

# Trincheira

## DEMOCRÁTICA

Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal



Coluna Processo Penal e Democracia por  
Loïc Wacquant: "Notas sobre a raça como  
etnia denegada" P. 12

Múltiplos Olhares com Profa.  
Maria Elizabeth Queijo. P. 28

Fotografia de Capa Kiko Silva

ISSN 2675-2689 (Impresso) ISSN 2675-3189 (Online)

 **IBADPPP**  
Instituto Baiano de Direito Processual Penal



# Trincheira

DEMOCRÁTICA

Boletim Revista do Instituto Baiano  
de Direito Processual Penal

Ano 7 - N.º 32, Abril/2024  
ISSN: 2675-2689 (impresso)  
ISSN: 2675-3189 (online)

## EXPEDIENTE

### Conselho editorial

Ana Cláudia Pinho, Elmir Duclerc  
e Vinícius Romão

### Comitê editorial

Jonata Wiliam Sousa, Thaís Salles, Flávia Pinto,  
Anna Luiza Lemos, Beatriz Candeias, Carolina  
Neris e Daniel Lima.

### Coordenação da edição

Flávia Silva Pinto Amorim

### Edição

Luara Lemos

### Projeto Gráfico

Bianca Vatiele Ribeiro e Mariana Chagas

### Diagramação e editoração

Mariana Chagas

### Fotografia de Capa

Kiko Silva | @kikosilva

### Selo Trincheira Democrática

Túlio Carapiá (ilustração)

Avenida Tancredo Neves, n. 620, Caminho  
das Árvores, CEP 41.820-020, Condomínio  
Mundo Plaza, Torre Empresarial, 5º andar,  
sala 510, Salvador - Bahia

**Periodicidade:** Bimestral

**Impressão:** Impactgraf

## CONTATO

www.ibadpp.com.br

publicacoes@ibadpp.com.br



## ASSOCIE-SE AO IBADPP PARA RECEBER O BOLETIM TRINCHEIRA DEMOCRÁTICA

Para se associar e receber as edições físicas do Boletim Trincheira Democrática é preciso ser professor e/ou possuir artigo científico publicado na área das ciências criminais. Participe: <http://www.ibadpp.com.br/associar>.

O Instituto Baiano de Direito Processual Penal é uma associação civil sem fins econômicos que tem entre as finalidades defender o respeito incondicional aos princípios, direitos e garantias fundamentais que estruturam a Constituição Federal. O IBADPP promove o debate científico sobre o Direito Processual Penal por meio de publicações, cursos, debates, seminários, etc., que tenham o fenômeno criminal como tema básico.



Instituto Baiano de Direito Processual Penal

## Diretoria Executiva

**Presidente:** Lucas Carapiá

**Vice-Presidente:** Thaize de Carvalho

**Secretária Geral:** Fernanda Ravazzano

**Secretário Adjunto:** Jonata Wiliam Sousa

**Tesoureiro:** Gustavo Gomes Brito

## Conselho Consultivo Estadual

Luiz Gabriel Batista Neves, Mariana Madera,  
Mônica Antonieta Magalhães, Rebecca Santos e  
Sebastian Mello

## Conselho de Representação Nacional

Marina Cerqueira, Rômulo Moreira e Vinícius Assumpção

## Departamentos

**Cursos - Coordenadora Geral:** Lavinie Eloah;

**Coordenadora Adjunta:** Luciana Monteiro;

**Membras(os):** Soraia Ramos, Armando Mesquita e  
Akhenaton Argolo

**Publicações - Coordenadora Geral:** Thaís

Salles; **Coordenadora Adjunta:** Flávia Pinto;

**Membras(os):** Anna Luíza Lemos, Beatriz Candeias,

Carolina Neris e Daniel Lima.

## Ações perante os Tribunais - Coordenador Geral:

Maurício Saporito; **Coordenadora Adjunta:**

Mariana Madera; **Membras(os):** Jacinto Coutinho,

Rafaela Alban, Caio Hita, Luis Colavolpe e

Rafael Santana

## Relações com as Instituições - Coordenadora

**Geral:** Monica Antonieta; **Coordenador Adjunto:**

Gabriel Andrade

## Comunicação - Coordenadora Geral:

Bianca Nogueira; **Coordenadora Adjunta:** Karen Baraúna;

**Membras(os):** Rebecca Santos e João Brasil

## Assessoria da Presidência:

Bruno Leonardo  
Valverde

## Grupo de Estudos em Feminismos e Processo Penal-

**Coordenadora Geral:** Laís de Almeida Lacerda;

**Coordenadora Adjunta:** Charlene Borges

## Observatório da Equidade - Firmiane Venâncio;

Charlene Borges; Cleifson Dias; Marinho Soares;

Carolina Neres

## Eventos - Coordenador Geral:

Ismar Nascimento;

**Coordenadora Adjunta:** Amanda Quaresma;

**Membras(os):** Carolina Neres, Karla Oliver,  
Luciana Silva e André Maia

# EDITORIAL

## *Nemo tenetur: meu corpo, nossas regras?*

Entre os diversos aspectos que circundam o caso do menor Jorge Teixeira da Silva (“Caso Jorge”), vítima de homicídio, chamou atenção a recusa manifestada por Maycon Cruz, pai da criança e acusado, de se submeter à coleta de material genético. Embora tenha sido denunciado, o Ministério Público afirmara que a participação de Maycon no homicídio não teria sido confirmada por duas razões: (i) ausência de testemunhas diretas; (ii) negativa do acusado a fornecer material genético para comparar os vestígios coletados no corpo do menino (sêmen e sangue) (O Globo, 2022).

O desenvolvimento da tecnologia tem permitido o surgimento de sofisticados meios de prova e de obtenção de prova e, nesse contexto, certas medidas que implicam em um mero tolerar passivo do indivíduo podem se mostrar mais invasivas em comparação a outras práticas exigentes de um colaborar ativo (Carvalho, 2023, p. 81-82). Esse cenário abre portas para falarmos sobre as intervenções corporais, que são classificadas como invasivas e não invasivas. As primeiras gerariam uma intromissão de maior extensão no corpo humano e as segundas seriam as interferências superficiais, de pouca perturbação à estrutura física do indivíduo.

O ponto nevrálgico do debate emerge quando analisado à luz dos direitos e garantias fundamentais individuais, os quais devem ser observados e cumpridos, muito embora nem sempre isso seja feito de forma absoluta. Do “Caso Jorge”, depreende-se um exemplo da existência de limitações para submissão do acusado à atividade probatória, enquanto meio de prova, notadamente em atenção ao princípio da dignidade humana e ao direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Por outro lado, ainda que sob uma ótica utilitarista, também se leva em consideração a questão do *ius puniendi* estatal e o interesse coletivo pela busca de uma verdade processualmente válida.

De todo modo, ao tratarmos de intervenções corporais, a discussão transpõe o mero reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* e deságua na necessidade de definição da sua compre-

ensão e alcance, isto é, a demarcação da respectiva área de tutela que suscita dificuldades (Andrade, 1992, p. 131).

À medida em que nos afastamos da visão abstrata do tema e nos aproximamos da zona de fronteira entre o estado do acusado enquanto sujeito processual e como meio de prova, nos deparamos com um cenário cinzento. Não raramente, torna-se difícil decidir: quando se está ainda no âmbito de um exame, revista, acareação ou reconhecimento, admissíveis mesmo se coercitivamente impostos; ou quando, inversamente, se invade o campo da inadmissível autoincriminação coercitiva (Andrade, 1992, p. 127).

Para tanto, tem-se aplicado a regra geral da proporcionalidade sob a observação de requisitos intrínsecos (adequação e necessidade) e da proporcionalidade em sentido estrito. No entanto, a tarefa da proporcionalidade é difícil, pois objetiva encontrar o ponto em que, diante do caso concreto, direitos fundamentais podem ser suprimidos ou, da perspectiva persecutória, até em qual medida esse interesse pode adentrar à esfera jurídica do indivíduo (Moraes, 2008, p. 40). A esse respeito, Gustavo Badaró sinaliza que essa regra vem sendo banalizada com a básica referência ao conflito entre “direito individual do acusado *versus* direito da sociedade, em especial o direito à segurança” (Badaró, 2023, p. 46-49).

Enquanto as soluções para essa compatibilidade ainda se encontram nebulosas, a tecnologia avança e novas técnicas de neurociência surgem como exemplos concretos de medidas de intervenções corporais, especialmente porque dependem da vontade do indivíduo (uma vez que extraíveis do seu corpo). Recentemente, técnicas para detecção de uma onda chamada P300, obtida em resposta a estímulos visuais e auditivos, passaram a ser desenvolvidas e utilizadas para fins de investigação criminal fora do Brasil.

O pesquisador Lawrence Farwell desenvolveu a metodologia denominada *brain fingerprinting*, ou uma impressão digital cerebral, em tradução livre. Trata-se de um exame de eletroencefalograma mediante sensores colocados no couro cabeludo, de forma não invasiva, a fim de medir a resposta do

cérebro a certos estímulos que se apresentavam, a exemplo de palavras, fotos e frases. Na prática, “um sistema informático mede e informa se o sujeito conhece ou não os dados a ele mostrados, sendo capaz de revelar se a pessoa presenciou ou viveu uma situação com aquele objeto” (Soares, 2019, p. 17).

No Brasil, sobretudo no campo jurisprudencial, a questão tem suscitado diferentes posturas. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem reafirmado a resistência de uma intervenção corporal não consentida e prestigiado a vedação à autoincriminação – inclusive, os julgados são no sentido de que eventual recusa do acusado em se submeter à intervenção corporal para coleta de elemento probatório não pode ser valorada desfavoravelmente na sentença, nem mesmo equivaler a indício de autoria delitiva (Carvalho, 2023, p. 264).

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a posição tem sido ainda mais garantista, eis que contrária a qualquer violação ao *nemo tenetur*. Como exceção, ilustra-se o julgamento do HC n.º 162.703-RS, no qual destacou-se a orientação da Corte Superior no sentido de que a extração de dados orgânicos de objetos descartados e a arrecadação consentida de elemento biológico não representam métodos invasivos da intimidade (STJ, 2022).

A partir desses aportes, ao menos sob a perspectiva do tema no Brasil, a negativa de Maycon, pai de Jorge, em fornecer material genético para comparação encontra proteção no princípio da dignidade humana e do *nemo tenetur se detegere*, apesar de se considerar o interesse coletivo dado o bem jurídico protegido no caso concreto. Isso porque, quando vista a questão sob a ótica dos direitos fundamentais do indivíduo, o princípio *nemo tenetur se detegere* não comporta discontinuidades, sequer graduações (Andrade, 1992, p. 131-132).

O propósito dessa edição é ampliar os nossos horizontes sobre a importância desse debate e, para isso, contamos com as contribuições de Maria Elizabeth Queijo, por meio da riquíssima entrevista dada à coluna *Múltiplos Olhares*, e de Maria Paes Barreto Carvalho, que nos presenteou com o artigo intitulado “Os parâmetros da Corte Europeia de Direitos Humanos para autorizar intervenções corporais coercitivas à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*” na coluna *Ponto e Contraponto*.

Além disso, somam-se as temáticas tratadas nas colunas *Elas no Front* e *Processo Penal e Democracia*, por Gisela Aguiar Wanderley (“Busca pessoal e discriminação indireta: breves apontamentos à tese fixada no HC 208.240/SP”) e por Loïc Wacquant (“Notas sobre a raça como etnia denegada”), respectivamente.

Também contaremos com os artigos de Luiz Eduardo Cani (“Inteligência financeira versus sigilo fiscal e bancário: atualização do *big* processo inquisitório”), Lara Lino Ferreira de Oliveira e Clarissa Diniz Guedes (“O saber policial durante a ditadura militar e sua influência no processo penal contemporâneo”), Gustavo Brito (“Crimes imortais e o autoritarismo inquisitório”), Bianca Monteiro de Castro Fernandes (“Persistência do processo penal burocrático brasileiro”) e Fabiano Sanmartin Fernandes (“A imprevisão, imprecisão e impropriedade da prisão preventiva”).

Boa leitura!

**Flávia Silva Pinto Amorim**

---

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso em Habeas Corpus n.º 162.703/RS**. Recorrente: Gustavo Santos. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 13 de setembro de 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=164831468&registro\\_numero=202200876561&peticao\\_numero=&publicacao\\_data=20221006&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=164831468&registro_numero=202200876561&peticao_numero=&publicacao_data=20221006&formato=PDF). Acesso em: 12 maio 2024.
- CARVALHO, Maria Paes Barreto de Araujo. **Intervenções corporais coercitivas e o direito de não produzir provas contra si mesmo**: análise à luz dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023.
- MORAES, Maurício Zanoide de. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de.; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29-55.
- O GLOBO. **Pais são denunciados pelo MP por estupro e morte de filho, no Espírito Santo**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/08/pais-sao-denunciados-pelo-mp-por-estupro-e-morte-de-filho-no-espírito-santo.ghtml>. Acesso em: 25 abr. 2024.
- SOARES, Marcos José Porto. **A neurociência como instrumento para a valoração racional da prova**. Tutor: Dr. Daniel González Lagier. Trabajo final de máster en Razonamiento Probatorio. Universitat de Girona, 2019.

