transplants to legal translations (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 5 y ss.

⁶Como sostiene Bovino: “El poder jurisdiccional era sólo el largo brazo del monarca que la revolución ciudadana de 1789 pretendió amputar”. In: BOVINO, A. *Problemas del Derecho Procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 72.

⁷Armenta Deu también explica que: “A partir de la Revolución Francesa es firme la convicción de que la Ley expresa la voluntad general y que el sometimiento a ella de los poderes ejecutivo y judicial era el necesario instrumento para evitar las arbitrariedades del Antiguo Régimen”. In: ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 132.

⁸ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 175.

el deber de realizar la persecución penal plena en todos los casos, independientemente de criterios de oportunidad y conveniencia (principio de la oportunidad).

Su origen fundamental puede ser encontrada en Kant⁹, que, en su obra *Rechtslehre*, de 1797/1798, además de otros argumentos, expone un importante silogismo lógico, que conlleva la idea de que siempre que ocurre un delito, es imperativa la aplicación de la pena. En ese sentido, la premisa mayor de Kant era: "El homicidio debe ser punido"; la premisa menor, "A es un homicida" y la conclusión es que: "A debe ser punido". Ahí se encuentra la razón fundante del principio de la legalidad procesal penal¹⁰, en que la pena es vista como un imperativo categórico, en una visión muy propia de una concepción absoluta de la pena, cuyo principal nombre – junto a Hegel – es precisamente Kant.

Además, Feuerbach también puede ser considerado uno de los padres del principio de la legalidad procesal penal (no solamente de la legalidad penal, por la cual es más conocido). En su *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, de 1799, aunque sin utilizar ese nombre (*Legalitätsprinzip*), también sienta las bases para el principio de la legalidad procesal penal^{11 12 13}.

Sin embargo de esa origen y de su larga tradición en los sistemas de matriz continental, hoy es posible afirmar que las premisas fundamentales del principio de la legalidad procesal penal ya se erosionaron, pues: (a) la concepción absoluta de pena, propugnada por Kant, y que tuvo una gran influencia en la concepción de que la imposición de la pena es un imperativo categórico, ya está superada¹⁴, una vez que existe un gran consenso actual de que la pena tiene funciones preventivas (jamás retributivas), conforme propugna la dominante teoría preventiva integradora o unificadora ("*Die präventive Vereinigungstheorie*") de Roxin¹⁵; (b) es una ilusión, incluso, una ingenuidad, creer que los principios de la legalidad y igualdad, manifestados en el deber de persecución de todos los delitos, se concretiza de forma plena en la práctica, una vez que existe un numero bastante elevado de delitos que se quedan en la denominada cifra oculta de la criminalidad, lo que, al fin y al cabo, ya frustra cualquier pretensión de persecución total e igualitaria¹⁶.

Así, el principio de la legalidad procesal penal – aún para los países que lo tienen en la ley o en la Constitución – ya no puede ser más considerado como un obstáculo insuperable para la búsqueda de soluciones consensuales en determinados casos penales.

⁹HRUSCHKA, J. "Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts", in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 17 e 26.

¹⁰HRUSCHKA, J. "Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts (...), Ob. Cit., pp. 17 e 26.

¹¹HRUSCHKA, J. "Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts (...), Ob. Cit., p. 26.

¹²Véase: FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, Henning, Erfurt, 1799, p. 49.

¹³Sobre la posición de Feuerbach, confírase: GRECO, L. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 61.

¹⁴En ese sentido, Roxin y Schünemann sostienen que: "con la sustitución de las teorías absolutas de la pena, por las teorías de prevención general y especial, que vinculan la aplicación de la pena a las necesidades sociales y a su utilidad, el principio de la legalidad ha perdido parte de su fundamentación teórica originaria". In: ROXIN, C. & SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*, 27ª ed., Beck, Munich, 2012, p. 77.

¹⁵ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1., 5ª ed., De Gruyter, Berlín, 2020, p. 152.

¹⁶WEIGEND, T. "Das 'Opportunitätsprinzip' zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz", in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 109 (1997), p. 105.

Para la realización de los fundamentos subyacentes del principio de la legalidad procesal penal, que aún son validados, basta con observar el principio de la proporcionalidad, de la proscripción de la arbitrariedad, del deber de objetividad (evitándose protección de amigos o persecución de enemigos), con lo que ya es suficiente para mantener actualizada su razón de existir. A fin de cuentas, no hay una contradicción manifiesta entre legalidad y oportunidad¹⁷. Es posible obtenerse una solución intermedia y armónica entre esos dos principios, con grandes ventajas para la realización más adecuada y justa de la persecución penal. Para ello, no se debe tener visiones maniqueístas del principio de la oportunidad. No se debe amarlo incondicionalmente, ni ódialo, desde lejos. Ese es un principio que tiene su lado positivo, pero también sus peligros. Sobre las posibilidades de manifestación del principio de la oportunidad, se tratará a la continuación.

3. LOS MATICES DEL PROCESO PENAL CONSENSUAL

En un examen panorámico de las posibilidades de solución consensual del proceso penal es posible identificar diversos matices y formas de configuración. El uso del consenso en inicio de la investigación, en su fin o mismo en el curso del proceso penal. Negociación de la acusación o de la sentencia. Finalidades político-criminales que van desde la disminución de la carga de trabajo, hasta el objetivo de tornar más fácil la producción probatoria. Todas esas son posibilidades que los distintos sistemas penales pueden ofrecer para la solución consensual del caso penal.

Sobre ellas, se puede hacer la siguiente clasificación general, sin pretensión de agotar el tema.