## Indicações da Edição:



O livro “**O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**”, de Maria Elizabeth Queijo.



A série documental “**O assassinato de Yara Gambirasio**”, dirigida por Marco Tullio Giordana



O podcast “**Criminal Player #96 | Nemo tenetur se detegere com Alexandre e Aury**”, produzido pela Criminal Player.

## SUMÁRIO

- 7 **COLUNA PONTO E CONTRAPONTO POR MARIA PAES BARRETO DE ARAÚJO CARVALHO**  
OS PARÂMETROS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS PARA AUTORIZAR INTERVENÇÕES CORPORAIS COERCITIVAS À LUZ DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*
- 

- 9 **COLUNA ELAS NO FRONT COM GISELA AGUIAR WANDERLEY**  
BUSCA PESSOAL E DISCRIMINAÇÃO INDIRETA: BREVES APONTAMENTOS À TESE FIXADA NO HC 208.240/SP
- 

- 12 **COLUNA PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA POR LOÏC WACQUANT**  
NOTAS SOBRE A RAÇA COMO ETNIA DENEGADA
- 

- 16 **LIRISMOS INSURGENTES**
- 

### ARTIGOS

---

- 17 INTELIGÊNCIA FINANCEIRA *VERSUS* SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO: ATUALIZAÇÃO DO *BIG* PROCESSO INQUISITÓRIO
- 19 O SABER POLICIAL DURANTE A DITADURA MILITAR E SUA INFLUÊNCIA NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO
- 22 CRIMES IMORTAIS E O AUTORITARISMO INQUISITÓRIO
- 24 PERSISTÊNCIA DO PROCESSO PENAL BUROCRÁTICO BRASILEIRO
- 26 A IMPREVISÃO, IMPRECISÃO E IMPROPRIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA
- 28 **MÚLTIPLOS OLHARES COM MARIA ELIZABETH QUEIJO**
-

# Ponto<sub>e</sub> .CONTRAPONTO

Por *Maria Paes Barreto de Araújo Carvalho*

## Os parâmetros da Corte Europeia de Direitos Humanos para autorizar intervenções corporais coercitivas à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*

O princípio *nemo tenetur se detegere* representa o direito contra a autoincriminação do investigado/acusado e assegura ao sujeito o direito de não produzir provas contra si mesmo (Queijo, 2003, p. 01). Historicamente, o princípio esteve umbilicalmente ligado ao direito do acusado de se negar a falar – o chamado “direito ao silêncio” –, dado que a colheita de depoimentos do acusado durante muitos anos foi praticamente o único meio de prova possível ao longo da persecução penal, sendo a confissão vista como a rainha das provas (Haddad, 2005, p. 102; Badaró, 2003, p. 105).

Com o avanço da tecnologia, novos e modernos meios de prova e de obtenção de prova foram surgindo, como, por exemplo: coleta de fios de cabelo, de sangue ou saliva para testes de DNA; exames ginecológicos para comprovação de delitos sexuais; coleta de amostras de sangue e urina para exames de dosagem alcoólica ou de outras substâncias entorpecentes, entre outros. Essas medidas são chamadas de intervenções corporais.

O conceito de intervenções corporais não é pacífico,<sup>1</sup> mas, para fins do presente artigo, entende-se que “são diligências investigativas que visam retirar do corpo do sujeito passivo elementos de prova necessários à investigação da ocorrência de um fato delituoso e de sua autoria, importando em afetação da integridade física do indivíduo a elas submetido” (Carvalho, 2023, p. 91).

Desse quadro emerge a seguinte dúvida: o princípio *nemo tenetur se detegere*, historicamente tão ligado ao direito ao silêncio, também alcança as

intervenções corporais, meios de obtenção de prova que diferem das declarações orais e verbais do investigado/acusado? Ou seja, à luz da garantia de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, tem o investigado/acusado o direito de recusar a se submeter a intervenções corporais ou essas medidas podem ser executadas coercitivamente?

A Corte Europeia de Direitos Humanos, desde a década de 1960, vem analisando a possibilidade de execução de intervenções corporais coercitivas aos olhos do princípio *nemo tenetur se detegere*<sup>2</sup> e estabelecendo os parâmetros que devem ser utilizados para tanto.<sup>3</sup> Ao longo de seus julgados, a Corte decidiu que à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* é possível a utilização de evidências obtidas contra a vontade do investigado/acusado – inclusive de elementos de prova colhidos de seu próprio corpo, como amostras de sangue para exame de alcoolemia ou DNA, urina, saliva, entre outros – em investigações ou processos penais, contanto que tais evidências existam independentemente da vontade do suspeito.

<sup>2</sup> A Convenção Europeia de Direitos Humanos não prevê expressamente a garantia contra autoincriminação, mas, segundo o entendimento já pacificado pela própria Corte, essa garantia está implícita na ideia de processo equitativo, justo, trazida pelo artigo 6º, §1º, da Convenção. Nesse sentido, ver: caso *Saunders v. Reino Unido*; caso *Heaney and McGuinness v. Irlanda*; caso *J.B. v. Suíça*; caso *Allan v. Reino Unido*; e caso *Jalloh v. Alemanha* (Carvalho, 2023, p. 94-95).

<sup>3</sup> A análise subsequente dos julgados e parâmetros da Corte Europeia de Direitos Humanos baseia-se no estudo dos seguintes casos: *Caso X v. República Federativa da Alemanha*, *Caso X v. Holanda*, *Caso X v. Áustria*, *Caso Acmanne e outros v. Bélgica*, *Caso Peters v. Holanda*, *Caso Saunders v. Reino Unido*, *Caso Schmidt v. Alemanha*, *Caso Jalloh v. Alemanha*, *Caso Bogumil v. Portugal*, *Caso Boyce v. Irlanda*, *Caso Yuriy Volkov v. Ucrânia*, *Caso R.S. v. Hungria* (Carvalho, 2023, p. 97-160).

<sup>1</sup> Para diferentes conceitos sobre intervenções corporais, ver: Mellado, 1989, p. 137; Serrano, 1990, p. 290; Amigo, 2003, p. 26; Guridi, 1999, p. 64; Queijo, 2013, p. 290.

Para garantir que a execução de intervenções corporais coercitivas não afete outros direitos do sujeito passivo e, assim, o elemento probatório obtido não seja considerado prova ilícita, a Corte estabelece os seguintes parâmetros para previsão, determinação e execução da medida – tanto à luz do princípio *nemo tenetur se detegere* como também do direito ao respeito pela vida privada e familiar,<sup>4</sup> sempre levando em consideração o combate à tortura e a outros tratamentos desumanos e/ou degradantes:<sup>5</sup> (i) existência de previsão legal;<sup>6</sup> (ii) necessidade e objetivos da medida de acordo com uma sociedade democrática;<sup>7</sup> (iii) o crime investigado deve ser grave e sério;<sup>8</sup> (iv) existência de indícios fortes, além da dúvida razoável, de autoria; (v) autorização motivada de autoridade competente;<sup>9</sup> (vi) execução da medida por médico; (vii) execução da medida da maneira menos invasiva e mais leve possível;<sup>10</sup> (viii) a intervenção não pode implicar risco à saúde ou sofrimento ao sujeito passivo; e (ix) a intervenção não pode caracterizar procedimento vexatório ou humilhante. Os dois últimos parâmetros estão ligados à preservação da dignidade humana da pessoa sujeita à intervenção, a fim de, segundo os julgados da Corte, garantir que a intervenção corporal coercitiva, justamente por ser executada “à força”, não acabe equiparada à tortura ou a outro tratamento desumano ou degradante. Para tanto, a Corte alerta que devem ser observadas, no caso concreto, as circunstâncias da situação, a duração do procedimento, os seus efeitos físicos e psicológicos e, em algumas situações, o sexo, a idade e a saúde da pessoa envolvida (Carvalho, 2023, p. 169-172).

<sup>4</sup> A vida privada e familiar é protegida pelo artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

<sup>5</sup> Tortura e outros tratamentos desumanos e/ou degradantes são vedados pelo artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

<sup>6</sup> Para a Corte, previsão legal abrange, além de leis, portarias, decretos, regulamentos etc.

<sup>7</sup> Segundo a Corte, isso engloba a aplicação do princípio da proporcionalidade e a ideia de *última ratio*, ou seja, inexistência de outro meio menos invasivo capaz de alcançar o objetivo visado.

<sup>8</sup> No caso *Jalloh v. Alemanha*, a Corte utilizou o *quantum* da pena aplicada ao crime investigado para avaliar a seriedade do delito, mas não definiu o que entende por “crime grave e sério”.

<sup>9</sup> A Corte impõe que as intervenções corporais coercitivas sejam sempre determinadas por autoridade competente para tanto, apesar de não definir se tal autoridade deve ser juiz, promotor ou delegado de polícia, por exemplo, facultando expressamente essa determinação à legislação local de cada país.

<sup>10</sup> Em diversas passagens dos julgados aqui expostos, a Corte se refere à extração compulsória de sangue e saliva, a exames de raio-x e endoscopia, entre outras intervenções corporais, como procedimentos insignificantes ou inofensivos. Ainda assim, estabelece que, entre tais procedimentos, deve ser sempre realizado o mais insignificante e menos ofensivo possível.

Conclui-se, assim, que a Corte Europeia de Direitos Humanos entende que o princípio *nemo tenetur se detegere* não impede a execução de intervenções corporais coercitivas, para fins de obtenção de prova em investigações e processos penais, desde que observados os parâmetros acima.

## REFERÊNCIAS

AMIGO, Luis Gómez. **Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.

BADARÓ, Gustavo H. R. H. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Maria Paes Barreto de A. **Intervenções corporais coercitivas e o direito de não produzir provas contra si mesmo**: análise à luz dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023.

GURIDI, José Francisco Etxeberria. **Las intervenciones corporales**: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal – inspecciones, registros y extracción de muestras corporales. Madrid: Trivium, 1999.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

MELLADO, José Maria A. **Prueba prohibida y prueba preconstituida**. Madrid: Trivium, 1989.

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

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.



**MARIA PAES BARRETO DE ARAUJO CARVALHO**

Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP/SP). Doutoranda em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP/SP). *Visiting Scholar* na Columbia Law School. Advogada criminalista.



Coluna

# ELAS NO FRONT

## Busca pessoal e discriminação indireta: breves apontamentos à tese fixada no HC 208.240/SP

Por **Gisela Aguiar Wanderley**

Em 11 de abril deste ano, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 208.240/SP, fixou a seguinte tese: “A busca pessoal independente de mandado judicial deve estar fundada em elementos indiciários objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física”.

Essa tese se alinha ao entendimento já antes fixado, em abril de 2022, pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 158.580/BA: “Exige-se, em termos de *standard* probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência”.

Ambos os precedentes indicam a ilegalidade da busca pessoal executada de modo generalizado e exploratório, sem motivo fático concreto. Reconhece-se que a legalidade da medida depende da indicação *expressa* de indícios (ou “elementos indiciários”) de posse de arma proibida ou outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ten-

do em vista o art. 244 do Código de Processo Penal.<sup>1</sup>

Além disso, na tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, acrescenta-se que não é lícita “a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física” (STF, HC 208.240/SP, 2024). Parece-nos que esse acréscimo deve ser bem compreendido.

Para que a busca pessoal seja considerada uma medida discriminatória – embasada na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física –, não é necessário que tal característica subjetiva seja *expressamente* enunciada pelo policial como motivo para a diligência. A natureza discriminatória da medida independe de que ela seja *expressamente* embasada em uma característica subjetiva da pessoa revistada.

A discriminação (de raça, de gênero ou de outra espécie) pode se dar sob a forma *direta* (por meio de uma ação cujo critério é de conteúdo discriminatório) ou sob a forma *indireta* (por meio de uma ação cujo critério não é discriminatório, mas que provoca um resultado discriminatório).

A discriminação indireta é “a que se produz, na esfera pública ou privada, quando uma disposição,

---

<sup>1</sup> CPP, art. 244. “A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.”

um critério ou uma prática, *aparentemente neutro*, é suscetível de implicar uma *desvantagem particular* para as pessoas que pertencem a um grupo específico, a menos que esta disposição, critério ou prática tenha um objetivo ou justificação razoável e legítimo à luz do direito internacional dos direitos humanos”, conforme definição extraída da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância (2013, art. 1º, item 2, sem grifos no original).