3.1. LAS ORDENES PENALES (STRAFBEFEHLSVERFAHREN):

Existen sistemas legales que permiten, incluso antes del desarrollo de la fase investigatoria o mientras esta no esté totalmente finalizada, la posibilidad del Ministerio Público emitir órdenes para que el argüido cumpla determinadas condiciones. Esas órdenes normalmente consisten en el pago de una multa, pero también es posible que se establezca otras determinaciones, como la prohibición de conducir, el confisco de bienes o mismo una advertencia. Todo ello como condición para el sobreseimiento de la investigación, caso el argüido concorde con esa determinación.

Esas órdenes generalmente pueden ser proferidas en casos de delitos de menor importancia y tienen que obtener una autorización judicial¹⁸. Un ejemplo bastante importante de ese modelo es el adoptado en Alemania, con su previsión en los §§ 407 a 412 del CPP alemán¹⁹.

La gran ventaja de esa modalidad de solución consensual es su simplicidad y rapidez. Tiene, sin embargo, un mayor riesgo de cometimiento de injusticias, una vez que puede ocurrir que la investigación siquiera esté finalizada o suficientemente madura.

¹⁷Como afirma Binder: "*Pode-se perfeitamente refletir entorno do princípio da seleção de casos (oportunidade) sem nenhuma referência ao princípio da legalidade (política que 'exclui' a seleção). Não são opostos ou melhor dito, sua consideração como 'opostos' – e a 'oportunidade regrada' como síntese – é apenas, e não especificamente a mais produtiva forma de analisar o tema. A seleção de casos dá-se em duas dimensões. Em primeiro lugar, existe uma dimensão vinculada à política criminal e, em segundo lugar, outra dimensão relativa à justiça penal, concebida como uma organização com recursos limitados*". In: BINDER, A. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 160.

¹⁸THAMAN, S.C. "Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases", *General Reports of the XVIIITH Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2007, pp. 969-971.

¹⁹Sobre el tema, véase: KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 329-334.

3.2. LA CONCILIACIÓN ENTRE VÍCTIMA Y OFENSOR:

Otra forma de concretización de un sistema consensual en los procedimientos penales existe en países que estimulan la conciliación entre autor y víctima, posibilitando que, en caso de acuerdo, se pueda encerrar la persecución penal²⁰. En ese ámbito es bastante fértil el uso de técnicas de mediación penal y de justicia restaurativa, que son informadas por una serie de principios que facilitan el acuerdo²¹.

En Brasil, esa modalidad de consenso puede ocurrir en los delitos de menor potencial ofensivo (delitos con la pena máxima de hasta dos años). En esos casos, es realizada una audiencia preliminar, con un conciliador. Caso exista un acuerdo entre infractor y víctima y el delito sea de persecución vía acción penal privada o pública condicionada, habrá renuncia a la persecución penal, conforme previsto en el artículo 74 de la Ley 9.099 del año de 1995.

La ventaja de esa modalidad es la posibilidad de resolución de los conflictos subyacentes a la infracción penal, lo que puede ser especialmente importante para casos que involucren personas que, por algún motivo, tengan que convivir después del hecho delictivo, como es el caso, por ejemplo, de los delitos que entre parejas o colegas de trabajo. En Brasil, sin embargo, no es posible la solución de casos penales por conciliación en casos de violencia doméstica, familiar o de género.

3.3. LA DISPENSA DEL PROCEDIMIENTO PENAL MEDIANTE EL ADIMPLEMENTO DE CONDICIONES (DIVERSION):

Otra forma de solución de los casos penales por medio del consenso ocurre en países en que se permite que el Ministerio Público y el imputado realicen un acuerdo, en que son establecidas condiciones para la suspensión de la persecución penal, sea antes de la presentación de la acusación formal o, incluso, después²².

Las condiciones que pueden ser establecidas para esos acuerdos, normalmente, son la indemnización a la víctima, el pago de multa, prestación de servicios a la comunidad, frecuencia a tratamientos contra la adicción en alcohol y drogas, entre otros. Una vez cumplidas esas condiciones, no se prosigue la persecución penal.

En algunos países, ese acuerdo no significa la imposición de pena, pero solamente un negocio jurídico de naturaleza penal, que establece obligaciones contractuales. Así, caso el argüido no cumpla con las condiciones, será necesaria la rescisión del acuerdo y el proseguimiento de la persecución penal tradicional. En Brasil, existen tres modalidades de acuerdos que tienen esa característica: la transacción penal (para delitos con penas máximas de hasta dos años); la suspensión condicional del proceso (para delitos con penas mínimas de hasta un año) y el acuerdo de no persecución penal (para delitos con la pena mínima inferior a cuatro años). Sobre esa última modalidad de acuerdo penal, posteriormente será realizado un abordaje con más detalle.

El *plea bargain* de los Estados Unidos, también, en algunos casos, puede ser considerado un acuerdo con dispensa del procedimiento penal.

En verdad, el *plea bargain* es un instrumento consensual en que es posible realizar una amplia gama compromisos, aunque generalmente involucre un acuerdo en que el Ministerio Público deja de realizar una acusación formal en cambio del

²⁰THAMAN, S.C. *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal (...) Ob. Cit.*, pp. 966-968.