A discriminação indireta (ou invisível) foi conceituada sobretudo a partir do caso *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971) pela Suprema Corte dos Estados Unidos. No caso, era controvertida a constitucionalidade de exigência incluída em processo seletivo empresarial para promoção, segundo a qual esta dependia de diploma de segundo grau e nota mínima em teste de conhecimentos gerais. Embora as exigências em si não fossem discriminatórias, produziam um impacto desproporcionalmente negativo sobre os candidatos negros, em razão das disparidades de acesso à educação decorrente do período de segregação oficial extinto poucos anos antes: quase a totalidade dos candidatos que as satisfaziam eram brancos. Reconheceu-se, então, que as exigências eram inconstitucionais – por violação à cláusula da proteção igualitária (*equal protection clause*, positivada na primeira parte da Quarta Emenda à Constituição dos EUA) – em razão do impacto desproporcional sobre um grupo vulnerável (*disparate impact doctrine*), pois não ficou demonstrada correlação razoável das exigências com a atividade a ser exercida.

A vedação à discriminação indireta já foi reconhecida, mais recentemente, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH (*Yatama v. Nicarágua*, 2005 e *Atravia Murillo y otros v. Costa Rica*, 2012), bem como do Supremo Tribunal Federal (ADI 1.946, Plenário, j. 3.4.2003; ADPF 291, Plenário, j. 28.10.2015).

Em relação à abordagem policial, inúmeras pesquisas empíricas<sup>2</sup> apontam, reiteradamen-

te, que a medida incide, desproporcionalmente, sobre jovens negros e pobres. Logo, não é suficiente obstar a manifestação da discriminação *direta*. Diante do *impacto desproporcional* da medida, é essencial obstar a manifestação da discriminação *indireta*.

Daí porque é essencial exigir, para a busca pessoal, (i) a indicação de fatos objetivos e verificáveis, (ii) minimamente corroborados pelos elementos de informação disponíveis, (iii) que permitam inferir, racionalmente, o porte de corpo de delito ou o uso atual ou iminente de arma (a partir de uma regra geral, objetiva, contrastável e aceitável).<sup>3</sup> Se a medida é executada *imotivadamente*, ainda que sem a alusão *expressa* a características subjetivas, abre-se brecha para a discriminação *indireta*.

Logo, as duas exigências contidas na tese fixada no HC 20.240/SP devem ser compreendidas como requisitos *cumulativos* – e não *alternativos* – para a legalidade da busca pessoal. Não basta que a busca pessoal não seja *expressamente* embasada em características *subjetivas* da pessoa revistada (raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física). É sempre necessária a exteriorização de elementos *indiciários objetivos* de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, a fim de motivar racionalmente a execução da medida.

<sup>2</sup> Entre tantas, cf. BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 2, n. 3, p. 134-155, 2008; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira *et al.* Mecanismos de filtragem racial na atividade policial: o caso de Minas Gerais. **38º Encontro Anual da ANPOCS**, p. 1-36, 2014; CAETANO, Lucas *et al.* Como o Policial escolhe um suspeito? **Anais do 8º Encontro da ANDHEP**, 2014; COSTA, Evanira Santos da. **Poder discricionário na cultura policial**: um olhar sobre as práticas do policiamento ostensivo, na região atlântica da cidade de Salvador. Dissertação (Mestrado

em Segurança Pública) – UFBA, Salvador, 2013; LIMA, Elcimar Maria de Oliveira. **Polícia e policiamento**: as ambivalências entre a formação profissional e a prática policial na periferia de Belém. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – UFPA, Belém, 2011; RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito**: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005; SILVA, Gilmar Gomes da. **A lógica da PMDF na construção do suspeito**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – UnB, Brasília, 2009; SINHORETTO, Jacqueline *et al.* A filtragem racial na seleção de suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro *et al.* (Org.). **Segurança Pública e Direitos Humanos**. Pensando a Segurança Pública. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 121-158; TERRA, Livia Maria. **Negro suspeito, negro bandido**: um estudo sobre o discurso policial. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – UNESP, Araraquara, 2010.

<sup>3</sup> Para maior aprofundamento quanto a tais requisitos do standard probatório, cf. WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Busca pessoal**: abordagem e revista policial no Estado de Direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso em Habeas Corpus 158.580-BA**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 19 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação direta de inconstitucionalidade 1.946**. Relator: Ministro Sydney Sanches, 3 de abril de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 291**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 28 de outubro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 208.240-SP**. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de

abril de 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Brasília, DF: Presidente da República 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm). Acesso em: 11 abr. 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Yatama v. Nicaragua**, 2005.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Atravia Murillo y otros v. Costa Rica**, 2012.



### **GISELA AGUIAR WANDERLEY**

Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professora de Direito Penal na Escola Paulista da Magistratura (EPM). Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

# PROCESSO PENAL E DEMO CRACIA

Por Loïc  
Wacquant

## Notas sobre a raça como etnia denegada

Tradução:

André Nicolitt<sup>1</sup>

Eduarda Lorena de Almeida<sup>2</sup>

Jonata Wiliam Sousa da Silva<sup>3</sup>

Raça é possivelmente o conceito mais problemático e volátil das ciências sociais no início do século XXI. Tal conceito é invocado para explicar todos os tipos de fenômenos históricos e questões atuais, da escravidão à brutalidade policial e pobreza acentuada, além de ser utilizado também como um termo de denúncia cívica e de condenação moral. No meu livro, *Racial Domination* (2024), eu exploro pesquisas comparativas e históricas de todo o mundo para jogar água fria analítica nesse tópico tão quente, e infundi-lo com clareza epistemológica, precisão conceitual e amplitude empírica.

Recorro a Gaston Bachelard, Max Weber e Pierre Bourdieu para articular uma série de reenquadramentos voltados a capturar a elaboração do conceito de raça como uma forma de violência simbólica, começando por retirar os Estados Unidos da sua posição Arquimediana nos debates sobre raça. Em seguida, eu forjo um conjunto de novas ferramentas conceituais para repensar o nexos entre classificação e estratificação racial; o continuum entre etnicidade e raça como etnicidade disfarçada, a forma diagonal de racialização e o pentágono da dominação étnico-

-racial, o tabuleiro de xadrez da violência e a dialética da saliência e consequencialidade. Isso me leva a elaborar uma crítica meticulosa de noções populares como “racismo estrutural” e “capitalismo racial” que prometem muito, porém entregam pouco – noções essas que podem até obstacularizar a luta urgente contra a desigualdade racial. Nesse artigo, eu foco no problema epistêmico fundacional, a controversa distinção entre etnia e raça para defender a prioridade lógica e histórica do primeiro conceito e para livrar-se do último como categoria analítica.

Racializar significa (i) *naturalizar*, transformar história em biologia, diferenças culturais em dissimilaridades de essência; (ii) *eternizar*, estipular que as diferenças são duradoras, senão imutáveis no tempo, passado, presente e futuro; (iii) *hierarquizar* ao estabelecer uma classificação ordenada de grupos populacionais; e (iv) *homogeneizar*, perceber e retratar todos os membros da categoria racializada como fundamentalmente parecidos, dotados de uma qualidade essencial que lhes assegura tratamento diferenciado no espaço físico, social e simbólico.<sup>4</sup> Tal como a própria racialização, naturalização, eternalização, hierarquização e homogeneização não são estados ou coisas, mas atividades simbólicas, envolvendo uma relação real e imaginária entre o racializador e o racializado, e um gradiente; no entanto, tendem a ocorrer em ritmo e configuração rigorosamente imbricados entre si. Uma forma paradoxal de racialização é a crença por parte do subordinado, ou por parte dos seus interlocutores autodesignados, de que eles possuem uma essência compartilhada, imutável e uniforme, como variantes do Afropessimismo (Wilderson, 2020), segundo o qual todas as pessoas negras de todas as partes enfrentam para sempre as mesmas forças de antinegitude, independentemente da posição

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa; Professor do PPGD – UNIFG – BA; Professor Adjunto da Faculdade de Direito da (UFF); Juiz de Direito do TJRJ.

<sup>2</sup> Doutoranda em Sociologia pela (UFMG); com período de doutorado sanduíche na Universidade da Califórnia/Berkeley; Mestre em Estudos Latino-americanos pela Universidade de Salamanca; Graduada em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro.

<sup>3</sup> Mestre em Direito Público (UFBA); Especialista em Ciências Criminais (UCSAL); Professor Universitário; Advogado Criminalista.

<sup>4</sup> Para um aprofundamento na discussão, ler: WACQUANT, Loïc. *Racial Domination* (2024).

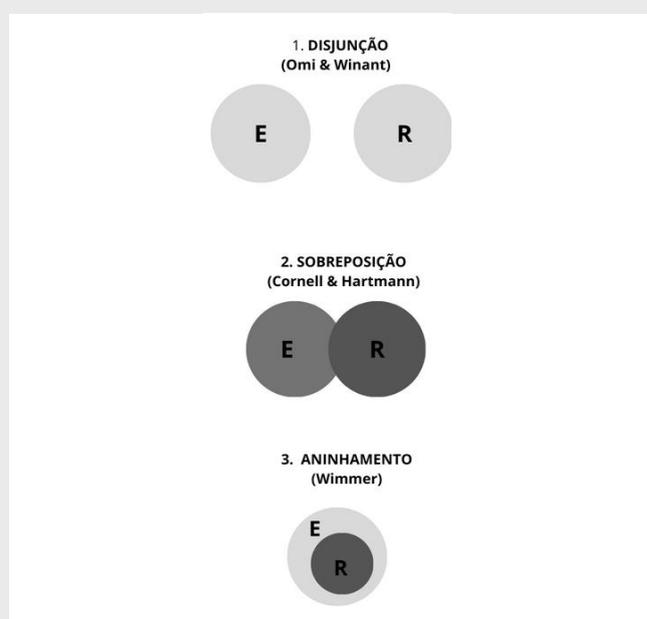
social e dos arranjos institucionais que ocupam, como se essas pessoas, e somente elas, carregassem o fardo ontológico da existência para além da história.

Como podemos capturar a especificidade da questão racial como base diferenciada de classificação e estratificação? Na obra *Racial Domination* (2024), eu estabeleço os lineamentos de uma estrutura que trata a raça como uma *subcategoria paradoxal de etnia*. Paradoxal na medida em que nega ser étnica, isto é, fundamentada pelos acidentes históricos, mas ainda assim revela sê-lo em razão dessa mesma negação (no sentido Freudiano de *Verneinung*). A título de prelúdio, o esclarecimento da tumultuada relação conceitual entre raça e etnia se faz necessária. Stuart Hall (2017, p. 26) notoriamente advertiu que esses dois conceitos “brincam de pique-esconde um com o outro”, mas existem três maneiras comumente aceitas de conceber a relação entre eles: disjunção, interseção e subsunção ou aninhamento (ver Figura 1).

É convencional, nas ciências sociais Anglófonas, representar esses dois princípios de visão e divisão social como *diferentes* e *dissociados*, sendo o primeiro baseado em características culturais (linguagem, religião, normas etc.) e o segundo em características físicas (fenótipo e ancestralidade).<sup>5</sup> Esse posicionamento é exemplificado por Michael Omi e Howard Winant na influente obra *Racial Formation in the United States*, que se esforça arduamente para evitar a “redução” de raça à etnia, classe e nacionalidade, e onde nós lemos: “Raça é um conceito que significa e simboliza conflitos sociais e interesses referenciados por tipos diferentes de corpos humanos” (Omi; Howard, 2024, p. 55)<sup>6</sup>. Esta definição nada mais é do que a inscrição, nas estruturas mentais dos cientistas sociais estadunidenses, das noções populares nascidas das peculiaridades da história norte-americana como uma colônia de ocupação e terra de imigração. A raça como descendência foi invocada e legalmente codificada no século XVII para reforçar a exploração de Africanos escravizados, enquanto o conceito de etnia foi cunhado no início do século XX para expressar e domar o medo de que os migrantes europeus que não eram Anglo-saxões não

fossem “assimilados” ao padrão nacional. Além disso, como Desmond King mostrou na obra *Making Americans*, a etnia foi formulada por e para pessoas brancas se distinguirem de pessoas negras. Isto é, a oposição entre os dois conceitos é *histórica* e *política*, não *lógica* (Fields, 1982) (King, 2002).<sup>7</sup>

A teoria de formação racial não é, portanto, uma teoria geral de dominação racial, mas sim uma redescrição estilizada do entendimento popular da trajetória étnico-racial de duas populações em um país durante aproximadamente um século. Ademais, a descrição de Omi e Winant de raça surpreendentemente exclui os regimes raciais hegemônicos e consensuais<sup>8</sup>, que, por definição, excluem o conflito.<sup>9</sup> Tampouco pode ser aplicada a uma série de casos, a exemplo de Japão, China, Índia, na Alemanha Nazista, ou mesmo Brasil e África do Sul, onde o arquétipo físico de corpo não é o único fundamento da classificação étnico-racial (como veremos abaixo). Tal definição confunde raça com outras classificações baseadas em “diferentes tipos de corpos humanos” como gênero, altura e aparência, todas elas profundamente consequenciais nas sociedades contemporâneas. Finalmente, a concepção disjuntiva é incoerente na medida em que a “significação” é uma atividade essencialmente simbólica, que torna a raça uma construção cultural formalmente indissociável da etnia.