²¹Sobre la conciliación en materia penal, véase: BARONA VILAR, S. *Mediación penal: Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

²²THAMAN, S.C. *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal (...) Ob. Cit.*, pp. 964-966.

acusado asumir la culpa (*plea guilty*) o simplemente demostrar el desinterese en defenderse de la acusación en juicio (*nolo contendere*)²³. Ese acuerdo, normalmente, debe tener la aprobación judicial²⁴ y consiste en la aplicación efectiva de una pena, que puede ser (incluso) privativa de libertad²⁵, prestación de servicios a la comunidad, frecuencia a determinados programas de rehabilitación, indemnización a la víctima, participación en programas de resolución alternativa de conflictos (ADR – *alternative dispute resolutions*), entre otras medidas²⁶. En esos casos, el Estado simplemente deja de llevar a cabo en proceso penal *full trial*, encerando la persecución penal ya en la fase preliminar.

3.4. EL REGATEO SOBRE LA ACUSACIÓN (*CHARGE BARGAINS*):

A veces, el acuerdo involucra un regateo con el Ministerio Público sobre el contenido de la acusación que presenta en juicio. Así, es posible que el acuerdo consista en una disminución de la carga del escrito de la acusación, en términos de severidad o en número de hechos imputados. Así, por ejemplo, el Fiscal puede – a cambio de un acuerdo – concordar en: (a) reducir la acusación para un delito más leve (v.g. un asesinato para un homicidio) o (b) reducir la cantidad de delitos imputados contra determinada persona (v.g. en vez de imputar tres asesinatos solamente imputa uno)²⁷ ²⁸. El *charge bargain* puede ser utilizado como una de las formas del *plea bargain* en los Estados Unidos.

En virtud de esa posibilidad, es que, muchas veces, se tiene criticado al Ministerio Público de EE. UU., cuando realiza el denominado *overcharging* (exceso de acusación), sea vertical (realizando una acusación más grave que la investigación criminal posibilita), sea horizontal (con la inclusión en la acusación de más hechos de lo que se puede extraer de la investigación)²⁹. Además, se critica el uso del denominado *bluffing*, que consiste en el Ministerio Público afirmar que tiene más pruebas de lo que efectivamente posee³⁰.

Esas técnicas de *overcharging* o *bluffing* tienen como finalidad la realización de un acuerdo más ventajoso para la acusación. En la práctica, con el uso del *overcharging* y del *bluffing*, el imputado, cuando realiza un *charge bargain*, acaba por ser engañado, pues la acusación que resulta del *deal* acaba siendo la acusación que sería la justa. Así, el acordó no proporciona efectivamente ninguna ventaja para el acusado.

²³En el *nolo contendere* el imputado no admite su culpabilidad, pero accede a renunciar al proceso penal, autorizando al juez a aplicarle directamente la pena. Para la aplicación del *nolo contendere*, el Ministerio Público y el Juez deben estar de acuerdo con este alegato. *Nolo contendere* viene del latín y significa no responder, no disputar. In: GÓMEZ COLOMER, J.L.; ESPARZA LEIBAR, I. & PÉREZ CEBADERA, M.Á. *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, GÓMEZ COLOMER, J.L. (org.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 271.

²⁴LANGER, M. *From legal transplants to legal translation (...)* Ob. Cit., p. 46.

²⁵SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Hudson v. United States* [272 U.S. 451 (1926)], disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/272/451.html>, aceso en: 28/04/23.

²⁶HERMAN, N. *Plea Bargain*, 2ª ed., LexisNexis, Newark, 2004, p. 02.

²⁷ALSCHULER, A.W. "Guilty Plea: Plea Bargaining", *Encyclopedia of Crime Justice*, 2. vol., 2ª ed., DRESSLER, J. (org.), Thomson, New York, 2002, p. 755.

²⁸THAMAN, S.C. *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal (...)* Ob. Cit., pp. 966-968.

²⁹Sobre el problema del *overcharging*, véase: ALSCHULER, A.W. "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 36, n. 1, Autumn, 1968, pp. 85 e ss.

³⁰En Estados Unidos, la acusación solamente tiene el deber de presentar todas las pruebas que tiene (*disclosure*) después de superada la fase de acuerdo, con el argüido declarando ser inocente o no invocando el *nolo contendere*. Sobre el tema, cf.: GÓMEZ COLOMER, J.L.; ESPARZA LEIBAR, I. & PÉREZ CEBADERA, M.A. *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica (...)* Ob. Cit., pp. 287 e ss.

Para nosotros del sistema de matriz continental, esa forma de acuerdo resulta manifiestamente injusta, involucrando serios cuestionamientos éticos y deontológicos, de modo que no parece ser un buen modelo a seguir.

3.5. EL REGATEO SOBRE LA SENTENCIA (*SENTENCE BARGAINS*):

También existen países en que permite que el acuerdo tenga como objeto los términos de la sentencia penal. Así, es posible que el imputado llegue a un acuerdo en cambio de una recomendación, por el Ministerio Público, de una sentencia más favorable. Hay casos en que ese acuerdo es hecho incluso con el propio juez (lo que parece problemático desde una perspectiva del principio acusatorio y del principio de la imparcialidad judicial). De todos modos, cuando existe un acuerdo sobre la sentencia, el juez tiene que respetar el techo de la pena establecido en el ajuste o, por lo menos, presentar la posibilidad del acusado desistir del *deal*³¹.

En Estados Unidos, también en el *plea bargain*, es posible hacer una negociación sobre la sentencia. Además, en sistemas de matriz continental, se incluyen en modelos de acuerdo sobre la sentencia muchos casos de procedimiento abreviado, en que el acusado confiesa y desiste de instrucción oral a cambio de una disminución en la pena fijada por el juez.