**Figura 1. A relação conceitual entre Etnia (E) e Raça (R).**

<sup>5</sup> Para uma genealogia hábil dos dois termos, ver: SOLLORS, Werner. *Ethnicity and Race* (2001). Diferentes tradições intelectuais nacionais são mais ou menos acolhedoras ao dualismo raça-etnia. Na pesquisa social francófona, é considerado confuso, se não inválido, e o termo “etnico-racial” é comumente usado em seu lugar. BRUN, Solène; COSQUER, Claire. *Sociologie de la race* (2022), p. 67.

<sup>6</sup> Loury adota uma definição similar em: *Anatomy of Racial Inequality*, p. 20-21.

<sup>7</sup> Ver também: HATTAM, Victoria. *In the Shadow of Race: Jews, Latinos, and Immigration Politics in the United States* (2007).

<sup>8</sup> Nota do Tradutor: referente à doxa, ou opinião consensual, enquanto propriedade universal do conceito de campo em Bourdieu. Ver, por exemplo: BOURDIEU, Pierre. *Questions de sociologie* (1984).

<sup>9</sup> Para uma crítica contundente à noção de que a etnia sempre implica “grupos étnicos em conflito”, ver: BRUBAKER, Rogers. *Ethnicity Without Groups* (2004), capítulo 1.

A segunda posição, defendida por Stephen Cornell e Douglas Hartmann, concorda que etnia e raça são conceitos distintos, mas aponta que eles se sobrepõem (2006, p. 26-36).<sup>10</sup> Alguns grupos são definidos pelas referências culturais, outros pela referência à natureza e ainda outros por referência a ambos. Isto cria uma área de interseção na qual dois processos convergem: por um lado, a etnia é racializada quando envolve crenças sobre as características fenotípicas do grupo formado; por outro lado, a raça é etnicizada quando promove um sentido de comunidade. Além disso, alguns grupos migram de uma categoria para outra ao longo do tempo – sendo o exemplo clássico a desracialização dos imigrantes da Europa Oriental e do Sul poucas décadas após a chegada nos Estados Unidos no início do século XX (Jacobson, 1998). Esta posição atenua, porém não resolve completamente, a inconsistência lógica da distinção entre raça e etnia originada na experiência estadunidense, a saber: não é o fato concreto da diferença corporal física (e.g., tom da pele) que determina o pertencimento racial, mas o significado que as pessoas atribuem (ou não) para determinadas características fenotípicas, que seria *uma leitura cultural particular do corpo*. Um marcador racial é sempre o produto de uma fabricação étnica.

Mustafa Emirbayer e Matthew Desmond (2015, p. 61) também adotam a visão de que etnia e raça são diferentes, mas que ambas são necessárias para uma análise sociológica, uma variação do posicionamento interseccional que poderia ser caracterizado como analítico-histórico. Por um lado, reconhecem que etnia envolve conceitualmente raça; por outro, pretendem conservar o conceito de raça para evidenciar o fato de que “o privilégio branco é o elemento definidor essencial da ordem racial a nível global”.<sup>11</sup> O problema desta posição é a sua inerente instabilidade, sempre sujeita a inverter a primazia de uma para outra noção e, dada a pressão da expectativa pública, levar-se ao sabor da corrente política do momento. Afinal, por que o fato de que Euro-Americanos dominam o mundo requer seu próprio conceito? O fato de que homens

dominam o mundo não requer de um conceito especial de dominação masculina que não possa ser abarcado pelo conceito de dominação de gênero.

A terceira posição, mais bem explicada por Andreas Wimmer em seu marcante livro *Ethnic Boundary Making* (2013), delinea a consequência lógica desse fato histórico e aninha a raça diretamente à etnia, conforme indicado na figura 2.<sup>12</sup> Esta abordagem é analiticamente coerente e historicamente ampla. Permite-nos viajar ao longo de épocas e regiões sem utilizar inconscientemente a trajetória étnico-racial de uma sociedade, os Estados Unidos, como parâmetro para medir as trajetórias de outras sociedades (Bourdieu; Wacquant, 1999). Mas círculos concêntricos não são a melhor maneira de representar visualmente a relação entre raça e etnia. Isso é sugerido dando um par de passos além de Wimmer. Primeiro, a raça resulta da *subsunção paradoxal* na qual a definição se dá através da negação de sua própria raiz simbólica. A raça é uma forma de pertencimento cultural que proclama enfaticamente “eu não sou cultural” (ou seja, histórico e arbitrário) e isso tem efeitos concretos – um dos quais é a reificação dessa reivindicação na concepção disjuntiva e outro que a dominação é facilitada na medida em que é naturalizada. Em síntese, *raça é a etnia denegada*, uma forma de etnia que se reveste pela natureza e, no entanto, revela as suas origens históricas por meio dessa mesma dissimulação.

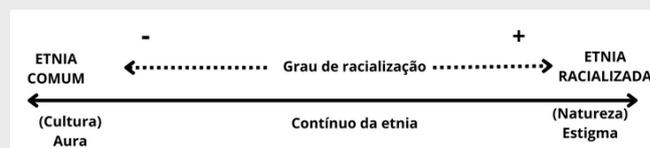


Figura 2. A continuidade da etnia, de comum para racializada.

Segundo passo: a relação entre etnia e raça não é bem representada por um diagrama concêntrico no qual a raça tem limites claros; pelo contrário, a distinção entre as duas categorias é versátil e porosa porque *a racialização é um processo simbólico e, portanto, um gradiente*<sup>13</sup> (Wimmer, p.

<sup>10</sup> Ver também: HATTAM, Victoria. In the Shadow of Race: Jews, Latinos, and Immigration Politics in the United States (2007).

<sup>11</sup> Esta é uma posição diferente da que foi apresentada alguns anos antes em What Is Racial Domination? (2009, p. 339) em que afirmam que “raça, etnia e nacionalidade são categorias simbólicas sobrepostas” que se “reforçam mutuamente na medida em que cada categoria educa, defende e é informada pelas outras”.

<sup>12</sup> Duas outras articulações claras da posição de subsunção são: PATTERSON, Orlando. The Ordeal of Integration: Progress and Resentment in America’s “Racial” Crisis (1997) e NAGEL, Joane. Race, Ethnicity, and Sexuality: Intimate Intersections, Forbidden Frontiers (2003).

<sup>13</sup> Para ser justo, Wimmer enfatiza que a própria etnia implica fronteiras mais ou menos difusas e transitáveis: “As distinções étnicas podem ser difusas, e as fronteiras suaves, com demarcação pouco clara e poucas consequências... O conceito de fronteira não implica fechamento e clareza, que variam em grau de uma sociedade, situação social ou contexto institucional para outro. Representa uma das principais tarefas do estudo comparativo da etnia dar conta de graus tão variados de limitação”.

9-10). Por essa razão, eu prefiro, à representação da subsunção, um *contínuo de etnia*, ao longo do qual essa adquire gradualmente mais e mais propriedades pertencentes à raça (imposição, estigma, rigidez, consequências etc.), como indicado na Figura 2, e mais elaborado na obra *Racial Domination* (2024). Esta concepção de racialização como uma etnia naturalizada nos permite englobar todos os casos abarcados pelas concepções disjuntiva e interseccional, dentre outras, permitindo-nos aliviar a carga da inconsciência histórica e étnico-racial dos Estados Unidos que “pesa como um pesadelo nas mentes” dos cientistas sociais Anglófonos e cada vez mais globais, para citar uma das célebres fórmulas de Marx.

## REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. The Cunning of Imperialist Reason. **Theory, Culture and Society** 6, n° 1, [1998] 1999.
- BRUBAKER, Rogers. **Ethnicity without Groups**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.
- BRUN, Solène; COSQUER, Claire. **Sociologie de la race**. Paris: Armand Colin, 2022.
- CORNELL, Stephen; HARTMANN, Douglas. Conceptual Confusion and Divides: Race, Ethnicity, and the Study of Immigration. In: **Not Just Black and White: Historical and Contemporary Perspectives on Immigration, Race, and Ethnicity in the United States**. Edited by Nancy Foner and George M. Fredrickson. New York: Russell Sage Foundation, 2004, p. 23-41.
- CORNELL, Stephen; HARTMANN, Douglas. **Ethnicity and Race: Making Identities in a Changing World**. Newbury Park, CA: Sage Publications, 2006.
- DESMOND, Matthew; EMIRBAYER, Mustafa. What Is Racial Domination?. **Du Bois Review: Social Science Research on Race** 6, 2009, n° 2, p. 335-355.
- EMIRBAYER, Mustafa; DESMOND, Matthew. **The Racial Order**. Chicago: University of Chicago Press, 2015.
- FIELDS; Barbara. **Slavery, Race and Ideology in the United States of America**. *New Left Review*, 181, 1990, n° 1, p. 95-118.
- GJERDE, Jon. The Invention of Ethnicity in the United States. In: **Major Problems in American Immigration and Ethnic History**. Edited by Jon Gjerde. Boston, MA: Houghton Mifflin, 1998, p. 22-29.
- JACOBSON, Matthew Frye. **Whiteness of a Different Color: European Immigrants and the Alchemy of Race**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.
- HALL, Stuart. **The Fateful Triangle: Race, Ethnicity, Nation**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2017.
- HATTAM, Victoria. **In the Shadow of Race**. Jews, Latinos, and Immigration Politics in the United States. Chicago: University of Chicago Press, 2007.
- KING, Desmond S. **Making Americans: Immigration, Race, and the Origins of the Diverse Democracy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.
- NAGEL, Joane. **Race, Ethnicity, and Sexuality: Intimate Intersections, Forbidden Frontiers**. New York: Oxford University Press, 2003.
- PATTERSON, Orlando. **The Ordeal of Integration: Progress and Resentment in America's "Racial" Crisis**. New York: Civitas Books, 1997.
- OMI, Michael; WINANT, Howard. **Racial Formation in the United States**. New York: Routledge, 2014, 2 edition.
- SOLLORS, Werner. Ethnicity and Race. In: **Companion to Racial and Ethnic Studies**. Edited by John Solomos and David Theo Goldberg. Cambridge, MA: Blackwell, 2001, p. 97-104.
- WACQUANT, Loïc. **Racial Domination**. Cambridge: Polity Press, 2024.
- WILDERSON, Frank B. **Afropessimism**. New York: Liveright Publishing, III, 2020.
- WIMMER, Andreas. **Ethnic Boundary Making: Institutions, Power, Networks**. New York: Oxford University Press, 2013.



### Loïc Wacquant

Professor na Universidade da Califórnia, Berkeley, e pesquisador no Centro de Sociologia Europeia – Paris.

# SONETO DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Contrastar uma crença básica  
em oposição diametral à outra.  
Viver uma vida antropofágica,  
devorando o que está à solta.

Declarar-se algo  
que se sabe que não se é...  
pois tudo que conquistou  
foi baseado em um temor

que deixou de existir,  
passando a viver  
somente para repetir

o que nem mais se crê,  
em uma forma de auto-punir,  
ao impor a si mesmo um sofrer...



**RODOLFO  
PAMPLONA  
FILHO**

Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela PUC-SP, e em Direito Social pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha. Professor do Curso de Direito e do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS. Professor da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu da UFBA. Autor, co-autor, organizador e co-organizador de diversos livros técnicos na área de Direito e em outras áreas de Ciências Humanas e Sociais, além de poesia e obras musicais. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Poeta.



# Inteligência financeira *versus* sigilos fiscal e bancário: atualização do *big* processo inquisitório

Por Luiz Eduardo Cani

## 1. Persecução penal sem direito a sigilo

O compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira (RIF) entre órgãos fiscais e agências de persecução penal está no centro de um dos mais relevantes debates: os limites do sigilo bancário e do sigilo fiscal. Trata-se de um duplo desdobramento dos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da licitude do compartilhamento de dados em dois outros casos: (a) compartilhamento de dados bancários com a Receita Federal (RFB) independente de autorização judicial (RE 601.314<sup>1</sup>); e (b) compartilhamento das representações fiscais da RFB com a polícia e o Ministério Público para a persecução dos crimes previdenciários (ADI 4.980<sup>2</sup>) e para a persecução dos crimes tributários em geral (RE 1.055.941<sup>3</sup>).

Como se pode perceber, em um primeiro momento, o STF autorizou o fisco a obter dados bancários sigilosos sem autorização judicial, depois autorizou a compartilhar os dados bancários e fiscais sigilosos sem autorização judicial. Desde então, agindo de ofício, pode a RFB atuar como agência de persecução penal sem integrar o rol de agências de segurança pública (art. 144 da CRFB) para produzir elementos pré-investigatórios que serão utilizados na persecução penal sem direito a sigilo.

## 2. Atualização do *big* processo inquisitório

Do *big* processo inquisitório formado a partir do agenciamento das atividades de inteligência de segurança pública na persecução penal fundido ao vasto conjunto de dados obtidos a partir do processo eletrônico (Cani; Morais da Rosa, 2023), passou-se à integração da inteligência financeira.

A atividade de inteligência inicialmente introduzida na persecução penal era efetuada ape-

nas pelas agências de segurança pública com a finalidade de obter a *notitia criminis*. Isso, por si só, implicou em um reposicionamento da autoridade policial em relação ao conhecimento do fato potencialmente criminoso, antecipando o início da persecução penal com suspeitas generalizadas e violadoras da presunção de inocência.

A introdução das atividades de inteligência financeira, contudo, implicou em mais uma alteração profunda na persecução penal: abriu-se um novo domínio das atividades.

Se as agências de segurança pública não podem, sem fundada suspeita ou autorização judicial, intervir em direitos fundamentais dos investigados (*rectius*: “alvos”, uma vez que inexistente crime a investigar, mas apenas a suspeita da prática do crime), os órgãos fiscais não precisam afastar nenhum sigilo para ter acesso aos dados fiscais dos alvos.

A integração dos órgãos fiscais ao “combate à lavagem de dinheiro” (*vid.* Melchior, 2020, p. 13) não é mero acaso.

A desvinculação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) da estrutura do Ministério da Fazenda e consequente vinculação ao BACEN (art. 2º da Lei 13.974/2020) não altera essa constatação, uma vez que o órgão fica responsável pelo recebimento das comunicações de atividades suspeitas – sem incidência dos sigilos bancário e fiscal – e elaboração dos relatórios de inteligência que servirão para a persecução penal.

## 3. Rumo a um Judiciário que se exoneira da própria jurisdição na tutela dos direitos fundamentais (?)

A discussão acerca do compartilhamento dos RIFs chegou a um ponto aparentemente paradoxal com a criação de um entendimento *non sense* pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): o Tema 990 autoriza o compartilhamento de ofício e sem autorização judicial, mas não permite o compartilhamento mediante requerimento da polícia ou do Ministério Público diretamente à RFB, ou ao COAF (RHC 83.233; RMS 42.120; HC

<sup>1</sup> *Leading case* do Tema 225.

<sup>2</sup> A constatação da relação com a ADI 4.980 foi percebida por Simões (2023).

<sup>3</sup> *Leading case* do Tema 990.



816.944; e RHC 147.707).

Obviamente, o posicionamento equivale a dizer que a reserva de jurisdição é necessária, mas, se o judiciário não quiser, pode ignorá-la. Os sigilos valem, mas só de vez em quando. Uma cláusula de arbitrariedade – não de mera discricionariedade.

Ao julgar o AgRg na Rcl 61.944, a 1ª Turma do STF, por unanimidade, decidiu que a cooperação com outros órgãos é da natureza do COAF, de modo que o compartilhamento a requerimento direto da polícia e do Ministério Público é também lícito, independente de autorização judicial.

Portanto, o STF decidiu afastar a reserva de jurisdição de maneira geral e irrestrita. Trata-se de uma atualização do gesto soberano (cf. Schmitt, 2006; Agamben, 2007), por meio do qual o judiciário subtrai-se da jurisdição para depois declarar que não existe fora da jurisdição.

Obviamente, o COAF é incompatível com os sigilos. A pretexto de acabar com o financiamento ao terrorismo – qual terrorismo? em qual país? –, parece que se está disposto a renunciar a todo e qualquer direito fundamental.

O entendimento do STF gera uma autorização indevida para a *fishing expedition* diretamente pelo COAF e, de maneira reflexa, possivelmente também para a RFB. Isso porque valida a circulação de dados sobre suspeitas de crimes antes da existência de qualquer indício de materialidade e autoria, desde que o compartilhamento ocorra de ofício. Vale destacar, por fim, a insuficiência da limitação da atuação da RFB pelo STJ aos casos com pertinência temática da atuação – apenas em relações jurídicas tributárias ou aduaneiras – e finalidade fiscal do procedimento de apuração (AgRg no RHC 167.539).

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC 167.539**. Rel. Min. Messod Azulay Neto, j. em 12 dez. 2023. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202202109208&dt\\_publicacao=15/12/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202109208&dt_publicacao=15/12/2023). Acesso em: 04 abr. 2024.

CANI, Luiz Eduardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. No processo penal combo, o exercício da ampla defesa é brinde. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 03 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-03/limite-penal-processo-penal-combo-exercicio-ampla-defesa-brinde>. Acesso em: 05 abr. 2024.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Guerra contra a lavagem de dinheiro: críticas à persecução penal patrimonial no Brasil. **Boletim Trincheira Democrática**, a. 3, n. 11, pp. 13-14, 2020. SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SIMÕES, Pedro. COAF, inteligência e lavagem: o que esperar de 2023. **Boletim do IBCCRIM**, v. 363, 2023.



## LUIZ EDUARDO CANI

Pós-Doutorando e Doutor em Ciências Criminais na PUCRS. Professor convidado nas Especializações em Ciências Penais da PUCRS, Direito Penal e Processo Penal da PUCPR e Direito Processual Penal Contemporâneo Aplicado da UCS. Advogado criminalista.

Respiro



Charge por: Paulo Ciência @cienciapaulo



## O saber policial durante a ditadura militar e sua influência no processo penal contemporâneo

Por Lara Lino Ferreira de Oliveira e Clarissa Diniz Guedes

O período histórico instaurado pela Ditadura Militar (1964–1985) foi marcado por uma série de violações aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. Nesse contexto, o direito processual penal serviu de instrumento do autoritarismo característico do regime, fortalecendo a atividade repressiva do Estado.

A fim de viabilizar essa estrutura autoritária, a atividade policial centrava-se na figura do Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), fundado em 1924, ainda no Estado Novo. No contexto do golpe de 64, o DOPS tinha como função principal coibir práticas contrárias ao regime, como a capoeira, que era considerada “vadiagem”, visando a manutenção da “ordem pública” (ISER, 2014).

Além disso, o DOPS se encarregava de identificar os indivíduos suspeitos por crimes e contravenções atentatórias à ordem política e social, de modo a facilitar os trabalhos do regime (Corrêa, 2008). Para concretizar tal intento, foi desenvolvida uma lógica de investigação policial baseada em métodos de tortura, prisões ilegais e homicídios praticados a mando do próprio Estado, tendo como destinatários os opositores do regime. A Constituição de 1967 normatiza essa lógica, a fim de conferir legitimidade à atuação estatal, ainda que mediante a violação de inúmeros direitos e garantias fundamentais.

Por conseguinte, a Lei de Segurança Nacional, promulgada em 1969, previa a possibilidade de que o encarregado do inquérito mantivesse o indiciado incomunicável por até 10 dias, desde que tal medida fosse necessária ao curso das averiguações dos policiais militares. Todavia, a lei é omissa a respeito de quais critérios seriam utilizados para avaliar essa necessidade, juízo de valor que ficaria a cargo da conveniência e discricionariedade dos agentes públicos.

É cediço que os princípios inerentes a um processo penal democrático foram abolidos, sem a possibilidade de que seja considerada a existência de um contraditório e ampla defesa efetivos nesse cenário.

Dessa forma, percebe-se desde logo a construção do tirocínio policial, que, nas lições de Maria Gorete Marques de Jesus (2016), con-

siste em um saber fundamentado no proceder diário das abordagens, marcado pela assimetria de poder e tratamentos desiguais dados a certos grupos da sociedade. Por óbvio, a construção desse conhecimento não é dotada da imparcialidade inerente a um saber científico, motivo pelo qual é imbuída da subjetividade intrínseca à condição de ser humano do policial.

Destarte, a doutrina e a jurisprudência da época defendiam a valoração do depoimento policial como única prova suficiente para embasar uma condenação, sob o fundamento da presunção de veracidade dos atos praticados por agentes públicos (Salles Junior, 1986).

A fé pública, conceito gerado no direito administrativo para se referir a atos e documentos públicos, aqui é utilizada como uma atribuição de quem atua em nome do Estado. Nesse sentido, presumem-se verdadeiras as declarações destes funcionários públicos até que se prove o contrário (Calderoni, 2014, p. 116). Há, portanto, uma crença na burocracia do Estado, em que os funcionários agem com “boa-fé” e realizam suas funções conforme as atribuições dos órgãos que representam.

Além disso, há uma concepção de que os policiais não têm interesse na causa, uma vez que são testemunhas e prestam compromisso de dizer a verdade. Todavia, desconsidera-se que o deslinde do caso penal está diretamente atrelado à necessidade do policial em justificar suas ações no curso das abordagens, especialmente se pensarmos em um período em que a tortura e demais arbitrariedades eram, muitas vezes, o *modus operandi* (Comissão da Verdade, 2014).

A Constituição de 1988, por sua vez, é promulgada em um contexto de redemocratização do país, após o rigoroso período da Ditadura Militar. Seu texto elenca diversos direitos e garantias fundamentais inerentes a um processo penal democrático, como o contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, entre outros.

Assim sendo, o Código Penal (CP) e o Código de Processo Penal (CPP) passaram a exigir uma leitura constitucional de seus dispositivos,



interpretando-os consoante os novos valores democráticos (Casara, 2003).

Todavia, a existência de normas constitucionais pautadas em ideais democráticos não foi o suficiente para romper com a lógica até então demarcada no processo penal. O fato de ambos os códigos (CP e CPP) terem sido criados em um contexto de política autoritária dificulta tal intento, já que sua estrutura segue rígida por uma mentalidade inquisitória.

Por esse motivo, a simples leitura constitucional dos dispositivos não se mostra eficaz, já que não houve uma mudança efetiva na cultura inquisitorial instaurada no Poder Judiciário brasileiro.

Nesse ponto, percebe-se que houve pouca mudança no entendimento jurisprudencial acerca da palavra do policial ao compararmos o período ditatorial com a contemporaneidade.<sup>1</sup> Esse tipo de pensamento consiste em um resquício de autoritarismo no processo penal democrático, e se aplica mesmo em situações que indicam violência ou arbitrariedade no manejo da abordagem.

A Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro segue a mesma linha de raciocínio, com a seguinte orientação: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”

Oportuno ressaltar que essas crenças compõem um regime de validação, tipo de sistema em que os vocabulários são considerados ou não, a depender do repertório de crenças que lhes dá suporte (Jesus, 2016, p. 195).

Dessa maneira, é notório que a herança autoritária da Ditadura Militar impacta na valoração do depoimento do policial militar, em razão do excesso de credibilidade a ele atribuído, ainda que a decisão sobre os fatos provados seja produzida em um contexto em que não existem certezas absolutas (Ferrer Beltrán, 2007).

Para justificar as decisões da seara penal, não basta uma justificação genérica que receba o consenso da comunidade jurídica. A única aceitação justificável é a verdade dos pressupostos fáticos e jurídicos, entendida como uma verdade processual por correspondência.

O desenvolvimento do processo judicial, mediante o requerimento e a produção de provas,

deve permitir formar um conjunto de elementos de juízo que apoiem ou refutem as hipóteses sobre os fatos. Assim, a decisão jurídica deve pautar-se unicamente nas provas aportadas e admitidas no processo, a serem valoradas com base em critérios racionais, nos termos do pensamento desenvolvido por Ferrer Beltrán (2007).