3.6. LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN:

Aquí se incluyen los casos en que se autoriza la realización de un acuerdo entre Ministerio Público y imputado a cambios de una colaboración del agente con el estado en la producción probatoria, en el mismo proceso penal o en otras investigaciones o procesos penales³². Aquí la razón político criminal de ese acuerdo no es la disminución de la carga de trabajo, pero tornar más fácil la obtención de pruebas, especialmente en determinados delitos que normalmente son cometidos en ambientes sin testigos, con un pacto delictivo entre los involucrados y, también, en delitos en que existe un código de silencio (*omertà*), normalmente en actividades vinculadas a organizaciones criminosas de tipo mafioso.

Como ejemplo de esa modalidad de acuerdos se incluye el *plea bargain*, en que el imputado, también, puede asumir el compromiso de ser testigo en favor de la Fiscalía contra otros acusados o en otras investigaciones³³.

En el ámbito continental, están los denominados testigos de la corona, por ejemplo, previsto en el artículo 376 del LECrim Española³⁴ o el *Kronzeugen* alemán³⁵. En Brasil, existe la posibilidad de la celebración del denominado acuerdo de colaboración premiada, cuya sistematización está prevista en la Ley de Organizaciones Criminales (Ley 12.850 de 2013).

Así, expuesto ese panorama sobre las posibilidades de la intervención de un sistema de oportunidad o oportunidad reglada, por medio de la celebración de acuerdos en el ámbito del proceso penal, llega el momento de estudiar, con un poco más de detalle, el acuerdo de no persecución penal brasileño.

³¹ALSCHULER, A.W. *Guilty Plea (...)* Ob. Cit., p. 755.

³²THAMAN, S.C. *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal (...)* Ob. Cit., pp. 978-979.

³³HERMAN, N. *Plea Bargain (...)* Ob. Cit., p. 02.

³⁴Cf.: CUERDA ARNAU, M.L.; GORRIZ GOYO, E. & VIVES ANTÓN, S.T. "La Colaboración del imputado en los delitos de tráfico de drogas", *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 139.

³⁵Sobre el tema, con una visión crítica, véase: WEIGEND, T. Das 'Opportunitätsprinzip' (...) Ob. Cit., pp. 111 y ss.

4. LOS REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS PARA EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL BRASILEÑO

En diciembre de 2019, en Parlamento brasileño ha aprobado da Ley n. 13.964, que realizó diversos cambios en el Código de Proceso Penal (CPP).

Uno de ellos, fue la introducción del artículo 28-A en el CPP brasileño, estableciendo en ley un instituto de naturaleza consensual, denominado de acuerdo de no persecución penal (ANPP), que consiste, muy básicamente hablando, en la posibilidad del Ministerio Público celebrar un acuerdo con el investigado por delitos cuya pena mínima es inferior a cuatro años, cuando no cometido con violencia o grave amenaza, además de cumplir con otros requisitos establecidos en la ley³⁶.

Esos requisitos son tanto de naturaleza objetiva (vinculados al delito), cuanto de naturaleza subjetiva (vinculados al investigado).

Como se verá, la decisión por la celebración o no del acuerdo no es algo que está a la libre discreción del Fiscal, incidiendo los requisitos legales (discreción reglada), la proscripción de arbitrariedad, el deber de objetividad, existiendo, incluso, la posibilidad de revisión jerárquica en el ámbito del Ministerio Público fiscal, cuando, a pedido del interesado, el Fiscal General puede analizar las razones para la negativa del acuerdo. Sin embargo, precisamente por ser un acuerdo, el Poder Judicial no puede imponer a ninguna de las partes (ni al MP) el deber de realizar el acuerdo.

La idea ahora es explicar esos requisitos, empezando por los requisitos de naturaleza objetiva.

4.1. *DELITO CON PENA MÍNIMA INFERIOR A CUATRO AÑOS (CPP, ART. 28-A):*

Solamente es posible realizar el acuerdo de no persecución penal con los delitos cuya pena mínima es inferior a cuatro años.

Aquí el legislador tomó como horizonte interpretativo la disposición del artículo 44 del Código Penal, que permite la sustitución de pena privativa de libertad por restrictiva de derechos para los condenados a una pena no superior a cuatro años.

De tal manera, los autores del grupo de delitos en que es posible la celebración de ANPP mui probablemente no serían condenados a una pena privativa de libertad, de modo que pareció inteligente el legislador anticipar la solución del caso penal, por medio de un acuerdo, con carga reducida, para esos casos.

Para identificar la pena mínima inferior a cuatro años, también, se debe llevar en consideración eventuales causas de aumento o disminución, incluso en concurso de delitos, conforme previsto en el § 1º, del art. 28-A del Código de Proceso Penal.

4.2. *NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL PARA LOS DELITOS COMETIDOS CON VIOLENCIA O GRAVE AMENAZA (CPP, ART. 28-A):*

También es requisito objetivo para la celebración de acuerdo de no persecución penal, que el delito cometido no sea cometido con violencia o grave amenaza.

Esa es una manifestación político criminal del legislador que optó por no beneficiar los autores violentos o amenazadores, una vez que esas infracciones penales tienen una reprochabilidad más elevada. Aquí también se llevó en consideración que los delitos con violencia o grave amenaza no son susceptibles de sustitución de pena privativa de libertad por restrictiva de derechos (CP, art. 44, I).

³⁶Para una explicación más profunda sobre el acuerdo de no persecución penal brasileño, cf.: CABRAL, R.L.F. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*, 4ª ed., JusPodivm, São Paulo, 2023.