É de suma importância, portanto, nos atentarmos para esse tipo de influência autoritária difundida pelo período ditatorial, a fim de garantir a efetividade dos compromissos assumidos por um processo penal democrático, que se preocupa com os direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Comissão da Verdade. **Depoimentos de vítimas civis**. Brasília: Arquivo Nacional, 2015. Disponível em: <https://cnv.memoriasreveladas.gov.br/todos-volume-1/653-v%C3%ADtimas-civis.html>. Acesso em 04 abr. 2024.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- CASARA, Rubens RR. Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, 2003.
- CALDERONI, Vivian. **Luz e Sombra no sistema prisional: percepções de juizes sobre agentes penitenciários**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.
- CORRÊA, Larissa Rosa. O Departamento Estadual de Ordem Política e Social de São Paulo: as atividades da polícia política e a intrincada organização de seu acervo. **Histórica - Revista Eletrônica do Arquivo Público do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º 33, 2008. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/antiores/edicao33/materia04/>. Acesso em: 24 mar. 2024.
- HUGGINS, Martha K.; FATOUROS, Mika Haritos; ZIMBARDO, Philip. **Operários da violência: policiais e assassinos reconstroem as atrocidades brasileiras**. Tradutor: Lólio Lourenço Oliveira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.
- INSTITUTO DE ESTUDOS DA RELIGIÃO (ISER). **Cartografias da Ditadura**. Departamento de Ordem Política e Social do Rio de Janeiro (DOPS/RJ). Disponível em: [http://www.cartografiasdaditadura.org.br/files/2014/03/Departamento\\_de\\_Ordem\\_Pol%C3%ADtica\\_e\\_Social-DOPS\\_3.pdf](http://www.cartografiasdaditadura.org.br/files/2014/03/Departamento_de_Ordem_Pol%C3%ADtica_e_Social-DOPS_3.pdf). Acesso em: 09 abr. 2024.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. **O crime de tortura e a justiça criminal: Um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo**. Dissertação (mestrado) - Universidade de São Paulo, Departamento de Sociologia. Programa de Pós-graduação em Sociologia. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-05022010-171309/pt-br.php>. Acesso em: 09 abr. 2024.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos**

<sup>1</sup>Vide AgRg no HC n.º 737.535/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 8/3/2024, que dispõe ser pacífico na jurisprudência que as palavras do policial merecem a credibilidade e a fé pública inerentes ao depoimento de qualquer funcionário estatal no exercício de suas funções.



processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações - doutrina - jurisprudência - prática. 4. ed. rev., ampl. e atual. pela Lei n.º 7.209, de 11-7-1984. São Paulo: Saraiva, 1986.



### CLARISSA DINIZ GUEDES

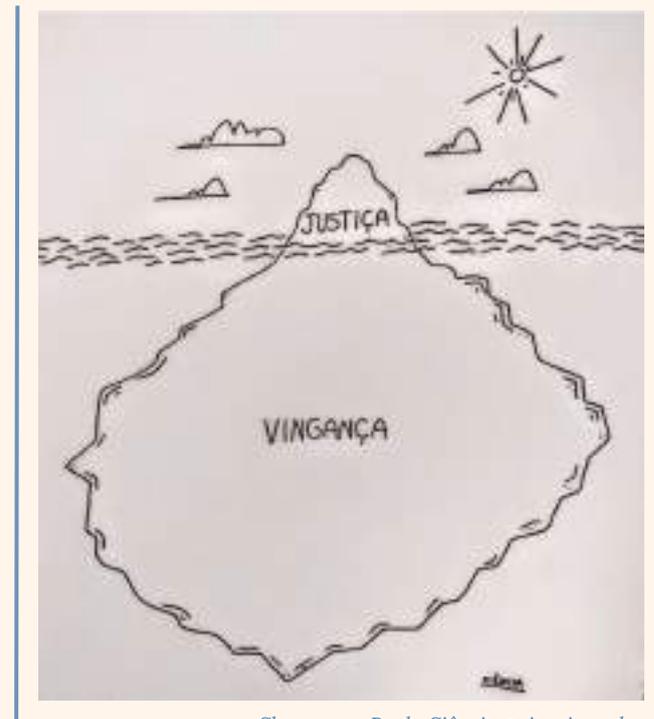
Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora Associada da Universidade Federal de Juiz de Fora e Professora do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da UFJF. Desempenha a função de Coordenadora do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso em Direito e Inovação (2023).



### LARA LINO FERREIRA DE OLIVEIRA

Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (PPGD-UFJF). Advogada criminalista.

## Respiro



Charge por: Paulo Ciência @cienciapaulo



## Crimes imortais e o autoritarismo inquisitório

Por Gustavo Brito

*In claris cessat interpretatio.* Este brocado em latim é muito conhecido por todos que conhecem hermenêutica<sup>1</sup> e significa que as disposições óbvias não comportam interpretação (MAXIMILIANO, 1979).

Contudo, no processo penal brasileiro, não há nada de mal que não possa piorar! Apesar dos inúmeros exemplos que existem, será analisado apenas o referente a um crime que resiste à morte, inscrito no revogado art. 89 da Lei n.º 8.666/1993.

Em 1º de abril de 2021, entrou em vigor a Lei Federal n.º 14.133 (nova Lei de Licitações), que, entre outras ações, alterou o Código Penal (CP), criando condutas criminosas, como a descrita no art. 337-E (admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei). A lei também revogou os arts. 89 a 108 da Lei n.º 8.666/1993, os quais previam outros crimes praticados em procedimentos licitatórios.

Conforme o art. 2.º do CP, é impossível a punição de um indivíduo quando uma lei posterior deixa de considerar um fato como criminoso. Essa situação impõe compreender que a nova Lei de Licitações realizou uma *abolitio criminis* em relação às figuras delituosas previstas na norma anterior, haja vista que a revogação faz cessar os efeitos de um ato normativo. Só que não foi essa a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no caso em questão, ao criar a figura da “continuidade típico-normativa” para garantir a manutenção da incriminação de condutas, contrariando texto expresso de normas.

Aqui, uma breve e necessária digressão. Em 1986, Christopher Lambert estrelava nos cinemas do mundo inteiro interpretando Connor MacLeod, um guerreiro imortal escocês do século XVI, especialista em combater com espadas e que buscava exterminar outros imortais cortando as suas cabeças. Ambientado no período medieval, época na qual o poder absolutista e autoritário dos chefes de Estado convivia harmoniosamente com um sistema de justiça criminal inquisitório, o filme em muito dialoga com a realidade atual do sistema

processual brasileiro.

Tanto no sucesso dos cinemas quanto no insucesso do sistema de justiça criminal brasileiro, o autoritarismo inquisitório é a base de sustentação do poder que define preponderantemente a vida das pessoas. Ele fez nascer a acima citada “continuidade típico-normativa”. Não se pode deixar de reconhecer que tal “princípio” consiste em criação engenhosa, e, embora órfã de sustentação normativa, cumpre bem a sua função de alimentar o ideário inquisitório que pune sempre, a qualquer custo e de forma continuada.

O legislador, soberano para estabelecer as regras para o convívio social, utilizou a expressão “revogados” quando se referiu a diversos dispositivos penais da Lei de Licitações, inclusive ao falecido art. 89, então, não existiriam espaços para a interpretação. Porém, se no mesmo diploma criaram-se figuras delituosas similares, o que se verifica é uma ruptura, em que uma mesma norma “cortou a cabeça” de um delito e “deu luz” a outro.

Mas, se nem mesmo um *highlander* poderia resistir a um golpe mortal, por que um Tribunal busca ressuscitar um tipo penal abolido?

Nesses termos, acredito ser descabido pensar em continuidade típico-normativa. O presente caso trata de dois atos distintos e autônomos, com características próprias. Cogitar o contrário permite, hipoteticamente, afirmar que toda pluralidade de crimes, praticados pelo mesmo agente ou grupo, independentemente do número de ações ou resultados e do espaço temporal, representaria sempre um crime continuado e que toda lavagem de capitais representa sempre o exaurimento da infração penal antecedente, afinal seria o caso de continuidade fático-criminosa.

Outrossim, comparando-se o texto normativo dos crimes, verificam-se grandes diferenças. Enquanto o “falecido” delito tipificava os atos de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais e cominava pena de detenção de 3 a 5 anos, o art. 337-E do Código Penal trata das ações de admitir, possibilitar ou dar causa a contratação direta, com pena de reclusão de 4 a 8 anos. Ora, além de contemplarem figuras verbais diversas, até a reprovabilidade

<sup>1</sup> Aqui compreendida, sob acepção filosófica, como o processo de pré-compreensão, compreensão, interpretação e atribuição de sentido.



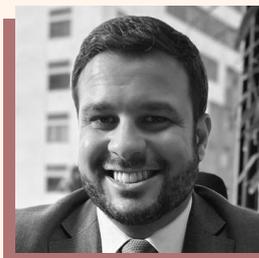
não é a mesma, o que autoriza inferir serem figuras distintas, que compreendem situações diferentes. Destaca-se, inclusive, que o novo delito alargou a abrangência de condutas possíveis de responsabilização criminal.

Ante o atual posicionamento do STJ sobre o tema, resta-nos como única alternativa vivenciar o autoritarismo inquisitório, que pode ser concebido como tão imortal quanto Connor Macleod e ainda possui a capacidade de tornar também imortais tipos penais, por mais que o legislador expressamente lhes condene à pena de banimento ou corte a cabeça deles, afinal: *praescripta semper manifesta criminatio est interpretanda*.

## REFERÊNCIAS

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21ª ed., Editora Forense: Rio de Janeiro, 1979.

UNIVERSAL PICTURES. **Highlander**: O guerreiro imortal. Direção: Russell Mulcahy. Roteiro Gregory Widen. Reino Unido: 1986 (116 min). DVD.



**GUSTAVO BRITO**

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Diretor-Tesoureiro do IBADPP. Pesquisador, professor e advogado criminalista.

## Respiro



Charge por: André Dahmer (@andredahmer)



# Persistência do Processo Penal burocrático brasileiro

Por Bianca Monteiro de Castro Fernandes

## 1. Introdução

A Lei n.º 13.964/2019, corriqueiramente denominada “Pacote Anticrime”, trouxe como suposta inovação a redação no Código de Processo Penal, em seu artigo 3º-A, de que o processo penal deverá ter estrutura acusatória. Nesse sentido, eis a indagação do presente artigo: o que o legislador e os tribunais brasileiros entendem como adoção de um sistema com estrutura acusatória?

O supramencionado dispositivo delineia algumas diretrizes do que seria o entendimento de um sistema acusatório, isto é, a vedação da atuação do juiz na investigação e a substituição probatória do órgão de acusação. Mas será somente isso o que tornaria o sistema processual penal brasileiro verdadeiramente acusatório?

Antes de responder a tais questionamentos, é necessário analisar brevemente como a doutrina define os sistemas acusatório e inquisitivo para se abordar o sistema acusatório adversarial, já adotado em diversos países da América Latina, para, então, demonstrar que o sistema processual penal brasileiro não é só remanescentemente inquisitivo, como também burocrático.

## 2. Sistemas processuais penais

A rigor, existem dois sistemas processuais penais adotados ao longo da história: o inquisitivo e o contraditório. O sistema inquisitivo surge a partir do século XII, cuja principal característica é a ausência de separação das funções de acusar e julgar, em que ambas se concentram na competência do juiz(-instrutor). Como a gestão da prova pertence ao magistrado, não há imparcialidade do juízo, tampouco uma paridade de armas entre acusação e defesa. Logo, pode-se afirmar que não há um direito ao contraditório pleno por parte da defesa. Além disso, o sistema inquisitivo tem como traço característico o sigilo e o fato de ser um procedimento escrito, isto é, desenvolvido por meio de atas.

Por outro lado, o sistema acusatório se caracteriza primordialmente por separar as funções

de acusação e julgamento. Assim, a iniciativa probatória pertence às partes processuais, passando o juiz a ser uma parte imparcial, e é garantido o tratamento igualitário entre defesa e acusação. Como regra, o procedimento deve ser procedido de forma oral e com plena publicidade.

Ressalte-se que os sistemas delineados acima são, conforme sustenta Aury Lopes Jr., de caráter apenas histórico, uma vez que não existem sistemas puros. Portanto, conforme defende o autor, denominar um sistema de misto (com características inquisitiva e acusatórias) é um “reducionismo ilusório” (LOPES, 2021, p. 35). Tratar o processo penal brasileiro como inquisitivo na fase de investigação e acusatório na fase judicial não responde à indagação anterior, até mesmo porque, após a redemocratização na América Latina, surgem outros modelos acusatórios bem menos burocráticos que o brasileiro, como se lineará em seguida.

## 3. Sistema acusatório (adversarial) na América Latina

Guardadas as peculiaridades de cada país, o sistema acusatório adversarial na América Latina (*vide* Chile e Argentina) possui uma característica comum: um processo penal de cunho oral. No mais, trata-se de um procedimento de três etapas: a etapa preliminar, a etapa intermediária e o juízo oral.

O processo penal (desburocratizado) já adotado por nossos *hermanos*, conforme já observado, possui um sistema trifásico. De início, vale ressaltar que a etapa preliminar ou investigação preliminar é presidida por um juiz de garantias, o qual é incumbido de fiscalizar a atividade ministerial na etapa de investigação policial. A partir do momento em que uma pessoa se encontra formalmente na condição de investigada, ela deve ser intimada para tomar ciência de que corre contra si uma investigação formal, sendo cientificada dos fatos imputados, bem como lhe sendo garantido o direito ao contraditório, pois há uma audiência oral para essa tomada de ciência.

Na etapa intermediária há a acusação for-



mal, algo similar ao que no Brasil seria a denúncia, igualmente realizada de forma oral na presença da acusação e da defesa. Nessa etapa também devem ser consignadas as provas que as partes pretendem produzir no júízo oral. Merece destaque que essa fase continua sendo presidida pelo júízo de garantias, o qual decide se recebe ou não a denúncia. Além disso, os elementos de prova colhidos na fase investigatória permanecem nesse júízo, não seguindo nos autos do júízo oral.

Por fim, no júízo oral, composto por três júizes, ocorre a produção de provas e o julgamento, tudo em uma audiência una, contínua e representada pelo princípio da imediação (*inmediación*). Em regra, toda a prova utilizada para a condenação deve ser produzida nessa audiência e o juiz, ao final, proferirá a sentença, tudo realizado oralmente e na presença das partes.

#### 4. Persistência inquisitiva-burocrática no Brasil

Além da alteração formal do processo penal brasileiro para um sistema com estrutura acusatória, a Lei n.º 13.964/2019 também inovou no sentido de trazer ao processo criminal a figura do juiz de garantias, com suas adaptações, é claro, tupiniquins. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade do artigo 3º-B do Código de Processo Penal no âmbito da ADI n.º 6.298/DF, rechaçou a constitucionalidade de diversos dispositivos do artigo em comento, para lhe dar (supostamente) interpretação conforme a Constituição.

Primeiramente, é preciso destacar que a Corte Suprema “adaptou de forma tupiniquim” o inciso VI do artigo 3º-B, passando a entender que o exercício do contraditório deveria ser preferencialmente (e não obrigatoriamente) em audiência pública e oral, ao contrário da tradição de nossos *hermanos* por um sistema representado pela oralidade. No mais, demarcou, ao contrário da literalidade da lei, que o júízo de garantias cessa com o oferecimento da denúncia, e não mais com o recebimento da denúncia.

Nesse tocante, é importante destacar que já há uma perda da imparcialidade do júízo de instrução e julgamento, o qual passará a produzir um ato decisório sobre a existência de materialidade e indícios de autoria da imputação formulada, maculando a sua neutralidade quando da instrução processual e julgamento do mérito da ação penal. Ainda nesse quesito, como o STF declarou a inconstitucionalidade com redução de texto no pa-

rágrafo 3º do artigo 3º-C, os autos que compõem a investigação preliminar deverão ser remetidos ao juiz de instrução e julgamento, aviltando, assim, a imparcialidade no júízo oral.

#### 5. Conclusão

Como já asseverou o jurista argentino Alberto Binder, “os sistemas atuais se explicam melhor a partir do juiz-burocrata do que do inquisidor” (2003, p. 75). Ainda que haja reformas processuais penais no Brasil de forma a desburocratizar o sistema, é preciso haver uma mudança de mentalidade cultural para que o processo penal brasileiro seja de fato um processo acusatório (adversarial), e não mais um sistema neoinquisitivo ou misto.

As reformas processuais de nada adiantam se não há uma mudança na mentalidade inquisitiva dos juristas brasileiros. Conforme se observou, ocorreu uma significativa alteração legislativa, mas que, por persistência burocrática dos operadores do Direito em sede nacional, permanece com suas raízes inquisitórias, afastando-se do (necessário) júízo oral em todo o procedimento processual penal e da imparcialidade daquele magistrado que teve contato com a etapa investigatória e futuramente julgará a procedência ou não da denúncia ofertada.

#### REFERÊNCIAS

- BINDER, Alberto. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 6.298/DF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021.
- MAIER, Julio. **Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2016.



**BIANCA MONTEIRO DE CASTRO FERNANDES**

Advogada Criminalista. Mestranda pela Universidad de Buenos Aires (2022). Pós-graduada em Ciências Penais e Segurança Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2021). Formada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2014).



# A imprevisão, imprecisão e impropriedade da prisão preventiva

Por *Fabiano Samartin Fernandes*

A liberdade é a regra, pelo menos nos ordenamentos democráticos que têm em seu conteúdo os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, que são norteadores de todo um sistema normativo que impõe a liberdade como direito fundamental.

Ocorre que a liberdade como regra, por mais nítido e lógico que seja, não acontece sempre, pelo menos para uma camada da sociedade composta pelas pessoas selecionadas pelo sistema que possui o capitalismo como referencial, e que tem na luta de classes o motivo seletor para encarcerar população mais pobre, impedindo a ascensão social, situação exposta pela criminologia crítica.

O cárcere, característica dos sistemas penais modernos, surgiu para conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado e defender interesses elementares dos indivíduos e da comunidade. Essa é a função declarada da pena de prisão. Contudo, na visão do autor italiano Alessandro Baratta, essa função declarada da prisão é um fracasso histórico, pois a prisão, como se efetiva, não reprime a criminalidade, não ressocializa o encarcerado, nem defende interesses elementares das pessoas e da sociedade. Baratta afirma que a melhor reforma do sistema penal é a substituição do direito penal, não por outro direito penal melhor, mas, por algo qualquer que seja melhor do que o direito penal (1999, p. 222).

As prisões, definitivas ou provisórias, quando executadas de forma cruel, desumana e degradante, são ilícitas, pois violam normas de direito interno e do direito internacional, dentre elas as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela).<sup>1</sup> Ocorre que

as prisões ilícitas não perdem a sua natureza e contribuem para a deslegitimação do sistema penal.

Nesse contexto, em que não se concebe a extinção da prisão preventiva, mas também sabendo do grande mal que causa, vê-se a imprevisão, a imprecisão e a impropriedade do tempo de duração da prisão preventiva, que necessita ser revista pelos operadores do direito, sob o ângulo de quem é acusado de um delito, ainda não considerado culpado, e que precisa da prestação jurisdicional, exclusividade do Estado-juiz, para ver-se livre da acusação, e de todo o processo estigmatizante que sofre, juntamente com os seus familiares.

A prisão preventiva é imprevisita, na medida em que não há na norma um tempo pré-definido para o cumprimento dessa prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, podendo o réu ficar preso provisoriamente por tempo indefinido, não sendo incomum o tempo da prisão provisória superar, algumas vezes, o próprio tempo da pena que seria imputada, caso fosse julgado e condenado em decisão irrecorrível. A prisão preventiva não tem uma limitação temporal, mas limitação circunstancial. Não há previsão legal para a duração, no máximo vê-se na legislação a obrigação do juiz, a cada 90 dias, revisar a necessidade do encarceramento provisório. O tempo da prisão provisória é imprevisito, o que gera angústia ao preso, pois se sabe o dia da entrada no cárcere, mas não o de saída. Angústia que é elevada exponencialmente quando se tem um indivíduo inocente preso preventivamente.

O tempo da prisão provisória, além de imprevisito, é impreciso. A imprecisão diz respeito à ausência de clareza, de exatidão ou de perfeição, trata-se de algo indefinido. Portanto, entende-se que não há na prisão a sua precisa correlação entre as condições impostas por lei com a situação fática. A prisão preventiva, diante da repercussão que se tem na vida do preso e seus familiares, deveria, tal como uma embarcação em navegação, ser precisa, segura e definida em todos os aspectos. Assim, embora a vida não seja precisa, tal como no poema do poeta português Fernando Pessoa,

<sup>1</sup> Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela). Regra 1: Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.



importante “torná-la de toda a humanidade”,<sup>2</sup> tal como se deve esperar da prisão.

A prisão, antes de uma sentença penal condenatória irrecorrível, deve ter um propósito de ser necessária e adequada: necessária para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; e adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Quando decretada fora desses ditames, e constantemente se observam prisões provisórias desnecessárias e inadequadas, diz-se que a prisão preventiva é imprópria. O propósito da prisão deve estar restrito aos fatos delitivos (ainda na fase de suposição) e todas as circunstâncias, pois somente estes podem justificar um decreto prisional.

Portanto, diz-se que a prisão preventiva é imprevista, imprecisa e imprópria, mas necessária e indispensável, o que torna um grande desafio equilibrar esses aspectos e determinar o cerceamento da liberdade ambulatorial, um dos bens jurídicos mais importantes do ser humano.

Um passo fundamental para a reconstrução do sistema penal consiste em repensar a relação entre direito penal e direito constitucional, pois as normas constitucionais, verdadeiras cláusulas pétreas, no âmbito do direito penal reconhece normativamente a vida humana como o mais elementar e valioso dos bens. Os direitos humanos, consagrados na Constituição e nos pactos internacionais, cuidam em assegurar que todo ser humano é pessoa e deve ser tratado como tal. A sociedade tem de compreender o conteúdo de cada um dos direitos fundamentais, entender e executar o alcance dos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da razoável duração do processo.

Outro passo importante e fundamental passa por uma gestão de emprego e renda, pois o trabalho, além de dignificar o homem, é uma ferramenta eficaz no combate a criminalidade. O trabalho na prisão também é uma poderosa ferramenta, pois afasta o preso da prática de novos

delitos e humaniza o tempo do cárcere, trazendo, mais do que uma remuneração, uma expectativa positiva de um futuro fora dos muros da prisão. Concordando-se com o filósofo francês Michel Foucault, o trabalho apresenta-se como uma alternativa à prisão, solução capaz de promover a ressocialização do infrator.

A liberdade, seja qual for o tempo e o lugar, deve ser sempre perseguida. É a regra indelével da humanidade. A prisão, exceção à regra e estado reverso da liberdade, precisa de uma certeza da conduta criminosa, de modo que, quando existir qualquer traço de incerteza, o indivíduo deverá ter sua liberdade preservada, pois se trata de um dos direitos mais importantes do ser humano. A regra é clara, repito: a liberdade é a regra.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016.

FOUCAULT, Michel. **“Alternativas” à prisão**: um encontro com Jean-Paul Brodeur / Sylvain Lafleur. Trad. Maria Ferreira. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2022.

PESSOA, Fernando. Navegar é preciso. In: PESSOA, Fernando. **Obra poética**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004.



**FABIANO SAMARTIN FERNANDES**

Doutorando em Direito pela UNLZ, na Argentina. Mestre em Criminologia pela UDE, no Uruguai. Especialista em Ciências Criminais e Direito Militar. Advogado. Coordenador jurídico do Cenajur, em Salvador.

<sup>1</sup>Referência ao poema Navegar é preciso do poeta português Fernando Pessoa.

# MÚLTIPLOS OLHARES

Entrevista com:

Profa. Maria Elizabeth Queijo



Mestre e Doutora em Processo Penal pela USP. Professora titular da FIG-UNIMESP. Professora em cursos de extensão e de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal, Processual Penal e Criminologia, na ESA/SP. Conselheira do IASP. Advogada.

**1** Na obra intitulada “O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal”, a Professora trouxe reflexões sobre as intervenções corporais no processo penal, estudo que representa uma referência na doutrina brasileira.<sup>1</sup> Sabemos que são muitos os limites a que está sujeita a atividade probatória e o princípio *nemo tenetur se detegere* (vedação da autoincriminação) é apenas um deles. Na visão de Gabriela Córdoba<sup>2</sup>, a participação do acusado na produção da prova não se faz voluntariamente, mas apenas como alternativa para evitar sofrer uma coação passiva pior; por isso é que pretender que o *nemo tenetur se detegere* seja suficiente a assegurar a proibição de qualquer “colaboração ativa” do arguido na investigação criminal seria exigir deste princípio mais do que ele pode dar. Nesse contexto, em sua opinião, em quais situações a submissão do acusado à atividade probatória seria proibida?