La violencia aquí es aquella empleada contra las personas y no contra las cosas. Existe también un debate si esa prohibición incluye los delitos culposos violentos o solamente los dolosos.

Me parece que, como el legislador no ha hecho una diferenciación sobre el tema, la violencia que no permite el ANPP puede ser aquella derivada de una acción dolosa o culposa, lo que tiene importancia especial en los delitos de homicidio culposo en el tráfico vial.

4.3. EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL DEBE ATENDER A LO NECESARIO Y SUFICIENTE PARA LA REPROBACIÓN Y PREVENCIÓN DEL DELITO (CPP, ART. 28-A):

Ese es el requisito en que existe un espacio más amplio de discreción del Ministerio Público en la celebración o no del acuerdo. En el, se destaca claramente la función de prevención que el acuerdo debe cumplir, como un equivalente funcional de la pena³⁷.

Aquí, se debe analizar si el caso concreto no presenta ninguna circunstancia que denote especial gravedad del delito. Así, el grado de gravedad del injusto y de la culpabilidad del agente, en el específico caso examinado, permitirá verificar si su celebración, desde una perspectiva preventiva, será necesaria e suficiente para ofrecer una respuesta al delito.

4.4. NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL PARA LOS DELITOS PARA LOS CUALES SEA ADMITIDA LA TRANSACCIÓN PENAL (CPP, ART. 28-A, § 2º, I):

El legislador previó que no se debe realizar el acuerdo de no persecución penal cuando el delito admita la transacción penal, que es otra posibilidad de acuerdo, menos restrictiva.

La transacción penal, en los términos del artículo 61 de la Ley 9.099 de 1995, es un acuerdo posible para los delitos cuya pena máxima no sea superior a dos años. De tal manera, con la restricción aquí estudiada, prevista en el § 2º, I, del artículo 28-A del CPP, se buscó evitar la dupla incidencia de posibilidades de acuerdo, optándose por mantener solamente la posibilidad de transacción penal para los casos de delitos de menor potencial ofensivo, excluyendo el ANPP para esos casos.

4.5. NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL PARA LOS DELITOS COMETIDOS EN EL ÁMBITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA O FAMILIAR, O COMETIDOS CONTRA MUJER POR RAZONES DE LA CONDICIÓN DE SEXO FEMENINO, EN FAVOR DEL AGRESOR (CPP, ART. 28-A, § 2º, IV):

El artículo 28-A, en su § 2º, IV, del Código Procesal Penal brasileño prohíbe la celebración de acuerdo de no persecución penal, cuando el delito es cometido: (a) en el contexto de violencia doméstica o familiar; o (b) contra mujer, por razones de la condición del sexo femenino.

(a) Por lo tanto, no se admite el ANPP para cualquier delito que se realice en el ámbito doméstico, lo que abarca todos los delitos cometidos en contra personas que conviven en un mismo ambiente físico que constituye un hogar, un domicilio.

³⁷En el sentido de que los acuerdos penales, sin imposición de pena, como equivalentes funcionales de la pena (es decir, deben cumplir la misma función preventiva de la pena, a pesar de ser pena), véase: COSTA ANDRADE, M. "Consenso e Oportunidade: Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo", in: *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 353.

Aquí no importa el género de la víctima, tampoco se existe una relación de parentesco entre autor y ofendido, pero sí el local del delito.

También no se puede hacer ese acuerdo, cuando el delito involucre violencia familiar, que es aquella cometida contra personas que tienen relación de parentesco, no importando también el género o la ubicación de la práctica delictiva.

La Ley aquí habla de violencia. Pero, para que ese requisito tenga algún sentido distinto de la prohibición del ANPP para delitos con violencia (que ya constituye elemento distinto del aquí estudiado) esa violencia debe ser comprendida no solamente como una violencia física, pero una que incluye la violencia psicológica, sexual, patrimonial y moral.

(b) Del mismo modo, no es posible hacerse el acuerdo cuando el delito es cometido contra mujer, por razones de la condición de sexo femenino, lo que involucra todos los delitos en que se pretende una disminución, una cosificación de la mujer, la tratando como se fuera un objeto del agresor³⁸.

Aunque, con terrible frecuencia, esos delitos suelen ser cometidos en el ambiente doméstico o contra familiares, es cierto que esa prohibición no se limita a esos casos, incidiendo también cuando el delito es cometido por personas desconocidas o en otros ambientes, como en los transportes públicos, en el ambiente laboral, u otro medio social³⁹.

4.6. CUANDO NO ES EL CASO DE SOBRESEIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN (CPP, ART. 28-A):

Para que sea admisible la realización del acuerdo de no persecución penal, es imprescindible que exista una base fáctica que autorice una *opinio delicti* positiva. Así, caso la investigación no logre obtener elementos informativos mínimos a amparar una acusación, es vedado hacer el ANPP. Es que el acuerdo no sirve para subsanar dificultades probatorias o para salvar investigaciones que no han tenido suceso. Por lo tanto, cuando la investigación preliminar indicar ser el caso de su sobreseimiento por falta de elementos de sospecha, no se debe realizar el acuerdo de no persecución penal. Esa prohibición también existe cuando ya ocurrió la prescripción de la pretensión punitiva o caso no se hagan presentes las condiciones o presupuestos para el ejercicio de la acción penal.

Ahora, ha llegado el momento de estudiar los requisitos de naturaleza subjetiva para el acuerdo de no persecución penal.