**MARIA ELIZABETH** “Se a admissão do direito à não autoincriminação, representada pela expressão latina *nemo tenetur se detegere*, no interrogatório, ainda gera debates, o seu reconhecimento com relação às provas que dependem da colabo-

ração do acusado em sua produção é ainda mais polêmico. Contrapõem-se na referida questão, com maior ênfase, o interesse público na persecução penal e a observância dos direitos e garantias fundamentais. Revela-se com maior intensidade uma tensão, inerente ao processo penal, entre o interesse da sociedade e o interesse individual. A prevalência absoluta de um desses interesses na persecução penal não gera soluções adequadas. Se, em um dado ordenamento, sobrepõe-se, de todas as formas, o interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas, tampouco restrições à sua valoração. Em resumo, não há ilicitude de prova. Tudo se justifica em prol da busca da verdade, que é perseguida a qualquer preço. Essa fórmula é adotada, via de regra, em Estados autoritários. No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estará fadada ao fracasso. Não se admitiria, sob essa ótica, qualquer limitação a direitos fundamentais, inclusive ao direito à não autoincriminação. Contudo, essa contraposição entre interesse público e interesse individual, no processo penal, é apenas aparente. É que há também interesse público na construção de um processo

<sup>1</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>2</sup> CÓRDOBA, Gabriela. *Nemo tenetur se ipse accusare: ¿principio de pasividad?* In: BAIGÚN, David et al. **Estudios sobre lajusticia penal: homenaje al Prof. Julio B.J Maier.** Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 301 (tradução nossa).

penal ético, no qual se respeitem direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Por isso, é fundamental buscar-se uma solução normativa que harmonize ambos os interesses, que, na realidade, são públicos. Nos Estados democráticos, busca-se a conciliação entre os interesses conflitantes em matéria de direito à prova. Desse modo, não poderá ser inviabilizada a persecução penal pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, inclusive o direito à não autoincriminação, mas não será admissível também que o referido direito seja aniquilado, para dar lugar ao direito à prova ilimitado. Considerando o princípio *nemo tenetur se detegere* no tocante às provas que dependem de colaboração do acusado, sempre defendi a necessidade de lei, pautada no princípio da proporcionalidade, caso se pretenda estabelecer restrições àquele princípio, ou seja, o estabelecimento de hipóteses legais nas quais o acusado, excepcionalmente, deva colaborar. E isso porque o princípio em questão impõe, como decorrência, a regra geral de que o acusado não tem o dever de colaborar na produção probatória na persecução penal e que a acusação deve buscar produzir provas que não dependam dessa colaboração. Essa lei, restritiva do princípio, não poderá esvaziar o seu núcleo essencial. Entretanto, apesar do advento da Lei n.º 12.654/2012 que alterou a Lei n.º 12.037/2009, tratando da coleta de material genético (acrescida das modificações introduzidas posteriormente pela Lei n.º 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”), entendo que não há diploma legal, até os dias de hoje, que tenha disciplinado a matéria, restringindo, de forma constitucional, o citado princípio. E não havendo tratamento legal a respeito, prevalece a regra de que o acusado não tem dever de colaboração na produção probatória na persecução penal. Assim, não se pode impor ao acusado a submissão a provas que impliquem intervenção corporal, invasiva ou não, sem o seu consentimento, nem que impliquem colaboração ativa, como sucede, por exemplo, em exames de etilômetro (soprar bafômetro), exame grafotécnico (fornecimento de grafia), reconstituição do fato. O que se admite, nesse contexto, é que o acusado participe de provas que impliquem

“..... Assim, não se pode impor ao acusado a submissão a provas que impliquem intervenção corporal, invasiva ou não, sem o seu consentimento, nem que impliquem colaboração ativa, como sucede, por exemplo, em exames de etilômetro (soprar bafômetro), exame grafotécnico (fornecimento de grafia), reconstituição do fato. ....”

apenas colaboração passiva, como vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, ou seja, nada fazer, como sucede no reconhecimento. Contudo, mesmo nesse tipo de prova, surgem questões tormentosas: o acusado pode se movimentar de tal forma a impedir a exibição de seu rosto, por exemplo, esquivando-se do ato, e, nessas condições, entendo que não será possível a execução coercitiva da prova. Outros ordenamentos, porém, diferentemente, admitem a execução coercitiva seja para extração de material genético, como sucede no direito alemão, seja para impor a participação no reconhecimento, sem que se considere a execução coercitiva nesses casos ofensiva à dignidade humana. Ou seja, há uma grande questão a ser debatida nos vários ordenamentos, concernente ao que se considera ofensivo à dignidade humana na persecução penal.”

**2** Ainda no âmbito das intervenções corporais, entre os julgados mais emblemáticos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é impossível não lembrar do Caso *Jalloh v. Alemanha*. Em resumo, um policial à paisana teria constatado que Jalloh entregara alguns saquinhos suspeitos em troca de dinheiro e, ao ser abordado por policiais, o indivíduo teria engolido um pequeno saquinho plástico. Uma vez custodiado, Jalloh se recusou a tomar os eméticos que provocariam vômito; ainda assim, com o apoio de policiais que o seguravam, um médico de maneira forçada inseriu uma sonda nasal até o estômago de Jalloh, por meio da qual foi injetada substância química. Como resultado, Jalloh vomitou um conteúdo do qual se comprovou que o saquinho plástico continha cocaína. Pelas circunstâncias do caso, embora o Tribunal tenha entendido que o procedimento realizado contra Jalloh se equiparou à tortura, considerou que intervenções corporais coercitivas, mesmo com o objetivo de extrair provas do corpo do acusado, não são englobadas pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, ao tempo em que traçou limites claros para determinar quando e se há violação ao direito à não autoincriminação. Especificamente

**nesse caso, a partir das informações públicas disponíveis, na sua visão, o entendimento aplicado pelo TEDH teria sido correto?**

**MARIA ELIZABETH** “Essa questão toca exatamente ao conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* e, como eu mencionava na resposta à pergunta anterior, diz respeito ao que se considera ofensivo à dignidade humana em cada ordenamento. Quando iniciei os meus estudos sobre esse princípio, com o objetivo de elaborar projeto para a habilitação no Doutorado, há aproximadamente vinte e cinco anos, deparei-me com uma realidade que não se alterou ao longo do tempo: a maior parte dos ordenamentos jurídicos que admite o princípio circunscreve seu âmbito de aplicação às declarações do acusado, não estendendo sua incidência para provas que dependam da colaboração dele. Nesse sentido, verifiquei que o Supremo Tribunal Federal era e é uma das poucas Cortes que reconhece que o princípio incide também nas provas que dependem de colaboração do acusado e, mais do que isso, vem estabelecendo, ao longo do tempo, balizas constitucionais para sua aplicação. Com relação ao julgado *Jalloh v. Alemanha*, proferido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 2006, entendo que a decisão daquela Corte, sob o prisma do princípio *nemo tenetur se detegere*, está equivocada. E isso porque conferiu interpretação restritiva do conteúdo do referido princípio, retirando-o da esfera das provas que dependam de colaboração do acusado, em especial com intervenção corporal, o que deixa o indivíduo exposto a práticas autoritárias e abusivas na persecução penal por parte do Estado. Entretanto, essa decisão não surpreende porque conflui com o entendimento que destaquei anteriormente da maior parte dos ordenamentos, inclusive os europeus, no sentido de que o princípio em foco só tem incidência em declarações prestadas pelo averiguado/acusado. Destaco que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos realça, nessa decisão, que o direito

de não se autoincriminar compreende o respeito à vontade do investigado/acusado de não falar e manter silêncio, mas não abrange a impossibilidade de utilização na persecução penal de meios de prova que sejam obtidos através do acusado, independentemente de sua vontade, ou ainda contrariamente a ela. Entretanto, reconhecendo que houve tratamento degradante ou desumano no caso, ao ministrar-se eméticos (que inclusive tinham ocasionado a morte de duas pessoas anteriormente a esse julgamento), com emprego de força, o Tribunal acabou por declarar a iniquidade do julgamento de *Jalloh*, que foi condenado por tráfico de entorpecentes, ponderando que se tratava de um traficante de rua, que vendia pequenas quantidades de entorpecentes, o que não justificaria a utilização da prova da droga recolhida após a administração forçada de medicamentos ao acusado. Deu, então, por violado o art. 6º, n.º 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.”

“ .....  
Destaco que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos realça, nessa decisão, que o direito de não se autoincriminar compreende o respeito à vontade do investigado/acusado de não falar e manter silêncio, mas não abrange a impossibilidade de utilização na persecução penal de meios de prova que sejam obtidos através do acusado, independentemente de sua vontade, ou ainda contrariamente a ela.  
..... ”

**3** **Nos termos do parágrafo único do artigo 5º da Lei n.º 12.037/2009, a autorização judicial para coleta de perfil genético com vistas à identificação criminal poderá ocorrer por determinação de ofício do magistrado. Essa possibilidade, no entanto, é criticada**

**por parcela da doutrina, que entende que a atuação ex officio do juiz coloca em risco a imparcialidade do julgador e viola as regras do sistema acusatório. Qual é a sua perspectiva sobre o assunto?**

**MARIA ELIZABETH** “O sistema acusatório, que se mostra compatível com o processo penal de viés democrático, implica na completa distinção entre as funções de acusar e de julgar. Como decorrência, o ordenamento deve afastar o juiz da iniciativa da persecução penal e, sobretudo, da gestão da prova, que fica inteiramente a cargo das partes, em contraditório. Nesse sentido ainda, para bem compatibilizar o ordenamento jurídico processual nacional com o sistema acusatório, mister que fossem

suprimidas as iniciativas *ex officio* do juiz, em especial na produção probatória. Com isso, objetiva-se preservar, ao máximo, a imparcialidade do julgador. Assim, em se tratando de coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, cuja finalidade precípua não é a identificação criminal propriamente dita, mas sim a produção de prova pericial tendente à identificação de autoria de delito, parece-nos ofensivo ao sistema acusatório que o juiz determine, de ofício, essa coleta, especialmente quando poderá ser ofertada representação para tal fim por parte da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, na fase investigatória, conforme dispõe a Lei n.º 12.037/2009, em seu art. 3º, IV. Ou seja, outros operadores estão autorizados e podem ofertar representação para tanto, se assim entenderem necessário, sem que o juiz tenha que, por iniciativa própria, desempenhar essa atividade.”

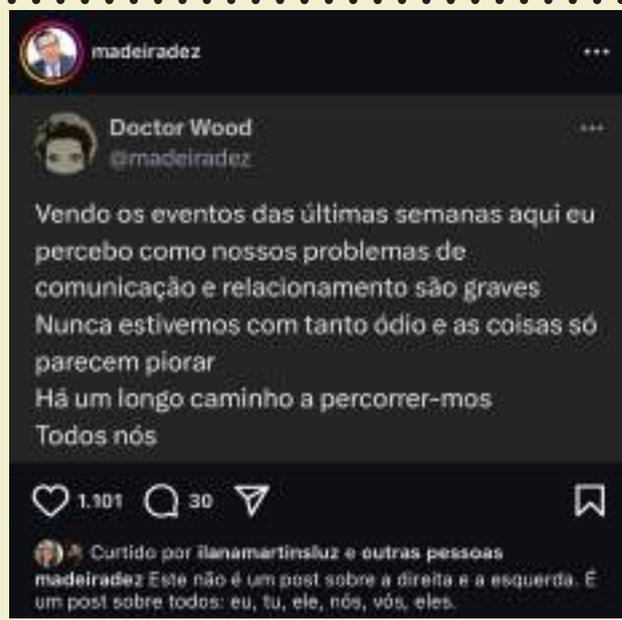
**4 O artigo 9º-A da Lei de Execução Penal determina que, em certos casos, o condenado seja “submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional”, sob pena, em caso de negativa, do cometimento de falta grave. Há quem defenda a inconstitucionalidade dessa previsão legal, mas, se vista em teste de proporcionalidade, há também quem reconheça o seu cabimento. Sob a ótica do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o que estaria por trás dessa norma? Qual é o seu olhar sobre esse cenário?**

**MARIA ELIZABETH** “A redação do art. 9º-A da Lei de Execução Penal tem origem nas alte-

rações promovidas pela Lei n.º 12.654/2012 e pela Lei n.º 13.964/2019, sistemática essa que tem merecido muitas críticas justas da doutrina. Quanto a esse dispositivo em particular, chama a atenção a obrigatoriedade da submissão do condenado por determinados delitos (dolosos, praticados com violência de natureza grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual, ou crime sexual contra vulnerável) à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, o que significa dizer que a legislação retira da apreciação judicial a decisão acerca da necessidade da coleta do aludido material. Especificamente quanto à incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*, ainda que afastada a apreciação judicial, poder-se-ia ponderar que, em se tratando de condenado definitivamente, em execução de pena, a presunção de inocência é afastada, o que permitiria impor consequências para a negativa em submeter-se à coleta de material biológico, como a prática de falta grave. Todavia, essa coleta não é feita com vistas ao passado do condenado, ou seja, para o fato que ensejou sua condenação, mas sim para eventual futura persecução penal em que se veja envolvido, em relação à qual mantém-se a presunção de inocência. Assim, de forma geral, o dispositivo estabelece o dever de colaboração do acusado (condenado anteriormente por outro fato) em persecuções penais futuras e eventuais, o que, a nosso ver, mostra-se inconstitucional e colide com o princípio *nemo tenetur se detegere*. A gravidade das infrações penais em apuração, sem dúvida, é um dos critérios a considerar na decisão de determinar, ou não, a coleta de material biológico para extração de perfil genético. Mas falta diploma legislativo pautado no princípio da proporcionalidade que venha a restringi-lo, de modo a não esvaziar seu núcleo essencial.”

# WALKIE-TALKIE

## O QUE REVERBEROU NAS REDES SOCIAIS





 <http://www.ibadpp.com.br/>

 [publicacoes@ibadpp.com.br](mailto:publicacoes@ibadpp.com.br)

  @ibadpp