4.7. NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL PARA LOS REINIDENTES O CUANDO EXISTIEREN ELEMENTOS PROBATORIOS QUE INDIQUEN CONDUCTA CRIMINAL HABITUAL, REITERADA O PROFESIONAL, EXCEPTO EN CASO DE INFRACCIONES PENALES PRETÉRITAS INSIGNIFICANTES (CPP, ART. 28-A, § 2º, II):

Esas prohibiciones sustancian una clara opción político criminal de no permitir el acuerdo de no persecución penal para las personas que ya han cometido, en el pasado, infracciones penales.

En ese sentido, ya se prohíbe, desde luego, el acuerdo para los reincidentes, cuya conceptualización es establecida por los artículos 63 y 64 del Código Penal, que es, al fin y al cabo, la persona que practica nuevo delito, en el plazo de hasta cinco años después de la sentencia condenatoria firme, en el país o en el exterior.

³⁸Cf.: NÚÑEZ CASTAÑO, E. "La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173 del Código Penal)", *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, n. 12, 2010, p. 104.

³⁹Sobre esos delitos contra las mujeres, cf.: NÚÑEZ CASTAÑO, E. *La violencia doméstica en la legislación española (...)* Ob. Cit., p. 105.

Además, el Código de Proceso Penal no admite el ANPP cuando existan elementos probatorios de conducta habitual, reiterada o profesional. Esos conceptos, en verdad, son una novedad en leyes procesales penales, no existiendo una definición legal que delimite su alcance. Sin embargo, parece correcto afirmar que habitual es la práctica constante y usual de delitos, no siendo suficiente un solo delito previo, y, por lo tanto, esta práctica delictiva debe formar parte de la forma de vida del agente - aunque no necesariamente por un largo período de tiempo. El concepto de conducta reiterada puede ser visto como conducta repetida, cometida más de una vez. Y conducta profesional existe cuando agente comete el delito de forma organizada y perfeccionada. En la conducta profesional, lo que cuenta no es el número de infracciones, sino la forma en que las comete.

Véase que el legislador abre una excepción, permitiendo el ANPP aun cuando existieren elementos probatorios de reincidencia, habitualidad, reiteración o profesionalismo. Ello ocurre cuando las infracciones penales pretéritas fueren consideradas insignificantes. Esa excepción también abre posibilidades de dudas interpretativas, pues, en Brasil, el principio de la insignificancia suele ser considerado como una causa de exclusión de la tipicidad. Por lo tanto, se la conducta anterior no es típica, tampoco es infracción penal. Lo que es una contradicción difícil de resolver. Quizá la mejor interpretación repose en la de posibilidad una evaluación, en cada caso, sobre la baja gravedad de las infracciones anteriores, permitiendo eventualmente el acuerdo.

4.8. NO SE ADMITE EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL CUANDO EL AGENTE YA TENGA CELEBRADO ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL, TRANSACCIÓN PENAL O SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE PROCESO EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS (CPP, ART. 28-A, § 2º, III):

En el mismo sentido de la prohibición anterior, el legislador realizó una política criminal de no beneficiar las personas que ya tengan sido alcanzadas por las agencias de persecución penal. Así, caso alguien ya tenga celebrado alguna modalidad de acuerdo penal anterior (acuerdo de no persecución penal, transacción penal o suspensión condicional del proceso), no podrá obtener nuevo ANPP, por el plazo de cinco años.

Aquí se refuerza la idea de que el acuerdo es reservado para las personas que, por la primera vez, han se involucrado en actividades criminales. En suma, el ANPP no es para los que reiteran las conductas delictivas.

4.9. PARA CELEBRAR EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL EL AGENTE DEBE CONFESAR CIRCUNSTANCIADAMENTE LA PRÁCTICA DEL DELITO (CPP, ART. 28-A, § 2º, III):

También es un requisito subjetivo para la celebración del acuerdo de no persecución penal que el imputado confese circunstanciadamente la comisión del delito que se investiga. Esa confesión deberá hacerse en la presencia del Miembro del Ministerio Público y el investigado deberá estar acompañado de su abogado. Existe recomendación de que ella sea grabada en audio y video.

La confesión no puede ser una declaración "magra"⁴⁰, sin contenido, simplemente confirmando el objeto de la investigación. Debe ser algo detallado, acompañado de una narración coherente y convincente, con el fin de traer buenas razones y seguridad en el sentido de su veracidad.

Esta confesión tiene dos aspectos que la hacen importante.

⁴⁰En sentido crítico a la admisión de confesiones "magras" para la celebración de acuerdos penales, cf.: SCHÜNEMANN, B. Cuestiones Básicas (...) Ob. Cit., pp. 406-407.

El primer es que - si es creíble y detallada- presenta al miembro del Ministerio Público un fundamento sólido en el sentido de que - al celebrar el acuerdo- no se está practicando una injusticia contra un inocente. Esta confesión refuerza la justa causa que ya existía para el ofrecimiento del escrito de acusación. También confiere al defensor la tranquilidad necesaria de que, al orientar a su cliente o asistirlo en la celebración del acuerdo, no está realizando una mala orientación jurídica. Muy por el contrario, está buscando un camino menos gravoso y más beneficioso, que el de responder por el delito en un proceso penal, en el que existe una alta probabilidad de ser condenado.

El segundo aspecto importante es que proporciona al Ministerio Público - en caso de incumplimiento del acuerdo- más un elemento de información, que puede servir como corroborante de las pruebas producidas en el proceso penal contradictorio (CPP, art. 155), como fuente de información para la búsqueda de nuevos elementos probatorios y también como elemento de contraste en relación con los testimonios aparentemente falsos dados en el proceso penal, en caso de que, evidentemente, ocurra el incumplimiento del ANPP.

5. LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL

Una vez presentes los requisitos objetivos y subjetivos, caso el imputado y el Ministerio Público decidan realizar el acuerdo de no persecución penal, es imprescindible que cada parte asuma sus respectivos compromisos.

El Ministerio Público asume básicamente el compromiso de no presentar el escrito de acusación en contra el investigado y, una vez cumplida la parte del imputado, solicitar al juez la extinción de la punibilidad del delito.

Ya el investigado puede asumir distintas condiciones que deben ser establecidas en el momento de la celebración del acuerdo, cuyas posibilidades están previstas en el artículo 28-A del Código de Proceso Penal brasileño.

Vale la pena hablar un poco más sobre esas obligaciones que pueden ser asumidas, aisladas o cumulativamente.

Elas son las siguientes:

5.1. REPARAR EL DAÑO O RESTITUIR LA COSA A LA VÍCTIMA, A MENOS QUE NO TENGA CONDICIONES DE HACERLO (CPP, ART. 28, I):

Esa quizá sea una de las condiciones más importantes del acuerdo de no persecución penal, ya que da voz y oportunidad al ofendido, reforzando el fuerte movimiento actual de redescubrimiento de víctimas. Es cierto que la pretensión de Justicia que debe ser inherente a toda persecución penal no se realiza a plenos pulmones sin la debida atención a la víctima. La reparación del daño tiene especial importancia en ese sentido.

La reparación debe comprender el daño material y moral, conforme orientación del art. 5º, V y X, de la Constitución de la República.

El daño material comprende dos figuras (CC, art. 402): (i) el lucro cesante, sustanciado por la pérdida o reducción de los ingresos económicos de una persona natural o jurídica y de los que eventualmente dependan de ella; y (ii) el daño emergente, consistente en los gastos y costas que resulten del propio hecho, tales como gastos con tratamientos médicos, fisioterapéuticos, psicológicos, odontológicos, gastos de inhumación y funeral, entre otros⁴¹.

El daño moral incluye: (i) indirectamente los daños económicos, que no son precisamente materiales, pero que afectan negativamente al patrimonio del perjudicado, como es el caso del desprestigio, que puede reducir o alejar a los

⁴¹AGUERO RAMÓN-LLIN, E. *Las Indemnizaciones de las Víctimas de Accidentes de Tráfico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 17.

clientes, por ejemplo; y (ii) el daño puramente moral, consistente en el sufrimiento, la pena, la amargura, la tristeza, el luto, incluidos los dolores físicos, psíquicos o espirituales, el ultraje al honor, resultantes del delito y que deben ser indemnizados a la luz del *pecunia doloris*, el precio del dolor⁴².

5.2. *LA RENUNCIA VOLUNTARIA A BIENES O DERECHO APUNTADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTOS, PRODUCTO O PROVECHO DEL DELITO (CPP, ART. 28-A, II):*

Caso sean aprehendidos instrumentos de naturaleza ilícita o identificados bienes que constituyen producto o provecho del delito, el agente deberá renunciar voluntariamente a su propiedad, reforzando la función preventiva del acuerdo, tornando más rápida la indemnización a la víctima y evitando que bienes ilícitos regresen a circular en la sociedad.

5.3. *PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD O A ENTIDADES PÚBLICAS, POR PERÍODO CORRESPONDIENTE A LA PENA MÍNIMA CAMINADA AL DELITO, DISMINUIDA DE UN A DOS TERCIOS (CPP, ART. 28-A, III):*

Esa es una condición que tiene mucha importancia desde una perspectiva preventiva y que, de alguna forma, mimetiza eventual pena restrictiva de derechos que sería impuesta al agente, caso condenado. Claro, con la previsión de una disminución de un a dos tercios de la pena mínima, de modo que constituya una ventaja para el agente, al cumplir período bien inferior a lo que podría ser impuesto en una sentencia condenatoria. Esta disminución deberá hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto y de la culpabilidad del delito investigado.

5.4. *EL PAGO DE PRESTACIÓN PECUNIARIA, A ENTIDAD PÚBLICA O DE INTERESE SOCIAL (CPP, ART. 28-A, IV):*

En la previsión de pago de prestación pecuniaria también se anticipa eventual pena restrictiva de derechos que podría ser eventualmente imposta al agente, caso condenado. Esa obligación tiene la ventaja de ser una prestación simple y rápida de ser cumplida. Desde una perspectiva preventiva, no parece tener la potencialidad que tiene la prestación de servicios a la comunidad (que normalmente involucra una reflexión más profunda por el agente).

Tiene la ventaja también de colaborar con el desarrollo de proyectos sociales y de interés público, especialmente cuando vinculados a la protección del bien jurídico protegido por el tipo penal cometido. Por ejemplo, en un delito ambiental, se puede establecer multa para un fondo de protección ambiental o para entidades con esa finalidad.

5.5. *CUMPLIR OTRA CONDICIÓN ESTIPULADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO, DESDE QUE PROPORCIONAL Y COMPATIBLE CON LA INFRACCIÓN PENAL APARENTEMENTE PRACTICADA (CPP, ART. 28-A, V):*

Aquí el legislador dejó una cláusula abierta para fijar medidas que no se incluyan en las anteriores (*numerus apertus*), dejando a la negociación entre las partes identificar la medida más adecuada.

⁴²ROIG TORRES, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 211-212.

Hay, sin embargo, dos restricciones que están previstas en la Ley. La medida debe ser proporcional – debe mantener una relación de gravedad proporcional al injusto cometido –, además debe ser compatible con el tipo penal imputado.

6. LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL ACUERDO Y LAS CONSECUENCIAS DE SU (IN)CUMPLIMIENTO

Existiendo un acuerdo entre el Ministerio Público y el imputado, auxiliado por su defensor, será realizado un acuerdo formal, en que serán establecidas, de forma clara, las obligaciones de las partes.

Entonces, ellas deberán enviar el acuerdo para eventual homologación judicial. El juez examinando el acuerdo, analizará si están cumplidos los requisitos subjetivos y objetivos para su celebración, así como verificará si las cláusulas están de acuerdo con los parámetros establecidos por la ley.

Caso no existan ilegalidades, el juez designará una audiencia, en que verificará la voluntariedad del acuerdo, oyendo el agente, acompañado de su defensor (CPP, art. 28-A, § 4º).

Constatando la voluntariedad, el juez homologa el acuerdo y, después, se puede iniciar su ejecución, con el cumplimiento voluntario de las condiciones por parte del investigado. Una vez cumplidas todas las condiciones, el juez debe declarar la extinción de la punibilidad del delito que fue objeto del acuerdo de no persecución penal.

Caso el agente, de manera injustificada, no cumpla el acuerdo, habrá su rescisión y el Ministerio Público presentará el escrito de acusación, siguiendo el caso el procedimiento normal de la persecución penal, con amplia defensa y contradictorio y con derecho a eventuales recursos previstos en la ley, es decir, un proceso penal *full trial*.

7. CONSIDERACIONES FINALES

El presente artículo tuvo por objetivo, inicialmente, contextualizar las posibilidades de acuerdos en el proceso penal y después hacer un estudio más detallado sobre el acuerdo de no persecución penal, previsto en el art. 28-A del Código de Proceso Penal brasileño.

Como balance final, creo que, desde luego, es importante que no se tenga perjuicios en contra la posibilidad del uso de acuerdos en el proceso penal. Aunque sea muy bonito y fácil defender que todos los casos deben tener un proceso penal completo, con todas las garantías y amplia defensa. Y aunque nadie tenga duda que esa es efectivamente una situación ideal. Es cierto que la defensa de ese modelo tradicional involucra una opción político criminal muy problemática, una vez que puede perpetuar situaciones de injusticia, sea por la impunidad, sea por juzgamientos tardíos e inadecuados.

La solución del acuerdo en el ámbito procesal penal, aunque no sea propiamente una novedad, tiene una potencialidad de traer aspectos positivos en la persecución penal, incluso una intervención penal menos dura.

La grande cuestión, por lo tanto, no es tanto si se debe o no adoptar un sistema de acuerdos en determinado país, pero sí cual es el modelo de acuerdo, como se puede tomar cautelas para disminuir las chances de injusticia y hasta que punto se puede permitir que el acuerdo llegue (¿debe, por ejemplo, involucrar la posibilidad de medidas privativas de libertad?). Creo que es ese el debate que se debe llevar a cabo. Pero eso es tarea para ser realizada en otro sitio. El presente artículo solamente tuvo el objetivo de presentar una posibilidad de configuración del sistema penal, por medio del acuerdo de no persecución penal. No es la única. Quizá no sea la mejor. Seguramente, no es la peor.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUERO RAMÓN-LLIN, E. *Las Indemnizaciones de las Víctimas de Accidentes de Tráfico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ALSCHULER, A.W. "Guilty Plea: Plea Bargaining", *Encyclopedia of Crime Justice*, 2º vol., 2ª ed., DRESSLER, J. (org.), Thomson, New York, 2002.
- ALSCHULER, A.W. "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 36, n. 1, Autumn, 1968.
- ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesuales penales: La justicia penal en Europa y América, Madrid, Barcelona*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.
- BARONA VILAR, S. *Mediación penal: Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- BINDER, A. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017.
- BOVINO, A. *Problemas del Derecho Procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- CABRAL, R.L.F. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*, 4ª ed., JusPodivm, São Paulo, 2023.
- COSTA ANDRADE, M. "Consenso e Oportunidade: Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo", in: *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988.
- CUERDA ARNAU, M.L.; GORRIZ GOYO, E.; VIVES ANTÓN, S.T. "La Colaboración del imputado en los delitos de tráfico de drogas", in: *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, Henning, Erfurt, 1799.
- GÓMEZ COLOMER, J.L.; ESPARZA LEIBAR, I. & PÉREZ CEBADERA, M.Á. *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, GÓMEZ COLOMER, J.L. (org.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GRECO, L. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- HERMAN, N. *Plea Bargain*, 2ª ed., LexisNexis, Newark, 2004.
- HRUSCHKA, J. "Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts", in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlin, 2011.
- KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2016.
- LANGER, M. "From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargain and the Americanization thesis", in: *criminal procedures, in World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Carolina Academic Press, Durham, 2010.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. "La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173 del Código Penal)", *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, nº 12, 2010.
- ROIG TORRES, M. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1., 5ª ed., De Gruyter, Berlin, 2020.
- ROXIN, C. & SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*, 27ª ed., Beck, Munich, 2012.
- SCHÜNEMANN, B. "Crítica al modelo norteamericano de proceso penal", in: *Obras*, vol. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.
- SCHÜNEMANN, B. "Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global", in: *Obras*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

- SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Hudson v. United States* [272 U.S. 451 (1926)], disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/272/451.html>, aceso en: 28/04/23.
- THAMAN, S.C. "Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases", *General Reports of the XVIITH Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2007.
- WEIGEND, T. "Das 'Opportunitätsprinzip' zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 109, 1997.